

ESTUDOS SOBRE DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Nuno de Campos

ESTUDOS SOBRE DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

NUNO DE CAMPOS

Apresentação

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

2^a edição



Florianópolis

2025



*c Copyright 2025 Nuno de Campos
Capa e diagramação: Gustavo Tolentino de Souza Bleyer,
supervisão de Luíza Scremenin Schwartz Sell
Organização editorial: Gerência de Biblioteca –
Ministério Público de Santa Catarina*

As ideias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade do Autor.

É permitida a reprodução parcial desde que citada a fonte.
Distribuição gratuita

Campos, Nuno de.

Estudos sobre direito da infância e juventude [recurso eletrônico]
/ Nuno de Campos. – 2. ed. - Florianópolis : MPSC, 2025.

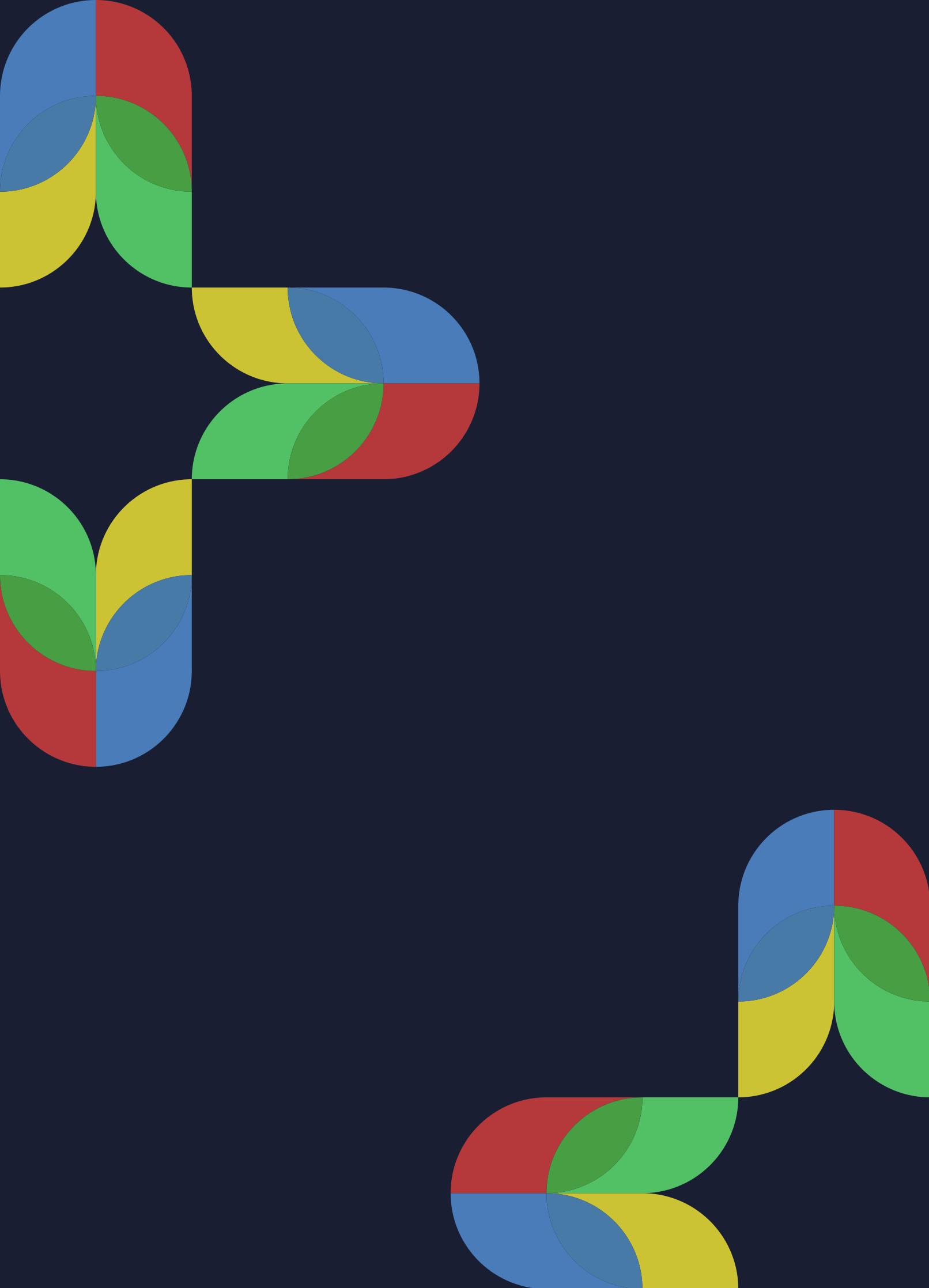
99 p. ; PDF.

Reúne nove artigos e ensaios publicados ao longo da carreira do autor.

ISBN 978-85-62615-33-7

1. Direitos da Criança e do Adolescente. 2. Criança e Adolescente – Coletânea. I. Título.

CDDir 342.1642





NUNO DE CAMPOS, natural de Lages-SC, é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público de Santa Catarina, com destacada atuação como Promotor de Justiça, durante quinze anos, na vara da infância e juventude da Comarca da Capital (Florianópolis-SC). Foi Professor e introdutor da disciplina de Direito da Criança e do Adolescente no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Mestre em Direito do Estado pela mesma instituição. Fundador e primeiro Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e Professor da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC). Membro da Diretoria da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família (AIMJF) e da Associação Brasileira de Magistrados de Menores. Autor de diversas publicações técnicas na área e do livro Menores Infratores, editado em 1979, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Convidado pelo Ministério da Justiça Francês, em 1982, para estágio de quatro meses no *Centre de Formation et de Recherche de l'Éducation Surveillance*, em Paris. Participou de diversos congressos da AIMJF: Montreal – Canadá (1978), Amsterdã – Holanda (1982), Rio de Janeiro – Brasil (1986), Turim – Itália (1990) e Buenos Aires – Argentina (1998). Agraciado com a Medalha Mello Mattos, concedida pela Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (ABRAMINJ).

Aos meus filhos e netos Celia Maria Teixeira de Campos, Nuno de Campos Filho, Francisco Cesconetto de Campos, Alice de Campos Brascher, Maria Catarina Cesconetto de Campos D.D.D

APRESENTAÇÃO

Alguns livros envelhecem rapidamente. Outros, mais raros, amadurecem. *Estudos sobre o Direito da Infância e Juventude*, de Nuno de Campos, pertence com folga ao segundo grupo.

Publicado originalmente em 2016, o conjunto de textos agora revisto e organizado em formato de e-book revela uma virtude pouco comum na literatura jurídica: a capacidade de acompanhar o tempo sem perder densidade normativa, nem abdicar de compromisso ético. Ao contrário das obras que se limitam a registrar o estado da arte de uma legislação ou de uma jurisprudência, este livro constrói, com método, sensibilidade e rigor, uma linha evolutiva do Direito da Infância e Juventude no Brasil.

Essa perspectiva não é casual. Ela é o reflexo direto de uma trajetória ministerial inteiramente dedicada à proteção integral de crianças e adolescentes. Nuno de Campos escreve a partir do lugar de quem conhece a norma, mas também o território; de quem domina a dogmática, mas não se deixa cegar por ela; de quem comprehende que o Direito da Infância e Juventude não é um ramo confortável, mas um campo de tensão permanente entre garantias, vulnerabilidades, políticas públicas insuficientes e escolhas institucionais difíceis.

Os textos reunidos nesta obra percorrem temas centrais da área com clareza conceitual e senso histórico: a afirmação do paradigma da proteção integral, o papel do Ministério Público, os limites e possibilidades da intervenção estatal, a articulação entre sistema de justiça e políticas públicas, e os desafios práticos da efetivação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Não se trata de uma leitura fragmentada, mas de um percurso coerente, no qual cada estudo dialoga com o anterior e prepara o seguinte.

Relevar este livro quase uma década depois de sua primeira publicação é também constatar sua atualidade incômoda. Muitos dos problemas ali diagnosticados persistem. Algumas soluções avançaram, outras ficaram pelo caminho. Essa constatação, longe de desmerecer a obra, reforça sua importância: ela nos lembra

que o Direito da Infância e Juventude exige vigilância contínua, atualização crítica e, sobretudo, compromisso institucional que sobreviva às modas doutrinárias e às alternâncias políticas.

A nova edição em formato digital amplia o alcance de um trabalho que merece circular, ser debatido e, principalmente, ser utilizado. É leitura valiosa para membros do Ministério Público, magistrados, defensores, advogados, gestores públicos e pesquisadores. Mas é, acima de tudo, um livro escrito para quem comprehende que a proteção de crianças e adolescentes não se faz apenas com boas intenções, e muito menos com soluções simplistas.

Tenho especial satisfação em apresentar novamente esta obra. Se em 2016 ela já se destacava pela solidez e pela coerência, hoje se reafirma como um registro qualificado de pensamento jurídico comprometido com a realidade, com a Constituição e com o futuro. Porque, no campo da infância e juventude, o tempo não é neutro e Nuno de Campos soube, com precisão, escrever contra a pressa e a favor da responsabilidade.

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público
de Santa Catarina

“O interesse do menor deve ser colocado em primeiro lugar e merecer a mais importante consideração em qualquer decisão da Justiça”.

- Primeira recomendação do IX Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores. Oxford, 1974

SUMÁRIO

1	APRECIAÇÃO CRÍTICA SOBRE O ARTIGO “EL DERECHO ESPECIAL TUTELAR DEL MENOR”	11
2	DAS MEDIDAS DE VIGILÂNCIA	21
3	O SISTEMA FRANCÊS DE PROTEÇÃO AO MENOR : ALGUMAS COMPARAÇÕES COM O SISTEMA BRASILEIRO	30
4	NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO MENOR	50
5	O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DO MENOR	55
6	COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	67
7	PARTO DE FILHO ADOTIVO	76
8	A ADOÇÃO POR ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL	81
9	A COMPETÊNCIA DOS MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DAS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS TUTELARES	89

APRECIACÃO CRÍTICA SOBRE O ARTIGO “EL DERECHO ESPECIAL TUTELAR DEL MENOR”

Apreciação do artigo El Derecho Tutelar Del Menor, do Doutor Fernando L. Fernandez Blanco, Presidente do Tribunal Tutelar de Ávila – Espanha. Originalmente publicado na obra Cursos de Especialización de Jueces de Menores, pelo Instituto Interamericano del Niño. Uruguai, 1973.



Dr. Fernando Fernandez Blanco, Presidente do tribunal Tutelar de Ávila, Espanha, em longo e elaborado artigo, publicado na obra *Cursos de Especialización de Jueces de Menores*, pelo Instituto Interamericano del Niño, em Montevidéu, Uruguai (1973), faz considerações doutrinárias sobre o Direito do Menor das quais procuraremos comentar a parte referente ao problema da autonomia do Direito do Menor, desvinculando do Direito Penal Comum, bem como as principais diferenças entre um e outro ramo do direito.

As posições doutrinárias em torno deste assunto são, ainda, hoje, variadas e divergentes.

Até meados do século XIX, os códigos penais não diferenciavam o criminoso adulto do menor infrator, pois, quando o juiz ou o tribunal reconhecia que o menor possuía um desenvolvimento mental capaz de compreender a significância de seus atos, sua responsabilidade penal era admitida.

Podemos dizer que, dentro das diversas correntes doutrinárias, a mais radical não admite uma impunidade incondicional; aceita, tão somente, que o menor fique sujeito a um “Direito Penal” mais brando, atenuado, com penas mais leves. Esta corrente

não admite a existência de um direito autônomo de menores. Em contraposição, a corrente oposta, que podemos chamar de humanista ou progressista, retira o menor do direito penal, preocupando-se com a prevenção e se orienta para o estudo do menor infrator, a sua personalidade e as motivações que o levaram à prática do ato antissocial.

Uma outra posição é a apresentada pelo professor francês Philipe Robert, em sua obra *Traité de Droit des Mineurs*. Para o mestre francês o sistema atual do Direito é dualista, isto é, cada ramo do direito possui regras destinadas aos maiores e regras destinadas aos menores.

O Dr. Blanco se filia à segunda corrente que admite a autonomia do Direito do Menor e inicia a sua apreciação sobre o assunto apresentando as generalidades e características do direito penal comum e sua tendência à *desagregação*.

Inicialmente esboça o esquema geral, o esquema tipo, aplicável ao direito penal espanhol e que se pode aplicar a todo o direito penal moderno:

1º - Uma parte geral e uma especial;

2º - Uma enumeração tipológica de figuras delituosas;

3º - Uma separação quantitativa em infrações graves, delitos e leves faltas o que, no caso brasileiro, chamamos de crimes e contravenções;

4º - Uma separação formal da ação ou da omissão, no que se refere a concorrência prática (autores, coautores, encobridores, codelinquência, unidade e pluralidade de crimes);

5º - Uma estimativa intencional do direito humano e suas circunstâncias (agravantes, excludentes, atenuantes, tentativa e frustração).

Como consequência se articula um quadro estabelecido de sanções que vão desde a pena de morte até a simples multa com a predominância da privação de liberdade.

Como consequência da complexidade crescente das estruturas sociais e sua evolução, o moderno direito penal se encontra em fase, não de decomposição, mas de transformação, de desagregação. Dentro de um tronco comum permanecem figuras e instituições histórico-tradicionais e se desgalham outras por

imperativos lógicos e de especialidade. Assim temos a Criminologia, o Direito Penitenciário, o Direito Penal Militar, etc. e com muito mais força o Direito do Menor que estabelece não somente infrações, mas condutas perigosas relativas ao sujeito, lugares e circunstâncias que, por sua extensão, permanência e peculiaridade, exigem princípios doutrinários, tratamento, medidas e órgãos próprios, somente possíveis em uma jurisdição com características diferentes da ordinária.

Na segunda parte do trabalho, o Dr. Fernando Blanco fundamenta as bases de um direito autônomo do menor, em contraposição ao direito penal comum.

Como primeiro argumento apresenta os pressupostos prévios do destinatário da norma, que seria a sua peculiar situação, isto é, a situação irregular do menor.

Adota o Juiz espanhol a posição doutrinária restritiva, isto é, o direito do menor se aplica, tão somente, a menores que se encontrem em determinada situação, a situação irregular.

A expressão “situação irregular” foi empregada pela primeira vez, de modo científico, no livro sobre o Estatuto de Menores da Venezuela, do Dr. Carlos Angarita. É uma expressão ampla e que pode compreender, tanto as situações paradelinquenciais como as associais e a própria delinquência.

Esta posição doutrinária restritiva já existe na legislação brasileira desde a Lei 4.242, de 1921, que normatizou a organização do serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente, posição essa consolidada pelo Código de Menores de 1927.

A posição doutrinária brasileira atual, sustentada por Alyrio Cavallieri e que está contida no Código de Menores do Brasil, de 10 de outubro de 1979, também é restritiva, isto é, o Direito do Menor – e o Código de Menores como seu instrumento – é restrito a peculiares situações em que se encontram certos menores a exigirem a prestação jurisdicional. No Código de Menores do Brasil, a expressão “menor em situação irregular” abrange todos quantos são por ele protegidos.

Assim, para Cavallieri, o Direito do Menor é o: “conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção”.

No Brasil, a expressão “situação irregular” é abrangente de todas as hipóteses em que o Estado pode e deve impor uma medida destinada a proteger o indivíduo que está ainda em processo de maturação biopsicossocial.

Que hipóteses tipificam essa situação irregular?

Nos termos da doutrina brasileira, acolhida pelo Código de Menores de 10/10/1979, estão em situação irregular e, portanto, necessitados, para a solução de seu problema, de uma sentença proferida em processo regular, judicial, fiscalizado pelo Ministério Público os menores:

I – privado de condições essenciais a sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão de pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Para o professor espanhol a menoridade é uma etapa da vida que começa com a puberdade e termina com a maturidade. Com referência à idade, o autor estabelece o lapso de tempo que vai dos dez aos dezoito anos, a idade em que o Direito do Menor deve intervir, ainda que esta intervenção possa ser prolongada até a maioridade.

O Código de Menores Brasileiro de 10/10/1979 estabelece, em seu art. 1º, II, que o Código se aplica aos menores de 18 anos e, ainda, nos casos excepcionais em lei, aos menores entre dezoito e vinte anos.

Apresenta, ainda, o Magistrado espanhol uma apreciação sobre a expressão inadaptação que, para ele, não é intercambiável com a expressão delinquência. Blanco adota a posição defendida por Antônio Sábater que conceitua o inadaptado como o indivíduo que se afasta de maneira continuada e evidente das formas de convivência normais na sociedade e adota atitudes que repugnam ou ofendem estas formas, com uma conduta que se encontra em franca rebeldia com elas e que pode constituir um perigo para a sociedade e para si mesmo. Assim, todo delinquente é inadaptado, porém o inadaptado nem sempre é delinquente.

As condutas paradelinquenciais devem ser objeto de medidas preventivas e de segurança para o doutrinador espanhol.

Esta questão está resolvida na nova legislação brasileira, pois, o novo Código considera em situação irregular o menor “com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária”.

Após fazer uma apreciação sobre a delinquência juvenil, a sua evolução, o seu conceito, as suas características, o problema da delinquência feminina, as causas da delinquência e apresentar o conceito de delito juvenil, os seus remédios, principalmente a prevenção e correção, entra propriamente no problema da autonomia deste direito especial de menores.

Com enfoque introdutório, Blanco chama a atenção para o fato de que o desgalhamento do tronco comum, dos diversos ramos do direito, obedeceu a um processo histórico de elaboração, que iria resultar, quando se demonstrasse a existência de um complexo orgânico de normas, em uma codificação.

Parece claro que estas considerações se aplicam ao sistema jurídico espanhol que está elaborando até hoje o seu *Estatuto del Menor*. No Brasil, a codificação das leis menoristas data de 1927.

Não concorda Blanco com os doutrinadores que defendem a posição de que todo o Direito Penal do Menor está vinculado à prática de um ato ilícito tipificado. Para ele o que marca o aparentamento de um Direito Especial é a personalidade do sujeito, evidentemente não encarada de forma isolada, mas dentro de uma série de fatores.

A nossa posição é de que a delinquência juvenil possui dois elementos fundamentais: a prática de um ato antissocial e a menoridade do sujeito.

O Direito do Menor é essencialmente tutelar e nisto se diferencia do Direito Penal, pois o estado não atua em função de uma defesa da sociedade e nem de uma ação intimidatória, sendo o seu objetivo a tutela, a proteção do autor, em virtude de sua especial condição mental, psicológica e biológica, que o impede de alcançar a valoração exata do ato antissocial cometido.

A sentença judicial referente a um menor infrator deve objetivar a correção da conduta do sujeito, encaminhada a sua readaptação e futura reinserção social.

Para nós a readaptação é o conjunto de mudanças que o menor deve efetuar em sua maneira de ser, ao passo que a reinserção social será a utilização que o menor fará do seu equipamento social no contexto da vida em comum.

No que diz respeito à prevenção, o juiz penal dela não toma conhecimento, ao passo que para o Juiz Menorista a prevenção é primordial.

Em seguida o menorista espanhol apresenta, para comprovar a sua tese, a relação dos elementos que concorrem para a autonomia do Direito do Menor e que são:

- 1º - a idade do destinatário da norma;
- 2º - procedimento sem excessivo rigor processual;
- 3º - Magistratura especial (acrescentaríamos: e Ministério Público especial);
- 4º - jurisdição especial;
- 5º - instituições auxiliares especializadas;
- 6º - normas próprias diferentes do processo ordinário;
- 7º - equipe especial, auxiliar do Juiz;

8º - medidas cautelares e definitivas diferentes das penas;

9º - decisão judicial com liberdade de critério de avaliação da prova, sem sujeição a uma predeterminação;

10º - sentença essencialmente revisável de ofício.

Do simples exame destes elementos, continua o jurista espanhol, se deduz a escassa consistência das críticas contrárias à autonomia que não têm podido ser formuladas formalmente, limitando-se a simples objeções.

Quais seriam, então, as diferenças fundamentais entre o Direito do Menor e o Direito Penal?

O Juiz Penal termina sua prestação jurisdicional com a prolação da sentença, enquanto que o Juiz de Menores deve continuar sua ação até o término da medida imposta.

No que diz respeito à prevenção, o Juiz Penal dela não toma conhecimento, ao passo que para o Juiz de Menores a prevenção é primordial.

No Direito Penal, a medida é sempre repressiva. No Direito do Menor, a medida é sempre reeducativa e tutelar. No primeiro, a pena tem uma duração determinada; no segundo, a medida conserva-se indeterminada no tempo e sua duração está sujeita à recuperação do menor.

Não existe no Direito do Menor o princípio da proporcionalidade da medida imposta ao ato antissocial praticado.

O trabalho do mestre espanhol não apresenta diferenças de ordem processual. Entretanto, existem separações marcantes entre o processo penal e os princípios que são próprios do Direito do Menor.

Outro jurista espanhol, Francisco Vives Villamazares assina os seguintes princípios que são próprios do Direito do Menor:

1º - Princípio do procedimento de ofício

Não tem aplicação no direito do menor o princípio dispositivo neprocedat judex sine officio, porque todo o processo de menores é de ordem pública e, portanto, pode ser impulsionado de ofício pelo Juiz.

2º - Princípio do fim público e da imperatividade

Não são admissíveis no processo de menores nem a renúncia, nem a desistência, nem a transação, sequer o simples alheamento ao processo, em virtude da finalidade pública que informa este tipo de procedimento.

3º - Preclusão e perempção

Como todas as determinações e sentenças do Juiz de Menores são reformáveis, revisáveis ou modificáveis, pouco importará o momento processual para decidir uma prova ou uma informação.

4º - Princípio da adequação da sentença com a petição das partes

Não existe ultra petita no Direito do Menor. O Juiz possui ampla faculdade para adotar medidas que entenda procedentes e pertinentes, mesmo que não tenham sido requeridas pelas partes ou pelo Ministério Público (Curador de Menores).

5º - Princípio da publicidade e do segredo

O procedimento não deve ser publicístico e sim secreto e reservado. Não devem interferir mais do que as partes que a lei estabelece ou que admita o Juiz ou o Tribunal.

6º - Princípio da execução contínua

O processo de menores é permanente, contínuo, e esta é a nota característica dos juizados de menores.

Aos princípios apresentados por Villamazares acrescentaremos o princípio da prevalência do Direito do Menor, consagrado na doutrina brasileira e inserido no Código de Menores do Brasil, em seu art. 5º: “Na aplicação da Lei Menorista a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

CONCLUSÕES

A posição adotada pelo Estado, em face do problema do menor infrator, passou de um sistema repressivo, que considerava o menor como um adulto em miniatura e, portanto, o castigava com penas mais suaves, para uma posição humanista, que se preocupa com o estudo das condições do menor, a sua personalidade, o seu meio-ambiente. A medida a ser imposta não tem mais caráter repressivo e sim reeducativo.

A moderna doutrina do direito do Menor já aceita a autonomia deste novo ramo do Direito.

A doutrina brasileira evoluiu da negativa da autonomia do Direito do Menor (III Encontro Nacional de Juízes de Menores, Brasília, 1968) para uma posição que aceita a autonomia.

A criação, a partir do pioneirismo da Universidade Gama filho, em 1975, da cadeira de Direito do Menor, destruiu o argumento da ausência da autonomia didática deste novo ramo do Direito.

Concordamos, assim com o Prof. Veillard, citado pelo Juiz espanhol, que afirma: “que se poderia representar esquematicamente o direito antigo por duas linhas paralelas, uma em traço grosso e a outra em traço fino, simbolizando as penas humanizadas e dulcificadas impostas aos delinquentes menores”.

Hoje, as paralelas divergem: o Direito do Menor chegou a ser direito especial, autônomo, psicossocial. Não somente o direito material se destaca do direito clássico, senão, também, um procedimento novo se instaura à sombra de uma organização jurisdicional autônoma.

O novo Código de Menores do Brasil, ao adotar os mais novos princípios da doutrina menorista, contribui, de maneira significativa, para a afirmação da autonomia do Direito do Menor.

BIBLIOGRAFIA

- CAMPOS, Nuno de. *Menores infratores*. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1979.
- CAVALLIERI, Alyrio: *Direito do Menor*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976.
- COSTA, Arthur de Oliveira. *Elaboração Doutrinária do Direito do Menor*. Anais do III Encontro Nacional de Juízes de Menores. Brasília, Juizado de Menores do Distrito Federal, 1972.
- OSES, Luiz Mendizábal. *Introducción al derecho correcional de menores*. Madri, Instituto de La Juventud, 1974.
- ROBERT, Philipe. *Traité de droit des mineurs*. Ed. Cujas, 1969.
- TOMAS, Antônio Sábater. *Los delincuentes jóvenes*. Ed. Hispano-europea. Barcelona, 1967.

CAPÍTULO 2

DAS MEDIDAS DE VIGILÂNCIA

Capítulo IV do livro *Notas Interpretativas ao Código de Menores* (Lei nº 6.697, de 10.10.1979), páginas 48-56. Comentários por Nuno de Campos, Agnaldo Bahia Monteiro e Bernardinho Machado Leituga Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Seção I ***Disposições Gerais***

Art. 48 – Os estabelecimentos referidos neste Capítulo poderão ser inspecionados, a qualquer tempo, pela autoridade judiciária competente e pelo Ministério Público

O presente artigo, primeiro do capítulo que cuida das medidas de vigilância, refere-se à inspeção dos estabelecimentos particulares nele discriminados, cujo elenco é meramente exemplificativo, porque qualquer estabelecimento onde se encontrem menores poderá ser fiscalizado pela autoridade judiciária competente e pelo Ministério Público, no caso, o Curador de Menores, como está claro na Lei. A inspeção pode ser feita a qualquer tempo conforme dispõe o Art. 7º.

Art. 49 – A autoridade judiciária poderá, de ofício ou por provocação da autoridade administrativa, ouvido o Ministério Público, ordenar o fechamento provisório ou definitivo do estabelecimento particular que infringir norma de assistência e proteção ao menor.

§1º - O procedimento de verificação de infração será instaurado por portaria, devendo a autoridade judiciária inspecionar o estabelecimento.

§2º - A autoridade judiciária poderá determinar, liminarmente, o afastamento provisório do dirigente ao estabelecimento, designando-lhe substituto.

§ 3º Se a decisão final reconhecer a idoneidade da entidade particular, ou de seus dirigentes, será o estabelecimento fechado, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, dentre as quais o cancelamento da respectiva inscrição no registro civil, através de mandado.

§ 4º Se o fechamento for recomendável por falta de condições técnicas ou materiais, a autoridade poderá conceder prazo à entidade para supri-las. Se as condições não forem preenchidas no prazo concedido, o estabelecimento será fechado até que atenda às exigências estabelecidas.

Prevê este dispositivo o fechamento provisório ou definitivo do estabelecimento particular que infringir norma de assistência e proteção a menores. Vale lembrar que os estabelecimentos públicos também podem ser alvo de inspeção, observadas as cautelas legais, tendo em vista os poderes outorgados ao Juiz pelo Art. 8º, que são amplos e de ordem geral.

A inspeção e o fechamento de estabelecimento particular poderão ocorrer de ofício, por provocação de qualquer autoridade administrativa ou do Ministério Público. Note-se que o Código distingue entre estabelecimentos e entidade. Esta é a pessoa jurídica mantenedora daquele. Assim, pode ocorrer que um dos estabelecimentos mantidos por determinada entidade deva ser sancionado, até mesmo fechado, sem que a medida deva estender-se a outros estabelecimentos da mesma entidade.

O procedimento de verificação da infração terá o seu início com a respectiva Portaria do Juiz, e a inspeção, nesse caso, deve ser feita pessoalmente pela autoridade judiciária, que poderá ser acompanhada de auxiliares e pelo Curador de Menores.

O dirigente do estabelecimento inspecionado poderá ser liminarmente afastado, em caráter provisório, cabendo ao Juiz designar o seu substituto, que poderá ser qualquer pessoa reconhecidamente idônea.

Constatada a inidoneidade da entidade ou de seus dirigentes, será o estabelecimento fechado, sem prejuízo das demais sanções legais, além do cancelamento da inscrição da entidade no registro civil (§3º). Trata-se, pois, de hipótese em que a entidade mantenedora se constitui em um único estabelecimento, de tal modo que as razões do fechamento deste confundem-se com a inidoneidade daquela.

Os estabelecimentos poderão igualmente ser fechados se lhes faltarem condições técnicas ou materiais. Antes, porém, a autoridade poderá conceder prazo à entidade mantenedora para suprir deficiências. A concessão de prazo é faculdade do Juiz, e o prazo será aquele livremente fixado, com a elasticidade necessária ao atendimento do que for exigido.

Seção II

Das Casas de espetáculos, das Diversões em Geral, dos Hotéis e Congêneres

Subseção I

Dos Espetáculos Teatrais, Cinematográficos, Circenses, Radiofônico e de Televisão

Art. 50. É proibida a menor de dez anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, a entrada em salas de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, de rádio, televisão e congêneres.

§ 1º Nenhum menor de dez anos poderá permanecer em local referido neste artigo depois das vinte e duas horas.

§ 2º Tratando-se de espetáculo instrutivo ou recreativo, a autoridade judiciária poderá alterar os limites e as condições fixadas neste artigo.

Referencial legislativo subsidiário: Decreto nº 50.812, de 17/16/1961.

Art. 51. Nenhum menor de dezoito anos, sem prévia autorização da autoridade judiciária, poderá participar de espetáculo público e seus ensaios, bem como entrar ou permanecer em qualquer dependência de estúdios cinematográficos, de teatro, rádio ou televisão.

É da competência do Juiz o ato que autorize a participação eventual de menores nos espetáculos artísticos a que se refere o Art. 51, a que estes equiparando-se propagandas audiovisuais.

Nada obsta que o Juiz de Menores autorize tal participação também para menores de 12 anos de idade, já que o Código não determina idade mínima para que o menor possa participar de espetáculos artísticos. É claro que o Juiz considerará as circunstâncias de cada caso. O Código não inova, de vez que tal já era o procedimento no regime legal anterior.

Quanto aos termos do contrato de trabalho que qualquer menor, assistido por seus pais ou responsável, pode firmar para atuar em espetáculos artísticos, é matéria que o Art. 83 remete para legislação especial, valendo lembrar que a Constituição Federal veda o trabalho para menores de 12 anos de idade. Nesse caso, compete ao Juiz de Menores, atendendo ao disposto no Art. 74, aplicar sanções em face da inobservância, pelo empregador do menor, das normas de proteção impostas pela legislação especial mencionada, no caso a CLT (Arts. 405, §2º, e 406), enquanto viger o contrato de trabalho, a par da fiscalização regularmente realizada pelo Ministério do Trabalho.

Art. 52. A autoridade judiciária poderá ampliar, dadas as circunstâncias, o limite de idade fixado pelo Serviço Federal de Censura.

O dispositivo em exame permite ao Juiz a ampliação do limite de idade fixado pela censura, vedando-lhe, no entanto, o poder de redução. A previsão legal não é criação do novo Código, porque o de 1927 permitia ao Juiz reduzir ou ampliar os limites impostos pela Censura Federal, com fundamento no Art. 131.

A redução e a ampliação dos limites impostos pela Censura são questões muito delicadas, porque exigem conhecimento e equipes especializados. Por este motivo, no IV Encontro de Juízes de Menores, realizado em 1970, no antigo Estado da Guanabara, foi aprovada recomendação no sentido de que os Juízes se abstivessem de reduzir os limites impostos pela Censura. Como consequência dessa recomendação, foi aprovada a Lei 5.675, de 12 de julho de 1971, que introduziu parágrafo único ao Art. 131 do Código de Mello Mattos, pelo qual o Juiz ficou proibido de reduzir o limite de idade fixado pela Censura Federal, podendo tão-somente ampliá-lo.

Tendo em vista a complexidade para o correto estabelecimento de censura, que exige os já citados conhecimentos e equipe especializados, é recomendável que a ampliação permitida por esse dispositivo só se faça em casos excepcionais, prevalecendo como regra os limites impostos pela Censura Federal, observado o que dispõe o Art. 113.

Art. 53. Será vedada a apresentação, em rádio e televisão, de espetáculos proibidos para menores de:

- I - dez anos, até as vinte horas;
- II - quatorze anos, até as vinte e duas horas;
- III - dezoito anos, em qualquer horário.

Não é atribuição da Justiça Menorista fixar normas para a Censura Federal. Ao Juiz de Menores cabe fiscalizar a observância do estabelecido pelo Serviço Federal de Censura e ampliar os limites de idade por este fixados, em casos excepcionais, quando verifique que o espetáculo possa influir negativamente na formação da personalidade do menor.

Quando se tratar de exibição de espetáculo através de emissora de rádio ou televisão, que atinja mais de uma Comarca, a autoridade judiciária competente para a fiscalização e a autuação é a do local de emissão, conforme disciplina o Art. 113.

Art. 54. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes e durante sua transmissão, apresentação ou exibição.

Subseção II

Das Casas de Jogo, dos Bailes Públicos e Hotéis

Art. 55. É proibida a entrada de menor de dezoito anos em casa de jogo.

Parágrafo único. Considera-se casa de jogo a que explore apostas, ainda que eventualmente.

O título que encima este artigo refere-se a casas de jogo, bailes públicos e hotéis. Neste artigo cuida-se apenas de proibir a entrada e a permanência de menores de 18 anos em casa de jogo, que vem definida no seu parágrafo único. Não há dispositivo relativo aos bailes públicos. Todavia, dada a rubrica da subseção, a proibição estende-se a eles, devendo a omissão ser suprimida mediante regulamentação através de provimento, com base no Art. 8º.

Art. 56. É proibida a hospedagem de menor de dezoito anos, desacompanhado dos pais ou responsável, em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere.

Parágrafo único. A autoridade judiciária poderá autorizar a hospedagem em circunstância especial. A falta de autoridade judiciária, a autorização será suprida por autoridade administrativa, que oficiará ao Juiz de imediato.

Não se admite que a falta ou ausência do Juiz para autorizar a hospedagem de menor desacompanhado o deixe desabrigado. Por tal motivo, o Código prevê seja a autoridade judiciária substituída por autoridade administrativa, que pode ser qualquer uma, de preferência ligada ao Juizado, como o Curador de Menores e os Comissários de Menores, seguindo-se a autoridade policial.

Referencial legislativo subsidiário: Decreto nº 50.776, de 10/06/1961, Art. 7º.

Subseção III

De outros locais de Jogos e Recreação

Art. 57. É proibida aos menores de dezoito anos a entrada em estabelecimento que explore comercialmente bilhar, sinuca ou congênere.

O menor de dezoito anos está proibido de entrar em estabelecimento que comercialmente bilhar, sinuca ou congênere. Não havendo sentido comercial, entendendo-se como tal a finalidade de lucro, não se deve impedir a participação de menores em simples prática recreativa e em ambiente adequado, desde que observado o Art. 58. Ademais, a simples entrada para fins outros, que não os de jogar ou de assistir, não deve ser proibida, desde que o estabelecimento se dedique exclusivamente ao jogo.

Art. 58. Tendo em vista as peculiaridades locais e os princípios desta Lei, a autoridade judiciária poderá disciplinar:

I - a entrada e a permanência de menor em estádio, ginásio e campo desportivo, em clube e associação recreativa ou desportiva;

II - a entrada e a permanência de menor em boate, salão de bilhar, sinuca, boliche, bocha, ou congêneres;

III - a participação e o comparecimento de menor em competição desportiva;

IV - a participação de menor em festividade pública.

§ 1º - Em qualquer hipótese, é proibida:

a) a permanência de menor de dezoito anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, em lugar referido neste artigo, depois das vinte e quatro horas;

b) a admissão de menor de dezoito anos em sala de jogo;

c) a entrada de menor de dezoito anos em local destinado a espetáculo e serviço de bar para espectadores em veículos, depois das vinte horas.

§ 2º - Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) a existência de instalações adequadas;
- b) o tipo de frequência habitual ao local;
- c) a localização em lugar apropriado;
- d) a adequação do ambiente à eventual frequência de menores.

O poder de disciplina do Juiz não atinge os estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca, boliche, bocha ou congênere, em virtude do que dispõe o artigo anterior, que proíbe, taxativamente, o ingresso de menores em tais locais. Contudo, cabe-lhe o disciplinamento da entrada e permanência de menor em estádio, ginásio e campo desportivo, clube e associação recreativa ou desportiva, e boate, onde, a par de outras atividades, sejam, explorados bilhar, sinuca, boliche, bocha ou congêneres, tais como “totós” e “sinuquinha”, além da participação de menores em competição esportiva e festividade pública, entendendo-se como festividade pública aquela a que o público tenha livre acesso seja ela realizada em recinto aberto ou fechado. No disciplinamento, que terá em vista as peculiaridades locais e os princípios desta Lei, o Juiz atenderá sempre ao previsto nas letras *a* e *b* do §1º, e letras *a*, *b*, *c* e *d* do §2º.

Nos termos da Portaria nº 021, de 25 de setembro de 1979 (DOU de 03/10/79, Parte I, fls. 14.451), a Divisão de Censura de Diversões Públicas, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça, entende que “os chamados divertimentos eletrônicos, eletromecânicos e futebol mecanizado, conhecidos vulgarmente como ‘fliper’, ‘pebolim’ ou similares, pela sua inofensibilidade e caráter lúdico”, devem ficar liberados “desde que explorados, em forma de diversão pública, em locais ou ambientes que...não atentem contra a moral e os bons costumes”. A perfilhar-se tal entendimento, ficam os chamados “fliperamas” sob a fiscalização do Juizado de Menores, a ser disciplinada por provimento ou portaria (Art. 8º), de vez que a este cabe, de acordo com o disposto no Art. 58, §2º, julgar da adequação do ambiente com vistas à eventual frequência de menores.

Menores de 18 anos só poderão assistir a espetáculos com serviço de bar, destinados a espectadores em veículos (tipo “drive in”), até as 20 horas, respeitadas as limitações impostas pelo Serviço Federal de Censura para o espetáculo exibido, e desde que não haja a venda de bebidas alcoólicas, hipótese em que será vedada a permanência de menor de qualquer idade, em qualquer horário.

O SISTEMA FRANCÊS DE PROTEÇÃO AO MENOR

ALGUMAS COMPARAÇÕES COM O SISTEMA BRASILEIRO

*Relatório elaborado durante estágio
realizado no Centre de Formation et de
Recherche de L'Éducation Surveillance, do
Ministério da Justiça Francês. Vaucres-
son, Paris, 1982.*

PARTE I A PROTEÇÃO JUDICIÁRIA

MENORES INFRATORES

O sistema penal francês divide a prática de atos antissociais em três categorias¹:

1. Contravenções – são atos antissociais punidos com penas de até 30 dias de prisão julgados pelos tribunais de polícia;
2. Delitos – são atos antissociais punidos com penas que podem variar de 30 dias a 5 anos de prisão julgados pelos tribunais correcionais e
3. Crimes – são atos antissociais punidos com penas superiores a 5 anos de prisão julgados pelos tribunais do júri.

No que se refere aos menores com menos de 18 anos o sistema preconiza a irresponsabilidade total para os menores com menos de 13 anos, salvo se estes houverem cometido um crime. Para os menores com mais de

¹ A divisão é feita em função da pena e não como no sistema brasileiro, em razão do ato antissocial cometido.

13 e menos de 16 anos, adota-se o princípio da responsabilidade relativa, isto é, é aplicada a pena cominada aos maiores, reduzida à metade.² Para os menores que contam com mais de 16 anos, a responsabilidade do menor é total, salvo se as circunstâncias e a personalidade do menor exigirem que seja declarado irresponsável. (excludente da menoridade)

A primeira vista o sistema francês dá a impressão de ser muito repressivo. Entretanto, a “ordonnance” de 1945 (Estatuto Básico do Direito do Menor Francês) é fundamentada em uma perspectiva de proteção e de reinserção social, dentro dos princípios da irresponsabilidade penal dos menores e do privilégio de jurisdição.

Assim, a irresponsabilidade do menor de 18 anos é a regra. Como consequência, a jurisdição de menores adota, sempre que possível, medidas de proteção, de assistência e de reeducação.

O princípio é geral, isto é, não considera a natureza ou a gravidade da infração, a não ser um indicador da personalidade do menor, é objetivo, pois não se faz referência à noção de discernimento e é absoluto para os menores com menos de 13 anos.

³A solução educativa é, pois, a regra, e a condenação penal se constitui na exceção.

A opção da condenação penal, que só é possível, atualmente, para menores com mais de 13 anos⁴ é determinada pelo exame da personalidade do menor e não pela natureza ou gravidade do ato antissocial cometido e é adotada:

2 Para estes menores, o prazo máximo de detenção provisória é de 10 dias.

3 Existe projeto de mudança da legislação para estender aos menores com menos de 16 anos o princípio da irresponsabilidade total.

4 É possível, teoricamente, condenar-se um menor com menos de 13 anos pela prática de um crime, porém, na prática, isto não ocorre.

a) Quando toda medida reeducativa foi descartada em virtude de frustração de tentativas anteriores ou fugas repetidas de instituições;

b) Quando a prática da infração não se constituir no sintoma de uma inadaptação e que a medida de intimidação parecer preferível como medida reeducativa de chamamento à ordem.

A jurisdição de menores decide sempre centrada no exame da personalidade do menor e não da gravidade do ato antissocial cometido.

O sistema judiciário francês conta com três jurisdições de menores:

- o juiz de menores;
- o tribunal de menores;
- o tribunal do júri para menores.

O juiz de menores pode se constituir em jurisdição de julgamento no que se chama audiência de gabinete nos casos de delitos de contravenções de 5^a classe⁵. Possui, entretanto, poderes limitados, isto é, não pode pronunciar nenhuma condenação penal, nem mesmo condenação pecuniária. O juiz de menores, em audiência de gabinete, pode decidir pela aplicação de uma medida tutelar como: advertência, entrega à família, etc. (com inscrição na folha de antecedentes criminais). Possui funções administrativas de responsável pelo serviço de delegados da liberdade assistida e da fiscalização dos estabelecimentos habilitados a receber menores delinquentes. Nas audiências de gabinete é dispensável a presença tanto do advogado como a do representante do Ministério Público.

O tribunal de menores possui a mesma competência territorial do juiz de menores o qual lhe remete os casos que entende não dever julgar sozinho. Sua competência é de julgar os casos de delito e de contravenções de 5^a classe, com poderes de pronunciar sentenças condenatórias. É, de outra parte, a única jurisdição competente para julgar os crimes praticados por menores com menos de 16 anos. O tribunal de menores é composto pelo

5 A contravenção é de 5^a classe quando a pena aplicável for de 10 a 60 dias de prisão ou o mínimo de 400 francos de multa.

juiz de menores que o preside e por dois assistentes, assessores, nomeados pelo Ministério da Justiça dentre pessoas da comunidade. Nas sessões do tribunal de menores obrigatoriamente devem estar presentes o representante do Ministério Público, o advogado do menor (há designação de um advogado de ofício, se o menor não possuir um) e do responsável pelo menor⁶.

O tribunal do júri para menores conhece dos crimes praticados por menores, quando os autores possuem mais de 16 e menos de 18 anos no momento da prática do ato antissocial. É presidido pelo presidente do tribunal do júri, que é assistido por dois juízes de menores e completado pelo conselho de sentença normal, composto por nove cidadãos sorteados dentre os eleitores da região. O julgamento é sempre secreto e das suas decisões não cabe recurso a não ser em casos excepcionais para a “Corte de Cassação”, o que corresponde, no Brasil, a um recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

As funções do Ministério Público junto ao tribunal do júri de menores são desempenhadas pelo Procurador-Geral ou Magistrado do parquet especialmente encarregado dos processos de menores.

Os Magistrados do Ministério Público têm, no sistema francês, um papel de relevância, podem determinar o arquivamento de um caso de menor gravidade. A ação pública é iniciada pelo Procurador da República que funciona junto ao tribunal de menores ou pelo seu “substitut” encarregado de todas as funções cometidas ao Ministério Público. Quando o Ministério Público decide dar início ao procedimento apresenta uma denúncia ao juiz de menores ou ao juiz de instrução nos casos mais complexos e quando há a participação de maiores. O juiz de instrução apenas faz a instrução do processo, terminando sua prestação jurisdicional ao encaminhar os autos para o juiz de menores. O Ministério Público acompanha, necessariamente, toda a formação do processo e o seu julgamento.

6 Há na França cerca de 60.000 julgamentos anuais efetuados por 300 tribunais de menores.

MENORES INFRATORES - INTERVENÇÃO JUDICIAL



O juiz de menores acumula, normalmente, os poderes de instrução e julgamento, existindo, como no sistema brasileiro, uma concentração vertical dos poderes do juiz, isto é, o mesmo Magistrado instrui, julga e controla a execução de sua decisão.

Quando se tratar de prática de atos antissociais menos graves, classificados como contravenção até 4^a classe, a competência se desloca para o chamado tribunal de polícia. Nestes casos, para os menores com menos de 13 anos, a única medida possível é a advertência, uma vez que a pena de multa tem caráter penal e, portanto, só pode ser aplicada aos menores com mais de 13 anos, tendo em vista a irresponsabilidade penal absoluta para menores abaixo desta idade. O julgamento obedece as regras de publicidade restrita e o juiz do tribunal de polícia pode encaminhar o caso para o juiz de menores, se entender que o menor deva ser colocado sob o regime de liberdade assistida.

Na França se dá uma grande importância à reparação civil. Quando houver um prejuízo causado pela prática de ato antissocial praticado por menor a vítima se constitui em parte civil com finalidade de se ressarcir do prejuízo, junto o juiz de menores do juiz de instrução ou mesmo diante do tribunal de menores e do tribunal do júri para menores.

MENORES EM PERIGO

A proteção dos menores em perigo⁷ está juridicamente estabelecida por uma lei de 1970 que modificou o código civil no referente ao pátrio poder.

“Se a saúde, a segurança ou a moralidade de um menor não emancipado estiverem em perigo, ou se as condições de sua educação estão gravemente comprometidas, medidas de assistência educativa podem ser ordenadas na justiça de menores, a requerimento do

7 No Brasil, o art. 2º da Lei 6.697 de 10/10/1979 (Código de Menores) confere aos Magistrados menoristas brasileiros o poder de intervenção nos casos de comprometimento da subsistência, saúde, instrução, moralidade e segurança física do menor.

pai e mãe em conjunto ou separadamente, do guardião, do tutor, do próprio menor ou Ministério Público. O juiz pode tomar providências em caso excepcional”.

A importância do novo texto legal é acentuada pela modificação da concepção do pátrio-poder. A nova lei apresenta a autoridade parental muito mais como uma interação entre pais e filhos do que um “poder” de dominação parental como um conjunto de direitos e deveres conferidos a ambos os pais, isto é, preconiza a coparticipação entre pai e mãe, ficando afastada a ideia de ser o pátrio poder uma prerrogativa exclusiva do pai.

A intervenção judicial nos casos de menores em perigo tem caráter preventivo e, portanto, a medida judicial a ser imposta deve sempre preconizar a adesão da família do menor para a solução entendida como a mais apropriada como, também, a manutenção do menor no seu meio natural.

O sistema francês atual admite uma intervenção puramente administrativa, vale dizer, sem intervenção judicial. O critério da competência administrativa foi fornecido pelo decreto de 07/01/1959.

“Exercer uma ação social preventiva junto das famílias quando as condições de existência colocam em risco a saúde, a segurança ou a moralidade dos seus filhos.”

Nestes casos, o Ministério da Saúde, através da D.A.S⁸ e da D.D.A.S.S⁹, tem o direito de intervir. A grosso modo, a D.D.A.S.S deve organizar uma proteção social global, ficando para justiça menorista a intervenção em casos específicos definidos pela

8 Direção da Ação Social

9 Direção Departamental dos Assuntos Sanitários e Sociais

noção de conflito e de risco para o menor em casos de urgência. Como é o Ministério da Saúde, através da D.D.A.S.S quem financia as obras particulares¹⁰, que cumprem mandado judicial de assistência aos menores, vem ocorrendo uma situação de conflito provocada: 1º) pela ausência de normas esclarecedoras da repartição da competência e; 2º) pela interferência da D.D.A.S.S no controle das medidas impostas pelos Magistrados menoristas.

Para a resolução deste problema quer nos parecer que a solução possível é o estabelecimento de normas bem precisas sobre a competência judicial e a administrativa, centrada na autoridade parental, isto é, quando houver a necessidade de uma interferência na autoridade parental para a salvaguarda da garantia do direito e da liberdade, a competência seria judicial, a qual possibilitaria uma discussão jurídica da medida a ser imposta. De outra parte, quando a autoridade parental permanecer intocada, quer pela solicitação dos responsáveis pelo menor de uma ajuda social, quer pela concordância expressa com a medida sugerida, o caso torna-se puramente social e a competência é exclusivamente administrativa.

TUTELA PARA SALÁRIO FAMÍLIA E AJUDAS SOCIAIS

Na França o número de auxílios sociais prestados pelo Estado é considerável, principalmente para as crianças, como por exemplo:

- auxílio para famílias numerosas (mais de 02 filhos);
- auxílio para moradia;
- auxílio para educação especializada a destinado a crianças doentes;
- auxílio para crianças excepcionais, inclusive filhos maiores;
- auxílio para complementação de salário mínimo e para moradia de mães solteiras, em certos casos.

Estes benefícios sociais são deferidos a pessoas que têm a guarda de crianças, são os menores que são os verdadeiros beneficiários, não constituindo a ajuda um complemento de

10 Na França, há cerca de 900 obras particulares que se ocupam de menores.

salário, a não ser o auxílio moradia que tem características de complementação salarial.

Evidentemente existe a necessidade de um controle por parte do Estado, no que se refere à aplicação destes benefícios, uma vez que são os menores e não os pais os sujeitos desse direito.

O Código da Segurança Social da França dispõe:

“Nos casos em que os filhos tenham direito à ajuda familiar e se as condições de alimentação, de moradia e de higiene se encontram manifestamente comprometidos ou se o montante do auxílio recebido não é empregado no interesse dos filhos, o juiz pode ordenar que uma parte ou o total dos auxílios recebidos, sejam administrados, não mais pelo chefe da família, mas por uma pessoa física ou jurídica qualificada, chamada Tutor para Ajudas Sociais”.

A abertura da tutela para a ajuda social pode ser requerida pelo:

- Pai, mãe ou pessoa investida no direito de guarda e que receba, em nome do menor, o benefício;
- Pessoa que tem a guarda permanente e efetiva do menor;
- Prefeito;
- Entidades que pagam os auxílios;
- Diretor regional de segurança social;
- Inspetor regional das leis sociais na agricultura;
- Diretor departamental da ação sanitária e social;
- Procurador da República – Ministério Público.

Após procedimento regular e secreto o juiz nomeia um tutor, pessoa física ou mesmo uma pessoa jurídica, vale dizer, uma instituição que se encarrega deste tipo de tutela.

O tutor presta contas periodicamente e deve exercer uma ação educativa sobre os pais do menor, tendo como objetivo a readaptação completa da família.

A PROTEÇÃO JUDICIÁRIA DOS JOVENS MAIORES

A proteção judiciária dos jovens maiores ficou disciplinada pelo decreto de 18 de fevereiro de 1975, que fixou as diversas modalidades de intervenção em favor dos jovens maiores, ou seja, até os 21 anos de idade.

Na prática, se trata, quase sempre, da continuação de uma medida imposta anteriormente. Em casos excepcionais o juiz pode proporcionar ao jovem maior uma medida que não seja de continuação de uma anteriormente imposta.

A decisão é sempre feita a pedido, com o acordo do jovem maior e a execução da medida pode ser confiada tanto a um estabelecimento público como a um particular habilitado.

A medida pode ser:

- Observação por um serviço de consultação ou meio aberto;
- Ação educativa em meio aberto;
- Manutenção ou admissão em um estabelecimento especializado que assegure: moradia, orientação e educação ou formação profissional.

A cessação da medida pode ser provocada pelo próprio beneficiário, por proposição da entidade ou mesmo *ex officio* pelo próprio juiz.

AS MEDIDAS

As medidas colocadas à disposição do juiz de menores e do juiz de instrução, em caráter provisório são: as de confiar provisoriamente:

- a) A seus pais, ao seu tutor ou à pessoa que tenha sua guarda ou, ainda, a pessoa digna de confiança;
- b) A um centro de recolhimento;
- c) A uma seção de acolhimento de uma instituição pública ou particular habilitada;
- d) Ao serviço de assistência à infância que encaminha o menor a um estabelecimento de hospedagem;
- e) A um estabelecimento ou a uma instituição de educação, de formação profissional ou de ajuda, do Estado ou particular, habilitada.

f) A serviços hospitalares (psiquiátricos ou clínicos).

O menor com menos de 13 anos não pode ser colocado provisoriamente em casa de detenção a não ser em casos excepcionais e o menor com menos de 16 anos não pode ser detido por tempo superior a 10 dias.

As medidas tomadas pelos juízes de menores em audiência de gabinete, pelos tribunais de menores e pelos tribunais do júri para menores oscilam desde a advertência até a prisão do menor, passando pela imposição do regime de liberdade assistida, colocação em instituição de educação assistida e outras.

PARTE II

AS OBRAS

Existe um problema fundamental na jurisdição menorista de todo o mundo e que se constitui pela ausência do que se pode chamar de retaguarda, isto é, a existência de um sistema capaz de dar uma resposta aos problemas detectados, vale dizer, dar cumprimento às decisões proferidas. Como o direito do menor é centrado no exame da personalidade do jovem infrator e não com fundamento no ato antissocial cometido, aparece uma primeira necessidade: o de se examinar a personalidade do menor infrator. De outro lado existe uma necessidade urgente: o estabelecimento de uma medida provisória, que não pode demandar muito tempo sob pena de ineficácia. Passaremos a descrever, de maneira sucinta, os diversos tipos de obras existentes no sistema francês de proteção ao menor.

SERVIÇOS JUNTO AOS TRIBUNAIS

Como resposta à necessidade de um rápido diagnóstico para embasar uma decisão provisória existe junto da Chefatura Central de Polícia de Paris um serviço de educação assistida para os menores do sexo masculino e um outro para os menores do sexo feminino.

O funcionamento é absolutamente simples. *Todos os menores apreendidos são colocados em um depósito central. A polícia apresenta, junto com o menor, um inquérito que esclarece*

os aspectos criminais do caso. O Serviço de Educação Assistida, até às 14 horas, todos os dias, apresenta um sumário do caso, por escrito, ao juiz.

A estrutura do serviço é a seguinte: trabalham 11 educadores, 1 diretor, 2 chefes de serviço e 1 assistente social. Existe a possibilidade de albergar, por prazo que não pode exceder 72 horas, menores que apresentam como solução o recambiamento ao local de origem (casos de fugas do lar), com capacidade para 6 menores (3 quartos).

Com o sumário, o S.E.S¹¹ propõe ao juiz uma solução que pode se transformar em definitiva em certos casos.

O S.E.S para menores do sexo masculino atende cerca de 150 casos por mês.

Junto ao Tribunal de Menores de Versalhes existe um serviço semelhante.

O menor comete um ato antissocial e é detido pela autoridade policial. O respectivo inquérito é enviado ao Ministério Público que pode enviar o caso para o serviço de orientação educativa que funciona junto ao tribunal, com o objetivo de fazer um estudo, apresentar uma fotografia da situação atual do menor e propor uma solução provisória. O serviço tem um duplo objetivo: fazer uma sugestão ao juiz e diminuir o número de menores detidos nas casas de detenção. Em 1981 o serviço atendeu, até o mês de setembro, a 103 casos, sendo 91 do sexo masculino e 12 do sexo feminino. Este serviço não é obrigatório e o juiz pode não acolher a sugestão oferecida. Funciona com 4 educadores, 1 secretária, 1 chefe e, eventualmente, com estagiários. As medidas propostas variam: imposição e regime de liberdade assistida, mandado de consultação, reintegração à família, colocação em estabelecimento de hospedagem. Na hipótese de proposição de colocação de menor em instituição de acolhimento, o serviço solicita a vaga correspondente. Em Versalhes este serviço começou em 1969.

11 Service de l'EducationSurveillée – Serviço de Educação Assistida

CONSULTAÇÃO¹²

Quando um menor com menos de 18 anos comete um ato antissocial, típico, via de regra, o juiz de menores determina uma consultação, isto é, um estudo sobre o menor. A consultação é o tipo de estudo da personalidade do menor comportando a coordenação de quatro técnicas base: a pesquisa social, o exame médico, o exame psicológico e o exame psiquiátrico.

As *consultations* francesas são organismos simples e a equipe que intervém é reduzida.

Uma *consultation* padrão funciona em 3 salas alugadas de um edifício e é composta de 5 educadores, 1 assistente social, 1 psicólogo e 1 psiquiatra. Cada educador atende cerca de 20 casos. O tempo de estudo da personalidade do menor vai depender, essencialmente, da pesquisa social e o laudo respectivo é apresentado em prazo médio de 2 meses. O estudo é efetuado pelos técnicos, individualmente, mas é discutido pela equipe. Há, assim, a necessidade de uma coordenação bem feita.

A diferença fundamental entre as obras congêneres brasileiras (C.R.T/C.E.D.I.T) é que, na França, o estudo é efetuado quase sempre com o menor no seu próprio meio natural, em meio aberto. Esta técnica de “observação” em meio aberto é recente e sua superioridade consiste no fato de que o comportamento observado é natural, com os fatores de distorção e de rupturas, introduzidos pelo internamento do menor, afastados.

Existem, também, as *consultations* efetuadas com o menor colocado em uma casa-larfoyer de que nos ocuparemos mais adiante.

Não existe mais, na França, “serviço” de observação em meio aberto, de caráter autônomo pois, agora, são integrados em complexos educativos.

12 No Brasil existem os chamados C.R.T (Centros de Recepção e Triagem) ou C.E.D.I.T (Centros de Diagnóstico e Indicação de Tratamento) que fazem o trabalho das “consultations” francesas

A LIBERDADE VIGIADA

A liberdade vigiada tem uma origem inglesa e consiste em deixar o infrator em liberdade mediante condições impostas pelo juiz. Um assistente social exerce o papel de controle e ajuda.

Inicialmente, na França, a sua execução era entregue a delegados benévolos que não possuíam formação específica.

Especificamente para os menores, após a *ordonnance* de 1945, o Ministério da Justiça constitui, progressivamente, um corpo de delegados profissionais¹³.

CASAS LARES – FOYERS

O acolhimento de menores em casas-lares tem o seu fundamento na necessidade de uma reeducação intermediária entre o internato e a devolução do menor ao seu meio natural.

Na França, as casas-lares se constituem em pequenas unidade, com capacidade para uma dezena de menores, funcionando em apartamentos, geralmente alugados. Os menores são acolhidos por mandado do juiz de menores e geralmente contam mais de 13 anos idade. Uma característica digna de nota é que as casas-lares são mistas isto é, acolhem menores de ambos os性os, havendo, também, educadores e educadoras trabalhando na mesma unidade. Informações colhidas junto às direções e aos educadores nos dão conta de que esta experiência de acolhimento de menores de ambos os性os foi altamente positiva, não havendo nenhum problema de natureza sexual no funcionamento da casa lar.

A estrutura administrativa é singela, composta basicamente de 10 educadores, 1 cozinheira, 1 chefe de serviço educativo e um guardião noturno (pessoa que fica à noite). Fisicamente as obras se constituem em 3 quartos, 1 cozinha, 1 escritório e uma sala de jantar.

13 Delegué à la liberté surveillée

Os *foyers* trabalham com um sistema de *consultation* e de *milieu ouvert* e funcionam, também, como um recolhimento provisório de urgência.

CASAS DE DETENÇÃO

Existem os chamados casos difíceis, os multirreincidentes, os ineducáveis. Para estes casos, no passado (1850/1912) a solução era a eliminação do problema com o internamento do menor em um regime muito duro, em “colônias correcionais”. É claro que no plano da reeducação esta não é a solução.

O sistema francês atual admite a detenção provisória do menor em uma casa de detenção¹⁴. As razões que podem determinar esta medida são, basicamente: a gravidade da infração, complexidade do processo, multirreincidente. Existe uma proibição legal para detenção de menores com menos de 13 anos e os infratores com menos de 16 e mais de 13 anos só podem ficar detidos provisoriamente por prazo que não pode exceder 10 dias.

Os menores franceses, a partir de 13 anos, podem sofrer uma condenação penal. Na maioria dos casos a condenação é com sursis e, quando esta é sem sursis a pena aplicável em sua maioria, é inferior a quatro meses.

As penas são cumpridas em estabelecimentos penais destinados a maiores, porém, em alas separadas dos mesmos.

O problema dos menores encarcerados é atualmente estudado com profundidade para uma possível solução. Prevê-se para breve uma mudança na legislação para que um novo texto legal proíba a detenção de menores com menos de 16 anos. O sistema francês tende a se tornar, cada vez mais, menos repressivo.

14 No final do mês de outubro de 1981, na Maison d'Arret de Bois d'Arcy estavam detidos 30 menores.

COMPLEXOS EDUCATIVOS

A evolução do funcionamento das obras destinadas a acolher menores convergiram para dois tipos de complexos educativos: os centros de orientação e de ação educativa e as instituições especiais de educação assistida.

Os centros de orientação e de ação educativa nasceram do agrupamento, em uma única instituição, das casas de acolhimento, do serviço de meio aberto, da consultação, da colocação em lar substituto e do serviço social.

Este tipo de entidade dá resposta a uma necessidade do estabelecimento de uma medida provisória durante a formação do processo.

Possuem uma tendência de adaptação no meio sociocultural e podem ser instalados nos bairros periféricos das cidades, exatamente naqueles onde existe elevada taxa de inadaptação social.

O trabalho é centrado na equipe multidisciplinar da consultação que não mais se limita à elaboração do diagnóstico inicial, porém, assume a direção do tratamento. Os Centros permitem uma estreita ligação com o juiz de menores e servem de equipamento de base.

Atualmente existem cerca de 40 centros de orientação e de ação educativa em toda a França.

Todas as modalidades de intervenção educativa destinadas a proporcionar a reeducação de menores foram agrupadas nas Instituições Especiais de Educação Assistida¹⁵.

As I.S.E.S se constituem na modernização dos antigos internatos que foram completamente abertos e trabalham hoje com diversas opções dentro do mesmo complexo:

- Casas-lares (*foyers*) – os menores residem na instituição e, fora dela, têm seus estudos ou sua aprendizagem;
- Jovens trabalhadores – os menores moram na instituição e trabalham fora dela;

15 I.S.E.S (Institution Special de l'Education Surveillance)

- Semi-internato – os menores continuam com suas famílias, mas vão todos os dias para a instituição para receber estudos e profissionalização;
- Externato – os menores participam de atividades de lazer e de férias (ajuda aos educadores que trabalham em meio aberto).

AS OBRAS DESTINADAS A VICIADOS EM DROGAS

Existe em Paris e no interior da França diversas entidades, quer públicas quer privadas, reconhecidas pelo Estado, que dão resposta ao problema da droga. Porém, não existem estabelecimentos que se ocupem exclusivamente de menores drogados. A instituição particular que visitamos, localizada no bairro de Boulogne, em Paris, atende, indistintamente, a menores e a maiores. Funciona com 3 unidades e em 3 locais diferentes: uma consultação e duas unidades terapêuticas.

Na consultação não há médicos ou medicamentos. O interessado vem só ou é trazido pelos pais ou, ainda, acaba de sair da prisão ou do hospital. O trabalho é desenvolvido pelos psicoterapeutas e, quase sempre, o paciente passou pelo pavilhão terapêutico. Estes pavilhões, com capacidade para sete internamentos em cada unidade trabalham com 17 terapeutas. O seu objetivo é acolher os casos chamados judiciaários. Há um período chamado de ruptura, de 3 semanas, durante o qual o paciente é sempre acompanhado. O tempo de permanência na obra é de, no máximo, 3 meses e, após o período de ruptura, o paciente é ajudado a organizar o seu dia a dia. Há, entretanto, muitos casos de reincidência e a obra atende, em média, a cerca de 90 casos por ano.

PARTE III

A EDUCAÇÃO ASSISTIDA

OS OBJETIVOS

O sistema francês de proteção ao menor tem o seu fundamento na educação assistida e, portanto, no trabalho de cerca de 4.000 educadores espalhados em todo território francês.

Os menores que apresentam problemas são, na sua grande maioria, originários da região do Magreb (Argélia, Marrocos e Tunísia) aparecendo ainda, um contingente expressivo de menores portugueses. A explicação é bastante singela: o número de imigrados que vivem na França é de, aproximadamente, 7% de toda a população e são os imigrados que apresentam uma maior taxa de natalidade e constituem a parcela mais desfavorecida da população. As causas que têm sido detectadas como favorecedoras dos problemas apresentados pelos menores são as de natureza econômica, a não integração dos imigrados ao sistema de vida francês, além do rejeito social (racismo). A consequência direta é o aparecimento de choques com a vida de relação.

O papel da educação assistida, como de resto todo o sistema de proteção ao menor, será o de fornecer aos menores com problemas uma resposta, um programa de vida, que sejam os mais próprios, os mais ajustados às suas necessidades.

A FORMAÇÃO DOS EDUCADORES

Existem na França três escolas públicas de formação de educadores e um centro de formação permanente. As três primeiras são: a Escola de Paris, a de Savigny e a de Toulouse e o centro de formação permanente está situado na periferia de Paris (Vaucresson).

Exige-se para os candidatos que se submetem ao concurso para a formação dos educadores o curso secundário completo. Entretanto, o mais comum, é o aparecimento de candidato universitário, especialmente o que frequenta curso de ciências humanas.

A formação é paga, isto é, aprovado no concurso, o aluno passa a receber cerca de 750 dólares mensais, durante toda a sua formação que é de dois anos.

O primeiro ano é destinado ao estágio. O estagiário acompanha um educador, o qual faz uma avaliação do candidato. Os estágios são efetuados nos diversos tipos de obras que compõem o sistema de proteção ao menor (casas-lares, consultações, brigada de menores, hospital psiquiátrico, serviço de liberdade assistida, tribunal de menores).

No segundo ano de formação o candidato faz o seu projeto individual de formação, isto é, avalia as carências de sua formação individual. Todas as semanas há um curso para estagiários de matérias que os candidatos sentiram necessidade para o seu futuro trabalho, como: direito, sociologia, psicologia, criminologia, primeiros socorros, etc. constantemente são feitos pequenos grupos para discussão de problemas específicos, tais como: violência, drogas, prostituição, sexualidade feminina, problemas ligados à imigração. Para fazer parte dessas reuniões são convidados especialistas das respectivas áreas.

Este esquema é utilizado pela Escola de Paris. A Escola de Savigny possui um esquema semelhante. A matrícula inicial é feita por concurso público (3.000 candidatos para 800 vagas). Atualmente a Escola de Savigny conta com 180 candidatos em formação. O método utilizado é, como na Escola de Paris, o da prática para a teoria. No primeiro ano são feitos os estágios práticos nas diversas obras. Os candidatos deverão frequentar, durante sua formação, seis semanas teóricas (seminários) sobre variados assuntos. No segundo ano os estagiários fazem um projeto de trabalho para examinar, na prática, quais os problemas apresentados pelos jovens (um estagiário fez um projeto de viver em Paris sem dinheiro).

Após o curso de formação há exames (escrito e oral). A parte escrita é constituída por um documento que o candidato apresenta fornecendo um relatório de tudo o que fez, de toda a sua formação. A parte oral se constitui na discussão de sua formação. Durante o aprendizado é efetuada uma avaliação da aprendizagem e dos objetivos do educador, além da verificação constante da sua problemática pessoal.

PARTE IV

CONCLUSÕES

Uma comparação entre os sistemas francês e brasileiro de proteção ao menor nos fornece uma certeza da superioridade do primeiro no que se refere às respostas fornecidas pelo poder público ao problema do menor. O sistema francês apresenta uma maior flexibilidade de programas e obras postos à disposição do poder judiciário para a adequada imposição da medida protetiva ou reeducativa. Por outro lado, existe uma adequada integração entre polícia-justiça de menores-Ministério da justiça no referente ao problema do menor infrator.

A legislação, entretanto, no sistema francês, deixa muito a desejar. A não existência de um Código de Menores como no sistema brasileiro aliada a problemas de competência entre a justiça menorista e os Ministérios da Saúde e da Solidariedade quanto aos menores em perigo moral ou à assistência aos menores carenciados nos dão conta da necessidade de uma reformulação na legislação. De outra parte, um menor francês pode, legalmente, receber uma resposta repressiva (prisão) se contar com mais de 13 anos de idade, o que, presentemente, ocasiona um esforço dos especialistas franceses no aprimoramento de sua legislação menorista.

O sistema brasileiro, apesar de contar com uma legislação adequada não tem o grau de integração entre os diversos setores encarregados de dar uma resposta ao problema do menor, notadamente no caso do menor infrator (FUNABEM/FEBENS/JUIZADOS DE MENORES/POLÍCIA). Uma outra falha no sistema brasileiro é a não especialização dos Juízes e Curadores de Menores, o que dificulta sobremaneira uma desejável integração de todo o sistema.

NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO MENOR

*Artigo originalmente publicado em
Infância e juventude - Revista da
Direção-Geral dos Serviços Tutelares de
Menores, nº 4, outubro e dezembro de
1982. Lisboa – Portugal.*

A divisão do direito em diversos ramos se verificou como decorrência do desenvolvimento da ciência jurídica.

Nos sistemas jurídicos da antiguidade, as normas eram gerais, não aparecendo especializações por matérias.

A distinção entre Direito Público e Privado tem uma origem tradicionalmente romana.

Ulpiano dividia as leis em públicas e privadas, pelo interesse que elas asseguravam. Para os romanos, o direito público se constituía no conjunto de preceitos que se referiam à coisa pública: “*ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat*”, ao passo que o direito privado, “*quod ad singulorum utilitatem pertinet*” (*Digesto*, livro I, tít. I, Lei L), era o conjunto das leis pertinentes ao interesse dos particulares.

O processo de divisão do direito em especializações tem origem na Idade Média, principalmente com a separação do direito civil do direito canônico. O processo de divisão foi acelerado como uma consequência da complexidade crescente das modernas civilizações e, hoje, tende a uma grande diversificação.

Entretanto, o estabelecimento de um critério racional que permita estabelecer uma perfeita distinção, se constitui em um problema ainda não satisfatoriamente resolvido, tendo em vista as dificuldades apresentadas.

A distinção romana fundamentada no interesse é imprecisa porque os interesses do Estado e os dos indivíduos estão, muitas vezes, tão intimamente associados, que é impossível estabelecer-se a separação.

Realmente, grande parte das relações existentes entre particulares interessam “socialmente” à coletividade.

Savigny apresentou uma distinção de fundo teleológico, um critério finalista. No direito público a comunidade, a sociedade, o Estado, seria o fim supremo enquanto que, no direito privado, o indivíduo é que emerge como objetivo último do direito.

A estes critérios materiais se acrescentaram critérios formais. A distinção do ponto de vista formal seria uma decorrência do *imperium*, prerrogativa que emana da soberania do Estado. Pertencem ao direito público as normas reguladoras de relações onde o Estado age com *imperium*, sendo de direito privado os dispositivos reguladores de interesses particulares.

Outro critério distintivo é o da obrigatoriedade do direito público. O direito privado é um “*iusdispositivum*”, de simples disposição, enquanto que o direito público, é “*iuscogens*”, impõe uma ação ou omissão sem perquirir a vontade dos indivíduos.

Alguns autores, entretanto, negam a distinção entre direito público e direito privado ou, ao menos, tendem a atenuá-la. Entre estes podemos citar: Hans Kelsen, Léon Duguit, Posada e Renard.

Existe hoje uma corrente que adopta uma divisão tripartida do direito, isto é, além da divisão entre direito público e privado, acrescenta-se uma outra, o direito social, que seria aquele que embora destinado a amparar indivíduo, interessa a toda a comunidade.

Para situar-se o direito do menor dentro destas classificações torna-se necessário conceituar este novo ramo do direito.

Trata-se de uma nova ramificação com raros antecedentes doutrinários, o que torna difícil sua exata conceituação.

Vem sendo chamado de direito do menor, direito tutelar, direito protecional e legislação de menores. Para o professor José Pedro Achard este novo ramo do direito tem por objeto o estudo

da atividade comunitária em relação ao menor, especialmente naquilo em que a situação do mesmo se apresentar irregular, tanto do ponto de vista social como do ponto de vista familiar.

Para Juán Landó, citado por Rafael Sajón em sua obra *Nuevo Derecho de Menores*, é o conjunto de disposições que têm por objeto regrar a atividade comunitária em relação ao menor.

Daniel Hugo d'Antonio parte de uma posição privatista e conceitua: um ramo do direito privado cujas normas, de marcas das conotações tutelares, refere-se a tudo o que concerne com a pessoa e os interesses do menor. É certo que mais adiante ressalta que, ainda que diga respeito a todos os menores, deve-se destacar a relevância que para esta matéria possui o estudo do menor em situação de desproteção ou abandono.

Para o mestre argentino Rafael Sajón, o direito do menor não pode estar inteiramente catalogado na esfera do direito público ou do direito privado, constituindo-se em um complexo onde há uma predominância de normas de interesse público.

Os que adotam uma posição de divisão tríplice do direito e, entre os quais citaremos o professor uruguai José Pedro Achard, o direito do menor se situa, como o direito do trabalho, na área do direito social.

Não podemos concordar com o professor argentino Hugo d'Antonio quando este diz que as normas de direito do menor dizem respeito a todos os menores e, portanto, possuem características nítidas de direito privado.

A doutrina brasileira, sustentada por Alyrio Cavallieri, possui muito mais consistência e objetividade. Para o mestre brasileiro o menor que deve ser assistido, amparado ou reeducado é o que se encontra em situação irregular, isto é, em estado de patologia social ampla. O conceito proposto pelo menorista brasileiro é, portanto: "o conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção".

O francês Phillip Robert qualifica o estágio atual, atingido pelo desenvolvimento histórico do direito do menor como dualista, ou seja, dentro de cada ramo principal do direito coexistem disposições relativas ao direito comum e ao direito do menor.

Tratando-se de um desgalhamento novo da árvore jurídica a exata compreensão de sua natureza jurídica torna-se igualmente difícil, também em razão de não haver ainda uma doutrina estratificada.

Entretanto, quer-nos parecer, que há uma nítida separação entre o direito civil, principalmente no que se refere ao direito da família e o direito do menor. De fato, no direito do menor o Estado assume uma posição de defesa, assistência e reeducação de uma parcela da sociedade desprotegida em razão de ser um segmento da sociedade ainda em formação e se encontrar em uma situação anormal, de patologia social.

A jurisdição de menores está hodiernamente tendendo a intervir somente nos casos de fatos antissociais cometidos por menores, ou nos casos em que o mesmo se encontre em situação anormal ou em perigo, isto é, deixando de lado todas as questões que dizem respeito ao direito de família.

CONCLUSÃO

Pela natureza de suas normas, o direito do menor é "*iuscogens*" onde aparece a vontade do Estado fazendo valer a sua vontade, tendo em vista sua obra protacional e ordenadora.

Segundo a distinção romana, também o direito do menor está situado no direito público, uma vez que há um nítido interesse do Estado na proteção e reeducação dos seus futuros cidadãos, que se encontram em uma situação irregular.

Também no critério finalista de Savigny, o direito do menor está fixado no compartimento do direito público. O fim último do direito do menor é o interesse geral da sociedade, do próprio Estado, diante do qual deve submeter-se o direito individual.

Diante do exposto, infere-se, claramente, que o direito do menor, ainda que utilizando mecanismos jurídicos que são próprios do direito privado, situa-se exclusivamente dentro do direito público.

BIBLIOGRAFIA

- ACHARD, José Pedro: *Cursos de Especialización de Jueces de Menores (Aspectos Jurídicos)*. Ed. IIN, Montevideo, Uruguay, 1973.
- ANTONIO, Daniel Hugo d': *Derecho de Menores*, Ed. Perrot, Buenos Aires.
- CAVALLIERI, Alyrio: *Direito do Menor*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1976.
- ROBERT, Philippe. *Traité de Droit de Mineurs*. Ed. Cujas, 1969.
- SAJÓN, Rafael: *Nuevo Derecho de Menores*. Ed. Humanitas, Buenos Aires, 1967.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DO MENOR

Separata do livro Ministério Público, direito e sociedade. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Editor Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: 1986. Páginas 65 – 75.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os Estados modernos estão reconhecendo, cada vez com mais intensidade e em maior número, a existência de um direito novo, autônomo, tutelar, o Direito do Menor. Ganhando foros de autonomia, é preciso que se construa uma nova doutrina, novas concepções, novos institutos jurídicos que permitam, não só a sua exata compreensão mas, também, a aplicação precisa, pois o Direito do Menor não se conforma aos princípios do Direito Penal e do Direito Civil.

Até meados do século XIX, os códigos penais não diferenciavam o delinquente adulto do menor infrator. Se o Juiz ou o Tribunal entendesse que o menor possuía um desenvolvimento mental capaz de compreender a significância de seus atos, sua responsabilidade penal era reconhecida.

A evolução do direito do menor e a sua independência do direito penal resultaram em duas correntes: uma, penalista, que não podia admitir a impunidade radical e incondicional. Aceitava, isso sim, que o menor estivesse sujeito a um direito penal atenuado, mais brando. A outra corrente, a que chamaríamos de progressista, tem caráter preventivo e é orientada para o estudo

do sujeito que comete o ato antissocial, sua personalidade, as motivações que o levaram à prática do ato e o estudo de seu meio social. Trata-se de um direito cada vez mais individualizado.

Podemos dizer que o desenvolvimento desse novo direito é caracterizado pelo fato de que os meios repressivos decorrentes da aceitação da responsabilidade cederam lugar às instituições de caráter sócio-psico-pedagógico. As sanções aplicáveis contra os jovens infratores foram substituídas por medidas aplicadas no seu interesse. Esse sistema de instituições de tratamento separa o direito dos menores do sistema de direito penal comum.

O Direito do Menor também não mais identifica com o Direito Civil.

A proteção do menor está intimamente ligada à ideia do pátrio poder. O pátrio poder, tal como era concebido no direito romano, *ius vitae necisque*, esteve muitos séculos cristalizado.

O Código Napoleônico serviu de veículo para espalhar na Europa esta posição absoluta.

Não foi fácil nem tranquila a mudança. Quando as ideias no domínio penal evoluíram, os direitos do pai perderam o rigor antigo e os direitos absolutos foram sendo limitados em diferentes planos, segundo, evidentemente, as concepções e tradições de cada país. Em hipóteses muito flagrantes de abuso de pátrio poder, os pais passaram a ser objetos de uma sanção civil. Posteriormente, os menores considerados em perigo foram sendo protegidos, através de intervenção judiciária, que passou a limitar ou até mesmo, em casos extremos, a suspender ou inibir o exercício do pátrio poder. Estas medidas tinham o caráter tuitivo e não de sanção contra os pais.

Chegamos, então, a um direito do menor moderno, autônomo, que considera o menor um “sujeito de direitos” e não um simples “objeto de direitos”, segundo nos ensina o grande mestre francês Jean Chazal.

No Brasil, a autonomia do Direito do Menor pode ser comprovada pela edição do primeiro Código de Menores da América Latina, em 1927 e, até mesmo, por uma autonomia didática, pois há mais de 10 anos algumas universidades do nosso país introduziram a disciplina “Direito do Menor” como matéria independente.

Pela natureza de suas normas, o “Direito do Menor” é *iuscogens* onde aparece a vontade do Estado fazendo valer sua vontade, tendo em vista sua obra protecional e ordenadora.

Segundo a distinção romana, fundamentada na predominância dos interesses do Estado e os do indivíduo, igualmente o Direito do Menor está situado na esfera do direito público, uma vez que há um nítido interesse do Estado na proteção e reeducação dos seus futuros cidadãos, que hoje se encontram em situação anormal, irregular.

Também no critério finalista de Savigny, o Direito do Menor está fixado no comportamento do direito público o fim último do direito do menor é o interesse geral da sociedade, do próprio Estado, diante do qual deve submeter-se o direito individual.

Diante do exposto infere-se, claramente, que o Direito do Menor, ainda que utilizando mecanismos jurídicos que são próprios do direito privado, situa-se exclusivamente dentro do direito público.

Temos defendido a tese de que o Direito do Menor se constitui em um conjunto de normas jurídicas de interesse público e de direito público. Esta posição é facilmente demonstrável se atentarmos para o fato de que as legislações de menores reconhecem uma modalidade de proteção diferente da prevista no Direito Civil.

Qual seria, então, essa diferença?

A proteção legal que se dá à menoridade no direito provado é referente aos interesses do menor e, quase sempre, a um interesse específico, isto é, para atos concretos e determinados. Esta proteção é efetuada aos menores, da mesma maneira que se defende, dentro da legislação civil brasileira, o louco de todo o gênero, o surdo-mudo, que não pode exprimir a sua vontade, os ausentes, os pródigos e os silvícolas.

No âmbito do Direito do Menor a proteção é de outra ordem, pois a finalidade tuitiva que se quer alcançar é completamente diferente: tem por única finalidade velar pela pessoa do menor no sentido de ser causa para transformar o menor em um ser socialmente adaptado.

Tem cabimento aqui a citação do que ensina Luiz MendiábalOses na introdução da sua monumental obra *Derecho de menores (Teoria general)*:

“La justicia para con el menor, en su mundo, no se cumple condar a cada uno lo suyo, si antes no se acepta que lo suyo (de los menores), en su mundo, no es la vida que viven o la que tienen, sino la vida a que son merecedores y la que deben tener”.

O jurista argentino Rafael Sajón também explica essa diferente maneira de proteção quando diz: quando protegemos um menor, não se exerce sobre ele somente o ato concreto e limitado da proteção, como se faz com o louco, com o surdo-mudo, em cujos casos a proteção vem a ser um fim em si mesma. Com o menor, conclui o mestre, há sempre uma outra finalidade: a de convertê-lo em maior capaz.

Como vimos, na assistência e proteção preconizada pelo Direito do Menor entra o elemento formação.

De que maneira é efetuada, no nosso país, essa proteção legal à formação do menor?

A doutrina e a legislação brasileiras sustentam a posição de que a menoridade deve ser protegida pelo Estado, através de uma função de assistência, proteção e vigilância.

Procuraremos, agora, determinar a exata medida da intervenção estatal nesse domínio social.

A intervenção do Estado nesse domínio, estendida a todos aqueles que intervém na formação do menor, deverá sempre ser supletiva.

A doutrina brasileira valoriza a instituição familiar e, segundo ela, a família se constitui no melhor ambiente para a formação de uma criança.

O próprio Código de Menores preconiza:

“Toda medida visará, fundamentalmente, a integração sócio-familiar” (art. 13, do Código de Menores).

Nessa linha de raciocínio de que a ação tutelar exercida pelo Estado deve ser sempre subsidiária, o sujeito do Direito do Menor passar a ser não qualquer criança mas, sim, um menor que esteja necessitando da assistência ou da proteção estatal.

A doutrina e a legislação brasileiras chamaram a esta criança de “menor em situação irregular”.

Para estes menores, os que se encontram em situação irregular, o Estado poderá reconhecer a necessidade de proporcionar tutela privativa, porém esta deverá ser sempre provisória e de menor duração possível, se a medida aplicável importar na separação do menor da unidade familiar.

Em consonância com essa doutrina a legislação menorista privilegia, dentre as medidas legais de assistência e proteção ao menor, a colocação familiar em lar substituto, sempre que inexistir família biológica ou se esta estiver desestruturada ou, ainda, na hipótese de que a família apresente manifesta impossibilidade de prover a subsistência, saúde ou instrução obrigatória do menor.

As medidas de vigilância previstas no Código de menores possuem um caráter essencialmente preventivo da situação irregular e subsidiário aos cuidados que deve exercer a autoridade parental.

II. ORIENTAÇÃO DO CÓDIGO DE MENORES BRASILEIRO

A Lei Tutelar brasileira delimita o seu campo de incidência pela irregularidade da situação do menor, a Lei é aplicável quando se tratar de prestar assistência e proteção a menores em situação irregular, só fazendo exceção na aplicação de medidas de vigilância que, por terem caráter preventivo, destinam-se a todos os menores, independentemente da sua situação.

Segundo a Lei estão em situação irregular e, portanto, a exigirem, para a resolução dos seus problemas, uma decisão proferida em processo regular, judicial, fiscalizado pelo Ministério Público – Curador de Menores, os brasileiros que contarem com menos de 18 anos de idade e que:

1. Estiverem privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória ainda que eventualmente em consequência de falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis, ou manifesta impossibilidade destes para provê-las;
2. Forem vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelo pai ou responsável;
3. Estiverem em perigo moral ou por se encontrarem em ambientes contrários aos bons costumes, ou por serem explorados por terceiros em atividades contrárias aos bons costumes;
4. Necessitarem de representação legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
5. Apresentarem desvio de conduta em consequência de grave inadaptação familiar ou comunitárias e, ainda,
6. Terem praticado infração penal.

Esta posição é criticada por alguns menoristas, notadamente europeus. De fato, Mendizábal, por exemplo, diz que o menor autor de uma infração penal ou de conduta desviante é o sujeito ativo da situação irregular ao passo que nas outras espécies o menor seria o sujeito passivo dessa mesma situação.

O ilustre professor explica que a situação irregular se contrapõe à teoria geral do delito, ao passo que a teoria da necessidade subjetiva viria de encontro à teoria civil do direito subjetivo.

No Brasil essa distinção não é efetuada. O artigo 2º do Código descreve seis categorias de situação irregular, sem fazer especificação ou tipologia.

Dentro do sistema jurídico brasileiro não poderia ser de outra maneira. A família tem “Direito à proteção dos poderes públicos” e a educação “É direito de todos e dever do Estado”, conforme estabelecem os artigos 175 e 176 da Constituição Federal. É claro que o Código de Menores, como lei especial, /não poderia estar em dissimetria com a ordem jurídica nacional, a qual acentua o caráter tutelar e supletivo da intervenção estatal, quando se trate

de assistir e proteger o processo de formação-educação no seu mais lato sentido – de menores em situação irregular.

Assim, a conduta desviante e a prática de infração penal atribuídas a menores são apenas indicadores da sua situação irregular, tanto quanto a privação da representação ou assistência legal, o perigo moral, os maus tratos que estejam sofrendo ou a provação de condições essenciais à sua subsistência.

Para a aplicação da medida mais adequada o magistrado menorista, em todas as hipóteses de situação irregular, levará em conta as diretrizes gerais preconizadas.

O Código não distingue as medidas aplicáveis aos menores carentes em geral, daquelas destinadas aos infratores, nem separa as medidas aplicáveis aos pais dos menores infratores daquelas aplicáveis aos pais de menores carentes em geral.

Há, somente, uma determinação quanto ao programa ou ao estabelecimento mais adequado para a assistência de a proteção ao menor. A diferença que se observa nos procedimentos de verificação da situação irregular do menor infrator é devida, tão-somente, à conveniência da melhor instrução do processo no que concerne às circunstâncias em que o fato ocorreu.

III. O MINISTÉRIO PÚBLICO – DEFENSOR DOS INTERESSES SOCIAIS

Na organização estatal o Ministério Público ocupa uma posição peculiar que exige um estudo de sua verdadeira posição, principalmente na sua atuação como fiscal da lei na defesa dos interesses da sociedade.

A importância do caráter social do Ministério Público é sempre ressaltada quando se estuda a instituição. Arruda Alvim, no seu Comentário ao Código de Processo Civil, ensina:

“O Ministério Público, porém, quando se manifesta, não está propriamente defendendo interesses personalizados, como de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica, mas sim, propugna pelos interesses sociais que, em certa medida são imprecisos. Daí, pois, o grande peso e valor das manifestações do Ministério Público”.

Não foi sempre assim.

Tendo suas origens na França, com a denominação *Lesgends-duroi*, agentes do rei, o Ministério Público defendia, inicialmente, o interesse privado dos monarcas junto aos tribunais. Com o decorrer do tempo esse corpo de funcionários especiais passou a defender, também, os interesses sociais, ainda que o fizesse sempre em nome dos rois, como projeção de sua autoridade.

Em Portugal o Ministério Público aparece com as Ordenações Manuelinas, sob influência da legislação francesa e do direito canônico. Consta das Ordenações:

“O Promotor de Justiça deve ser letrado e bem entendido, para saber espertar e aleguar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para a inteira conservação dela convém”.

No Brasil, em 1828, foi criado um corpo de Promotores. Segundo a organização criada devia funcionar um Promotor de Justiça junto a cada Relação, inclusive a da Corte, e em cada Comarca.

Entretanto, a verdadeira institucionalização do Ministério Público só iria ocorrer no período republicano e a conscientização do que significa a Instituição iria ser conquistada gradativamente e corresponderia a uma transformação dos seus objetivos, no dizer de Pontes de Miranda, a necessidade de “liberdade de juízo, de pensamento e de ação” bem como “a natureza obrigatória do ofício” que levou “à inserção do Ministério Público na tratação institucional da Constituição”.

Através dos textos Constitucionais vem o Ministério Público se desenvolvendo e se aperfeiçoando até os nossos dias.

José Geraldo Rodrigues de Alckmin ao escrever sobre a Instituição do Ministério Público, nos diz que:

“O Ministério Público deve ser encarado, na linha do seu progressivo desenvolvimento, como Instituição autônoma, independente, encarregada de velar pela ordem jurídica do País, no que se refere àqueles princípios que ao Estado cumpre preservar” e conclui que, pouco a pouco, o Ministério Público “assume o posto de órgão do Estado, a quem se deve atribuir as garantias necessárias ao desempenho funcional”.

Dentre as muitas atribuições hoje cometidas ao Ministério Público destacam-se as de velar pelos interesses e direitos da sociedade ou do Estado e a proteção aos interesses dos menores e incapazes.

IV. ATUAÇÃO DO CURADOR NO CÓDIGO DE MENORES

O Capítulo II do Livro II do Código de Menores é destinado ao Ministério Público (arts. 90, 91 e 92).

A matéria tratada nos dispositivos invocados não explicita a posição do Ministério Público – Curador de Menores.

Vamos, assim, nos socorrer do parágrafo único do art. 87 que diz:

“Aplicar-se-á na jurisdição de menores, subsidiariamente, a legislação processual pertinente”.

O Ministério Público no processo civil assume diferentes posições que têm merecido variadas classificações. Entretanto, para a apreciação da atuação do Ministério Público no Código de Menores tomaremos a mais aceita hoje, de que o Ministério Público atua como órgão agente e órgão interveniente. Na jurisdição contenciosa ao funcionar como órgão agente, pode tomar duas posições: parte principal e substituição processual e, como interveniente funciona como fiscal da lei. Na jurisdição voluntária o Ministério Público atua ou como órgão agente ou como órgão interveniente.

Pode o Curador de Menores funcionar no Código de Menores como parte principal?

Não temos dúvida que sim.

O art. 81 do CPC diz que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei.

O art. 97 do Código de Menores informa que o procedimento contraditório pode ser provocado pelo Ministério Público.

O art. 104 da Lei Tutelar diz que os processos de perda e da suspensão do pátrio poder e da destituição da tutela poderão ser propostos pelo Ministério Público e o art. 111, que trata do processo de multa referente às penalidades administrativas, esclarece que o processo pode ser iniciado, também pelo Ministério Público.

Podemos, então, deduzir que o Ministério Público – Curador de Menores, funciona como parte principal quando houver uma lesão real (modificação no pátrio poder e processo contraditório) ou presumida (processo de fiscalização de estabelecimentos particulares aos quais menores tenham acesso) ao direito de assistência, proteção e vigilância, assegurado a todos os menores.

A outra modalidade de atuação do Ministério Público é na qualidade de *custos legis*. Como fiscal da lei e fiel da sua execução o Ministério Público possui a sua atuação mais destacada. Zela pela aplicação da lei e pela integridade dos princípios da ordem pública. A sua atuação como *custos legis* não é somente opinativa, pois pode juntar documentos e certidões, produzir provas em audiência, requerer medidas ou diligências que reputar necessárias à aplicação da correta medida assistencial ou potencial, cabendo-lhe, ainda, a faculdade de recorrer quando entender que a decisão não foi a que melhor consultou à formação do menor.

O Ministério Público – Curador de Menores, junto à justiça menorista, quando não atua como parte principal o faz como *custos legis*.

V. A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA DO MENOR NOS PROCEDIMENTOS DO CÓDIGO DE MENORES

Dúvidas têm sido levantadas sobre a participação dos pais ou responsável legal pelo menor nos procedimentos previstos no Código e, igualmente, sobre a necessidade da atuação de advogado – defensor nos procedimentos relativos a menores infratores.

Com referência aos menores infratores, três são as modalidades que se nos apresentam: a da obrigatoriedade, a da impossibilidade e, por último, a da faculdade de participação.

O Código de Menores do Brasil adota a última hipótese.

De fato, a não ser nos procedimentos em que o Ministério Público funciona como parte principal e que se referem a problemas relativos ao pátrio poder basicamente nas outras intervenções, inclusive nos procedimentos relativos a menores infratores,

o Ministério Público funciona como Curador – *custos legis*. Não havendo acusação e nem se estabelecendo o contraditório, não há obrigatoriedade da atuação de um defensor do menor.

O Código adota a posição da faculdade da atuação de advogado constituído com poderes especiais, conforme se pode verificar pela simples leitura do art. 93:

“Os pais ou responsável poderão intervir nos procedimentos de que trata essa lei, através de advogado com poderes especiais....”.

O dispositivo invocado não especifica os procedimentos em que poderá haver atuação do Procurador.

A atuação do Procurador tem como objetivo permitir a participação da família do menor no processo. Assim, funcionando como representante da família do menor e como defensor dos seus interesses, em quase todos os casos não há divergência entre a função do Ministério Público – Curador de Menores – que defende a formação, o futuro do menor e o do Procurador que representa a opinião dos pais ou responsável para a solução da situação irregular do mesmo.

VI. CONCLUSÕES

Os Estados modernos têm eleito, dentre as suas prioridades, o estudo do Direito do Menor, quer institucionalizando-o, quer reconhecendo-lhe a autoridade legal, didática e científica.

A tendência atual é apartarem-se, cada vez com maior intensidade, a proteção decorrente da lei civil daquela que emana do Direito do Menor.

A proteção Estatal aos menores deve ser prestada supletivamente e exclusivamente nas hipóteses de comprovação de ter falhado a família na formação do menor.

Diante do exposto, tendo em vista o que dispõe a legislação menorista brasileira, cabe ao Ministério Público:

1. Defender o direito que tem cada menor a ter uma formação adequada;
2. Invocar a ação tutelar do Estado quando houver comprometimento ao direito de assistência e proteção do menor;
3. Provocar a tutela estatal quando não forem atendidas as medidas protetivas previstas em lei ou determinadas pela autoridade judiciária;
4. Participar como *custos legis* em todos os processos de verificação da situação irregular de menores com conduta desviante e infratores.

BIBLIOGRAFIA

- ACHARD, José Pedro. *Cursos de especialización de jueces de menores (Aspectos jurídicos)*. Montevideo, I.I.N., 1973.
- CAMPOS, Nuno de. *Menores infratores*. Florianópolis, Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, 1980
- Natureza jurídica do direito do menor. In *Ver. Da Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, nº4, Lisboa, 1982.
- CAVALLIERI, Alyrio: *Direito do Menor*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1978.
- MENDIZÁBAL OSSES, Luis. *Derecho de menores – Toria general*. Madrid, Piramide, 1977.
- ROBERT, Philippe. *Traité de Droit de Mineurs*. Ed. Cujas, 1969.

COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Capítulo originalmente publicado em Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Coordenador Liborni Siqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

XI DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 200. As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica.



Ministério Público, como instituição nacional, vem desde a Constituição de 1891, que remeteu suas atribuições à lei ordinária.

Nas posteriores Constituições da República, o Ministério Público ora figurou no capítulo do Poder Judiciário, ora no Executivo e ora em capítulo autônomo.

Na Constituição de 1988 o Ministério Público foi incluído em capítulo próprio como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, entre outras atribuições, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Hodiernamente não há nenhuma dúvida a respeito da independência da instituição e a condição de agentes políticos de seus membros, diferentemente dos agentes administrativos que são os funcionários públicos em sentido estrito.

Assim, os membros do Ministério Público só se sujeitam ao controle de órgãos superiores e diretores da instituição e pela lei que a rege, a Lei Orgânica do Ministério Público.

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

I - Conceder a remissão como forma de exclusão do processo;

A atuação do Ministério Público no Estatuto foi grandemente ampliada e se aproxima do modelo norte-americano. Em consequência, há imperiosa necessidade da criação de uma Promotoria de Menores, principalmente nos juizados privativos, com recursos humanos e materiais adequados ao desempenho da função.

Concedendo a remissão, torna-se necessário o envio dos autos à autoridade judiciária competente para a necessária homologação (art. 181, *caput*).

II – promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;

A posição do Ministério Público, nos procedimentos relativos aos menores infratores, foi totalmente modificada em relação ao Código anterior. Como se verifica, o Ministério Público agora é parte, funciona como Promotor de Justiça (não é mais Curador) e, como tal, representa à autoridade judiciária deflagrando o procedimento para apuração da infração penal e consequente imposição da medida socioeducativa adequada.

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiões, bem como oficiar em todos os demais procedimentos de competência da Justiça da Infância e Juventude;

O Ministério Público, no Estatuto, perdeu em inúmeros casos a condição de custus legis para passar à posição de parte principal, como ocorre nas ações de alimentos que, tendo como pressuposto a necessidade do alimentando, implica, necessariamente a violação a princípios básicos do Estatuto e, assim, deverão ser propostas perante Justiça Especializada.

IV – promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98;

Para o procedimento, deverá ser aplicado o Código de Processo Civil (art. 152 do Estatuto).

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

'estabelecer os meios legais que garantem à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente' (CF, art.220, §3º, II)

VI – instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

É função institucional do Ministério Público promover as medidas necessárias para a garantia dos direitos preconizados pela Constituição Federal, incluindo-se os previstos no art. 227, que assegura às crianças e aos adolescentes a proteção integral aos seus interesses em todos os aspectos que digam respeito ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

Para assegurar o exercício desses direitos o Ministério Público pode lançar mãos, também, de procedimentos administrativos.

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude;

O Estatuto criou, inclusive, tipos penais novos, e o Ministério Público para o desempenho de suas funções, especialmente a defesa da ordem pública, pode e deve instaurar diligências e requisitar a instauração de inquéritos policiais para a apuração de infrações às normas tutelares, para a punição dos infratores.

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;

X - representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;

O Estatuto especifica as principais ações que poder servir para o Ministério Público poder defender os interesses das crianças e adolescentes: o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas corpus*. Evidentemente que essa especificação não é exaustiva e, assim, os membros do parquet podem lançar mão de outras ações com a mesma finalidade, incluindo-se medidas extrajudiciais.

XI - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

Entendemos que o poder de inspecionar entidades públicas e particulares de atendimento não exclui o poder de inspecionar escolas e educandários. O dispositivo, praticamente, repetiu o texto do Código de 1979. Entretanto o Estatuto ampliou o campo de aplicação da legislação ao adotar o princípio da proteção integral. Assim, o poder de inspeção do Ministério Público se estende a toda a entidade pública ou privada destinada a atender crianças e adolescentes nelas incluídas escolas, hospitais, educandários e outros.

XII – requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares e educacionais e de assistência social, públicos e privados, para o desempenho de suas funções.

§1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis prevista nesse artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei.

§2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.

§3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo o local onde se encontre criança ou adolescente.

§4º O representante do ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

O §4º tem por objetivo alertar o membro do *parquet* do uso indevido de informações e documentos que requisitar o que o sujeita a responder por abuso de poder. Reforça-se, também, o caráter sigiloso dos procedimentos relativos às crianças e aos adolescentes que tramitem nos juizados.

§ 5º Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência;
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados;
- c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.

O dispositivo tem por escopo instrumentalizar o Ministério Público para o pleno exercício de seu mister. Necessário se faz dotar a Promotoria de Menores do pessoal e material suficientes para possibilitar um trabalho profícuo.

Art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que trata esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

O Órgão Ministerial na jurisdição especial atua ou como órgão agente ou como órgão interveniente. Na jurisdição contenciosa, ao funcionar como órgão agente, pode tomar duas posições: parte principal e substituto processual e, como interveniente, funciona como fiscal da lei e defensor dos interesses das crianças e dos adolescentes – *custos legis*. Na jurisdição voluntária o Ministério Público atua como órgão agente ou como *custos legis*.

O Estatuto ampliou consideravelmente a possibilidade de atuação do *parquet* como parte principal, basicamente quando os direitos reconhecidos na Constituição ou no Estatuto forem ameaçados ou violados por ocasião da sociedade ou do Estado, dos próprios pais ou em razão da conduta antissocial da criança ou do adolescente e, ainda, no sistema de prevenção preconizados pela lei.

Art. 203. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

O Ministério Público não poderá, por exemplo, ser intimado por publicação dos despachos e decisões em órgão de comunicação social, em face da determinação específica do dispositivo acima.

Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Trata-se evidentemente de nulidade absoluta, e os atos anulados, bem como as decisões terão de ser refeitos.

Art. 205. As manifestações processuais do representante do Ministério Público deverão ser fundamentadas.

O extraordinário aumento das atribuições cometidas ao *parquet*, na Justiça Especializada da Infância e Juventude, exige a criação de uma Promotoria de Menores com profissionais especializados uma vez que a finalidade protacional que se quer alcançar é a transformação da criança e do adolescente em um ser socialmente adaptado em sua plenitude.

“La justicia para con el menor, en su mundo, no se cumple con dar a cada uno lo suyo, si antes no se acepta que lo suyo (de los menores), en su mundo, no es la vida que viven o la que tienen, sino la vida a que son merecedores y la que deben tener” (Luiz Mendizábal Osés, “in” *Derecho de Menores – Teoria General*).

DO ADVOGADO

Art. 206. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

Parágrafo único. Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.

No campo puramente doutrinário três são as hipóteses de participação de advogado nos procedimentos relativos ao direito do menor: a da obrigatoriedade, a da faculdade e, por último, a da proibição de atuação.

Legalmente só se conhecem duas possibilidades: a da obrigatoriedade e a da faculdade de intervenção de advogado.

O Estatuto adotou um sistema misto. Nos procedimentos relativos à prática de ato infracional praticado por adolescente é compulsória a atuação de defensor e nos demais procedimentos facilita tanto à criança quanto ao adolescente como seus pais, responsáveis ou, ainda, por quem tenha legítimo interesse, a intervenção no feito, através de advogado constituído. Houve uma sensível ampliação, no que se refere à participação de terceiros interessados nos procedimentos, ao transformar em parte legítima toda a pessoa que demonstrar interesse na solução da lide.

A assistência judiciária, prestada nos moldes previstos na legislação processual, deverá ser propiciada a todas as pessoas que demonstrem a sua necessidade.

Art. 207. Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.

§ 1º Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência.

§ 2º A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato.

§ 3º Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sido constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

Como se verifica, nos procedimentos relativos à prática de ato infracional, a participação do defensor é obrigatória. O sistema preconizado pelo Estatuto modificou, por completo, o previsto na lei anterior que facultava aos pais ou responsável a intervenção nos procedimentos relativos aos menores infratores, através de advogado constituído.

Quando o adolescente e seus pais não comparecem à audiência devidamente acompanhados por advogado (art. 186), o Juiz da Infância e da Juventude deverá nomear-lhe um defensor.

Entendemos que essa nomeação é compulsória, apesar do disposto no art. 186 §2º, que determina a participação de defensor se o ato infracional for grave, passível de ser aplicada ao adolescente uma medida de internação ou a imposição de um regime de semiliberdade.

Ora, como a internação não decorre exclusivamente da prática de fato grave e está adstrita muito mais às condições pessoais do adolescente, a possibilidade do seu internamento estará sempre presente, o que obriga a nomeação do defensor.

PARTO DE FILHO ADOTIVO

Ensaio originalmente publicado na Revista Carisma: formação do médico, Volume XII, números 1-2. São Paulo, 1992.

O instituto da adoção sofreu na modernidade transformações de tal porte que mudaram, de maneira radical, as concepções familiares da sociedade atual.

Na sua origem etimológica, adotar (*ad optare*) é escolher alguém como filho. Esse instituto jurídico, no antigo direito romano, pertencia ao domínio do direito civil – direito privado – sendo definido como o ato pelo qual um cidadão adquire pátrio poder independentemente de laços de sangue. Pela adoção, confere-se a alguém a patriapotestas, pela qual esse alguém obtém aquilo que a natureza não lhe deu.

Da antiguidade à modernidade, não se altera a essência do ato: sua identidade com a paternidade biológica.

Se por uma lado a essência do ato se mantém, por outro, o instituto jurídico sofreu profundas modificações. Da antiga concepção privatista, que privilegiava o interesse dos maiores envolvidos – os adotantes –, à postura moderna, inverte-se a situação, caracterizada por um perfil que se define pela linha social, relegando à sombra a pretensão individual.

Assim sendo, o antigo interesse do adotante a quem o Direito buscava preencher uma lacuna provocada pela natureza, é substituído pela preocupação, de cunho social, em proteger a criança abandonada, vítima inocente de uma sociedade de estrutura perversa.

Paralelamente a esta viragem jurídico-social do instituto, o avanço tecnológico da ciência biológica coloca a sociedade e o Direito frente a outras realidades, bem mais avançadas, tais

como a reprodução humana efetuada em laboratórios, os estudos genéticos quem desembocam nos bancos de esperma e nas “barrigas de aluguel” e, ainda, na possibilidade de uma criança ter pais biológicos diferentes dos pais culturais.

Esse desenvolvimento acelerado obriga a sociedade e, em consequência, o Direito, a uma atualização permanente, em ritmo quase vertiginoso.

Os problemas sociais e jurídicos decorrentes de tais avanços tecnológicos surgem, e a sociedade busca, o mais rapidamente possível, solucioná-los. No campo jurídico, professores já têm defendido a tese da desbiologização da paternidade, como é o caso de João Batista Vilela, Da Universidade Federal de Minas Gerais, que sustenta a primazia da paternidade cultural sobre a paternidade biológica.

Não é nosso objetivo aprofundar reflexões – quer jurídicas, quer filosóficas – sobre o tema da adoção, pois o presente artigo tem como escopo primordial apenas apresentar apenas um aspecto inusitado desta problemática: a confrontação do comportamento da paternidade biológica e da paternidade adotiva. As analogias entre os dois comportamentos são absolutamente notáveis.

Ao longo dos quinze anos de permanência no Juizado de Menores de Florianópolis, conseguimos amealhar uma coletânea de casos que nos possibilita desenhar todo o processo comportamental de pais adotivos. Isso nos permite criar, partindo da nossa experiência e vivência, o perfil do casal típico com seus desejos, suas expectativas, suas atitudes e reações diante do longo período de “espera”, interregno que vamos demonstrar tratar-se de uma legítima gestação.

Um casal, na maioria das vezes estéril, quase sempre beirando os trinta anos, após verem esgotados os recursos médicos para solucionar sua impossibilidade de conseguir um filho biológico (frequentemente influenciado por outro casal que enfrentou idêntico problema) procura o auxílio da lei para solucionar sua carência.

O marido e a mulher chegam, quase sempre bastante inseguros, no Juizado de Menores e são introduzidos no gabinete do curador (seria audácia chamá-lo de pediatra-jurídico?).

Após a “anamnese do caso”, o curador esclarece sobre as implicações jurídicas e as condições legais para a adoção. A seguir, o casal é conduzido ao serviço social para entrevista (o equivalente a um exame geral?) e posterior organização de prontuário. A partir deste momento, inicia-se um processo de espera para o casal muito semelhante nos seus aspectos psicológicos (e por que não nos aspectos físicos?) ao processo de gestação.

As visitas ao Juizado são periódicas, principalmente da futura mãe, com a finalidade de avaliar a evolução do processo (acompanhamento médico e acompanhamento jurídico não se equivalem?).

Finalmente, depois de meses de expectativa, a mulher recebe um telefonema da assistente social, que tem a grata satisfação de informar aos futuros pais a existência de uma criança disponível para adoção. A mulher avisa imediatamente ao marido e ambos se dirigem rapidamente para o Juizado.

O percurso é vencido na maior ansiedade. A atitude psicológica dessa mulher é em tudo absolutamente idêntica à da mulher que inicia o trabalho de parto. O nervosismo do futuro pai adotivo é tão evidentemente semelhante ao do pai biológico, que dispensaremos fazer qualquer paralelismo.

O desejo de ver a criança é de pronto manifestado ao chegarem ao Juizado. E, acompanhados por uma assistente social, marido e mulher se dirigem à maternidade onde a criança nasceu. A enfermeira responsável vai até o berçário e traz um recém-nascido nos braços. A mulher, a princípio desajeitada, toma o bebê nos braços e, a partir deste momento, passa a existir uma completa empatia entre pais e filho. É frequente o pai exclamar: “É exatamente o que estávamos buscando”. Um estranho que adentrasse na sala nessa ocasião não seria capaz de perceber que a criança nos braços da mãe adotiva não é seu filho biológico.

Existe uma completa identidade de comportamento entre pai adotivo que vê o filho pela primeira vez, trazido por uma funcionária da maternidade, e o comportamento do pai biológico que igualmente vê o filho pela primeira vez, trazido por uma pessoa vinda da sala de parto.

As atitudes emocionais e psicológicas, a partir da integração imediata “criança-pais adotivos”, são tão profundas que os cuidados com a saúde da criança, as perguntas sobre as circunstâncias do parto são imediatamente formuladas.

A saída da maternidade – tanto dos pais biológicos quanto dos pais adotivos – se reveste das mesmas características psicológicas, pois a alegria, o cuidado e o carinho para com o bebê são absolutamente idênticos em ambos os casos.

A afinidade entre os pais adotivos e os filhos do coração é tão intensa que a literatura médica já tem registrado casos de mães adotivas que conseguiram alimentar os filhos com seu próprio leite.

Outro aspecto interessante diz respeito à semelhança física, pois é muito comum os filhos adotivos apresentarem as mesmas características psicológicas e até físicas dos pais que os adotaram.

Temos observado que os pais adotivos são mais apegados aos filhos e os tratam com cuidados redobrados (o filho muito esperado e desejado). Uma atitude psicológica interessante se verifica quando decorridos anos após a adoção o casal encontra uma pessoa, que, de alguma maneira ou de outra, esteve envolvida no evento. Fazem questão de lembrar o episódio, mostrar o filho, querendo dizer: “Observe como está bem e como nós o amamos e dele cuidamos”.

Essa narrativa, fruto de uma montagem efetuada com os retalhos da nossa vivência, carece de ornamentos estilísticos, literários e médicos, mas o leitor sentirá a autenticidade do relato.

Resta-nos esperar que, apesar da singeleza, do nosso processo narrativo, tenhamos conseguido demonstrar a veracidade da nossa tese: a semelhança entre a gestação e o nascimento do filho biológico e o processo de espera e o “re-conhecimento” do filho adotivo.

Aquilo que nossa intuição primeiro indicou e que a observação confirmou foi ao longo dos anos transformando-se em certeza: a força afetiva que liga pais e filhos não é apenas um acidente biológico. É, acima de tudo, um laço de sentimento, que independe de simples matéria, passa por ela sem dúvida, mas vai além. Um sentimento profundo, complexo e de difícil definição, tarefa na qual até os poetas fracassam.

Fica-nos uma certeza, além da semelhança comportamental que nivela a espera da adoção à gestação biológica: há, ainda, uma identidade, profunda e absoluta, no sentimento que une pais e filhos biológicos e pais e filhos adotivos.

A ADOÇÃO POR ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL

*Artigo originalmente publicado na revista
Atuação Jurídica. Ano 4, número 5.
Florianópolis: Arth& Mídia, maio de 2001.*



Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) estabelece regras próprias para as adoções internacionais, além de prever a criação de Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAS).

Entretanto, aparentemente, existem dúvidas no tocante às adoções de estrangeiros residentes no Brasil.

Com referência à exigência de prévia habilitação juntos as CEJAS, verifica-se a sua desnecessidade, primeiro porque o artigo 52 da Lei de Regência (Estatuto da Criança e do Adolescente) explicita que a adoção internacional “poderá ser condicionada a estudo prévio das CEJAS”, não sendo, portanto, esta condição, obrigatória; e ainda, porque não se trata de adoção internacional.

Segundo esclarece Wilson Donizetti Liberati:

“A CEJAI não é órgão de existência obrigatória, tendo em vista que o Estatuto, ao instituí-la, firmou que a adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise das condições dos interessados. Se o legislador tivesse usado o termo **deverá**, a situação seria diferente: toda adoção realizada por estrangeiros teria que, obrigatoriamente, passar pelo estudo e análise da Comissão. **Nesse sentido, a CEJAI é órgão de existência opcional**, vinculado e administrado pelo Poder Judiciário estadual, composto por agentes com poder de jurisdição e por técnicos, que emitem pareceres de natureza consultiva e opinativa nos processos de habilitação para a adoção de interessados estrangeiros e **de caráter não vinculante ao Juiz da Infância e juventude**” (Adoção Internacional, SP, Malheiros, 19895, p. 126-127 – grifo nosso).

E continua:

“A lei, não obrigando o interessado à habilitação, permitiu que o Juiz pudesse chamar o estrangeiro para concretizar a adoção sem ter certificado de habilitação. Se a lei confere ao Juiz a faculdade de exigir ou não o certificado de habilitação, pode, muito bem, chamar qualquer estrangeiro que esteja cadastrado e sendo preparado pela equipe interprofissional para requerer a adoção, **mesmo sem o aval da Comissão.**”

(obra citada, p. 128 – grifo nosso).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, garante, aos brasileiros e aos **estrangeiros residentes no país**, igualdade perante a lei.

Comentando o citado dispositivo, ensina Celso Ribeiro Bastos:

“A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão ‘brasileiro e estrangeiros residentes no país’ é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira. Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. **Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros era outro, mesmo em matéria civil.**”

(Comentários à Constituição do Brasil, SP, Saraiva, 1989, vol. 2, p. 4 – grifo nosso).

É do escólio de Pinto Ferreira:

“O sentido da expressão ‘estrangeiro residente’ deve ser interpretado para significar que a validade e a fruição legal dos direitos fundamentais se **exercem dentro do território brasileiro** (RTJ, 3:556-8). Nesse sentido opinam Cláudio Pacheco e José Celso de Mello Filho”. (Comentários à Constituição do Brasil, SP, Saraiva, 1989, vol. 1, p. 59 – grifo nosso).

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 7º, determina que **a lei do país em que for domiciliada a pessoa** determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os **direitos de família**, fundamentando o estatuto pessoal na lei do país onde a pessoa está domiciliada.

Na obra “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, Maria Helena Diniz explica que:

“A *lexdomicilii*, que rege o estatuto pessoal, é o critério que mais atende à conveniência nacional. Visto ser o Brasil um país de imigração tem o interesse de **sujeitar o estrangeiro domiciliado à sua lei, integrando-o à vida nacional, independentemente de sua subordinação política**. Como se vê, o critério do domicílio é político, geográfico e jurídico, uma vez que a pessoa passará a fazer parte da população. Se estrangeira, adquirirá direitos e assumirá obrigações de ordem pública (...).

Assim, atualmente, no Brasil, em virtude do disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil vigente, funda-se o **estatuto pessoal na lei do domicílio ou na sede jurídica da pessoa, ou seja, na lei do país onde a pessoa está domiciliada**. A qualificação do domicílio será dada *lexfori*; logo o magistrado terá de saber, conforme o Código Civil (art.31), qual o **lugar onde a pessoa estabeleceu sua residência com ânimo definitivo. O juiz brasileiro deverá qualificar o domicílio segundo o direito nacional e não de conformidade com o direito estrangeiro**, estabelecendo a ligação entre a pessoa e o país onde está domiciliada, para aplicar as normas de direito cabíveis.

Existindo o dado ‘domicílio’, operar-se-á a conexão para o efeito da aplicabilidade da norma do Estado em que a pessoa tiver domicílio.

Regem-se pela *lexdomicilii* o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família, que constituem o estado civil. **Quando se quer saber quais os direitos de estrangeiros, em certo país, apenas a lei deste será competente**; logo, o problema é de direito público interno. Nas relações de paternidade, maternidade, filiação decorrente de matrimônio, reconhecimento e **adoção** aplica-se a *lexdomicilii* das pessoas interessadas, ou seja, dos pais e dos filhos.

A adoção por estrangeiro de criança brasileira tem sido combatida por muitos porque pode conduzir a tráfico de menor ou se prestar à corrupção. Por tais razões o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), além de punir, no art. 239, com reclusão de quatro a seis anos e multa, quem promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado a enviar menor para o exterior, sem a observância de formalidades legais, visando lucro, veio impor restrições às adoções internacionais, que poderão dificultá-las ou até mesmo interrompê-las. Como a adoção internacional, em si mesma, não é um bem ou um mal, seria mais conveniente, então, que se estabelecessem medidas eficazes para punir corruptos e traficantes, em vez de se criarem exigências para sua efetivação, visto que o estrangeiro está mais bem preparado psicologicamente e economicamente para assumir uma adoção, não fazendo discriminações atinentes à raça, ao sexo, à idade ou até mesmo à doença ou defeito físico que o menor possa ter; ao passo que o brasileiro é mais seletivo, pois, em regra, procura para adotar, recém-nascido branco e sadio, surgindo, assim, em nosso país problemas de rejeição racial.

Será preciso, ainda, lembrar que a venda, ou sequestro de menor para esse fim, o tráfico de menores ou a adoção lucrativa seria inexpressiva diante da quantidade de crianças carentes afetivamente, que precisam de um lar.

As adoções mal-intencionadas não deverão afastar as feitas com a real finalidade de amparar o menor. Não seria melhor prover-lhes o bem-estar material, moral ou afetivo, dando-lhes um teto acolhedor, ainda que no exterior, do que deixar crianças vegetando nas ruas ou encerrá-las na FEBEM? Será possível rotular o amor de um pai ou de uma mãe como nacional ou estrangeiro? Seria, ou não, a nacionalidade o fator determinante da bondade ou maldade de um pai ou de uma mãe?

Por isso entendemos que não deve perquirir a conveniência, ou não, de serem os menores brasileiros adotados por estrangeiros não domiciliados no Brasil, mas sim permitir seu ingresso numa família substituta, sem fazer quaisquer considerações à nacionalidade dos adotantes, buscando suporte legal no direito pátrio e no direto internacional privado, estabelecendo aos que explorarem ilegalmente a adoção, coibindo abusos que, porventura, advierem. Seria justo negar

às crianças brasileiras, abandonadas ou carentes, o direito de terem um bom padrão de vida na Europa, América do Norte, deixando-as no Brasil, num deplorável estado, sem educação e sem condições de terem uma vida digna?

Como no Brasil prevalece a lei do domicílio (LICC, art. 7º), qualquer estrangeiro aqui radicado poderá adotar, mesmo que a lei de seu país de origem ignore o instituto da adoção.” (Obra citada, SP, Saraiva, 1996, p. 202-2013 – grifo nosso).

Para o desate da presente questão, torna-se necessário uma perfeita compreensão do que seja a adoção internacional, sendo necessário fazer-se uma distinção entre esta e a adoção nacional.

A adoção internacional encontra-se regulada no artigo 51, do ECA, *verbis*: “*Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro **residente ou domiciliado fora do País**, observar-se-á o disposto no art. 31*”.

O artigo 31, por sua vez, diz que a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Logo, de acordo com os artigos citados, a adoção de criança brasileira por casal estrangeiro residente ou domiciliado fora do Brasil é a chamada adoção internacional, a qual é considerada uma forma excepcional de colocação do menor em família substituta.

A professora de Direito Internacional Privado da Universidade Gama Filho, Leila Cavallieri Araújo, define a adoção por estrangeiro como “*a figura jurídica que envolve, como partes, adotante com domicílio em um país e adotando com residência habitual em outro*” (A Adoção Internacional, *in* Abandono e Adoção, Ed. Terre desHommes, Curitiba, 1991, p. 161-162).

O critério da residência habitual foi o acolhido pela Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Menores (CIPID III), La Paz, 1984:

“Art. 1º. La convención se aplicará a la adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte”.

Aliás, todas as convenções sobre proteção de menores, igualmente adotaram esse critério, o da residência habitual: a Convenção sobre Autoridades Competentes e Lei Aplicável em matéria de Proteção de Menores (HAIA, 1961), Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores (MONTEVIDÉO, 1989), Convenção Internacional sobre a Proteção de Crianças e Colaboração em Matéria de Adoção (HAIA, 1993), Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (MÉXICO, 1994).

O Prof. Haroldo Valadão (Direito Internacional Privado, São Paulo, Freitas Bastos, 1980), leciona que se deixe de lado: “Os tradicionais e superados **nacionalidade**, com seus complexos problemas políticos e; **domicílio**, com seus aspectos subjetivos de investigação; e **prova da intenção de permanência e de ânimo definitivo de viver em certo lugar**”, para se adotar a conexão residência habitual.

A Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA, em Santa Catarina, foi criada pela Resolução n. 001/93-TJ (DJ 18.06.93) e estabelece, expressamente, em seu artigo 5º, que: “nenhuma adoção internacional será processada em Santa Catarina sem prévia habilitação do adotante perante o CEJA”.

Evidentemente que se trata da adoção internacional, tratada pelo ECA como aquela feita **por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do Brasil**.

Antes mesmo da existência do CEJA, a Corregedoria-Geral da Justiça de nosso Estado já se preocupava com as questões pertinentes à adoção internacional, na correta acepção da palavra, ou seja, referente a estrangeiros residentes e domiciliados fora do Brasil.

Aliás, explica Valdir Sznick:

“A adoção por estrangeiros, no Brasil, vem crescendo tanto que dois Tribunais de Justiça, o do Rio de Janeiro, em 1982, e o de Santa Catarina, em 1984, baixaram provimento para regularizar o tema. O Provimento n. 28 do Tribunal de Santa Catarina, em 5 de dezembro de 1984, em seu art. 31: ‘a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção’. E essa posição encontrou guarida na legislação, pois o Estatuto, em seu art. 31, estabelece ‘a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção’.

Assim há, na lei, uma precedência natural (e lógica) de brasileiros sobre estrangeiros e, entre esses, os residentes no País, no que se refere à adoção, o que é normal, pois **em caso de nacionais e estrangeiros aqui residentes, não só a legislação aplicável e a nacional, como o adotante não terá choques maiores, especialmente no campo sociocultural, desde logo, com a mudança de ambiente e, a seguir, de costumes e hábitos diferentes dos nossos.** Trata-se de uma realidade diferente (Adoção, SP, Ed. Universitária de Direito, 1999, p. 463 – grifo nosso).

Colhe-se, ainda, da doutrina acerca do assunto:

“Deve ser mencionado, ainda que, no Estado de São Paulo, pelo comunicado 197/95, foi deliberado que **‘os estrangeiros domiciliados no Brasil e os brasileiros casados com estrangeiros e domiciliados no exterior prescindem de prévia habilitação da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), o que revela tratamento igualitário com os nacionais.** Esse comunicado denota mais um avanço do propósito de estimular e facilitar a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas”. (Artur Marques da Silva Filho, O Regime Jurídico da Adoção Estatutária, SP, RT, 1997, p. 110 – grifo nosso).

Assim, não poderia o Provimento n. 10/95, de 17.10.95, baixado pela Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, restringir o direito de estrangeiros residentes e domiciliados no Brasil, de pleitearem a adoção, em igualdade de condições com brasileiros,

apesar do art. 1º do mencionado Provimento explicitar que um estrangeiro residente no Brasil poderá pleitear colocação em família substituta, o que o ECA proíbe, expressamente, em seu art. 51, c/c art. 31, para colocação em família substituta estrangeira, além de permitir, o mesmo Provimento, que concorra à adoção de criança brasileira em igualdade de condições com os nacionais, não se realizando prévia consulta aos nacionais inscritos no cadastro da Comarca e da própria CEJA.

O instituto da guarda, que é expressamente vedado na adoção por estrangeiros (§1º, art. 33, do ECA), tem por objetivo impedir que o adotando seja retirado do país antes de consumada a adoção, não tendo aplicação na hipótese das adoções nacionais ou nas requeridas por estrangeiros residentes no Brasil, conforme já amplamente demonstrado.

Quando o estrangeiro é residente no Brasil toda a prova, incluindo-se o estudo social e a comprovação da idoneidade moral, social e financeira será colhida no nosso País.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, verifica-se que:

1. A Constituição Federal garante aos estrangeiros residentes no país, igualdade perante a lei;
2. A Lei de Introdução ao Código Civil determina que os direitos de família são regrados no estatuto pessoal da lei do país onde a pessoa está domiciliada;
3. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece regras próprias para adoções internacionais, de estrangeiros residentes e domiciliados fora do Brasil;
4. Todas as Convenções Internacionais relativas à matéria de menores adotam a conexão residência habitual para a determinação da lei aplicável;
5. A vedação do deferimento da guarda não se aplica para os estrangeiros radicados no Brasil;
6. Os dispositivos relativos à Adoção Internacional determinados pelas CEJAS, igualmente, não se aplicam nas hipóteses de estrangeiros residentes no Brasil.

A COMPETÊNCIA DOS MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DAS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS TUTELARES

Artigo elaborado para a revista Atuação Jurídica, do Ministério Público de Santa Catarina. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, (CEAF/MPSC) e Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP). Florianópolis, 2015.

ALei n. 8069, de 13 de julho de 1969, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ (ECA), inaugura uma nova sistemática para a resolução dos problemas jurídicos e sociais referentes aos infantes brasileiros, ao determinar a criação de um colegiado comunitário para resolver problemas meramente sociais.

As legislações anteriores, os Códigos de 1927 e 1979 atribuíam somente aos magistrados brasileiros as soluções jurídicas e sociais dos problemas relativos aos menores.

Contudo, tanto as legislações tutelares acima citadas, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, apresentam como núcleo problemático a questão da competência na sua aplicação.

16 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>
Acesso em 15 de dezembro de 2013.

Em 1927, o jurista Mello Matos, autor do projeto¹⁷ que deu origem ao primeiro Código de Menores, resolve de maneira objetiva a questão. Entende que os brasileiros menores de 18 anos encontram-se jurisdicionados aos Juízes de Menores, desde que abandonados ou delinquentes. Já no artigo 26 e seguintes, estabelece uma tipologia da situação de abandono. Conforme a diretriz desse Código, o Juiz de Menores tem competência para aplicar uma medida protetora uma vez que declare, por sentença, a situação de abandono do menor.

Idêntica sistemática é adotada pelo Código de Menores¹⁸ de 1979, com a diferença que a nova doutrina, da situação irregular substitui a antiga, do abandono. Assim, o art. 1º do Código de Menores de 1979 dispõe que a aplicação dessa Lei destina-se a proteger brasileiros até 18 anos de idade encontrados em situação irregular, e explicita em seu art. 2º como se configura tal situação. Dessa maneira, a competência dos magistrados menoristas condiciona-se à prévia verificação da situação de anomia social, a qual deve ser reconhecida judicialmente, em procedimento próprio, devidamente fiscalizado pelo Ministério Público.

A nova Lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ora em vigor, muda totalmente o entendimento anterior, uma vez que determina a criação, em todos os Municípios brasileiros de, no mínimo, um conselho tutelar com atribuições específicas. Este novo órgão divide com os juízes o atendimento às crianças e aos adolescentes quando estes estiverem com os seus direitos fundamentais ameaçados ou violados, (art. 98 do ECA).

Entretanto, por ser um novo sistema, além da carência de treinamento eficaz dos conselheiros tutelares, surgem divergências e por vezes conflitos entre os magistrados revestidos de jurisdição e os Conselhos Tutelares detentores de atribuições sociais. Os conselhos, que representam a comunidade, só devem atender problemas

17 Vide Decreto nº. 17.943-A, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 04 de novembro de 2013.

18 Vide L. 6697/79, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 04 de novembro de 2013.

sociais que não tenham nenhuma repercussão jurídica no poder familiar, vale dizer, aqueles que não interessam ao mundo jurídico. A nova sistemática atribuiu a um órgão não jurisdicional, os conselhos tutelares, os problemas cuja solução não passa de assistência social.

O presente trabalho tem por objetivo oferecer uma contribuição ao correto entendimento dos dispositivos do atual estatuto.

Retornando à problemática da competência dos Juízes da Infância e das atribuições dos Conselhos Tutelares preconizada pelo estatuto, verifica-se que o art. 98 do referido Estatuto, estabelece que as medidas de proteção são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos na própria lei forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis e, ainda, em razão de sua conduta.

Verifica-se que o Estatuto amplia a possibilidade de intervenção do Estado, deferindo ao Juiz da Infância a resolução de possíveis problemas sociais causados pela administração estatal.

Vale destacar que o Conselho Tutelar, segundo o art. 131 desse Estatuto, constitui-se em um órgão não jurisdicional encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente preconizados pelo próprio estatuto.

A exata compreensão da competência do juiz e das atribuições dos conselhos tutelares, no meu entender, está condicionada a correta compreensão do que seja poder familiar.

Na atual legislação brasileira, a antiga denominação de pátrio poder foi substituída pela expressão poder familiar, hoje consagrada tanto no Código Civil como no Estatuto da criança e do adolescente.

A respeito da expressão pátrio poder cabem breves considerações de cunho histórico.

No Direito Romano¹⁹, o *pater familias*, o chefe da família romana, não necessariamente o pai, tal como entendemos hoje, possuía um poder absoluto sobre as pessoas dos filhos e demais componentes de sua família. Chefe, sacerdote e, em alguns casos, genitor, não prestava contas de seus atos discricionários ao Estado. Possuía o *jus vitae necisque*, isto é, o direito de vida e de morte sobre sua família. A concepção romana fundava-se na natureza jurídica desse poder que se encontrava, exclusiva-

mente, dentro do direito privado e, portanto, o Estado não podia interferir nas decisões do titular desse poder.

Esse direito absoluto foi sendo, no decorrer do tempo, atenuado com o objetivo de proteger os filhos contra os abusos, ditados pelo absolutismo do *pater familias*. O advento das normas de proteção contra os excessos do pátrio poder fez nascer o direito do menor. Na França, a expressão *puissance paternelle*, do Código de Napoleão²⁰ foi substituída por *autorité parentale*, dos dias de hoje e, no Brasil, o pátrio poder passou a ser chamado autoridade familiar. Cabe, ainda, salientar que o poder familiar do direito atual é exercido, em conjunto, pelo pai e pela mãe, ao contrário da legislação anterior, que defere com exclusividade ao pai o exercício do pátrio poder e, somente na sua falta, à mãe.

Indaga-se qual o conteúdo do poder familiar, entendido como o conjunto dos direitos e deveres dos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos menores? Os atributos do poder familiar podem ser divididos em duas grandes categorias: os objetivos e os subjetivos ou jurídicos. Tocante aos atributos objetivos entende-se que a principal qualificativa do poder familiar é o poder-dever da guarda.

A guarda, nada mais é do que o direito que ambos os pais possuem de criar os seus filhos, isto é, orientando-os em todas as circunstâncias de suas vidas, até a sua maioridade civil, hoje fixada em 18 anos.

A educação integra também o poder familiar, circunscrita não somente a formal, obrigatória, fornecida pelas escolas, mas sim a educação no seu contexto mais amplo, de orientação total dos filhos.

O direito à correção se constitui em outro atributo inerente

20 Fonte: Código de Napoleão. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf> Acesso em 15 de dezembro de 2013.

ao poder familiar ao propiciar aos pais o direito de reeducarem os filhos que se afastem do caminho que eles entendem como correto.

Já os aspectos subjetivos ou jurídicos relativos ao poder familiar incluem o direito de representação legal, cabendo aos pais representar ou assistir os filhos em todos os atos da vida civil até sua maioridade.

Por último, inclui-se no poder familiar o direito que os pais têm ao usufruto legal dos bens dos filhos, que se constitui no poder dos pais de auferir as vantagens e os rendimentos relativos aos bens de seus filhos menores.

Porém, o exercício do poder familiar encontra limites legais. De um lado o dever de propiciar educação, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, e do outro a proibição de impor aos filhos torturas ou castigos imoderados sob a justificativa do exercício do seu poder. Hoje, já se argumenta que o poder familiar se transformou muito mais em obrigações dos pais em relação aos filhos, quase o transformando em pátrio dever.

Os direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, devem ser respeitados, razão pela qual o Estado-Juiz tem o direito de intervenção, desde que o exercício do poder familiar se encontre comprometido por falta, omissão ou abuso de pais ou responsáveis.

Por se tratar de intervenção violenta, brutal e, por vezes, até injusta, há necessidade de que as medidas de proteção sejam precedidas de um procedimento judicial, com todas as garantias processuais, sob a fiscalização do Ministério Público.

A competência dos Juízes da Infância e Juventude pode ser determinada se utilizarmos, como parâmetro, o exame das medidas protetoras a serem impostas. As medidas aplicadas, interferindo, de alguma maneira, no pleno exercício do poder familiar ou na liberdade da criança ou do adolescente, só podem ser aplicadas pelo órgão judicial, pois, somente ele é titular de jurisdição.

Ao contrário, se a solução do problema se resume em aplicar medida de caráter meramente social, que não interessa ao mundo jurídico e não interfere no poder familiar ou na liberdade individual, cabe ao órgão não-jurisdicional encarregado pela sociedade de

velar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente a atribuição de sua resolução.

O Estatuto, ora em tela, prevê duas categorias de medidas aplicáveis. A primeira, a que trata das medidas específicas de proteção, está arrolada no art. 101 e a última que trata das medidas socioeducativas encontra-se elencada no art. 112.

A lei brasileira entende que, na hipótese em que os direitos das crianças e adolescentes estão ameaçados ou violados, a autoridade competente poderá aplicar medidas de proteção, independente de elas estarem ou não relacionadas no art. 101 do ECA, pois, o referido dispositivo legal dispõe que a autoridade poderá aplicar, dentre outras, as medidas que arrola no citado artigo. Assim, a relação do art. 101 é exemplificativa.

Já a relação das medidas socioeducativas, que se aplicam exclusivamente aos adolescentes autores de atos infracionais, é exaustiva, vale dizer, a autoridade judiciária não pode criar medidas que não estejam relacionadas no art. 112.

Salienta-se que tanto as medidas de proteção como as socioeducativas podem ser aplicadas cumulativamente e substituídas a qualquer tempo.

Os Conselhos Tutelares devem atender também aos pais e responsáveis pelas crianças e adolescentes que estiverem com os direitos ameaçados, podendo, inclusive, aplicar medidas de proteção. Entretanto, a aplicação de tais medidas fica condicionada a ausência de interferência no poder familiar. Na hipótese da solução do problema passar por uma alteração do pleno exercício do poder familiar, a solução será oferecer uma representação ao Ministério Público para que este promova a competente ação judicial, como é o caso da suspensão ou perda do poder familiar.

É oportuno esclarecer que o art. 101 do ECA elenca medidas de proteção que podem ser utilizadas pelos Conselhos Tutelares para proteger crianças e adolescentes.

A primeira dessas medidas diz respeito ao encaminhamento das crianças aos pais ou responsável mediante a assinatura de um termo de responsabilidade. Os pais ou responsáveis devem firmar um compromisso de resolver o problema social apresentado. Os

Conselhos Tutelares não podem jamais entregar crianças ou adolescentes a terceiros, mesmo que sejam parentes próximos, pois isso importaria em uma alteração do direito de guarda exercido pelos pais, como um dos atributos do poder familiar.

A orientação, o apoio e o acompanhamento temporário se constituem em outras medidas passíveis de serem utilizadas. Tais medidas devem ser cumpridas em regime ambulatorial e efetuadas por técnicos especializados, ou por programas disponíveis na comunidade, mesmo sem a obrigatoriedade de serem oficiais.

O direito à educação formal deve ser assegurado pelos Conselhos Tutelares por meio de matrícula e acompanhamento de frequência em estabelecimento de ensino fundamental.

Duas questões apresentam-se: a primeira delas configura-se na não disponibilidade, por parte do Estado, da vaga necessária; a segunda, pela incúria dos pais, ao não matricular os filhos em estabelecimento escolar. A solução para o primeiro caso consiste na determinação por parte do juiz a fim de que a administração propicie a vaga necessária, representando ao Ministério Público pelo descumprimento dos deveres do poder familiar, e crime de abando no intelectual, cabendo aos Conselhos Tutelares provocá-la por meio de representação endereçada ao Ministério Público. Quando a falta de educação formal se deva à negligência dos pais ou responsável, o Conselho Tutelar tem atribuição para resolver o problema, requisitando da autoridade competente, a vaga necessária.

Quando houver na comunidade ou município programas de auxílio à família, à criança e ao adolescente, em caráter oficial ou não governamental, os Conselhos Tutelares poderão incluir tanto a família como as crianças e adolescentes em tais auxílios.

No tocante à saúde, pode o Conselho Tutelar encaminhar ou até mesmo requisitar tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, sempre que a situação assim o exigir. A inclusão em programas de auxílio, orientação e tratamento a alcoólicos e toxicômanos poderá ser determinada pelos Conselhos Tutelares. Tais programas podem, também, ser comunitários ou oficiais.

O encaminhamento de criança ou adolescente a uma enti-

dade de acompanhamento institucional é medida que enfrenta controvérsia sobre sua aplicação. De fato, o abrigamento de uma criança ou adolescente acaba por interferir no direito de guarda, exercido pelos pais, como atributo do poder familiar. Assim, a previsão de institucionalização de crianças ou adolescentes em entidade de acompanhamento institucional, por parte dos Conselhos Tutelares, deve ser entendida como uma medida de caráter excepcional e de emergência, razão pela qual o Conselho Tutelar deverá comunicar incontinenti ao magistrado da infância e juventude a providência determinada. Ao dirigente da entidade de abrigo cabe efetuar a comunicação, de imediato, ao togado da infância, o recebimento da criança ou do adolescente na sua instituição. Essas comunicações deverão ser efetuadas mesmo quando o abrigamento for efetuado pelos Conselhos Tutelares como medida protetora relativa às crianças que praticaram um ato infracional.

Entendo que, em situações extremas, pode uma instituição abrigar uma criança ou um adolescente, mesmo sem o encaminhamento adequado, desde que, no menor prazo possível, comunique ao Juiz da Infância a situação apresentada. Fora desses casos, o abrigamento só pode ser efetuado por determinação judicial. Claro está que um abrigamento, como explicita o parágrafo único do art. 101 do ECA, é medida excepcional e sempre provisória, uma vez que a permanência da criança ou adolescente na família é sempre o desejável.

Como consequência deste raciocínio, parece claro que o desabrigamento só pode ser determinado pelo juiz da infância.

Na circunstância de inexistência da família ou se esta estiver desestruturada, a melhor opção configura-se na presença de uma família substituta.

O ECA, em contrapartida, não apresenta nenhum procedimento que auxilie os Conselhos na aplicação da medida de abrigo, entretanto, elenca medidas protetivas aplicáveis (artigo 101 § I, III).

A colocação em família alternativa ou substituta é medida

exclusivamente judicial, sendo vedado aos Conselhos Tutelares o seu deferimento, mesmo em caráter provisório, como, também a entrega a parentes (artigo 101, § I).

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui aos Conselhos Tutelares a resolução dos problemas relativos aos atos infracionais praticados por crianças.

Entendo, que essa sistemática não consulta aos melhores interesses das mesmas. De fato, a prática de um ato infracional grave praticado por criança deve ser resolvida por um juiz da infância, uma vez que tal ato interessa ao mundo jurídico e não se constitui em um problema meramente social. Apesar de sua aplicação ter sido deferida ao Conselho Tutelar, o ECA não inclui nenhum procedimento ou sistemática para a apreciação de tais atos. Este assunto merece uma ampla discussão quando de um possível aperfeiçoamento da legislação brasileira. Atualmente são disponíveis para a resolução desses problemas apenas a aplicação das medidas de proteção impostas exclusivamente pelos Conselhos e previstas no art. 101 do ECA.

Ainda sobre a questão da colocação em entidade de acompanhamento institucional, analisando-se os dispositivos do Estatuto que tratam do assunto, verifica-se que o art. 30 veda, expressamente, a transferência de criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial, circunstância que oferece sustentação à tese, esposada neste artigo, de que cabe com exclusividade ao juiz determinar a colocação de criança ou adolescente em família substituta ou entidade de acompanhamento institucional pública ou privada. Partindo da constatação de que a colocação em família substituta é determinada judicialmente, só outra ordem judicial pode deferir essa transferência.

Daí infere-se que a medida de acolhimento em entidade de acompanhamento institucional, prevista no inciso sétimo do art. 101 do ECA, traduz a perda temporária da guarda pelos pais, naquele lapso de tempo em que o magistrado da infância ainda não tomou conhecimento do acolhimento da criança ou adolescente na instituição pública ou privada. Ao receber a comunicação do abrigamento, o magistrado pode decidir pela manutenção no

abrigo ou a devolução da criança ou Adolescente aos seus pais. Na hipótese do abrigamento a guarda transfere-se ao dirigente da entidade acolhedora pois, segundo o art. 92 do ECA, o dirigente equipara-se ao guardião para todos os efeitos legais.

Assim sendo é de competência exclusiva do juiz o procedimento da perda ou simples modificação da guarda, na hipótese em que a criança ou o adolescente tenham os seus direitos ameaçados ou violados.

Sempre em caráter excepcional, por se tratar de uma emergência o Conselho Tutelar ao subtrair a criança ou adolescente da guarda dos pais, lhes retira o sagrado direito de “criação”, razão pela qual deverá comunicar incontinenti ao juiz competente a subtração desse atributo do poder familiar. É claro que ao direito dos pais de criarem os seus filhos – direito privado – se contrapõe o interesse das crianças e adolescentes de verem assegurados pelo sistema jurídico os seus direitos fundamentais – direito público.

A mesma sistemática deverá ser observada quando a medida envolver o abrigamento de criança autora de ato infracional, por se tratar do mesmo raciocínio e, por esse motivo, a comunicação ao magistrado competente deve ser imediata.



