

Direito à proteção do menor

Valkíria Aparecida Lopes Ferraro¹

Resumo

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), veio regular disposição contida na Constituição Federal, que atribuiu à família, à sociedade e ao Estado, o asseguramento de todos os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Esse Estatuto surgiu com o intuito de proteger os direitos dos menores, implantando Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais dos direitos da Criança e do Adolescente, dos Fundos a ele vinculados, dos Conselhos Tutelares, da tipificação penal e da capitulação de infrações administrativas das condutas violadoras de algumas normas nele previstas, na busca da efetividade destas que, por proporcionarem interesse público e social, não poderiam estar incluídas entre as normas programáticas, precisando encontrar efetividade e aplicação plena. Apesar da criação do Estatuto, ainda não se tem segurança que o amanhã será melhor ao menor. É preciso trabalhar muito em função destes, pois não bastam leis que regulamentem esta situação, elas precisam ser aplicadas.

Palavras-chave: menor, estatuto, crianças, adolescentes, família.

FERRARO, V. A. L. Direito à proteção do menor. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 1, n. 1, p. 41-52, mar. 2000.

Introdução

Anteriormente à promulgação da Carta Magna de 1988, a proteção ao menor já preocupava o nosso sistema jurídico-social.

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), abandonando a doutrina da situação irregular, prevista no anterior Código de Menores, Lei nº 6.697, adotou, para coadunar-se aos preceitos constitucionais, a doutrina da proteção integral, consoante dispõe em seu artigo 1º, significando incumbir à lei assegurar a todas as crianças e adolescentes a satisfação de suas necessidades básicas, estabelecendo um conjunto de normas tendentes a colocar a infância e juventude a salvo da negligência, crueldade, exploração e opressão.

Uma das grandes pilstras do Estatuto foi, sem dúvida, a criação de mecanismo jurídico tendente à garantia dos direitos atribuídos à população infanto-juvenil. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) deram ao direito do menor uma nova diretriz.

O ECA dispõe sobre a Organização Tutelar, o Conselho Tutelar, os Procedimentos Judiciais, as Prevenções, a Convivência Familiar, o Menor Infrator, o Menor não delinqüente e as Carências Sociais. Esses são temas os expostos.

¹ Docente de Direito Civil III da UNOPAR. Docente do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Mestre em Direito das Relações Sociais. Doutoranda pela PUC (SP). Endereço para correspondência: Av. Paris, 675. Jardim Piza. 86041-140 Londrina, Paraná, Brasil.

Histórico

Para um melhor entendimento das mudanças pelo qual tem passado a política do menor no Brasil, vejamos sua linha trajetória.

Até o começo deste século os programas de assistência ao menor no Brasil estavam a cargo da assistência médica, cujas principais medidas utilizadas eram de caráter profilático e se baseavam nos ensinamentos da higiene e da eugenia. A preocupação com a saúde e o bem-estar da criança desembocou na função em 1899, do Instituto de Proteção e Assistência a Infância do Rio de Janeiro (Russo, 1985).

Por iniciativa do Senador Nelson Carneiro, foi apresentado o projeto de Lei nº 105/74, que, no Senado, foi analisado por uma Comissão Especial, composta por grupo de estudo designado pelo Sr. Ministro da Justiça, que se transformou na Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), que entrou em vigor em 08 de fevereiro de 1980, revogando toda a legislação anterior.

Foi significativa, à época, a adoção expressa em seu artigo 2º, da doutrina da situação irregular, significando “um estado de patologia (doença) social, de forma ampla” que correspondia à terminologia menores abandonados e delinquentes utilizada pelo Código de Menores de 1927. A sistemática de tratamento da matéria foi, pela doutrina, considerada inovadora.

A partir da promulgação do primeiro Código de Menores, em 1927, foram criadas colônias correlacionais para a reabilitação de delinquentes e internatos para o acolhimento de menores abandonados. Paralelamente a estas ações judiciais, desenvolveu-se, no país, uma política filantrópica com o objetivo de dar proteção aos menores abandonados.

Finalmente, com a criação do SAM, e, posteriormente, da FUNABEM, o Estado assumiu a tutela do menor abandonado ou infrator e a política passou a ter um caráter assistencialista, cuja principal ação foi a de alimentar as crianças e adolescentes abandonados no país.

A promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, garantindo no bojo do seu artigo 227 uma série de direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, exigiu do legislador ordinário a elaboração de uma nova lei, que contemplasse e regulamentasse estes direitos constitucionalmente conquistados.

Assim, foi sancionada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências), que no seu artigo 267 revogou expressamente as disposições das Leis nº 4.513, de 1964 e 6.697, de 10 de outubro de 1979, entrando em vigor em 12 de outubro de 1990, o dia da criança, conforme o seu artigo 266.

A realidade da infância e adolescência pobre do nosso país, que essa lei visa amparar, não obstante inúmeras notícias diárias que temos de suas necessidades e vicissitudes, pode bem ser aferida através de um poema de autoria de um grupo de meninos e meninas de rua de Curitiba, chamada profeta Elias.

“Nós também queremos viver. Nós também, amamos a vida.

Para vocês, escola. Para nós, cheirar cola.

Para vocês, academia. Para nós, delegacia.

Para vocês, coca-cola. Para nós, pedir esmola.

Para vocês, muita emoção. Para nós, catar papelão.

Para vocês, piscina. Para nós, chacina.

Para vocês, forró. Para nós, mocó.

Para vocês, televisão. Para nós, valetão

Para vocês, avião. Para nós camburão.

Para vocês, conhecer a luta. Para nós, morar na rua.

Para vocês, está bom, felicidade. Mas, para nós, igualdade.

Nós também queremos viver. Nós também amamos a vida”.

Frisa Olympio de Sá Sotto Maior Neto que “esse poema tem uma importância extraordinária: primeiro, porque demonstra que, em razão destes meninos estarem organizados, sendo integrantes do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, alcançaram a politização; segundo, porque, politizados, esses meninos de rua conseguiram compreender a realidade social da qual fazem parte. Por isso, não mais pretendem ser meras vítimas do sistema social injusto, estabelecido no país, mas querem se constituir em agentes transformadores dessa realidade. O indicativo desse poema é o indicativo de quem quer, embora sem o conhecimento cultural, embora sem ter tido a possibilidade de educação e saúde, ser instalado em uma sociedade mais justa.

O Estatuto vem a ser uma Lei protetora dos direitos da criança e do adolescente; A Lei está posta de forma objetiva e clara à observância de todos. O Estado fica ciente dos seus deveres, bem como os particulares, e que a vigia de qualquer dos direitos da criança ou adolescente, implicará na situação irregular, correspondendo essa situação a uma resposta que pode chegar, inclusive, à perda da liberdade.

Com a chegada do ECA a criança e o adolescente são percebidos como valor na caminhada de uma humanidade que quer se humanizar. Com este sentido, a criança e o adolescente não constituem sobrecarga, dever do Estado ou da família, são vistos como fonte de prazer e de continuidade do humano para toda a sociedade.

Noções sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes – Lei nº 8069/90

O Estatuto da Criança e do Adolescente distinguiu as normas ao menor infrator das normas do menor abandonado ou carente, vítima da família ou da sociedade, fazendo então a distinção entre os juízes de menores e juízes de família.

Foi necessário separar as duas competências, pois sua reunião num só órgão jurisdicional, ou seja, o juiz de menores, privaria o menor não delinqüente, apenas vítima da família ou da sociedade, do seu juiz natural, o juiz de família.

O ECA distingue o procedimento civil do procedimento ato infracional. O procedimento civil limita-se à inibição do pátrio poder, guarda tutela e adoção. No procedimento do ato infracional, o Ministério Público tem ampliadas as suas funções, inclusive, o emprego da desjudicialização nos moldes do artigo 180, inciso II.

Sobre os direitos ao nascimento, a Lei nº 8.069/90 requer efetivação de políticas sociais públicas que permitam, através do sistema único de saúde, o atendimento pré e perinatal, e a gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do sistema. O poder Público, as instituições e os empregadores terão que propiciar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Também, constituem Direitos da Criança e do Adolescente, a convivência familiar e comunitária, a educação, a cultura, o esporte, o lazer, a profissionalização e a proteção no trabalho.

Quanto a política de atendimento, prevista na Lei nº 8.069/90, deverá ser formada através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Suas diretrizes são:

- 1) municipalização do atendimento;
- 2) criação de Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos direitos da criança e do adolescente, Órgãos Deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meios de organizações representativas, segundo Leis Federais, Estaduais e Municipais;
- 3) criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
- 4) manutenção de Fundos Nacionais, Estaduais e Municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

- 5) integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;
- 6) mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

Ao menor, também foram estabelecidas as medidas de proteção que são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos na Lei nº 8.069/90 forem ameaçados ou violados, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, e em razão de sua conduta.

No que tange ao ato infracional considera-se, como tal a conduta descrita como crime de contravenção penal.

O ECA em seu artigo 2º, refere-se à criança e ao adolescente, considerando-se criança a pessoa até doze anos de idade e, adolescente entre doze e dezoito anos de idade. Essa distinção tem especial importância no tratamento da questão da prática de ato infracional, considerado *como a conduta descrita como crime ou contravenção penal*, praticada por inimputáveis.

Assim, o ato infracional praticado por adolescente tem procedimento próprio, dando ao infrator plenas garantias individuais e processuais, inclusive o contraditório e o direito à defesa técnica por advogado, sujeitando-o, porém, a aplicação de uma medida sócio educativa, consoante a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Quando o ato infracional é praticado por criança, esta estará sujeita a medidas específicas de proteção, devendo ser aplicadas segundo “as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. A atribuição de aplicar estas medidas é do Conselho Tutelar, podendo elas serem utilizadas tanto para crianças como para adolescentes, quando estiverem em situação de risco, por ameaça ou violação dos seus direitos. O inciso VII, do artigo 112 do Estatuto permite a aplicação de medida de proteção ao adolescente infrator, quando houver conveniência.

De se ressaltar, ainda, a garantia do acesso à justiça dado a toda a criança e adolescente como, a assistência judiciária gratuita, através de defensor público, do Ministério Público ou advogado nomeado, bem como a total isenção de custas e emolumentos, nas ações judiciais de competência da Vara da Infância e da Juventude, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé. Vale frisar que a gratuidade das custas e emolumentos decorre da natureza da lide e não do estado de pobreza do postulante. Assim, proposta uma ação de adoção não importa as condições econômicas dos requerentes, terão eles gratuidade quanto às custas e emolumentos, com supedâneo no § 2º, do artigo 141 do ECA.

Além disso, no procedimento para apuração de ato infracional e na ação sócio-educativa, a Lei nº 8.069/90, garante que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”, bem como o “pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou ato equivalente”, a igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa”, “a defesa técnica por advogado”, a “assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da Lei”, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e o “direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento”.

Devido processo legal como pressuposto para qualquer privação de liberdade individual está inserido entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas Lei nº 8.069, onde deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Se o adolescente praticar ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar-lhe algumas medidas, tais como: advertência; obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, etc.

Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato ao contexto social, bem como a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo

Em relação ao Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. A tutela administrativa ou estatal de menores deve ser exercida pelos seguintes órgãos:

- 1) por um tutor administrativo, que é o Prefeito Municipal, representado por um funcionário público ou servidor, nas entidades públicas, e por um diretor, nas entidades privadas ou particulares, que responderão em conjunto e diretamente pelo menor, desde o momento que o menor é aceito pelos órgãos administrativos e tutelares competentes, exercendo os direitos inerentes ao pátrio poder, descritos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente;
- 2) por um protutor administrativo, membro do Conselho Tutelar Municipal, encarregado de fiscalizar a gestão do tutor administrativo e contra ele representar pela sua má gestão, perante o Ministério Público e o Juízo da Infância e da Juventude;
- 3) por um conselho tutelar Municipal, composto de quantos membros sejam necessários em cada Município, encarregados de analisar as questões referentes aos menores sob tutela administrativa, além das incumbências de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuídas atualmente aos Conselhos Municipais e ao Conselho Tutelar eleito em cada Município;
- 4) por entidades criadas pelo poder público (governamentais) e por entidades particulares (não-governamentais) que desenvolvam os programas de abrigo, aplicáveis ao sistema de tutela administrativa.

Os diferentes órgãos da tutela estatal ou administrativa de menores possuem diferentes tipos de atribuição de acordos com a finalidade. Servem, de um lado, para execução e operacionalização da própria tutela administrativa de menores e, de outro, para a elaboração de diretrizes, orientação e deliberações gerais sobre o direitos do menor. Portanto, os órgãos denominados tutor e protutor administrativo, conselho tutelar municipal e entidades de apoios governamentais e não-governamentais poderiam ser classificados como órgão de execução, e os organismos Municipais, Estaduais e o Federal, como órgão de deliberação.

Em tutela Civil, regimes legais e realização prática, somente no caso de não haver quem queira tutelar o menor por força do art. 412, CC que determina que será o próprio Estado seu tutor, sendo o menor internado em estabelecimento público ou privado. Daí decorre a primeiras das limitações a esta tutela, que é a impossibilidade anterior de aplicação ao menor do regime de tutela civil (art. 406 e ass. do CC), quando então deverá ser concedida a tutela civil estatal.

Outra limitação se encontra no fato da doutrina pátria apontar como necessária a indicação precisa de um tutor definido para o menor, evitando, dessa forma, que a tutela, nos casos de estabelecimentos privados ou mesmo oficiais, fique atribuída ao estabelecimento, ao órgão, e não ao tutor, como é o espírito do Instituto e sua própria finalidade.

Sobre a questão da gestão do tutor, a doutrina de Roberto João Elias (1994) faz atentar para a necessidade do envio de um relatório à autoridade competente.

A competência do Conselho será determinada pelo domicílio dos pais ou responsável ou, na falta deste, pelo local onde se encontrar o menor. A escolha dos conselheiros será estabelecidas em Lei Municipal e realizada sob a presidência de juiz eleitoral e a fiscalização do Ministério Público.

Serão impedidos de servir como membros do Conselho, marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogros e sogra ou nora, irmãos, cunhados, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a finalidade de proteger, integralmente, a criança até 12 anos de idade e o adolescente de 12 anos até 18 anos, e excepcionalmente o menor entre 18 e 21 anos. Assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que deverão ser

respeitados, não só pela família, pela sociedade, como também pelo Estado, sob pena de responderem pelos danos causados.

É garantido o acesso à justiça de toda criança e adolescente, por qualquer de seus órgãos. Será proibida divulgação de atos judiciais policiais e administrativos que digam respeito a Criança e Adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. As políticas alusivas a esses fatos não poderão identificar o menor, vendendo-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

A competência para decidir problemas alusivos ao menor é da Justiça da Infância e da Juventude. Contudo se tratar de ato infracional, será competente a autoridade local da ação ou omissão.

As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé. O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

O sistema recursal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o Código de Processo Civil, contudo, os recursos serão interpostos independente de preparo, e o prazo salvo os agravos de instrumentos e embargos de declaração são de dez dias.

As funções do Ministério Público, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica. A sua intimação será feita pessoalmente, em qualquer caso.

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

Referentes aos crimes praticados contra o menor, por ato omissivo ou comissivo, foram definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece graves penas ao infrator. Mas que ressaltam, sem prejuízo à legislação penal, aplicando-se aos crimes definidos na Lei nº 8.069/90 as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo penal. Estes crimes são de ação pública incondicionada.

O Menor Infrator

Quem são os menores infratores? Como a Lei deve protegê-los? Eles merecem proteção?

O E.C.A, criou juizes especiais aos menores infratores, distinguindo-os do menor não delinqüente.

Muito bem, só que se analisarmos a questão “Proteção ao menor” profundamente, chegaremos a conclusão que essa proteção deve se estender ao menor infrator, não acatando seus crimes, mas sim prevenindo de alguma forma, para que não cheguem a condição de menor infrator.

Infelizmente, na atual situação em que se encontra o país, o destino do menor continua a ser o mesmo que anteriormente, ou seja, ainda há muitas crianças abandonadas, muita possibilidade em relação a elas, a prostituição entre meninas e meninos está crescendo, e embora a imprensa faça o trabalho de denúncia, as soluções ainda são poucas aos grandes problemas enfrentados.

A educação do menor infrator é inexistente, pois, na maioria das vezes esses menores foram desamparados. Esses menores preferem dizer que não são órfãos de pai e de mãe, a terem que reconhecer que foram abandonados. Os casos de abusos sexuais com as filhas pré-adolescente são muito freqüentes, levando-as, quando saem de casa, sem amparo de quem quer que seja, a se prostituírem. Nesses casos, a mãe normalmente finge não ver os fatos, e se há irmãos homem, esses se revoltam, muitas vezes, agredindo o pai, e são expulsos de seu lares.

Eles não sabem o que é amor ou ódio, confundem seus sentimentos, pelos acontecimentos presentes, ou seja, se lhes fazem algo que não aceitam, eles imediatamente sentem ódio, e vestidos por esse sentimento, cometem infrações penais de baixa importância, como por exemplo o furto de um doce, ou podem até mesmo matar se estiverem com muita raiva, sem medir qualquer conseqüência.

O menor infrator, normalmente quando chega a rua, nunca cometeu infração alguma, porém ao se agrupar com aqueles que já estão nesse convívio algum tempo, começam a praticar delitos até mesmo, por “farra”, como costumam dizer.

Outro problema que acoberta o menor infrator são as drogas. Essas sim são muitas vezes a causa principal da infração. Pois o menor, ainda nem consumiu a droga mas, para consegui-la, precisa inevitavelmente de dinheiro, então não há outra saída senão roubar ou furtar. E, pior, com a facilidade que encontram nesse tipo de ato, se aperfeiçoam cada vez mais, e até mesmo competindo com os outros infratores nesse tipo de crime. Para esses menores a solução seria a família substituta, mencionada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Menor Infrator na Constituição de 1988

O Texto Constitucional, aprovado em primeiro turno, assegurava, de forma categórica, o contraditório nos feitos relativos à menores que atentam contra a ordem legal. O texto inicialmente aprovado, dizia o seguinte – artigo 230, § 3º, inciso IV, alínea f: ... “garantia de instrução contraditória e de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, à criança e ao adolescente a quem se atribua ato contrário à ordem legal”.

Porém, a inclusão do contraditório para os menores, como princípio constitucional ensejou manifestação ordenada de profissionais do direito e de cidadãos das mais diversas categorias sociais.

Desta maneira, foi alterada a Constituição assegurando alguns direitos aos menores, nos termos da legislação tutelar específica. O texto passou a ser – artigo 277, § 3º, inciso IV: ... “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado segundo dispuser a legislação tutelar específica”.

Os constituintes alteram o dispositivo, e não poderiam ter feito melhor, pois é preciso levar-se em conta que a aplicação de uma medida ao menor, tem sempre por objetivo a reeducação, a sua preparação para viver em sociedade, quer profissionalizando-o quer submetendo-o a tratamento psicológico.

Ressalva-se, também, a parte do dispositivo que refere “segundo dispuser a legislação tutelar específica”, a ênfase é necessária pois o caráter tutelar da legislação, é reconhecido pela primeira vez constitucionalmente e de forma inquestionável.

Medidas Específicas de Proteção

O artigo 100 do Estatuto, prevê a prevalência das necessidades do menor, na aplicação das medidas, preferindo-se as que visam o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

As medidas específicas de proteção compreendem:

- 1) encaminhar aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- 2) orientação, apoio e acompanhamento temporário;
- 3) matrícula e frequência obrigatória em estabelecimentos oficiais de ensino fundamental;
- 4) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- 5) requisição de tratamento médico-psicológico ou psiquiátrico;
- 6) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- 7) o abrigo em entidades;
- 8) colocação em família substituta.

As medidas de proteção deverão ser acompanhadas de Registro Civil. Desta forma, sem o Registro não seriam aplicadas as medidas de prevenção. Sem o registro civil o menor estaria fora do universo jurídico, como *alieni juris*.

Com relação à família substituta, esta desdobra-se nas seguintes medidas específicas de proteção:

- 1) guarda;
- 2) tutela;
- 3) adoção.

O Estatuto dispõe sobre o direito à convivência familiar e comunitária. O menor tem direito de ser criado no seio da família, e excepcionalmente em família substituta. A falta ou carência de recursos materiais não é motivo de inibição de pátrio poder, o menor será mantido na família de origem, a qual será incluída obrigatoriamente nos programas oficiais de auxílio.

O Estatuto valoriza a família de origem que mantém o ideal ético, que é fazer com que as famílias sejam capazes de comunicar a educação no amor, embora sem recursos materiais, ao explicitar a obrigação do estado de incluir a família necessitada nos programas oficiais de auxílio.

A família substituta deve oferecer ao menor o convívio e o estado psicológico de uma família bem constituída, para o integral desenvolvimento da personalidade da criança.

Da guarda

A guarda se constitui como um dos atributos do poder paternal. A guarda pode coexistir com o pátrio poder, o que não pode ocorrer com a tutela e com a adoção.

Da tutela

A tutela é um instituto de caráter assistencial que visa a substituir o pátrio poder com o falecimento dos pais. Com a morte dos pais ou na impossibilidade de exercerem a função do pátrio poder, interfere o Estado para transferir o encargo de zelar pela criação e educação do menor e administrar os seus bens.

A tutela é um encargo imposto pelo Estado, com finalidade do interesse público. O juiz na designação do tutor, terá que atender os interesses do menor, e poderá alterar a ordem do artigo 409 do Código Civil, provada a indignidade ou contra-indicação dos parentes, preferindo pessoa estranha, que possa exercer o cargo com amor, compreensão e segurança.

A tutela rege-se pelo Código Civil e atinge pessoas de até 21 anos incompletos, pressupondo a própria decretação ou suspensão do pátrio poder, ou ainda a extinção, no caso de morte dos pais. Não obstante não detenha o pátrio poder o tutor praticamente é o substituto dos pais no campo jurídico.

A orientação e assistência do serviço social evitarão que o menor seja maltratado e explorado pelo tutor, no caso de maus tratos. O serviço social garantirá o êxito da finalidade da medida de proteção. É exigido do tutor a prestação de contas sobre a administração dos bens.

Da adoção

A última modalidade de família substituta trata-se da adoção, que aproxima-se da família natural porque o adotando passa a ser filho do adotante ou adotantes, sendo cancelado o registro original e feita nova inscrição para adotar nome dos adotantes como pais, bem como de seus ascendentes.

A adoção cria uma nova família ao adotando, que até pode mudar o prenome, portanto não há qualquer diferença entre a família natural e a família substituta nesta modalidade.

Antonio Chaves (1995) a define a adoção como “ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue”.

O Estatuto limitou-se somente à adoção plena. Esta tem por finalidade proporcionar um lar às crianças que não o possuem. Ela é uma instituição e não um contrato, como ocorria com a adoção simples. A adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado.

Na adoção, o juiz decide, julga se o pedido inicial deve ou não ser deferido, segundo os interesses do menor. Desta forma, é obtida uma sentença constitutiva.

A adoção depende do consentimento dos pais ou representante legal do adotando. A adoção é

irrevogável. O artigo 43 do estatuto dispõe sobre os requisitos gerais da adoção plena, apresentando reais vantagens para o adotando e se baseia em motivos legítimos. A verificação da adoção irá prevenir o seu fracasso, procurando rastrear os riscos que podem ocorrer na seleção dos adotantes e do adotando.

O estágio de convivência tem por finalidade a verificação da adoção do adotando na futura família, mediante estudo social ou exame médico-psicológico do contexto psicossocial em que se insere o menor. Dispensa-se o estágio probatório para o adotando, se este não tiver mais de um ano de idade ou já estiver em companhia do adotante por algum tempo.

Poderão requerer a adoção os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil, entretanto, o adotante terá que ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando. O Estatuto exige, no entanto, criteriosa atenção na avaliação da família que irá adotar, principalmente quanto à estabilidade.

A adoção pode também ser feita pelo divorciado e o separado judicialmente, desde que o estágio de convivência tenha começado na constância da sociedade conjugal e haja acordo sobre a guarda e regime de visitas.

Podem, também, postular a adoção, em litisconsórcio unitário ativo, os cônjuges ou os concubinos, e ainda podem adotar o cônjuge e o concubino, o filho de sua esposa ou companheira e vice-versa. Nesse caso, será necessário a concordância do pai do menor, a não ser que o menor esteja registrado somente com o nome da mãe.

Os ascendentes não podem adotar seus descendentes, nem o irmão pode adotar outros irmãos.

O adotando deva contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido de adoção. Entretanto, abre a lei uma exceção a este princípio. Admite que o maior de dezoito anos seja adotado, desde que esteja, quando do pedido de adoção, sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Outro requisito refere-se ao consentimento dos pais do adotando, que será dispensável no caso de desaparecimento dos mesmos, ou terem sido destituídos do pátrio poder.

Em se tratando de adoção de adolescente, a lei exige o seu depoimento, e sua manifestação é feita com o próprio pedido de adoção.

E, quanto aos efeitos da adoção, são de duas naturezas, patrimoniais e pessoais. O efeito pessoal da adoção é atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres inerentes à condição de filho, porém, ocorre o desligamento total deste com a sua família anterior, com laços sanguíneos, salvo os impedimentos matrimoniais.

Com a adoção, o adotando adquire o nome do adotante, bem como de seus ascendentes.

Nos efeitos de natureza patrimonial, segue os efeitos do direito sucessório (art. 41, parágrafo 2º do ECA).

A adoção por estrangeiro está disciplinada nos artigos 51 e 52 com referência aos artigos 31 e 46, parágrafo 2º).

Comentários ao Artigo 227 da Constituição Federal de 1998

Artigos 227 *caput* – “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Pela análise deste artigo verificaremos os direitos que a família, a sociedade e o Estado deverão assegurar à criança e ao adolescente:

- 1) Direito à vida. Todos têm direito à vida, abrangendo criança e adolescente, a quem a família, sociedade e o Estado assegurarão, com absoluta prioridade.

- 2) Direito à saúde. De nada adiantaria garantir-se a vida, se não se assegurasse ao mesmo tempo o direito à saúde.
- 3) Direito à alimentação. É imprescindível, pois a vida depende da saúde e da alimentação. E não sendo respeitado esse direito, insurge a prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, art. 5º, LX VII da C.F.
- 4) Direito à educação. A educação é dever do estado e da Família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
- 5) Direito ao Lazer. O direito ao lazer deverá ser assegurado à criança e ao adolescente pela família, sociedade e Estado, ao lado da educação e da instrução.
- 6) Direito à profissionalização. É de competência privativa da União legislar sobre a organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.
- 7) Direito à cultura. O artigo 6º dispõe sobre a educação, como direito social, omitindo-se com relação à cultura, que, aliás caminha paralela à educação.
- 8) Direito à dignidade. A Constituição Federal em seu artigo 1º, alude entre os fundamentos do Estado-Democrático de Direito, ao lado da soberania, e da cidadania, o direito à dignidade da pessoa humana. A criança e o adolescente são pessoas humanas, então se torna redundante o artigo 227 da C.F., quando coloca a dignidade, como dever da família, da sociedade e do Estado.
- 9) Direito ao respeito. O princípio da dignidade da pessoa humana inclui, em si, o respeito.
- 10) Direito à liberdade. Àquele no artigo 5º, *caput*, agora estende-se à criança e ao adolescente.
- 11) Direito à convivência familiar. É assegurado à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, integrando-os no lar, propiciando-lhes condições favoráveis.
- 12) Direito à convivência comunitária. Este direito tem como finalidade ampliar o círculo de relações sociais da criança e do adolescente.

Conclusão

O tema é amplo, assim, foram ressaltados diversos assuntos tratados no Estatuto da Criança e do Adolescente e, em linhas gerais foi comentado o Artigo 227 da Constituição Federal, bem como a própria Lei que rege o Estatuto.

Do direito à convivência familiar e comunitária foram destacadas a família natural e a família substituta, com ênfase à guarda, tutela e adoção.

A família substituta é a forma encontrada, pois proporciona ao menor um crescimento decente, e um ambiente familiar onde existe amor, não levando em conta somente os aspectos materiais. Não há como se priorizar o pátrio poder se este não for bem aplicado pelo responsável da família.

Os pais ou aqueles que têm o pátrio poder, devem proporcionar ao menor as condições necessárias ao seu crescimento.

O Conselho Tutelar é o órgão da sociedade que tem por objetivo zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, como dispõe o próprio artigo 227 da Constituição Federal, sobre a co-responsabilidade do Estatuto, da sociedade e da família na formulação de atendimento aos direitos do menor.

O Estatuto teve a preocupação de dispor sobre as entidades governamentais e as entidades não governamentais, explicando as exigências do registro das entidades particulares como condição de seu funcionamento.

Enfim, de todas as observações feitas sobre a proteção do menor, podemos concluir que ainda há muito o que fazer em prol das crianças e dos adolescentes sem lares, sem trabalho, sem estudo e principalmente sem o amparo familiar.

Diante da análise da Lei nº 8.069/90 e da Constituição Federal, é perceptível a falta de segurança de que o amanhã será melhor à criança e ao adolescente. E não há como se fazer um amanhã melhor, se não começarmos a partir de agora, trabalharmos em função do bem estar dessas crianças e desses adolescentes.

O Estado, através de seus governantes, precisa encontrar um meio de acabar com o descaso referente aos menores. Existem muitas crianças sem amparo e, em contra partida existem muitas famílias em busca dessas crianças, através da adoção, mas é preciso que o Governo passe a não exigir tantas burocracias, como vem fazendo.

O Brasil ainda precisa melhorar muito quanto à proteção ao menor, não bastam leis que regulem esta situação, elas precisam ser aplicadas rigorosamente, de modo que não deixem lacunas.

O menor é um ser humano, e como este, tem direito a uma vida decente e segura.

Referências Bibliográficas

- BARREIRA, Wilson, BRASIL Paulo Roberto Grava. *O direito do menor na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1991.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo : Saraiva, 1997.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Brasil, Infância Juventude e Política Social no Brasil. In: CRIANÇA Urgente: a lei 8.069/90. São Paulo : Columbus Cultural, 1990.
- CHAVES, Antônio. *Adoção*. São Paulo : Ed. Rev. Tribunais, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição – artigos 170 a 232*. São Paulo : Forense Universitária, 1988. v. 8.
- ESTATUTO da Criança e do Adolescente – ECA. São Paulo : Saraiva, 1997.
- ELIAS, João Roberto. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- GARCEZ, Sérgio Matheus. *O novo direito da criança e do adolescente*. Campinas : E.V. Ed., 1994.
- GOMIDE, Paula. *Menor infrator: a caminho de um novo tempo*. Curitiba : Juruá, 1990.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 5. ed. São Paulo : RT, 1993.
- MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados a infância e juventude*. Tese Aprovada por unanimidade no 9º Congresso Nacional do Ministério Público.
- SÃO PAULO. Câmara Especial do Tribunal de Justiça. MENOR – Lar substituto – Colocação em virtude de ter sido vítima de estupro imputado ao companheiro da mãe – Medida que visa à proteção dos interesses da menor – Inexistência de violação de direito líquido e certo – Mandado de segurança denegado – Aplicação do art. 5º do Código de Menores. MS 5.755-0 (segredo de justiça). Relator: Onei Raphael. 10 abr. 1986. *Rev. Tribunais*, São Paulo, v. 608, p. 46-47, jun. 1986.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. MENOR – Infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente – Notícia de jornal que, inobstante tenha indicado apenas as iniciais da adolescente a quem se atribuiu a prática de ato infracional, identificou expressamente os nomes de seus genitores, de sua irmã e de seu namorado, possibilitando a rápida identificação da menor – Inadmissibilidade – Infração ao art. 247 da Lei 8.069/90. Ap. 23.761-0/0. CMN - Central Marília de Notícias S/A e Juízo da Varavda Infância e Juventude da Comarca de Marília. Relator: Des. Dirceu de Mello. 04 jan. 1996. *Rev. Tribunais*, São Paulo, v. 727, p. 153-154, maio 1996.

Right to the smallest's protection

Abstract

The Law 8.069, of July 13, 1990 (Statute of the Child and of the Adolescent), it came to regulate disposition contained in the Federal Constitution, that it attributed to the family, to the society and the State, the insurance of all the fundamental rights of the children and of the adolescents. This Statute appeared with the intention of protecting the rights of the smallest ones implanting Council National, State and Municipal of the Child's rights and of the Adolescent, of the Fund to him linked, of the Guardian Council, of the penal tipification and of the capitulation of the conducts violator's administrative infractions of some norms in him foreseen, in the search of the effectiveness of these, that for they provide public and social interest, they could not be included among the program norms, needing to find effectiveness and full application. Although the creation of the Statute, safety is not still had that the tomorrow will be better to the smallest. It is necessary to work a lot in function of these, because, they don't have enough laws that regulate this situation, they need to be applied.

Key words: smaller, statute, children, adolescents, family.

FERRARO, V. A. L. Rights to the smallest's protection. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 1, n. 1, p. 41-52, mar. 2000.