

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ENIO GENTIL VIEIRA JÚNIOR

**A (NÃO) IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE EM ÂMBITO JUDICIAL**

**FLORIANÓPOLIS
2016**

ENIO GENTIL VIEIRA JÚNIOR

**A (NÃO) IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE EM ÂMBITO JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado
apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina, como
requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientadora: Dra. Josiane Rose
Petry Veronese

**Florianópolis
Outubro 2016**

Vieira Júnior, Enio Gentil

A (não) implementação do estatuto da criança e do adolescente em âmbito judicial. Enio Gentil Vieira Júnior. – Florianópolis, 2016.

148 f. : il. ; 14,81cm21cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

Bibliografia: f. 143-148.

1. Criança. 2. Adolescente. 3. Legislação. I. Título.

Catálogo na fonte elaborada por Marcelo Cavaglieri CRB 14/1094

ENIO GENTIL VIEIRA JÚNIOR

**A (NÃO) IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE EM ÂMBITO JUDICIAL**

Esta dissertação, apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, foi considerada adequada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 13 de outubro de 2016.

Prof.^a Josiane Rose Petry Veronese, Pós-Doutora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^o Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Doutor
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^o Giovanni de Paula, Doutor
Universidade do Sul de Santa Catarina

RESUMO

O Sistema de Justiça da Infância e Juventude não tem se mostrado capaz de concretizar boa parte dos direitos e garantias estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que promoveu a parcela da população com idade inferior a dezoito anos à condição de sujeitos de direitos. Ainda que o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proponha um sistema de garantias, inclusive em âmbito processual, os atores do sistema de justiça preferem insistir em práticas tutelares, que não prezam nem pela participação nem pela emancipação dos sujeitos, utilizando-se, inclusive, dos princípios da proteção integral e do melhor interesse como forma de legitimar suas próprias práticas violadoras de direitos. Pelo que se pode observar da jurisprudência produzida no sistema justiça brasileiro, num uso inadequado do princípio da proteção integral, têm lhe dado interpretação diversa daquela que parece apontar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a implementação integral de todos os direitos ali declarados. Por outro norte, não que como negar que em âmbito legislativo (Constituição Federal, Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Tratados Internacionais, etc.) e doutrinário, há elementos capazes de orientar na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente conforme a doutrina da proteção integral e da promoção de crianças e adolescente à condição de sujeitos, protagonistas de processos judiciais que digam respeito a direitos seus.

Palavras-Chave: Menor. Criança. Adolescente. Sistema de Justiça da Infância e Juventude. Direito à participação. Oitiva obrigatória. Curadoria especial.

ABSTRACT

The System of Justice for Children and Youth has been shown to achieve many of the rights and guarantees set out in the Statute of Children and Adolescents, which promoted the portion of the population under the age of eighteen years the subjects of rights condition. Although the text of the Statute of Children and Adolescents, to propose a system of guarantees, including procedural level, the actors of the justice system rather insist tutelary practices that do not value or by participation or the emancipation of the subjects, using if even the principles of full protection and best interests as a way of legitimizing their own practices that violate rights. From what can be seen from the jurisprudence of the Brazilian justice system, an inappropriate use of the principle of full protection, they have given a different interpretation of what seems to point the Statute of Children and Adolescents, which is the full implementation of all rights therein declared. On the other north, not to deny that in the legislative sphere (Federal Constitution, Convention on the Rights of Children and Adolescents, international treaties, etc.) and doctrinaire, there are elements able to guide the interpretation of the Statute of Children and Adolescents as the doctrine of full protection and promotion of children and adolescents to the condition of subjects of lawsuits protagonists concerning their rights.

Keywords: Minor. Child. Teenager. System of Justice for Children and Youth. Right to participation. Hearsay mandatory. Curated especial.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 01 – Quadro comparativo geral	29
Gráfico 01 – Princípio de proteção integral/melhor interesse como motivação genérica.....	123
Gráfico 02 – A Crianças foi ouvida nos autos?.....	124
Gráfico 03 – Motivo para não ouvir a criança?.....	125
Gráfico 04 – Houve produção de prova por parte da defesa?	128
Gráfico 05 – Houve recurso da defesa?.....	128
Gráfico 06 – Qual foi a postura do defensor, combativa (sim) ou cooperativa (não)?	129
Gráfico 07 – Curador especial.....	130

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 DA JURISDIÇÃO DE MENORES À JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE	21
1 INTRODUÇÃO	21
1.1 A COMPLEXA TAREFA DE COMPARAR O DIREITO DO MENOR E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: INESPERADOS PONTOS DE CONVERGÊNCIA	27
1.2 OS DIPLOMAS MENORISTAS BRASILEIROS	31
1.2.1 O Código de Mello Mattos	38
1.2.2 Os técnicos à serviço da Justiça de Menores	40
1.2.3 A destituição do pátrio poder no Código de 1927	41
1.2.4 Código de Menores de 1979	44
1.3 LEGISLAÇÃO REFERENTE AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	47
1.4 AS DOUTRINAS DOMINANTES EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO ESPECIAL PARA A INFÂNCIA	50
1.4.1 Da situação irregular	50
1.5 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	54
1.6 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE COMO ORIENTADOR DOS DOIS RAMOS DO DIREITO ESPECIALIZADO NA PROTEÇÃO À INFÂNCIA.....	56
1.7 OS DESTINATÁRIOS DOS DOIS RAMOS DO DIREITO ESPECIALIZADO.....	63
1.7.1 O menor	63
1.7.2 Crianças e adolescentes como sujeitos efetivos de direitos	67
CAPÍTULO 2 OS MODELOS PROCEDIMENTAIS AFETOS À JURISDIÇÃO DE MENORES E DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES	71
2.1 JURISDIÇÃO DE MENORES: SIMPLICIDADE PROCEDIMENTAL COMO NORTE	73
2.2 ATORES NO SISTEMA DE JUSTIÇA DE MENORES	76
2.2.1 A figura do Juiz no Direito Menoril	77
2.2.1.1 <i>O prudente arbítrio e a ideia de jurisdição de equidade</i>	80
2.2.1.2 <i>A “jurisdição tuitiva” conforme o pensamento de Alyrio Cavallieri</i>	84
2.2.2 A defesa no Direito Menoril	85

2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.....	91
2.3.1 O Juiz no sistema de justiça da infância e juventude.....	94
2.3.2 A defesa no sistema de justiça da infância e juventude	94
2.3.3 A discussão sobre a necessidade e o cabimento de curador especial para atuar exclusivamente no interesse da criança e do adolescente	98
2.3.4 A participação da criança e do adolescente em procedimentos judiciais	105
CAPÍTULO 3 ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NA COMARCA DA CAPITAL/TJSC.....	113
3.1 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE EM DETRIMENTO À TÉCNICA PROCESSUAL.....	116
3.2 A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS PROCESSOS ANALISADOS	123
3.3 A PRESENÇA DA DEFESA E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES ANALISADAS	127
3.4 A BAIXA INCIDÊNCIA DE CURADORIA ESPECIAL NOS PROCEDIMENTOS ANALISADOS.....	129
3.5 A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE AINDA COMO ESPAÇO TUTELAR	131
4 CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

A família entra no Fórum. Na maioria das vezes são pobres e de vestes surradas, provavelmente fruto de alguma doação oriunda de instituição caritativa.

Apresentam-se, via de regra, sem defensor, mas, como o processo tem que seguir, nomeia-se para o ato um aborrecido advogado¹, que tem o mesmo objetivo da autoridade judiciária e membro do Ministério Público: fazer com que o processo prossiga. A propósito, acelerar os processos relativos a crianças ou adolescentes com perfil para a adoção tem sido um dos marcos do Conselho Nacional de Justiça² no que se refere às políticas voltadas à Justiça da Infância e Juventude.

Constatada a ausência de defensor (público ou advogado constituído), inicia-se talvez o momento de maior agitação em todo o procedimento, que é a busca por um advogado junto à sala da Ordem dos Advogados do Brasil que, via de regra, cooperativo, auxiliará o juízo em troca de reduzido valor de honorários aplicados pela autoridade judiciária.

Com pouca instrução, com frequência analfabetos, os requeridos adentram a sala de audiências e, não raro, pela primeira vez em suas vidas, deparam-se com um Juiz de Direito e um Promotor de Justiça. O advogado, com quem talvez terão um único contato, mal conhecem.

Fazem-se as perguntas de praxe. Simula-se que todo o sofisticado e formal procedimento não tem outra origem senão a pobreza e falta de apoio do Poder Público às famílias. Desvirtua-se mais uma vez o conteúdo das medidas de destituição do poder familiar e colocação em família substituta: a excepcionalidade. Em Habeas Corpus discutindo o acolhimento de crianças, a ministra Nancy Andrighi, no Habeas Corpus n. 274.845-SP, chega a falar em teratologia em casos desta natureza.

¹ Até o ato de 2013 não havia Defensoria Pública instalada no Estado de Santa Catarina. Sua instalação decorreu de decisão na ADI n. 4.270, de 14 de março de 2012, ocasião em que, por unanimidade, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da regulamentação do serviço de assistência jurídica gratuita no Estado de Santa Catarina, o antigo modelo de Defensoria Dativa. Futuramente, talvez, seja importante a revisão desta pesquisa considerando a atuação da Defensoria Pública nos procedimentos de destituição do poder familiar.

² O provimento n. 36/2014 do Conselho Nacional de Justiça estipula, em seu art. 2º sobre a promoção de mutirões em comarcas com elevado número de crianças acolhidas e na responsabilização de magistrados em caso de demora no deslinde de procedimentos de adoção e destituição do poder familiar (art. 3º).

Terminada a audiência, os deselegantes requeridos deixam o recinto, calçando chilenos em pleno Fórum! Voltam para casa sem perceber que seu destino e o de seus filhos já fora selado em etapa anterior, quando do ajuizamento da inicial da ação de destituição do poder familiar. Vão para casa com a esperança, muitas vezes otimistas, que logo terão seus filhos em casa novamente.

Antes mesmo do trânsito em julgado da sentença que os destitui do poder familiar são informados em tom *blasé* por um desinteressado servidor do Poder Judiciário que seus filhos já foram encaminhados para outra família.

Eis a descrição de um típico procedimento de destituição do poder familiar. O relato acima poderia ser fruto da imaginação do subscritor da presente dissertação de mestrado, mas se trata, lastimavelmente, de rotina nas Varas Especializadas em Infância e Juventude do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

A motivação para estudar procedimentos reais de destituição decorre do fato de parecerem descrição de atos judiciais anteriores ao sistema inaugurado em nosso sistema de justiça pela Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, afetos a uma jurisdição tutelar-menorista, representada pelos dois Códigos de Menores de vigoraram no Brasil.

Claro, o presente texto não se trata de obra literária, não havendo porque provocar surpresas, importando observar que a preocupação não é propriamente à estrutura do procedimento de destituição do poder familiar, ou qualquer outra espécie de procedimento em especial contido no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tal fim, basta a consulta de algum manual de Direito da Criança e do Adolescente, tão comuns no mercado editorial.

A motivação do presente estudo está, sim, na aparentemente contraditória postura observada do Sistema de Justiça e seus atores quando da condução dos procedimentos afetos a esta jurisdição especial, de práticas ainda de cunho aparentemente tutelar.

Da análise destes procedimentos, conforme se observará no capítulo três, verifica-se os princípios e garantias previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e legislação processual vem sendo realmente observados, e em que medida tal observância influencia a resposta dada pelo Sistema de Justiça. Ou se a lógica tutelar, do Direito Menoril, continua a influenciar nas decisões judiciais relativas a processos envolvendo interesses de crianças e adolescentes. A condição de sujeitos de direito ou de meros objetos de internação do mundo adulto também estará de análise.

Importante frisar que ao contrário do que se verifica na questão infracional, em que há um grande debate em torno das medidas socioeducativas, sua natureza jurídica, seus limites, etc., com a recente elaboração, inclusive, de uma lei de execução de medidas socioeducativas (Lei n. 12.594/12), em relação à questão das famílias em situação de vulnerabilidade, destinatárias por natureza das medidas de destituição do poder familiar, os discursos ainda são bastante idealizados, fantasiosos, moralistas, ou cheios de eufemismos. Observou-se certa apatia e aparente consenso.

No primeiro capítulo, explorar-se-ão conceitos que remontam ao Direito do Menor, formalmente superado pela nova concepção de proteção e promoção da infância amadurecido e formalizado no final da década de 1980 pela Convenção sobre os Direitos da Criança, mas que se mantém, ainda que com outra roupagem – e muitas vezes se apropriando de institutos do Estatuto da Criança e do Adolescente – nas práticas da justiça da infância e juventude.

Para garantir certa precisão e não depender somente da impressão de comentadores, fez-se o levantamento dos escritos originais dos autores mais influentes que se dedicaram ao estudo do Direito do Menor.

A opção revelou-se bastante rica, já que, sem *intermediários*, foi possível o acesso às opiniões e críticas dos principais autores da época do *Direito Menoril* àquele modelo e à legislação que o representava (Decreto n. 17.943-A/27 e Lei n. 6.697/79), assim como foi possível fazer um breve levantamento dos comentários aos julgados fundamentados na doutrina da situação irregular, que orientava o sistema de justiça. Fez-se a *radiografia* do Direito menoril, assim, por meio da leitura das obras de Alyrio Cavallieri – a quem priorizaremos, visto que se trata, a nosso ver, do grande representante do Direito Menoril –, Franciso Pereira de Bulhões Carvalho, Wilson Barreira, Paulo Roberto Grava Brazil, Anísio Garcia Martins, Jorge Muccillo, Alvarenga Netto, entre outros.

Na obra, o Direito do Menor na Nova Constituição, de Wilson Barreira e Paulo Roberto Grava Brazil, que intermedeia a promulgação da Constituição de 1988 e a Lei n. 8.069/90, por exemplo, podemos observar a defesa já *agonizante* dos menoristas³ e, principalmente o ataque aos princípios do contraditório e ampla defesa formalmente

³ Adiante-se que a utilização do termo menorista não tem caráter pejorativo aqui, mas segue posicionamento de Alyrio Cavallieri, que se disse autor da terminologia na obra “Direito do Menor”, consultada nesta pesquisa.

reconhecido pelo atual paradigma da proteção integral, que, no entender dos autores, não teria cabimento na Justiça da Infância.

Estudar os textos originais dos autores especializados permitiu verificar o quadro em que se acomodava do Direito Menoril e seus aspectos fundamentais, dentro os quais se destaca o conceito de *melhor-maior-superior interesse*.

Da mesma forma, ainda no primeiro capítulo, será explorado o *princípio melhor-maior-superior interesse* – explicaremos no primeiro capítulo esta *composição* de palavras – tanto quando tratarmos do direito do menor, tanto quando formos tratar do direito da criança e do adolescente, apresentando-o, como dizem muitos autores, com uma suposta nova roupagem, ou releitura, como costumam alguns afirmar – João Batista Costa Saraiva é um deles, em seu Compêndio de Direito Penal Juvenil (SARAIVA, 2010) –, apesar da ressalva feita por Tânia da Silva Pereira e Mary Bellof, que temiam em 1993 que a vagueza de tal diretriz servisse como um *cheque em branco*.

Impossível, igualmente, deixar de trabalhar – e comparar – conceitos básicos como menor e seu contraponto *criança e adolescente*, assim como observar a evolução, certas vezes suposta, de conceitos da *antiga legislação* que se repetem expressamente na atual, como o do melhor interesse, agregado ao art. 100, parágrafo primeiro do Estatuto da Criança e do Adolescente apenas em 2009 por meio da lei n. 12.010, senão problemático, no mínimo desafiador.

Ainda no primeiro capítulo, com o fim de permitir a comparação, serão considerados os elementos básicos do Direito da Criança e do Adolescente, com a sua doutrina da proteção integral e a importante comparação entre os conceitos de menor e de criança e adolescente, previsto na legislação contemporânea.

Na segunda parte do primeiro, estudou-se a mencionada doutrina da proteção integral, não sendo novo mencionar que se trata do verdadeiro pilar do Direito da Criança e do Adolescente. A pesquisa neste ponto foi bibliográfica e também jurisprudencial, para que já se pudesse observar o modo como vem se operando do Direito da Criança e do Adolescente em âmbito judicial.

Já no segundo capítulo serão analisados, basicamente, as figuras envolvidas nos procedimentos afetos à justiça da infância e juventude, juiz, promotor e advogado/defensor, a estrutura dos procedimentos e a questão do direito à participação nos procedimentos relativos a direitos de menores, crianças e adolescentes, observando-se as diferenças e aproximações entre os dois modelos.

A questão da *curadoria especial* também foi profundamente analisada no capítulo dois, visto que a) não existe efetivo consenso entre as duas instituições que se consideram detentoras do ônus: Ministério Público e Defensoria Pública; b) trata-se de instituto pouquíssimo observado nos procedimentos afetos à jurisdição da infância e juventude, conforme se concluiu da pesquisa de campo; c) representa, ao menos formalmente a titularidade, de maneira autônoma, por crianças e adolescentes, dos direitos previstos na legislação, sendo um dos primeiros dispositivos que realmente reconhecem tal condição.

No terceiro capítulo, considerando os aspectos fundamentais de ambos os modelos de prestação jurisdicional a sujeitos ainda não adultos, sejam crianças, adolescentes ou menores, a depender do momento histórico, será realizada a análise de gráficos resultado de questionário aplicado aos procedimentos de destituição do poder familiar com sentenças proferidas nos anos de 2013 e 2014 na Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC.

A opção pelo procedimento que regula a destituição do poder familiar – e não do procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente, por exemplo – decorre dos seguintes fatores: a) o instituto da destituição do poder familiar – a época pátrio poder – já era objeto de alguma regulação à época do direito do menor, o que permite uma comparação bastante precisa; b) trata-se de procedimento recorrentemente utilizado na Justiça da Infância e Juventude; c) trata-se de um dos procedimentos que traz uma das respostas mais severas previstas na legislação, que é a resolução do mais importante vínculo jurídico relativo à paternidade-filiação, o poder familiar.

Igualmente importante observar que o corte temporal definido para os processos que serão analisados no último capítulo, qual seja, sentenças proferidas em 2013 e 2014, pela necessidade de, efetivamente, estabelecer outro que torna pesquisa viável.

Na realidade, este estudo cuida da apreciação rigorosa da efetiva recepção, ou não, de um suposto sistema de garantias inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, da Convenção Sobre os Direitos da Criança e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, apelidado de Doutrina da Proteção Integral.

CAPÍTULO 1 DA JURISDIÇÃO DE MENORES À JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

1 INTRODUÇÃO

O ano é 2004, a relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se discutia a nulidade absoluta de procedimento de colocação em família substituta, na modalidade adoção, em que a requerida (mãe biológica) fora representada pelo mesmo Defensor Público que oficiara em favor dos adotantes.

A ementa da decisão acima mencionada é a seguinte:

ECA. Adoção. Destituição do poder familiar. A concessão da adoção implica, necessariamente, na perda do poder familiar, conforme se depreende da interpretação dos arts. 1635, IV e 41, ECA, não ocasionando prejuízos a ausência do pleito de destituição na inicial, de forma expressa, mormente quando considerado que o pedido foi aditado no decorrer do feito. Certo é que, nos processos atinentes aos direitos de criança e adolescente, especialmente nos relativos à filiação, deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, não podendo a técnica processual prevalecer sobre a finalidade da demanda, quando inexistente mácula ao direito de qualquer das partes. Preliminares do MP desacolhidas e apelo desprovido. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70008244089, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 26/05/2004) (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Observe-se que a julgadora, cujo voto foi acompanhado à unanimidade, sustenta que “deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, não podendo a técnica processual prevalecer sobre a finalidade da demanda” (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Caso a decisão tivesse sido proferida antes de outubro de 1990, isto considerando o período de *vacatio legis* do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao menos do ponto de vista objetivo, estaria subsidiada pelo art. 5º, da Lei n. 6.697/1979, que estabelecia: “Na aplicação desta

Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

No entanto, a simples leitura da Lei n. 8.069/1990 demonstra que não há qualquer elemento objetivo que estabeleça que outros direitos ou garantias, inclusive de ordem processual, poderiam ser afastados em nome de supostos interesses da criança ou adolescente.

Em sentido oposto, pode-se também verificar alguns julgados mais antigos em que se procura manter a integridade das regras processuais, ainda que sob a égide do Direito do Menor. Cite-se, por exemplo, julgado do ano de 1973, trazido ao final da obra Direito do Menor, de Alytio Cavallieri (1978, p. 420):

Adoção De Adulterino

(Tribunal de Justiça de Guanabara)

Ementa: Não impede a adoção a possibilidade do adotado ser filho natural ou adulterino do adotante. “Vistos, relatados e discutidos estes autos de processo n° 1502, de que é recorrente João de Almeida e recorrido o Dr. Juiz de Menores, acordam os Juízes do Conselho da Magistratura em dar provimento no recurso, para conceder a adoção pleiteada pelo recorrente. [...] A adoção é um instituto de proteção do menor e não reconhecimento da verdadeira paternidade e nesse sentido equivoca-se a sentença quando nega a adoção e pretexto de proteger o menor.

O que haveria a atender no caso é o consentimento do representante legal do menor.

Esta porém, segundo seu registo, tem pais ignorados e está representada pela sua guarda, que cabe ao requerente da adoção.

O processo está assim formalmente perfeito. Rio, 5 de abril de 1973. Francisco Pereira de Bulhões de Carvalho, Relator.

Se a decisão fosse prolatada já na década de 1990, considerando o disposto no art. 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em termos de conteúdo, não haveria diferença alguma com a publicada em 1973.

Uma curiosidade que consta da obra de Cavallieri (1978, p. 420) está na seguinte observação:

A sentença é do Juiz Paulo Gomes Alves; o parecer favorável à sentença é do Curador Newton

de Barros e Vscobcellos; o recurso vitorioso é do Defensor Público Jorge Ibrahim Salluh. Na segunda instância, o parecer do M.P. é de autoria do Procurador Eugênio Vasconcellos Sigaud.

Ou seja, no caso, garantiu-se, inclusive, a participação Defensor Público no correr do procedimento de colocação em família substituta, estando em plena vigência o Direito do Menor.

Considere-se, ainda, um pequeno exercício intelectual, adequando-se a fundamentação dos dois julgados citados, sendo o da relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias fulcrado, hipoteticamente, no Direito do Menor e o do Desembargador Francisco Pereira de Bulhões de Carvalho, em dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, sem grandes dificuldades, poderia ser fundamentado do primeiro julgado citado, estando em negrito as alterações e acréscimos:

Código de Menores. Adoção. Destituição do **Pátrio Poder**. A concessão da adoção implica, necessariamente, na perda do **pátrio poder**, conforme se depreende da interpretação dos **arts. 32 e 33, do Decreto 17.943-A/1927**, não ocasionando prejuízos a ausência do pleito de destituição na inicial, de forma expressa, mormente quando considerado que o pedido foi aditado no decorrer do feito. Certo é que, **pela inteligência do art. 131** nos processos atinentes aos direitos de **menores**, especialmente nos relativos à filiação, deve prevalecer o princípio do melhor interesse **do menor**, não podendo a técnica processual prevalecer sobre a finalidade da demanda, quando inexistente mácula ao direito de qualquer das partes. Preliminares do MP desacolhidas e apelo desprovido.

Mesmo exercício se faça em relação ao segundo julgado citado, da lavra do Des. Francisco Pereira de Bulhões de Carvalho:

Adoção

(Tribunal de Justiça de Guanabara)

Ementa: **Inteligência do art. 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo a adoção ser deferida quando trazer reais vantagens**

para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de processo n° 1502, de que é recorrente João de Almeida e recorrido o Dr. **Juiz da Infância e Juventude**, acordam os Juízes do Conselho da Magistratura em dar provimento no recurso, para conceder a adoção pleiteada pelo recorrente. [...]

A adoção é um instituto de proteção à criança ou adolescente e não reconhecimento da verdadeira paternidade e nesse sentido equivoca-se a sentença quando nega a adoção e pretexto de proteger o menor.

O que haveria a atender no caso é o consentimento do representante legal **da criança**.

Esta porém, segundo seu registo, tem pais ignorados e está representada pela sua guarda, que cabe ao requerente da adoção.

O processo está assim formalmente perfeito.

Se vê que as razões de decidir do processo que tramitou na década de 1970 mais se identifica com o que vem se afirmando como inerente ao Direito da Criança e do Adolescente do que a decisão já prolatada no ano de 2004, que aponta séria violação do direito ao contraditório que, reconheça-se, não era objeto de grande regulação no Direito Menoril.

A experiência empírica, por si só, demonstra que muitas são as decisões proferidas no sistema de justiça da criança e do adolescente que mais se aproximam do direito tutelar menorista em termos de fundamentação e uso indiscriminado do princípio do melhor interesse como panaceia.

A Ministra Nancy Andrighi, no autos n. 111.130/SC⁴ (Conflito de Competência), entendeu que “a determinação da competência, em casos

⁴ STJ. CC n. 111.130/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, segunda seção, julgado em 08/09/2010, DJE 01/02/2011: “Processo civil. Regras processuais. Gerais e especiais. Direito da criança e do adolescente. Competência. Adoção e guarda. Princípios do melhor interesse da criança e do juízo imediato. 1. A determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas. 2. O princípio do juízo imediato estabelece que a competência para apreciar e julgar medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias

de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas”, o que, apesar do aparente acerto na decisão, abre novo precedente à flexibilização das normas objetivas (portanto garantidoras de segurança jurídica) do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O mesmo ocorre na seara infracional, quando o Desembargador Ronaldo Assed Machado, do mesmo tribunal, ao julgar a Apelação n. 0002715-16.2011.8.19.0037⁵, preferiu *afastar a literalidade* do artigo

positivados no ECA é determinada pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária. 3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta. Isso porque a necessidade de assegurar ao infante a convivência familiar e comunitária, bem como de lhe ofertar a prestação jurisdicional de forma prioritária, conferem caráter imperativo à determinação da competência. 4. O princípio do juízo imediato, previsto no art. 147, I e II, do ECA, desde que firmemente atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepõe-se às regras gerais de competência do CPC. 5. A regra da *perpetuatio jurisdictionis*, estabelecida no art. 87 do CPC, cede lugar à solução que oferece tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao infante, permitindo, desse modo, a modificação da competência no curso do processo, sempre consideradas as peculiaridades da lide. 6. A aplicação do art. 87 do CPC, em contraposição ao art. 147, I e II, do ECA, somente é possível se – consideradas as especificidades de cada lide e sempre tendo como baliza o princípio do melhor interesse da criança – ocorrer mudança de domicílio da criança e de seus responsáveis depois de iniciada a ação e conseqüentemente configurada a relação processual. 7. Conflito negativo de competência conhecido para estabelecer como competente o Juízo suscitado (BRASIL, 2010).

⁵ TJRJ. Apelação n. 0002715-16.2011.8.19.0037. Rel. Des. Ronaldo Assed Machado, 09/02/2012: “Menor censurado pela prática de ato infracional análogo ao crime tipificado como tráfico de substância entorpecente, ao qual, na sentença aplicou-se a medida socioeducativa de internação. Apela e argumenta que não existem provas suficientes da autoria dos fatos descritos na representação, pois embasada somente nos depoimentos das testemunhas policiais. Pleiteia a improcedência do pedido contido na representação. Impossibilidade. A autoria dos episódios encontra-se demonstrada por intermédio dos depoimentos das testemunhas policiais. Subsidiariamente, argumenta que não é caso de aplicação da medida de internação. Requer a substituição pela liberdade assistida. Sem Razão. Uma interpretação meramente literal do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente poderia conduzir à conclusão de que somente nos casos em que houvesse efetiva violência física ou grave ameaça à pessoa seria possível a internação. Todavia, a natureza da

122, do Estatuto, aplicando a medida de internação “como meio de afastar o menor do ambiente promíscuo em que se encontrava e para lhe garantir a proteção integral que a Constituição exige no seu artigo 227”, fazendo uso absolutamente equivocadamente do *princípio mestre* do direito da criança e do adolescente.

Curiosa ainda a *construção* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, no julgamento da Apelação Cível n. 2012.069636-5⁶,

conduta, a de traficar entorpecentes, que se crime fosse, seria inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, equiparado aos hediondos por expressa previsão constitucional, conduz à percepção e concepção de que a medida socioeducativa mais condizente com a gravidade desse tipo de ato infracional é a internação, como meio de afastar o menor do ambiente promíscuo em que se encontrava e para lhe garantir a proteção integral que a Constituição exige no seu artigo 227. Tal providência não tem caráter punitivo e sim pedagógico (art. 112, § 1º, ECA). O art. 122, da Lei 8.069/90 deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica, de acordo com a preocupação estampada na Constituição do Brasil. A Lei 8069/90 é anterior à Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90). Por conseguinte, é necessário que ato infracional análogo a crime considerado hediondo conte com resposta medida socioeducativa compatível com a responsabilidade social e jurídica do Estado. Esta medida, no caso, é a de internação, pois só assim estará sendo buscada a reconquista da dignidade do adolescente que se mostra sem rumo e fora dos padrões normais da vida familiar. Precedentes desta Câmara Criminal. Negado provimento ao recurso” (RIO DE JANEIRO, 2012, grifo nosso).

⁶ TJSC, AC n. 2012.069636-5, de Rio do Sul, rel.: Des. Trindade dos Santos, Julgamento. 29 nov. 2012: “Apelação cível. Sentença de improcedência em ação de guarda ajuizada pela avó paterna. Alegado cerceamento de defesa, ante a não realização da audiência de instrução e julgamento. Inocorrência. Questio já bem elucidada. Documentos que comprovam a suspensão do poder familiar dos genitores em ação própria, em razão da apuração de fatos graves, consistentes no consumo e venda de entorpecentes, além da prática de outros crimes, negligência nos indispensáveis cuidados básicos e tratativas para a efetivação da entrega ilegal dos infantes, o que resultou em acolhimento institucional e posterior encaminhamento dos gêmeos para adoção. Estudo social efetivado por equipe multidisciplinar que, ademais, evidencia a ausência de condições da apelante para ter os netos sob sua responsabilidade. Precárias condições de organização e higiene da habitação comprovadas quando da visitação pelas conselheiras tutelares. Conivência com a reprovável conduta dos pais biológicos. Falta de zelo para com os descendentes. Fatores que comprometem o exercício do encargo. Inviabilidade de manutenção das crianças na família de origem, flagrantemente desestruturada, sob pena de restabelecimento da situação de risco a que antes estavam submetidas. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido. “Desfavoráveis à avó materna as

criou o princípio híbrido do *melhor interesse da criança à proteção integral*, ocasião em que se decidiu pela manutenção de duas crianças em uma casa lar, em detrimento de sua reintegração à família natural.

O exercício acima realizado em relação aos julgados pelos Desembargadores Maria Berenice Dias e Francisco Pereira de Bulhões de Carvalho poderia ser aplicado com perfeição em todos os casos citados e em inúmeros outros, permanecendo a indagação: apesar de já estar em vigor há mais de dezesseis anos uma legislação inspirada na doutrina da proteção integral, ainda se opera uma jurisdição tutelar?

Este primeiro capítulo, com base em pesquisa bibliográfica, eventualmente citando alguns julgados, tem como propósito estabelecer as linhas gerais e comparar os dois ramos históricos do direito especializados na proteção jurídica de pessoas que ainda não tenham atingido a maioridade.

1.1 A COMPLEXA TAREFA DE COMPARAR O DIREITO DO MENOR E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: INESPERADOS PONTOS DE CONVERGÊNCIA

O termo jurisdição de menores encontra-se nos arts. 84, 85 e 87 do Código de Menores de 1979, mas não do de 1927. Já o termo Justiça da Infância e Juventude corresponde a um capítulo inteiro do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 145-199). Ambos dizem respeito, cada um a sua media, a sistemas de justiça especiais para pessoas com idade inferior àquela prevista na legislação para a aquisição da maioridade, e assim, começar a usufruir de todos os seus direitos civis e, como ocorre hoje no Brasil, responder criminalmente pela prática de determinados atos tipificados como crimes ou contravenções penais.

Há certo consenso tanto no meio acadêmico como na jurisprudência acerca da ruptura estabelecida pela superação da doutrina da situação irregular, fundamento do Direito do Menor, pela doutrina da proteção integral, e de toda a normativa, seja nacional ou internacional posterior à Convenção sobre os Direitos da Criança.

conclusões retratadas no respectivo estudo social, evidenciada situação de risco aos menores postos em abrigamento institucional, não coexistem condições jurídicas para se deferir à ela a guarda e responsabilidade dos netos, emprestando-se primazia, em assim sendo, ao princípio do melhor interesse da criança à proteção integral, nos moldes do comando constitucional contido no art. 227 da nossa Lei Maior e prestigiado pelo art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente” (SANTA CATARINA, 2012).

Alguns julgados, inclusive, são enfáticos em relação à afirmação acima, apontando as diferenças entre os dois modelos de jurisdição, inclusive como razão de decidir. Exemplo disto é o Recurso Especial n. 1046350/RJ⁷, da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, em que, reconhecendo o direito de ir e vir de adolescentes de município paulista, realizou um belo comparativo entre o art. 8º, da Lei n. 6.697/1979 e o art. 149, da Lei n. 8.069/1990, considerando que, de maneira bastante distinta, ambos os dispositivos tratam da possibilidade de expedição de portarias tanto pelo antigo Juiz de Menores, como pelo atual Juiz da Infância e Juventude, apontando o modelo estatutário como mais avançado, com bastante razão, visto que amplia o direito de ir e vir de *crianças e adolescentes* quando comparados com os *menores* da antiga legislação.

Apesar da inegável ruptura em nível legislativo impossível deixar de considerar que houve uma caminhada que inicialmente se caracterizou pela absoluta ausência de percepção jurídica da infância (só no final do século XIX passa-se a falar em Tribunais de Menores), passando pelo Direito do Menor, transitando, atualmente pelo Direito da Criança e do Adolescente.

Assim, a distinção entre os modelos em um quadro sinótico, como faz Saraiva (2010, p. 69), reduzindo a discussão ente certo e errado, não relata com rigor a realidade do período em que viveu o modelo tutelar-menorista de prestação jurisdicional, pouco contribuindo para uma clara percepção daquela realidade, não passando muitas vezes de algo que se assemelhe a *panfletagem*. Eis o citado quadro:

⁷ "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas" (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009).

Quadro 01 – Quadro comparativo geral

Situação Irregular	Proteção Integral
“Menores”	Crianças e adolescentes
Objetos de proteção	Sujeitos de proteção
Proteção de “menores”	Proteção de direitos
Proteção que viola e restringe direitos	Proteção que reconhece e promove direitos
Infância dividida	Infância integrada
Incapazes	Pessoas em desenvolvimento
Não importa a opinião da criança	É fundamental a opinião da criança
“Situação de risco ou perigo moral ou material” ou “situação irregular”	Direitos ameaçados ou violados
“Menor em situação irregular”	Adultos, instituições ou serviços em situação irregular
Centralização	Descentralização
Juiz executando política social/assistencial	Juiz em atividade jurisdicional
Juiz como “bom pai de família”	Juiz como técnico
Juiz com faculdades ilimitadas	Juiz limitado por garantias
O assistencial confundido com o penal	O assistencial separado do penal
Menor abandonado/delinquente	Desparecem essas determinações
Desconhecem-se todas as garantias	Reconhecem-se todas as garantias
Atribuição de delitos como inimputáveis	Responsabilidade penal juvenil
Direito penal de autor	Direito penal de ação
Privação de liberdade como regra	Privação de liberdade como exceção e somente para infratores / outras sanções
Medidas por tempo indeterminado	Medidas por tempo determinado

Fonte: Saraiva (2010, p. 69).

Inclusive, considerando muito do que se sustenta acerca do Direito do Menor, causa até certa surpresa o posicionamento de alguns dos autores considerados clássicos deste ramo do direito, que já buscavam reconhecer em seus textos a condição dos menores⁸ como sujeitos de direito, e não meros objetos de intervenção do mundo adulto.

⁸ A terminologia menor será utilizada quando houver referência à legislação e jurisdição de menores.

Alyrio Cavallieri (1978, p. 20), por exemplo, primeiro citando Jean Chazal⁹, demonstra que não havia consenso na doutrina da época sobre a efetiva condição do menor como mero objeto de intervenção do mundo adulto: “tenhamos em conta que a criança, uma vez que é uma pessoa, deve sempre ser tratada como sujeito e não como objeto no conjunto das relações jurídicas, de que ela é centro.”

Mais adiante, o mesmo Cavallieri (1978, p. 21) afirma: “Este Direito novo se dirige ao menor, personagem que, no passado, era objeto de direito, sobre quem caía a ‘patria potestas’, que atingia seu cume no arbítrio do pai de família, o qual podia até dispor de sua vida.”

Dito isto, faça-se imediata ressalva, visto que não há pretensão alguma de se fazer igualmente apologia ao Direito Menoril, de matriz declaradamente tutelar (CAVALLIERI, 1978, p. 11) ou mesmo, mais adiante, ao Direito da Criança e do Adolescente, claramente mais avançado, mas a breve apreciação, com a necessária isenção que se exige de um trabalho acadêmico, da escalada evolutiva da legislação destinada às *peçoas não adultas*, antes, *menores*, hoje *crianças* e *adolescentes*, demonstra que a comparação entre os dois ramos é tarefa complexa e que possuem, sim, certa correspondência em pontos essenciais, apesar das fortes rupturas legislativas ocorridas no final da década de oitenta e início da década de noventa.

Conforme já se antecipou, há igualmente registro de julgados do início do século passado em que se observa razoável proteção aos interesses dos indivíduos destinatários da prestação judicial menoril que se adequariam perfeitamente ao à prestação judicial contemporânea.

No entanto, apesar do que foi acima colocado, a mesma doutrina que destaca a condição de crianças como sujeitos de direito, transita com certa facilidade pela voluntária supressão de certos elementos já à época da vigência do direito menoril, eram considerados essenciais aos procedimentos judiciais, como o contraditório, os limites à função judicante, a efetiva participação de crianças como sujeitos, e não objetos, dos processos em que seus interesses fossem discutidos, etc. (MENDEZ, 1994, p. 28).

Feito este breve *prelúdio*, importa uma breve retomada histórica para se analisar como foi a construção da legislação menoril no Brasil.

⁹ Segundo nota de rodapé constante da obra Direito do Menor, de Alyrio Cavallieri, Jean Chazal foi Conselheiro da Cour de Cassation e Presidente de Honra da Associação Internacional de Juizes de Menores e candidato da qual entidade ao Prêmio Nobel da Paz, pelo que vinha fazendo pelo Direito do Menor.

Tal apreciação permite se observar não somente as limitações do direito do menor, mas suas aproximações com o atual Direito da Criança e do Adolescente em menor medida, mas em grande medida com a produção judicial posterior ao modelo de Justiça da Infância e Juventude, formalmente previsto na Lei n. 8.069/90

1.2 OS DIPLOMAS MENORISTAS BRASILEIROS

As práticas relativas a proteção à criança no Brasil, associadas quase exclusivamente às assistenciais, iniciaram-se com a instalação das Rodas dos Expostos. Nos primeiros 400 anos, após o início do processo de colonização, era de responsabilidade da Igreja Católica o atendimento a idosos, crianças órfãs, doentes e mulheres viúvas (BRITO, 2014, p. 62).

No período anterior à efetiva produção de uma legislação formadora de um Direito do Menor, a resposta às demandas relativas à assistência aos menores era realizada por entidades privadas, ainda que de cunho social, como as associações civis e, conforme já antecipado, a igreja. Não se tratava, portanto, de nada que se pudesse comparar à opção pela sistematização por meio de uma legislação especializada, com procedimentos próprios e, de alguma forma, adaptados à natureza das demandas, e, muito menos, de uma jurisdição especial.

Veronese (1999, p. 17-18), cuidando do momento anterior ao primeiro modelo legislativo e judicial especializados na temática criança ou menor, pontua que o mesmo basicamente assentava-se em assistência caritativa, limitando-se, assim, em conferir casa e comida, assim como a prepara-los para os empregos domésticos, jamais havendo preocupação em formulação de direitos ou proteção jurídica de qualquer natureza

Ao se acompanhar o processo de fundação das instituições que prestavam serviços de assistência, tanto no período do Brasil-colônia como no Império, verifica-se que a maior parte da assistência era prestada por instituições ligadas às associações civis e religiosas, por ação filantrópica da aristocracia rural e mercantilista e por algumas realizações da Coroa Portuguesa. É inegável o fato de que a primeira instituição encarregada da assistência aos menores foi a Igreja Católica, através das ordens religiosas. De início o atendimento era dado aos órfãos e abandonados, estendendo-se posteriormente para

os considerados ‘pervertidos’. Esse tipo de assistência tinha característica predominantemente caritativa, isto é, bastava dar-lhes casa e comida. O ensino se limitava ao aprendizado das atividades domésticas e educação familiar, esta fundamentada no binômio: autoridade – obediência, que geralmente preparava as crianças para os empregos domésticos.

Esta primeira etapa, então, não foi explorada na pesquisa, visto que a produção judicial na área da infância e juventude, considerando tanto uma legislação como uma jurisdição especializada, somente se pode identificar, ainda que timidamente, a partir da década de 20 do século passado.

Nos dizeres de Gastão Barreto de Oliveira (2002, p. 39): “O Direito do Menor é disciplina jurídica muito recente, pois só começou a formalizar-se desde o início do século XX, por meio de lei e códigos, lhe dando um aspecto jurídico muito específico e independente, separado dos outros institutos do Direito.”

Ao tentar descrever a natureza jurídica do Direito do Menor, Cavallieri (1978, p. 22): aponta o espírito tutelar como uma das características do referido ramo do saber: “o Direito do Menor é um direito autônomo, dotado de substantividade própria. Pelo conteúdo, ordena relações entre a comunidade e o menor; pelo seu espírito, é tutelar; segue os métodos das ciências sociais.”

Apesar de se limitar ao aspecto da resposta à prática do ato infracional e concluir pela existência de um direito penal juvenil, desconsiderando a existência – ou, ao menos, a possibilidade de existência – de uma responsabilização estatutária, João Batista Costa Saraiva, consegue fazer uma interessante divisão histórica acerca da perspectiva legislativa-judicial dos ramos do direito destinados aos *não adultos*.

Para o autor, a história do que chama de Direito Juvenil poderia ser dividida em três etapas (SARAIVA, 2010, p. 19): a) de caráter penal indiferenciado – “*caracterizava-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos*”, b) de caráter tutelar, representada pelo direito menoril; c) de caráter penal juvenil¹⁰, já por meio do direito da Criança e do Adolescente.

¹⁰ Apesar da presente pesquisa não dizer respeito à questão do ato infracional e medidas socioeducativas, importante anotar que adotamos o conceito de

Pereira (1998, p. 11), por sua vez, destaca que seria possível também se falar em três correntes jurídico-doutrinárias relativas à proteção da infância no Brasil desde o século XIX, coincidindo, em certa medida, com os períodos apontados por Saraiva.

Segundo a autora, as três etapas poderiam ser divididas por meio de cada doutrina dominante à sua época: a) Doutrina do Direito Penal do Menor; b) Doutrina da Situação Irregular; c) Doutrina Jurídica da Proteção Integral (PEREIRA, 1998, p. 11).

A Doutrina do Direito Penal do Menor, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupou-se especialmente com a delinquência e baseou a imputabilidade na “pesquisa de discernimento” – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso.

Segundo a autora:

Ao Juiz era atribuída a competência para determinar se o jovem ‘era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores (PEREIRA, 1998, p. 11)

Acrescente-se, segundo Veronese (1999, p. 25), que a pesquisa do discernimento foi eliminada pela Lei nº. 4.242 de 1921, quando os menores de quatorze anos tornaram-se totalmente inimputáveis. A fixação da maioria em dezoito anos se deu a partir da Consolidação das Leis Penais, com o Decreto nº 22.213/32, segundo a qual os menores de dezoito anos abandonados e delinquentes ficariam submetidos ao regime do Código de Menores em vigor.

Importante salientar que o Código de Menores de 1927, nos dizeres da própria Pereira (2000, p. 12), como de Carvalho (1977, p. 32), mais se aproximava desta doutrina que a da *situação irregular*, abordada em seguida.

A segunda fase, da *Doutrina da Situação Irregular*, teve como principal documento o Código de Menores de 1979, e conferia, além da atribuição penal, uma atribuição também tutelar ao juiz de menores.

responsabilização estatutária (vide VERONESE, 2015), em vez de direito penal juvenil, no que se refere à resposta à prática por adolescentes de condutas descritas como crime ou contravenção penal.

Pereira (2000, p. 13), criticando a Lei n. 6.697/1979, destaca o alto nível de discricionariedade ainda conferido à autoridade judiciária, que permitia, em nome do melhor interesse que qualquer outro interesse fosse subjugado:

[...] característica destaque desta fase é a competência de caráter penal e tutelar do Juiz; sua interferência ocorria nas hipóteses de prática de ato infracional e nas demais situações caracterizadas como problemas sociais. [...]. Sobrepondo os superiores interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do juiz.

Já a terceira fase diz respeito à Doutrina Jurídica da Proteção Integral, passando crianças e adolescentes, outrora menores, à efetiva condição de sujeitos de direitos, outrora “tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos” (PEREIRA, 1998, p. 15), e que será tratada no próximo tópico.

Há, portanto, certa tendência em apontar três principais períodos relativos à trato judicial e legislativo da infância, sendo eles: 1) de inexistência de uma legislação protetiva à infância até o final do século XIX; 2) a existência de uma legislação menoril durante quase todo o século XX, inicialmente pautada por uma doutrina prevalentemente penal do menor e, após, pela doutrina já consolidada da situação irregular; 3) da legislação influenciada pela doutrina das Nações Unidas da proteção integral à criança.

Retomando, então, a produção de uma legislação voltada à implantação de um sistema público de atenção aos não adultos em circunstâncias especialmente difíceis¹¹, a exemplo do que vinha ocorrendo na maioria dos países do Ocidente (MENDEZ, 1994, p. 21), iniciou-se em meio ao processo de modernização do país e amparado pelo positivismo científico (MENDEZ, 1994, p. 21), para em 1927, no Brasil, ser consolidado pelo primeiro Código de Menores¹²

¹¹ Já em 1921, a Lei 4.242 de 5 de janeiro (Lei Orçamentária da República), previa receita destinada à assistência e proteção à infância abandonada e delinquente.

¹² Decreto n. 17.943/27 Primeiro Código de Menores da América Latina, sendo

(correspondendo, então ao início do segundo período relativo ao trato judicial e legislativo da infância), que, ainda que de forma precária, teve como base doutrinária a ideia de que esta faixa etária da população possuía, sim, direito a certa proteção, ainda que meramente tutelar, sendo, assim, destinatários de uma legislação especial-protetiva.

Fruto de fenômeno mundial, compreendido entre as duas últimas décadas do final do séc. XIX às duas primeiras do século XX, como experiência historicamente até então inexistente, conceberam-se os tribunais de crianças – *children courts* –, modelos estadunidenses e europeus que irão influenciar os juristas de toda a América Latina. Tal experiência foi apresentada como resultado de um senso humanitário em relação às crianças, repassando a especialistas como médicos (MENDEZ, 1994, p. 23), assistentes sociais e educadores a responsabilidade de tratar das crianças oriundas de famílias desfeitas, infratoras ou órfãs (BRITO, 2014, p. 67).

Identifica-se neste período compreendido entre o final do século XIX e início do século XX, foi absolutamente fértil, sendo que, de 1899 – ano da instalação do primeiro tribunal de menores do mundo, em Illinois – a 1930, quase todos os países ocidentais constavam com suas cortes, inclusive o Brasil, com o Juízo de Menores do Distrito Federal.

Mendez (1994, p. 37),

Inexistentes no século XIX, com a única exceção de Illinois, em 1930 os tribunais de menores são uma realidade em um número considerável de países. Para oferecer apenas alguns exemplos, os tribunais de menores foram criados em 1905 na Inglaterra, em 1908 na Alemanha, em 1911 em Portugal e na Hungria, em 1912 na França, em 1922 no Japão e em 1924 na Espanha. Na América Latina, foram criados em 1921 na Argentina, em 1923 no Brasil, em 1927 no México e em 1928 no Chile.

A propósito, em âmbito internacional, importa registrar que, três anos antes da publicação do primeiro Código de Menores Brasileiro, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 já estabelecia “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção

a primeira lei específica para a infância na América Latina a Lei Agote, da Argentina, que criava o primeiro Tribunal de Menores da Região.

especial”¹³, demonstrando, conforme já antecipado, certa movimentação inédita para a promoção desta categoria de indivíduos a objeto de uma intervenção especializada.

Estabelecido novo paradigma legislativo – portanto, a partir desde momento é possível se reconhecer um referencial legal claro – desenvolveu-se um modelo de justiça e de assistência à infância que vigorou por quase todo o século XX, denominado Direito do Menor.

Aponta-se como a primeira lei brasileira destinada à proteção de sujeitos não adultos que se tem registro foi a Lei do Ventre Livre (1871), um aparente absurdo, mas, considerando-se sua publicação se deu no século XIX, impossível não se reconhecer que trouxe o primeiro dispositivo legal protetivo expresso às crianças. No sítio virtual do Senado Federal consta o texto da lei, que, resumidamente, estabelece: *a mãe escrava tem direito a criar seu filho até os 7 anos*. Quando a criança completasse 7 anos, surgiam duas alternativas: o Estado brasileiro indenizava o dono da escrava num valor de alguns mil réis, e a criança era retirada da mãe e colocada num orfanato — ou seja, deixa de ser escrava para ser abandonada —, ou continuava na companhia da mãe, trabalhava como escrava até os 21 anos, quando então é alforriada. Outro ponto interessante é que a lei já utilizava a categoria *menor*.

Já Muccillo (1961, p. 44), reconhece no Decreto nº 16.272/1923 a primeira legislação de proteção ao menor brasileira, esta sim inspirada pelo modelo de Direito Menoril:

A primeira manifestação legislativa de proteção ao menor. – O Decreto n. 16.272 de 20 de dezembro de 1923 foi a primeira manifestação legislativa de proteção e assistência ao menor no direito brasileiro. A matéria desta lei de proteção ao menor, compunha-se de duas partes, uma delas aplicável a todo o território nacional, e outra, especial, referente ao Distrito Federal, estatua o artigo primeiro que “o menor de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, será submetido pela autoridade competente, às medidas de assistência

¹³ Eis o conteúdo do segundo princípio da Declaração de Genebra: “A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.”

e proteção instituídas neste regulamento.

Rizzini (2011, p. 139) aponta o mesmo decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923 – que instituiu o regulamento de assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes – como o documento que constituiu o conteúdo básico para a elaboração do Código de Menores de 1927, que manteve inalteradas as determinações dos sujeitos a quem se destinava a nova lei: as crianças e os adolescentes pobres.

Conforme entendimento da mesma autora, o Código de 1927 veio dar sustentação para o objetivo de manutenção da ordem, na perspectiva de que “[...] ao zelar pela infância abandonada e criminosa, prometia extirpar o mal pela raiz, livrando a nação de elementos vadios, desordeiros, que em nada contribuían para o progresso do país” (RIZZINI, 2011, p. 139). Associava-se justiça e assistência na promessa de atuar no processo de construção da sociedade brasileira civilizada, em direção à consolidação do desenvolvimento nacional.

Sobre o modo como deveria ser chamado este ramo do direito, Oliveira (2002, p. 39), em Aspectos Sociológicos do Direito do Menor aponta alguns dos sinônimos que mais se destacaram:

Esta palpitante e novíssima doutrina surgiu nos últimos tempos com várias designações como: Direito do Menor, Direito Tutelar, Direito Protecional e Legislação de Menores. No campo internacional, não existe ainda um consenso de como nomear-se essa nova disciplina. Qualquer que seja a designação que se lhe der, será certa, pois neste sentido não há divergências, visto que a doutrina em si refere-se essencialmente à proteção da pessoa do menor, através do instituto do direito.

A doutrina da época considerava que o Direito do Menor derivava do Direito de Família, ramo do Direito Civil comum. Já a jurisdição menorista especial¹⁴ representava uma parte do direito privado que fora estatizada como direito público em face da relevância dos interesses a serem protegidos, de aspecto social e comunitário. (MARTINS, 1988, p. 46)

¹⁴ Alyrio Cavallieri destaca um capítulo inteiro de sua obra Direito do Menor (1978) para tratar da chamada Jurisdição de Menores.

Com efeito, considerando a escala evolutiva da legislação que chegou até o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Menores de 1927 inaugurou a postura de criação de instituições públicas, jurídicas e policiais, que acolhessem crianças e adolescentes abandonados e/ou “que estivessem vivendo fora dos padrões da normalidade” (BRITO, 2014, p. 63). Foi uma semente de Justiça da Infância e Juventude, ainda bastante distante do modelo atualmente em vigor, ao menos do ponto de vista formal.

Independentemente da terminologia utilizada, pode-se seguramente identificar o ramo do Direito do Menor como aquele que prevaleceu durante quase todo o Século XX, especializado na proteção de cunho tutelar a sujeitos que cuja idade fosse inferior àquela prevista na legislação para a aquisição da maioridade e estivesse em alguma situação de desvalia (situação irregular como fórmula).

Os dois principais diplomas legislativos representativos do Direito do Menor no Brasil são o Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 e a Lei n. 6.697/1979, são os dois Códigos de Menores, cujas características serão tratadas a seguir.

1.2.1 O Código de Mello Mattos

O Código de Menores de 1927, também conhecido como o Código Mello Mattos ff¹⁵ materializou-se por meio do Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Contava com 231 artigos e foi assim apelidado em homenagem a seu idealizador, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro juiz de Menores do Brasil, nomeado em 02 de fevereiro de 1924, exercendo o cargo na cidade do Rio de Janeiro, então Capital Federal (NETTO, 1929, p. 14).

Concebido basicamente para intervir na infância abandonada e nos ditos delinquentes de ambos os sexos, menores de 18 anos (assim dizia seu artigo 1º), o Código Mello Mattos tem o mérito de ser o primeiro diploma legal a dar tratamento sistemático à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores¹⁶ e prevendo, pela

¹⁵ Alyrio Cavallieri (1978, p. 14) chamava o famoso juiz de menores de “o mellinho das crianças”

¹⁶ Ao tempo do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V; foram substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, por determinação do Rei de Portugal, D. Manuel I. As Ordenações Filipinas foram promulgadas em 1603, por Filipe II, e orientava-se no sentido de ampla e generalizada criminalização e

primeira vez, a intervenção estatal como a principal nesta delicada seara social (AZEVEDO, 2007, p. 03).

Não obstante o art. 1º da citada lei referir-se aos abandonados e delinquentes, ao longo de seu texto percebe-se que o Código era destinado a todos os menores de dezoito anos, eis que versava sobre temas como a primeira infância, o trabalho do menor, crimes contra a fraqueza, a moralidade e a saúde da criança e do adolescente. Porém, a sociedade não compreendeu que o abandono e a delinquência deveriam ser evitados (VERONESE, 1999, p. 30).

Apesar da universalidade encontrada na lei, pois já previa alguns direitos fundamentais previstos para todos os menores de dezoito anos, a sua aplicação foi direcionada para indivíduos de algum modo estigmatizados, ou seja, menores identificados com aqueles que – nos dias atuais pode-se fazer esta análise – eram resultado do processo de exclusão social, sensível à época (SPEZIM, 2007, p. 15).

Portanto, é impreciso desconsiderar que, ainda que de forma menos elaborada que a legislação contemporânea, o primeiro Código de Menores, oferecia, sim, certa proteção em nível legislativo como todas as suas peculiaridades.

O primeiro Código de Mello Mattos instaurou uma espécie de *justiça assistencialista* – cujos reflexos na formação do pensamento dos juristas se identifica ainda hoje (que se intensificou no período entre a criação do Juízo de Menores do Distrito Federal e o surgimento do Serviço de Assistência ao Menor¹⁷, como colocam Rizzini e Pilotti (2011). Assim, também seguindo a tendência mundial, os juizados de menores, além das tarefas tradicionais, inerentes aos processos judiciais, também centralizava e coordenava as atividades relacionadas à assistência (CARVALHO, 1977, p. 241).

severas punições. Predominavam a pena de morte, mas haviam outras, cruéis: açoite, corte de membro, trabalho forçado em galés, etc. Ao tempo da vinda da família real para o Brasil, em 1808, vigoravam tais Ordenações Filipinas na colônia do Brasil, rapidamente elevada a ‘reino unido’ a Portugal. O único benefício que um menor de 17 anos tinha em relação a um maior de idade era não ser condenado à morte.

¹⁷ A onda desenvolvimentista também oportunizou a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM) em 1942. As características do atendimento no SAM eram de internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizes de ofícios urbanos para menores carentes e abandonados. O SAM não será abordado na presente pesquisa, que tem limite no sistema de justiça.

1.2.2 Os técnicos à serviço da Justiça de Menores

Considerando-se a complexidade que envolvia as demandas relativas ao Direito do Menor, outras especialidades científicas passaram a compor o quadro judiciário que iria avaliar cada caso, em busca de um *diagnóstico* que auxiliasse o juiz de menores na sua função de “inquirir e examinar o estado físico, mental, e moral dos menores, como também a situação social, moral e econômica dos pais, e responsáveis por sua guarda” (RIZZINI; PILOTTI, 2011, p. 271).

Carvalho (1977, p. 199) considerava essencial a assessoria ao Juiz de Menores por profissionais de diversas áreas, como a psicologia, pedagogia, etc., ainda que reconhece-se que a questão era objeto de intenso debate (Direito do Menor, p. 199, 1977):

Já não é hoje objeto de debate a extensão dos poderes de natureza administrativa dos Tribunais de Menores. Reconhece-se, em toda parte, que ‘somente um sistema judiciário facultará as garantias que são exigidas pela gravidade das medidas a tomar e pela circunstância de. Por qualquer modo, se afetarem a autonomia e a liberdade dos indivíduos’ (Eurico Serra, Os tribunais de Menores e a sua jurisdição, p. 59) Todavia, tratando-se de matéria que exige conhecimentos técnicos, de natureza psicológica, psiquiátrica e pedagógica, qual seja a compreensão da inadaptação juvenil, é necessário o recurso aos técnicos, o que me geral ocorre também em qualquer matéria civil que exija conhecimentos especializados. [...]. No caso do Tribunal de Menores, entretanto, embora se mantenha o sistema do juiz único, seria recomendável se fizesse este ser assistido por psicólogos, pedagogos, médicos, psiquiatras ou quaisquer outros técnicos, cuja colaboração possa ser útil ao juiz.

Aqui é importante, também, compreender que a inserção das especialidades científicas no cenário jurídico indica certos regimes de subjetivação que estão operando nesse período (MENDEZ, 1994, p. 14). Num primeiro momento, os profissionais que compunham esse quadro eram um juiz de menores, um psiquiatra e seis comissários de vigilância, o que demonstra que a prática do inquérito se apresentou para a justiça

brasileira da época, como a principal forma de resolver questões que envolvessem os menores sobre os quais o Código de Menores de 1927 se ocupava (BRITO, 2014).

Cavallieri (1978, p. 276) sustenta que o juiz dependeria dos técnicos do juizado para atingir seus objetivos, explicar o fenômeno da inadaptação, assim como considerar os meios adequados para a readaptação, mas ressalta: “O juiz é o senhor da decisão – é regra áurea – e situa-se no ápice da pirâmide”.

A afirmação do doutrinador menorista deixa bastante claro que a previsão de outros profissionais (técnicos) não oriundos do direito garantia certo nível de subjetivação das decisões (leia-se: discricionariedade), mas jamais abrindo mão da posição central que o juiz de menores possuía no processo.

1.2.3 A destituição do pátrio poder no Código de 1927

Na sistemática do Código de Menores de 1927, estariam submetidos às medidas de assistência e proteção pela autoridade competente aqueles menores de idade (18 anos) que estivessem expostos (art. 14 e ss.¹⁸); abandonados (art. 26¹⁹); ou fossem delinquentes (art. 69²⁰).

¹⁸ Art. 14. São considerados expostos os infantes até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja.

¹⁹ Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos: I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III. que tenham pai, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupilo ou protegido; IV. que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; V. que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicância ou libertinagem; VI. que frequentem lugares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida. VII. que, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligência ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde; c) empregados em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde; d) excitados

Apesar do inegável tratamento conservador e parcial da questão – *maus exemplos* como fundamento da inabilitação para o exercício do pátrio poder, por exemplo, constituía-se em um avanço legislativo considerável e bastante relevante para as décadas seguintes.

No que tange à questão do poder familiar, à época denominado pátrio poder, o Código de Menores de 1927, trazia como fundamento para a inabilitação de seus detentores, além da já mencionada hipótese dos *maus exemplos*, desde que houvesse prova disso, a negligência, a incapacidade, o abuso de poder, a crueldade, a exploração, a perversidade, ou o crime do pai, mãe ou tutor podem comprometer a saúde, segurança ou moralidade do filho ou pupilo, a autoridade competente estava autorizada a decretar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela, como no caso couber (art. 31).

Estabelecia, ainda, em seu art. 32 que os pais perderiam o poder familiar quando: a) fosse condenado por crime contra a segurança da honra a honestidade das famílias; b) condenado a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime perpetrado pelo filho, ou por crime contra este c) castigasse imoderadamente o filho; d) deixasse o filho em completo abandono; e) praticasse atos contrários à moral e aos bons.

Prevvia também, em seu art. 34, as hipóteses de suspensão do poder familiar, que ocorreria sempre que o pai ou a mãe: a) fossem

habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem; VIII, que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível; a) a mais de dois anos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

²⁰ Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 anos e menos de 18, será submetido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado físico, mental e moral dele, e da situação social, moral e econômica dos pais, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda. § 1º Se o menor sofrer de qualquer forma de alienação ou deficiência mental, for epilético, surdo-mudo e cego ou por seu estado de saúde precisar de cuidados especiais, a autoridade ordenará seja submetido ao tratamento apropriado. § 2º Se o menor não for abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco anos. § 3º Se o menor for abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessário à sua educação, que poderá ser de três anos, no mínimo e de sete anos, no máximo.

condenados por sentença irrecorrível em crime cuja pena excedesse dois anos de prisão; b) pusesse em perigo a saúde do filho em razão de maus tratos ou privação de alimentos; c) se empregasse em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe colocassem em risco a saúde, a vida e a moralidade; d) que cometesse abuso de autoridade, negligência, incapacidade, impossibilidade de exercer o seu poder, faltar habitualmente ao cumprimento dos deveres.

A disciplina da destituição era um pouco mais severa, visto que tida como medida obrigatória (art. 33) e abrangia todos os direitos inerentes ao poder familiar, enquanto a disciplina da suspensão era mais branda, sendo medida facultativa, podendo, inclusive, abranger apenas o filho vitimado (art. 35).

No que se referia à questão processual, o art. 162 do Decreto n. 17.943/27, seguindo o rumo da simplicidade procedimental defendida pelo modelo de direito tutelar, definia que o rito deveria ser o sumário, estabelecendo ainda que, no caso de já haver instaurado *processo por abandono*, se verificada alguma hipótese de violação do poder familiar, o juiz poderia declarar a suspensão, perda ou destituição na mesma sentença em que declarasse o *menor* abandonado.

Cavallieri (1978, p. 109), tratando do Código de Menores de 1927, já criticava a *fixação* que o legislador teve na destituição do pátrio poder, considerando mais importante que se realizassem investimentos na manutenção da criança na família, assim como na responsabilização daquela. Veja-se:

Toda a filosofia programática do Direito do Menor, em suas bases, é assentada na inserção do menor em sua família, na conservação dos laços que o prendem. A própria assistência educativa, introduzida na França em 1958, tem essa finalidade precípua: a intervenção do juiz no núcleo familiar para salvá-lo. O Anteprojeto da Associação, ao sugerir medida a serem impostas aos pais, diferente da perda do pátrio poder, segue essa moderna mentalidade. Perdem, assim importância uma excessiva pontuação das medidas que insistam no desfazimento dos liames. É claro que diante de crime, cessam todos os paliativos.

O que há a fazer é agir em sentido contrário da perda ou suspensão do pátrio poder, fortalecendo

a responsabilidade dos pais. Mello Mattos assim pensava, nos idos dos anos vinte, abrindo cominho para a conservação do pátrio poder, com a fórmula ampliar do art. 36 de seu código.

Apesar do posicionamento crítico do influente Juiz de Menores Alyrio Cavallieri (1978), a estrutura trazida pelo Código de Menores, principalmente no que se referia aos procedimentos, pouco evoluiu em relação ao já ultrapassado Decreto 17.943-A de 1927.

1.2.4 Código de Menores de 1979

Passadas cinco décadas de vigência do primeiro Código de Menores, entrou em vigor o segundo Código de Menores Brasileiro. O destinatário da intervenção do Poder Judiciário passa a ser considerado o menor, que: estivesse privado de condições essenciais de subsistência; vítimas de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; "em perigo moral devido a encontrar-se em ambiente contrário aos bons costumes"; indisciplina; e autor de infração penal.

A Lei n. 6.697/1979 contava com 123 artigos, sendo 25 deles destinados aos procedimentos afetos à jurisdição menoril, sendo que, no ponto relativo à destituição do poder familiar, há expressa remissão ao Código de Processo Civil, não havendo dispositivos relevantes acerca da destituição do pátrio poder, à exceção do interessante art. 106, que permitia o sobrestamento do feito caso os pais comprometessem-se a "adotar as medidas adequadas à proteção do menor".

Considera-se a doutrina adotada pelo Código de Menores de 1979 mais violentadora, eis que os sujeitos da nova lei eram expressamente os menores em situação irregular, assim considerados aqueles com menos de dezoito anos de idade, privados de condições essenciais à saúde e instrução obrigatórias, vítimas de maus tratos ou castigos imoderados, em perigo moral, desassistidos juridicamente, com desvio de conduta e, ainda, autores de infração penal, nos termos do artigo 2.º (SPEZIM, 2007, p. 16).

Infelizmente, não se observou no segundo Código de Menores a nota da universalidade, haja vista que a população em estudo, ou seja, a pessoa que recebe a atenção do Estado através do Direito tem mais que faixa etária determinada; tem classe social, família bem definida, conduta "desviada" e vive em "perigo moral". A vagueza desses dois termos tem ligação com um elemento das doutrinas pré-estatutárias, principalmente a da "situação irregular", que é o subjetivismo do juiz de

menores, aspecto que será aprofundado posteriormente (SPEZIM, 2007, p. 16).

As ações públicas voltadas aos ditos menores em situação irregular, nesse período, eram assistencialistas, pois não visavam à alteração da condição subalternizada dos atendidos (PEREIRA, 1999, p. 13.).

Passetti et al. (1995), por seu turno, observa que o Código de Menores coloca como irregular, pessoas e não situações que marginalizam, coloca como irregulares crianças de camadas sociais desfavorecidas. Foi para estes que o Estado e o direito pensaram as instituições de recolhimento para menores, porque eles seriam debilitados psicológica, biológica e socialmente, e estão em defasagem com os valores da cultura ocidental.

Toda a formatação do sistema judiciário acaba se dando no sentido de institucionalizar crianças e adolescentes, à época ainda tratados pela terminologia menor. Inclusive, a insistência na simplicidade procedimental facilitava o encaminhamento desta demanda para a instituições.

Conforme Rizzini e Pilotti (2011, p. 251), o Código de Menores de 1979,

[...] inaugurou uma política sistemática de internação em estabelecimentos criados ou reformados para atender a população específica de menores material e moralmente abandonados, e/ou delinquentes. Essa nova organização apresentou desde seu início uma série de problemas, sobretudo, com um aumento exacerbado da demanda que era fomentada pelos próprios juízes. Os registros históricos ainda chamam atenção para forma de gestão desses estabelecimentos, que poderiam ser instituições oficiais mantidas diretamente pelo governo federal; instituições oficiais, administradas por "associações civis e mantidas por verbas do orçamento do Ministério da Educação e Saúde"; e estabelecimentos particulares que se conveniavam com o Ministério da Justiça, para internação de menores.

Conforme já ocorria na vigência do Código de Menores de 1927, a responsabilidade pela condição social era atribuída exclusivamente ao

sujeito e a sua família, apontando, individualizando e caracterizando as famílias desestruturadas, nas quais poderiam ser gestados os futuros infratores. Para Passeti (1991, p. 159), o Estado atuava com o objetivo de evitar o “[...] desfecho do circuito da pobreza - práticas anti-sociais – marginalização, alterando-o para pobreza - conduta anti-social - instituição - reintegração”.

O artigo 13 do Código de 1979 até anunciava esta reintegração: “Toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio familiar” (BRASIL, 1979), no entanto, a leitura do art. 14, que estabelece as medidas que poderiam ser aplicadas pela autoridade judiciária, aponta no sentido da institucionalização em sua grande maioria:

Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:

I - advertência;

II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;

III - colocação em lar substituto;

IV - imposição do regime de liberdade assistida;

V - colocação em casa de semiliberdade;

VI- internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado (BRASIL, 1979).

Carvalho (1980, p. 17-18), critica o Código de 1979, destacando que

em todas essas legislações, destaca-se o forte poder de intervenção do juiz de menores dentro das famílias, com amparo e predomínio sobre as necessárias instituições administrativas, as quais, por seu turno, encontrem apoio no necessário suporte financeiro.

Sobre a destituição do pátrio poder no Código de Menores de 1979, destaquem-se os seguintes dispositivos legais:

Art. 95. Instaurar-se-á procedimento contraditório:

I - discordando os pais ou responsável das medidas aplicadas em procedimento verificatório simples previsto nos §§ 1º e 2º do art. 94 desta Lei;

- II - nas hipóteses das alíneas a e b do inciso I do art. 2º desta Lei, quando a perda do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal;
- III - para a perda da guarda ou quando sobre esta houver controvérsia;
- IV - para o decreto de suspensão do pátrio poder.

Conforme já adiantado, o procedimento relativo à perda do pátrio poder será aquele previsto como rito ordinário pelo Código de Processo Civil,

Art. 104. A perda do pátrio poder, nas hipóteses dos incisos II, III, IV, V e VI do art. 2º desta Lei, terá o procedimento ordinário previsto na lei processual civil, e poderá ser proposta pelo Ministério Público, por ascendente, colateral ou afim do menor até o quarto grau.

Outros elementos relativos aos procedimentos previstos para a perda do pátrio poder serão tratados no segundo capítulo.

1.3 LEGISLAÇÃO REFERENTE AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com a consequente aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ante a inviabilidade/inconstitucionalidade do Código e Menores de 1979 diante da nova realidade constitucional, garantiu-se expressamente, de forma inédita, que a parcela da população com idade entre zero e dezoito anos passasse à categoria de sujeitos de direitos necessitando de uma proteção especial e prioritária para concretização de seus direitos fundamentais tendo em vista que este grupo vulnerável da população encontra-se em fase peculiar de desenvolvimento (PEREIRA, 1999, p. 15).

Assim, o Direito da Criança e do Adolescente se consolida como campo autônomo, com a marca da condição de sujeito e da afirmação de direitos fundamentais, a partir da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Esses instrumentos são responsáveis pela positivação e alta carga de normatividade dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes brasileiros. (SPEZIM, 2007, p. 13).

Fato é que o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), previu:

[...] a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Quando a legislação pátria recepcionou a Doutrina da Proteção Integral fez uma opção que implicaria num projeto político-social para o país, pois ao contemplar a criança e o adolescente como sujeitos que possuem características próprias ante o processo de desenvolvimento em que se encontram, obrigou as políticas públicas voltadas para esta área a uma ação conjunta com a família, com a sociedade e o Estado (VERONESE, 2006, p. 09).

Vianna (2005, p. 13) identifica forte ênfase no Estatuto da Criança e do Adolescente no que se tem como direitos humanos de segunda geração. Veja-se:

Diferentes elementos presentes no modelo ético-normativo dos direitos humanos podem ser claramente identificados no ECA. O primeiro deles diz respeito à forte ênfase no que é conhecido como a segunda geração de direitos humanos, que enfatiza a promoção de direitos sem os quais a liberdade consagrada na primeira geração de direitos pode ser considerada inviável. Assim, o texto do ECA coloca na condição de direitos de crianças e adolescentes “todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social” (Art. 3º) e como “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público” a efetivação desses direitos (Art. 4º).

Portanto, um deslocamento fundamental foi operado, em termos legais, também em relação ao papel das famílias, naturalizadas na legislação anterior como *locus* central de

formação dos indivíduos. A situação irregular – que doutrinariamente caracterizava os que fossem considerados de algum modo insuficientes frente a esse modelo – aparece substituída por um novo diagrama de responsabilidades.

Tratava-se de um novo paradigma, que promove crianças e adolescentes, não mais menores, à condição de sujeitos de direitos, representando verdadeira ruptura epistemológica. Veronese (2006, p. 100) dá a exata medida da virada legislativa trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Veja-se:

Dessa forma, a Lei n. 8.069/90 significou para o Direito infanto-juvenil uma verdadeira revolução, ao adotar a doutrina da proteção integral.

Essa nova postura tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

Ora, não causa espanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao entrar em vigor, tenha gerado tanto desconforto àqueles que estavam habituados ao velho sistema, de negação de direitos. Os mais atingidos foram os atores do sistema de justiça, que perderam poder, perderam discricionariedade. Juízes e promotores de justiça não foram destituídos, no entanto, de sua autoridade, mas certamente de sua conveniente autoritariedade.

Veronese há muito constatava que o Estatuto da Criança e do Adolescente por haver inovado em muitos aspectos, geraria, ao menos nos primeiros anos, dificuldades em sua aplicação, pois, além das mudanças conceituais trazidas, exigiria, também, a sua regulamentação, através de leis específicas em nível municipal, estadual e federal (VERONESE, 1999, p. 95).

A mesma autora reconhece que o Estatuto suscitou e tem suscitado o surgimento de uma nova e mais enriquecida doutrina em torno dos direitos infanto-juvenis. Entende que o Estatuto exigiu da sociedade como um todo, e dos juristas comprometidos e engajados com o tema, em particular, uma nova postura, um novo agir na defesa dos direitos da criança e do adolescente (VERONESE, 1999, p. 95).

De acordo com Vianna (2005, p. 15),

Em 1990 foi aprovada a primeira legislação brasileira voltada à infância explicitamente sob a égide e o compromisso com os direitos humanos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (conhecido como “o Estatuto” ou ECA) veio responder a demandas e críticas produzidas em diferentes escalas. Contrapondo-se à já relativamente longa trajetória de regulações nacionais voltadas ao controle das “infâncias erradas”, o ECA propunha-se a operar a partir de nova lógica ao compreender crianças e adolescentes como sujeitos especiais de direito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como espécie de medida pertinente aos pais ou responsável a destituição do poder familiar, que deverá ser “decretada judicialmente, em procedimento contraditório” (art. 24, com redação dada pela Lei n. 12.010/09). Referido procedimento de destituição tem sua disciplina pormenorizada na Seção II, do Capítulo III (“Dos Procedimentos”), do Título IV (“Do Acesso à Justiça”), da Parte Especial da Lei n. 8.069/90.

Dúvida não resta, portanto, que se trata, a exemplo das medidas de acolhimento institucional e colocação em família substituta, dentre outras, de hipótese de “reserva de jurisdição”, ou seja, atribuição exclusiva da autoridade judiciária.

1.4 AS DOCTRINAS DOMINANTES EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO ESPECIAL PARA A INFÂNCIA

Conforme já adiantado, pode-se falar em três doutrinas que fundamentam a legislação doutrina dominante à sua época: a) Doutrina do Direito Penal do Menor; b) Doutrina da Situação Irregular; c) Doutrina Jurídica da Proteção Integral (PEREIRA, 1998, p. 11.), destacando-se as duas últimas por fundamentarem, respectivamente, o Direito do Menor e o Direito da Criança e do Adolescente, as quais serão tratadas a seguir.

1.4.1 Da situação irregular

Conforme já brevemente antecipado, pode-se dizer que o Direito do Menor prevalentemente se inspirou na denominada Doutrina da Situação Irregular, que tinha como fundamento uma suposta situação de desvalimento natural do menor, que por sua deficiência etária, mental e

jurídica, e não tinha capacitação para autodefender-se de fato ou de direito (MARTINS, 1988, p. 68).

Mendez (1998, p. 25) lembra que antes da Convenção sobre os Direitos da Criança era esta a doutrina que prevalecia

Antes da Convenção, todas as legislações de menores se inspiravam, sem exceção, nos princípios da doutrina da situação irregular. Uma doutrina que, embora vagamente formulada, marcou decisivamente as legislações de menores de nosso continente.

A designação situação irregular adotada pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão da OEA – Organização dos Estados Americanos, referia-se às diversas qualificações casuísticas atribuídas à criança: abandonada, exposta, carente, delinquente, com desvio de conduta, infratora, etc. (VERONESE, 1999, p. 36).

Assim, justificava-se uma legislação que se pautava pela intervenção estatal através de institucionalização em função da situação de carência; a existência de processo inquisitorial em que o menor era objeto de análise investigatória; o juiz de menores era dotado de poderes ilimitados e não estava sujeito a critérios objetivos; previsão de prisão cautelar para os menores; ausência da garantia de proporcionalidade; e limitação da pena para o menor de dezoito anos (SPEZZIM, 2007, p. 18).

Nogueira (1985, p. 13-14) considerava, com base na doutrina da situação irregular, principalmente na vigência do Código de Menores de 1979, seis categorias de *situações de perigo* que poderiam levar o menor a uma marginalização mais ampla, sustentando o abandono material ou moral como um passo para a criminalidade. Dizia que “a situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com sua desagregação.”

Conforme ensinamentos de Pereira, a Doutrina Jurídica da Situação Irregular passou a vigorar efetivamente com o advento do Código de Menores de 1979, sendo o art. 2º um de seus pilares, visto que ali encontravam-se elencadas as hipóteses em que a legislação especial de proteção aos menores se acionava (PEREIRA, 2000, p. 12).

Certo é que o dispositivo legal que formaliza o conceito de situação irregular e dá as hipóteses em que ocorre é o art. 2, do Código de Menores de 1979. De acordo com o mencionado dispositivo legal, considerava-se o menor em situação irregular quando privado de

condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de seja pela falta, ação ou omissão ou manifesta impossibilidade dos pais ou responsável em provê-as; quando vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; em perigo moral, devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes, ou explorado em atividade contrária aos bons costumes; privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; ou autor de infração penal.

No entanto, ainda não se trate de impropriedade o posicionamento de Tânia da Silva Pereira, bom reconhecer que, apesar de não haver uma previsão legal formal da terminologia no Código de Menores de 1927, pode-se observar que a divisão dos capítulos do Decreto 17.943/27, em títulos como “das crianças da primeira idade”, “dos menores abandonados”, enquadra-se no que a doutrina convencionou chamar de situação irregular, que, pela sua sistemática seriam aqueles menores de idade (18 anos) que estivessem expostos (art. 14 e ss.²¹); abandonados (art. 26²²); ou fossem delinquentes (art. 69²³).

²¹ Art. 14. São considerados expostos os infantes até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja.

²² Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos: I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III, que tenham pai, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupilo ou protegido; IV, que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; V, que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicância ou libertinagem; VI, que frequentem lugares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida. VII, que, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligência ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde; c) empregados em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde; d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicância ou libertinagem; VIII, que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível; a) a mais de dois anos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer

Antes mesmo do Código de Menores de 1979 Allyrio Cavallieri (1978) e Francisco Pereira Bulhões de Carvalho (1977) já falavam em situação irregular, tendo reservado algum espaço em suas obras para discutir a questão, inclusive criticando a estrutura do primeiro Código de Menores.

Cavallieri (1978, p. 39-40) sustenta:

para efeitos de início de tratamento, ou seja, imposição de medidas pelo juiz de menores, somente os menores de 18 anos estão sob a jurisdição desse magistrado especializado [...] Com relação à prevenção, entretanto, não há a consideração de estar o menor em situação irregular, pois, tratando-se de evitar que o menor venha a se encontrar em um estado que demande tratamento, a prevenção se dirige precipuamente àquele que não atingiu tal situação. Tudo isto significa que, para impor uma medida, o juiz tem que se encontrar diante de um menor em situação irregular (atualmente, os abandonados e os infratores); para prevenir tal situação, o juiz poderá exercer sua jurisdição indistintamente, a todos os menores, mesmo aqueles que estejam normalmente inseridos em suas famílias, não

pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

²³ Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 anos e menos de 18, será submetido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado físico, mental e moral dele, e da situação social, moral e econômica dos pais, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

§ 1º Se o menor sofrer de qualquer forma de alienação ou deficiência mental, for epiléptico, surdo-mudo e cego ou por seu estado de saúde precisar de cuidados especiais, a autoridade ordenará seja submetido ao tratamento apropriado.

§ 2º Se o menor não for abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco anos.

§ 3º Se o menor for abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessário à sua educação, que poderá ser de três anos, no mínimo e de sete anos, no máximo.

sendo nem infratores nem abandonados.

Após a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente formou-se um posicionamento extremamente crítico à doutrina da situação irregular, como a formulada por Mendez (1998, p. 27):

Em poucas palavras, essa doutrina não significa outra coisa que legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre as crianças e os adolescentes em situação de dificuldade. Definido um menor em situação irregular (lembrar que, ao se incluir as categorias de material ou moralmente abandonado, não existe nada que potencialmente não possa ser declarado irregular), exorcizam-se as deficiências das políticas sociais, optando-se por “soluções” de natureza individual que privilegiam a institucionalização ou a adoção.

No capítulo 2 observar-se-á os elementos da legislação de menores, principalmente no aspecto processual, decorrentes das características tutelares e moralistas acima trazidas pelos conceitos atrelados à ideia de situação irregular.

1.5 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente opera-se uma mudança clara e declarada de doutrina orientadora do novo Direito da Criança e do Adolescente, que, logo no seu art. 1º, estabelece: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

De acordo com esta doutrina, toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral (VERONESE, 2013, p. 49).

Já Vianna (2005, p. 17):

No caso específico dos direitos relativos à infância, é possível perceber com nitidez essa passagem, expressa sobretudo no desdobramento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959 para a Convenção Internacional dos Direitos

da Criança, de 1989 – ratificada pelo governo brasileiro no ano seguinte. Enquanto a primeira, por sua própria natureza, estrutura-se como um conjunto de princípios, a segunda impõe-se com o sentido de um compromisso de mudança legal pelos Estados-parte, detalhando ao longo de seus artigos um elenco de perigos a serem combatidos (como várias formas de “exploração”) e de condições a serem asseguradas.

A opção tem como fundamento o princípio da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente contido no art. 19 que, por seu turno, repete a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, que no Princípio 9º dispunha: “A criança gozará proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma” (VERONESE, 2013, p. 49).

Seu fundamento também está na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, dispõe em seu art. 227, *caput* (BRASIL, 1988):

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem¹⁷, 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.

A construção de um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de *menores*, de semicidadãos, para a de cidadãos, e mais, trouxe a grande possibilidade de construirmos o paradigma de sujeitos, em oposição à ideologia e de toda uma práxis que coisificava a infância (VERONESE, 2013, p. 49).

1.6 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE COMO ORIENTADOR DOS DOIS RAMOS DO DIREITO ESPECIALIZADO NA PROTEÇÃO À INFÂNCIA

A ideia de “interesse da criança” não se constitui algo novo, ou necessariamente atrelado ao Direito da Criança e do Adolescente, tendo-se registrado ainda na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que, no princípio segundo, estabelecia que a promulgação de leis para a proteção especial para o seu desenvolvimento de forma saudável terá como consideração fundamental e atenderá o “interesse superior da criança”.

Independentemente de qualquer crítica ou vinculação, inegável que a gênese do princípio do melhor interesse está no período em que vigorou o Direito do Menor. É o que observa Cury (1987, p. 256) “Conforme sempre se decidiu em matéria relativa a menores, o que o julgador deve ter em mira sempre, como norte de suas decisões atinentes àqueles que ainda guardam a condição de menores, é o interesse dos mesmos.”

Veronese (1999, p. 25) destaca: “segundo interpretações e práticas específicas da antiga doutrina da Situação Irregular, a defesa e o superior interesse do “menor” justificavam tudo, inclusive o abandono de garantias secularmente consolidadas pelo Direito.”

É da redação original, em inglês do art. 2 da Declaração Universal dos Direitos da Criança, cuja citação aqui também não representa “mera perfumaria”, que se tem declarado o melhor interesse como regra a ser seguida:

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

A assertiva pode ser assim traduzida:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por

lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança (BRASIL, 1990a).

Inegável, portanto, que o princípio do melhor-superior-maior interesse formalizou-se sob a égide do direito menorista, tendo lhe dado sentido e forma, como é o artigo 5º da Lei n. 6.697/1979.

Referido dispositivo do Código de Menores estabelecia que, na aplicação daquela lei, “a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (BRASIL, 1979).

A Associação Brasileira de Juízes de Menores (1980, p. 12), por exemplo, destacava a importância da regra que permitia ao juiz aplicar medidas conforme o interesse superior:

Inovadora, a regra contida neste artigo garante ao Juiz condições para fazer prevalecerem medidas de assistência e proteção a menores sobre qualquer outro bem ou interesse, seja de que natureza for, e ainda que fosse tutelado por qualquer outro ramo do direito. Isto que dizer que, e, caso de dúvida ou no de conflito entre legislações aplicáveis, o Juiz deve optar pela aplicação do Código de Menores se dela resultar melhor proteção para o menor.

Em outras palavras, o Juiz deve observar a prevalência do Direito do Menor, em sua finalidade pedagógica e protetional, sobre as genéricas regras do Direito, conforme expressa Recomendação do IX Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores (OXFORD, 1974). Assim, entre outros casos, a regra do Art. 5º incidirá também para a resolução de conflitos entre os interesses do menor e os do pátrio poder.

E, assim, ao tempo do Direito do Menor, inclusive em função daquilo que estava previsto expressamente no art. 5º, da Lei 6.697/1979, tudo se decidia conforme o melhor interesse do menor, sendo importante, no entanto, destacar, que antes mesmo da publicação do

segundo Código de Menores, o uso indiscriminado deste princípio já ocorria. Veja-se os dois julgados abaixo:

1) Guarda de Filhos: – Direito – dos pais – Interesse do menor. ‘A guarda dos filhos, mais eu um direito, é um dever dos pais. O juiz pode sempre rever a decisão, atendo ao sistema legal. O interesse do menor é que deve prepondera, e não a pretensão do pai ou mãe. Boletim de Jurisprudência. ADCOAS – 1976 – n.º 43.611. (Martins, 1988, p. 449)

2) Pátrio Poder – destituição: – Decretação deste, diante da situação em que se encontrava o menor – Desnecessidade de citação – edital da mãe, embora possível esse chamado, se, quebra do recomendado segredo de justiça. Solução que atende aos interesses do menor, evitando a procrastinação da solução da causa. Ver. Jur. TJESP – 38/39. (Martins, 1988, p. 446)
 “Apelação Cível n. 3.693, da Comarca de Florianópolis.

Rel. Des. Alves Pedrosa.

3) Busca e Apreensão de Menor – Pátrio Poder. Cabe ao Juiz adotar a solução que consultar melhor os interesses do menos. Se este foi criado pela avó materna, não se justifica a regirada para ser entregue aos avós paternos, apenas para atender aos desejos do pai, que, por longo período, nenhum interesse revelou para com o filho.” (Jurisprudência (ano 1956). Tribunal de Justiça de Santa Catarina, p. 232)

4) Agravo de Instrumento n. 678, da Comarca de Brusque.

Relator: Des. Ivo Sell.

Busca e apreensão de menor. Medida ajuizada como preparatória da ação de destituição do pátrio poder. Confirmação da sentença, que, repelindo a pretensão, atendeu ao interesse das menores.” (Jurisprudência Catarinense, Ano II, 3º e 4º trimestres de ano 1974. N. V e VI)

5) Em relação aos menores, as leis atuais concedem ao juiz ampla autoridade para regular a situação, devem d prevalecer a medida que melhor assegure o interesse do menor. O pátrio poder não mais é marcado com o absolutismo de outrora. No

interesse da ordem social, o que se vida agora é a proteção e o amplo amparo da pessoa do menor.” (ver. Jurídica, vol. 19, pág. 361) Jorge Muccillo, O menor e o Direito, 1961, p. 242)

6) Legitimação Adotiva, a Requerimento de Solteiro:

“Vistos, etc. – L.S., qualificado às fls. 2, requer a legitimação adotiva da menor R. P., também qualificada às fls. 2, que se acha sob sua responsabilidade como tutor da mesma, desde 1958.

Verifica-se dos autos que o requerente satisfaz a todos os requisitos consubstanciados na Lei 4655, de 2 de junho de 1965. [...].

De fato, o requerente é solteiro, e em princípio tal seria um óbice a contrapor-se aos seus desígnios.

Ora, a proibição implícita se basearia no fato de normalmente não possuir o solteiro um verdadeiro lar onde pudesse se integrar, o que não é o caso, em que a estabilidade da união do requerente (mais de 26 anos) compra estar ela já acima em muitos dos percalços da vida de casados, tendo a lei exigido para o matrimônio comum, uma vivência de apenas 5 anos (Art. 5º da Lei 4655/65).

Não pode assim, interpretando-se finalisticamente, o instituto, e atendendo aos predominantes interesses da menor, que considera o requerente como seu verdadeiro pai, levantar-se em sã consciência o estado civil do requerente como fator negativo, se negativo nunca foi para a menor, e só os seus interesses bastas para deferir-se o pedido.

Por último há ainda a considerar, a necessidade imperiosa de amparar os gêneros impulso do requerente de dar ao menor me causa o mais completo vínculo de sucessão, de alto significado moral e social, bem assim o princípio fundamental do Direito do Menor que é o de sua proteção, sendo a legitimação adotiva pretendida, a etapa última desta proteção.

A vista de todo o exposto, e pelo mais que dos autos consta, tenho como preenchidos todos os requisitos legais, e em decorrência, defiro sejam expedidos os necessários mandados, na forma do

Art. 6º da Lei 4655.

Custas “*ex lege*”.

P.R. Intimem-se o requerente e o Dr. Curador de Menores.

Rio do Janeiro, 27 de julho de 1972.

Paulo Gomes Alves, 29º Juiz Substituto.

E a grande crítica que historicamente se fez a respeito do princípio do melhor interesse é de que nunca existiu uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o instituto.

Da leitura dos julgados, pode-se observar que não há menção a qualquer dispositivo legal, bastando-se a decisão na análise subjetiva do magistrado acerca do que seria o melhor interesse do menor, aplicando-se, perfeitamente a crítica da Mendez (1998, p. 23), quando fala em “negação explícita e sistemática dos princípios básicos e elementares do direito até mesmo dos contemplados na própria Constituição Nacional como direito de todos os habitantes” como característica desta espécie de jurisdição menorista”.

Marques (apud PEREIRA, 1998, p. 471) também critica esta abordagem conforme o melhor interesse, considerando como exclusão de uma abordagem jurídico-sistêmica dos temas ligados à infanto-adolescência:

O antigo Direito de Menores se prestava a essa exclusão de uma abordagem jurídico-sistêmica quanto aos temas ligados à infância e à juventude, envolvendo-os em um viés esdrúxulo, em que a perspectiva de um maior interesse da criança seria superior ao próprio regramento constitucional que, se aplicado em relação ao infante, seria limitador do arbítrio subjetivista que dominava as ações até então tidas como legítimas, enquanto necessárias à proteção devida.

Pereira (2000, p. 3-4), por exemplo, critica o nível de subjetividade em que se fundava o princípio, dando margem à discricionariedade. Veja-se

Ainda que, mesmo atualmente, o princípio permaneça como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo

realizar-se sempre uma análise do caso concreto, necessário se faz o alerta para o perigo de sua aplicação por fundar-se na *subjetividade de cada Juiz*, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Com isso, pode-se concluir que não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘melhor interesse’.

A doutrina é uníssona em considerar que a origem do conceito de melhor interesse está no *pariens patriae*, (mesmo que fundamenta o art. 8º do Decreto que incumbia o Estado de atuar como guardião de indivíduos com alguma limitação jurídica, cabendo sobrepor o bem-estar das crianças aos direitos de cada um dos pais (PEREIRA, 1999, p. 2).

Pereira (2000, p. 13) sentenciava que “a sobreposição dos interesses dos não adultos em relação a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz”

Comentando o Código de Menores de 1979, Martins (1988, p. 68) sustentava que “o menor estava numa situação de desvalimento natural, por sua deficiência etária, mental e jurídica, e não tinha capacitação para autodefender-se de fato ou de direito.”

Já Cavallieri (1978, p. 21) falava em interesses mais altos:

Assim é que os menoristas vêm as decisões baseadas no Direito de Família, envolvendo crianças, através de uma ótica centrada em interesses mais altos, no relativo a buscas e apreensões, regulação de visitas, guarda de filhos etc., o interesse superior dessas crianças.

A figura do “*bom pai*” não tinha necessidade de justificar ou fundamentar suas decisões, “utilizando de sua inteligência e bom senso para definir o destino de qualquer dos seus assistidos”, como bem salienta Marques (apud PEREIRA, 2000, p. 468): “o ‘paternalismo’ das instâncias com ações voltadas às crianças e adolescentes traduzia uma perspectiva de que a criança e o adolescente somente seriam conhecidos como objetos de proteção.”

Inegável que à jurisdição menorista pouco importavam os fundamentos técnicos objetivados na legislação, tendo uma grande parte dos julgados se limitado ao fundamento do melhor-superior-maior interesse dos menores destinatários das medidas, cuja avaliação ficava a cargo da autoridade judiciária, gerando perigo de sua aplicação por fundar-se na subjetividade de cada Juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade (PEREIRA, 1998).

Em âmbito internacional, o princípio do melhor interesse atualmente encontra fundamento no art. 3.1, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Na versão original, que não se cita por mero preciosismo: 1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

Em português, conforme tradução oficial contida no Decreto 99.710/90: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” [grifou-se], sendo que a questão da tradução consideraremos em seguida.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, optou-se pela terminologia “interesse superior”, no art. 100, parágrafo único, IV, dando o legislador o seguinte conteúdo ao mencionado princípio: “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.”

Note-se que não se trata de princípio constante da redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente, até porque havia uma certa resistência a tal instituto naquele período que findava a década de oitenta e iniciava a de noventa, visto que orientava toda a aplicação do direito do menor. É o que se pode observar das críticas formuladas por Tânia da Silva **Pereira** e Mary **Beloff** (2008, p. 15):

Melhor interesse”, “maior interesse”, conforme o Decreto 99.710/90, “interesse superior”, de acordo

com o Estatuto da Criança e do Adolescente, as variações de “tradução” demonstram a vagueza desta diretriz e o perigo de funcionar como um “chegue em branco”, conforme salienta Mary Beloff.

Já neste capítulo, da leitura de alguns julgados de Tribunais de Justiça e dos Tribunais Superiores, fica bastante clara a preocupação de Mary Beloff, já que tal princípio, assim como o da proteção integral, acaba servindo como panaceia para todas as demandas que chegam à Justiça da Infância e Juventude.

Estamos diante, no mínimo, de dois conceitos diversos, sendo que um aponta o conceito qualitativo do princípio, melhor interesse, da versão original da convenção e os outros dois, das versões brasileiras, apontado um critério qualitativo, de maior ou superior interesse da criança” (PEREIRA, 2000, p. 6, que somente aponta dois deles, sendo o “superior” interesse agregado ao ordenamento, mais precisamente ao art. 100, parágrafo único do Estatuto em 2009, por intermédio da Lei n. 12.010, posteriormente à publicação da obra da mencionada autora, que, diga-se, em sua obra opta pelo critério qualitativo, que adotamos a partir de agora).

Em consulta ao sítio na internet do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em seu repertório jurisprudencial, observam-se quatro 142 resultados quando a pesquisa simples é feita com base no parâmetro “melhor interesse”. Nota-se que o princípio serve de “solução” para qualquer espécie de demanda, desde pedidos de extensão de visitas maternas ao filho (autos n. 2015.041838-2), até a destituição familiar (autos n. 2015.058411-7), assim como para decidir entre a manutenção e a substituição de medidas socioeducativas (autos n. 2015.034781-8).

Observa-se que em nenhum dos julgados a utilização do princípio do melhor interesse não passou de mero “verniz” ou meio de sofisticar a decisão ou legitimá-la. O mesmo se poderá observar acerca do instituto da proteção integral em capítulo próprio.

1.7 OS DESTINATÁRIOS DOS DOIS RAMOS DO DIREITO ESPECIALIZADO

1.7.1 O menor

A primeira diferença perceptível – ou representativa – entre o sistema jurídico de proteção à infância anterior à Constituição de 1988 e

o que se seguiu após sua promulgação diz respeito à terminologia adota para designar os destinatários das regras relativas ao direito especializado em *não adultos*: antes o “menor”, agora “crianças”, apenas – se tivermos em conta a Convenção sobre os Direitos da Criança ou “crianças” e “adolescentes” – considerando o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No dicionário Houaiss o vocábulo “menoridade” diz respeito ao “1. estado ou condição daquele que ainda não atingiu a maioridade; 2. período da vida em que um indivíduo é menor, não podendo exercer diretamente os atos da vida civil [...]; 3. Período de tempo durante o qual uma pessoa é menor de idade; 4 p.us. a porção menor, menos representativa de um todo (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 1273).

Já o dicionário Jurídico Acquaviva (1943 -, p. 105) traz como “menor”: “Aquele que, em razão da pouca idade, ainda não alcançou a capacidade jurídica plena para exercer pessoalmente seus direitos, devendo ser representado, em caso de incapacidade absoluta, ou assistido, em caso de capacidade relativa.”

Finalmente, “menor”: “Derivado do latim minor, gramaticalmente é, como adjetivo, comparativo de pequeno. No sentido técnico-jurídico, empregado como substantivo, designa pessoa que não tenha ainda atingido a maioridade.” (SILVA, 2006, p. 909).

Como se pode observar, o a etimologia da palavra menor diz respeito a pequeno é se trata originariamente de adjetivo. Ainda que tida como substantivo na sua acepção jurídica, não há como deixar de considerar a origem da palavra, que permite compreender de forma mais eficiente o vocábulo menor na perspectiva do Direito do Menor.

Ao tratar do Direito do Menor, Cavallieri (1978, p. 20) aponta que “Este Direito se dirige ao menor, personagem que, no passado, era objeto de direito, sobre quem caía a ‘patria potestas’, que atingia o seu cume no arbítrio do pai de família, o qual até podia dispor de sua vida.”

Qualquer mecanismo que justificasse a supressão ou redução dos procedimentos para a garantia de ágil resposta aos conflitos sociais afetos à categoria tida como desassistida era bem vista e bem-vinda, bastando ao juiz declarar a situação irregular (patologia social) de menor que não se ajustasse ao padrão estabelecido para a abertura de

procedimento verificatório e aplicação das medidas que lhe parecessem mais adequadas.

Para tanto, importava em certa medida reduzir a condição desta faixa etária ao mínimo da condição de sujeitos de direito, para que a esses não mais se insistisse no direito ao contraditório, que suas opiniões passassem à condição de irrelevantes, visto que seriam incapazes, conforme dito há três parágrafos, e que o acesso à assistência jurídica mais parecesse um empecilho do que direito.

Houve visível resistência, inclusive, ao uso da nova terminologia trazida pela Lei n. 8.069/1990, que substituiu a palavra menor pela terminologia criança e adolescente. Barreira, por exemplo, criticava a mudança terminológica: “Sob o pretexto de que a palavra menor é discriminante, o texto substituiu-a por criança e adolescente, não obstante a advertência de que estas duas palavras ficavam expostas a estigma, dentro em pouco.”

Paulo Lúcio Nogueira (1985), também criticando a opção do legislador por uma nova terminologia, neste caso até de maneira aparentemente acertada compreende que o problema não estaria na terminologia, mas no trato. Eis a fala de Nogueira (1985):

Com referência ao menor, houve mudança até na terminologia, chegando-se ao cúmulo de se afirmar que o termo ‘menor’ é estigmatizante, quando, na verdade, estigmatizante sempre foi o tratamento a ele dispensado, que, prioritário em campanhas políticas, passa ao esquecimento após as eleições.

Tanto o infante como o adolescente não passam de menores e, como tais, devem ser tratados, assistidos, amparados, reeducados, reconhecendo-se os seus direitos, mas dando-lhes também responsabilidade, pois só assim serão participantes cômicos de uma nova sociedade livre, mas responsável.

A expressão “menor”, a despeito da opção de legislador de categorizar as duas figuras de não adultos como criança e adolescente, persiste ainda nas decisões judiciais, legislação, assim como em um grande número de artigos científicos.

Claramente, o entendimento era de que a figura do menor era apartada do conjunto infância. Havia as crianças, como o grupo privilegiado, destinatária da legislação civil do direito de família e os

menores, que estariam em situação irregular e apartados do primeiro grupo.

Cavallieri (1978, p. 15), sustenta que havia uma “conotação jurídica” inegável na terminologia menor:

A palavra MENOR contém uma conotação jurídica inegável. No âmbito das famílias, no rol social, existem crianças, meninos, garotos, brotinhos. Toda vez que se faz referência ao menor, está-se referindo ao menor abandonado, menor delinquente, menor vítima, menor deidade, o menor em uma situação irregular. Diz-se “o meu filho, o meu garoto”, jamais “o meu menor”. E há mais, um certo tom pejorativo está popularmente, ligado à palavra. Assim, a conotação jurídica não se manifesta somente no campo dos direitos civil; reserva-se também a uma pessoa de certa idade, envolvida em uma situação anormal, que chamamos de irregular.

Em curiosa nota de rodapé da Obra Direito do Menor Cavallieri (1978, p. 15) diverte-se: “Seria cômico um pai de família dirigir-se à esposa pedindo providências: - ‘Maria, olha o nosso menor maltratando o papagaio’. E seria trágico se os juizados se chamassem juizados de crianças ou as delegacias de meninos.”

Segundo Brito (2014, p. 66):

o termo menor aparece nos documentos da justiça brasileira, apenas a partir do fim do século XIX e se mantém predominante para designar criança e adolescente nos processos, até início do século XX, quando passa a legislação regional a se influenciar pela Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância, formalizada pela Convenção sobre os Direitos da Criança e demais documentos internacionais específicos.

Sobre o caráter estigmatizante e desumanizador do termo “menor”, Vianna (2005, p. 19):

O termo menor, bastante presente nos processos de guarda, apesar da mudança de nomenclatura que seguiu à promulgação do ECA, foi duramente

criticado por diversos grupos atuantes na promoção e na defesa de direitos de crianças e adolescentes, sobretudo ao longo dos anos 80, no sentido de denunciar o caráter estigmatizante – e desumanizador – da dicotomia entre “crianças” e “menores”. Se às primeiras caberiam representações positivas e comoventes da infância, nos termos em que forma sendo produzidas histórica e culturalmente, aos demais caberiam todas as inferioridades que levariam à indiferença com sua sorte ou mesmo à aversão por sua existência. [...] Enfim, a indistinção em lugar da singularidade afetiva devotada às “verdadeiras crianças.

O conteúdo da menoridade também ajuda a justificar o caráter tutelar do Direito do Menor (VIANNA, 2005, p. 19):

A condição de menoridade é, antes de mais nada, parte de uma relação de dominação. Ser legalmente menor – por idade ou qualquer outro critério – significa não dispor de autonomia plena, estar formalmente submetido à autoridade de outra pessoa, conjunto de pessoas ou mesmo instituições.

Claro, surge desta ausência de autonomia um compromisso moral, uma ação tutelar legitimada pelo dever de proteger o indivíduo desvalido: o menor

1.7.2 Crianças e adolescentes como sujeitos efetivos de direitos

O termo “criança”, usualmente empregado na atualidade, nem sempre foi utilizado em nossa sociedade. Trata-se de uma terminologia moderna, quase contemporânea, e representa os efetivos investimentos que, pouco a pouco, começaram a ser endereçados a essa fase do desenvolvimento humano.

Considerando o modo como era concebida antiga figura do menor, semicidadão que era, foi importantíssima a mudança de paradigma, tendo agora estes indivíduos como sujeitos de direitos e garantias.

A construção de um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de *menores*, de semicidadãos, para a de cidadãos, e mais, trouxe a grande possibilidade de construirmos o paradigma de sujeitos, em oposição à ideologia e de toda uma práxis que coisificava a infância (VERONESE, 2013, p. 49).

Conforme já antecipado, crianças e adolescentes, antes menores, os outrora menores passam à condição de crianças e adolescentes, e à efetiva condição de sujeitos de direitos. Deixa a criança de “tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos” (PEREIRA, 1998, p. 15), e que será tratada no próximo tópico.

Observada a condição de pessoa em desenvolvimento, crianças e adolescente passam à condição de protagonistas no exercício de seus direitos (SARAIVA, 2002, p. 18):

[...] trouxe a estes agentes da condição de objeto do processo para o *status* de sujeitos do processo, conseqüentemente detentores de direitos e obrigações próprios do exercício da cidadania plena, observada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cumprindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira, que estabelece no seu art. 1.º, inciso III, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana.

A objetivação do conceito de criança e adolescente, não mais dependendo de critérios subjetivos para sua definição também representa avanço. O art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a diferença técnica entre criança e adolescente. Criança é o ser humano entre 0 e 12 anos e adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos.

A opção pela promoção dos termos *criança* e *adolescente* à qualidade de categorias jurídicas visa sepultar a terminologia vigente durante o Direito do Menor, evitando a rotulação da palavra menor como aquele em situação irregular. Nisto não foi bem sucedido o

Estatuto, visto que a legislação mais recente, como o Código Civil, por exemplo, continuou a utilizar a palavra “menor”.

A diferenciação entre criança e adolescente como categorias distintas traz algumas diferenças de tratamento no próprio contexto do Estatuto por opção do próprio legislador, com, por exemplo, a questão da autorização de viagem e o consentimento para colocação em família substituta, que serão tratados de forma detalha mais adiante. (STJ – 6.^a T. – RHC 3.547 – Rel. Adhemar Maciel – j. 9.5-1994).

O art. 2º do estatuto ao art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20.11.89. A grande diferença está na indistinção pela Convenção das categorias criança e adolescente, considerando todo sujeito com idade inferior a dezoito anos como criança e, portanto, destinatário de seus regramentos.

Tanto o Estatuto como a Convenção adotaram o critério cronológico absoluto, ou seja, a proteção integral da criança ou adolescente é devida em razão de sua faixa etária, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil. (emancipação não afasta a proteção do Estatuto: TJAC MS n. 0001073-23.2011.8.01.0000).

Deste modo, se o critério objetivo já houvesse sido adotado durante a vigência do Direito do Menor, talvez Cavallieri (1978, p. 15), não tivesse o “incômodo” em distinguir seus “filhinhos”, seus “garotos”, de seus “menores”.

CAPÍTULO 2 OS MODELOS PROCEDIMENTAIS AFETOS À JURISDIÇÃO DE MENORES E DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES

Conforme já se antecipou, o presente estudo limita-se a observar as características dos modelos de legislação e jurisdição de menores²⁴ assim como da legislação, em comparação ao modelo de Justiça da Infância e Juventude estabelecido pelo Direito da Criança e do Adolescente, fundado, basicamente na doutrina da proteção integral.

Assim, realizada no primeiro capítulo a introdução aos conceitos fundamentais presentes nas duas disciplinas jurídicas especializadas na proteção a pessoas ainda sem capacidade civil em virtude da idade, normalmente designado como menor, criança ou adolescente, a depender da opção do legislador, passa-se a analisar algumas das principais características do sistema de justiça tutelar-menorista, para, após compará-los com o Direito da Criança e do Adolescente.

Nesta etapa da pesquisa, com o propósito de *objetivar* a comparação, optou-se por considerar, então, três pontos fundamentais tanto para a jurisdição menorista, como para o modelo que se formou após a formalização do Direito da Criança e do Adolescente por meio do respectivo Estatuto no segundo capítulo: a) estrutura dos procedimentos judiciais; b) os atores do processo (partes/interessados, juiz, advogado e Ministério Público; c) fundamentos das decisões judiciais.

Mendez (1998, p. 23) elenca alguns traços centrais das legislações de menores latino-americanas, dos quais se podem destacar:

- a) Essas leis pressupõem a existência de profunda divisão no interior da categoria infância: crianças-adolescentes e menores (entendendo-se pelos últimos o universo dos excluídos da escola, da família, da saúde etc.). Como consequência, essas são exclusivamente para menores, tendem objetivamente a consolidar as divisões aludidas dentro no universo infância;
- b) Centralização do poder de decisão na figura do juiz de menores com competência onímona e discricional;
- c) Judicialização dos problemas vinculados à infância em situação de risco, com clara tendência de patologizar situação de origem estrutural; [...]

²⁴ Cavallieri, utiliza a terminologia “jurisdição de menores” (1978, p. 251).

- f) Consideração da infância, na melhor das hipóteses, como objeto de proteção;
- g) Negação explícita e sistemática dos princípios básicos e elementares do direito até mesmo dos contemplados na própria Constituição Nacional como direito de todos os habitantes; e
- h) Construção sistemática da semântica eufemística que condiciona o funcionamento do sistema à não-verificação empírica de suas consequências reais.

Na realidade, não se faz necessária pesquisa muito aprofundada para se observar que as diretrizes do direito do menor fundavam-se na ideia de interesse superior (VERONESE, 2001, p. 25), alto grau de discricionariedade nas decisões judiciais (MENDEZ, 1998, p. 26), simplicidade procedimental (MARTINS, 1988, p. 189), centralização na figura da autoridade judiciária (MENDEZ, 1998, p. 26) e, ainda do ponto de vista judicial e em consequência do fundamento anterior, na redução dos demais atores do sistema de justiça, quais sejam, o promotor e o defensor (CAVALLIERI, 1978; BARREIRA, 1988; MENDEZ, 1998); negação explícita e sistemática dos princípios básicos e elementares do direito, mesmo os de ordem Constitucional estendidos a todos os habitantes (FALBO, 2002).

Por outro lado, no que se refere à jurisdição da infância e juventude, podem-se elencar traços centrais contidos nas legislações baseadas na doutrina da proteção integral, sendo relevantes para esta etapa do estado: a) o limite à atuação dos juízes e consequente revisão das atribuições dos demais atores do processo (MENDEZ, 1998, BRANCHER, 1999); b) a previsão de procedimentos especializados e adaptados à jurisdição especial da infância e juventude (BORDALHO; MACIEL, 2010, p. 711); c) o reconhecimento de crianças e adolescentes como portadores de garantias fundamentais (MENDEZ, 1998; LIBERATI, 2009; VERONESE, 2010).

Assim, ao menos no plano teórico, é possível dizer-se que há uma clara distinção entre o modelo de direito menorista e de direito da criança e do adolescente. Mencionadas diferenças, apreciadas conforme a proposta já antecipada – (a) estruturação dos procedimentos judiciais; b) os atores do processo (partes/interessados, juiz, advogado e Ministério Público; c) fundamentos das decisões judiciais – serão exploradas nos itens que seguem.

Assim, primeiramente cuidar-se-á dos dois modelos de jurisdição e processo previstos nas respectivas legislações, primeiramente a

menorista e, em seguida, a estatutária. Após, os atores do processo na perspectiva de cada modelo legal e, após, o que traz a legislação de fundamentos para tais decisões.

2.1 JURISDIÇÃO DE MENORES: SIMPLICIDADE PROCEDIMENTAL COMO NORTE

Uma das características mais marcantes que se pôde observar durante a pesquisa a respeito da jurisdição de menores foi a simplicidade dos procedimentos previstos nos dois Códigos de Menores (Decreto n. 17.943-A/27 e Lei 6.697/1979), extremamente econômicos no que tange ao número de dispositivos relativos a questões processuais e curiosamente ricos em comandos destinados à sumarização.

Esta simplificação, no entanto, não se trata de elemento acidental, mas inerente a um modelo voluntariamente centrado na figura da autoridade judiciária e refratário a eventuais incidentes processuais, tidos pela doutrina, como se observará a seguir, como *inconvenientes*.

Mendez (1994, p. 18) registra a posição do representante brasileiro no Congresso Mundial de Tribunais de Menores de Paris de 1911, defendendo a mencionada *simplicidade procedimental*, o que sustenta a escassez de dispositivos processuais do Código Menores. O conteúdo é esclarecedor:

Um jurista brasileiro da época oferece uma síntese clara dessas ideias, que dispensa qualquer comentário: O caráter principal desses tribunais é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas do julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter educativo ou coercitivo [...] Nada de afetações prejudiciais. Nada de inquirições públicas. Nada de acusação e de defesa (MENDEZ, 1994, p. 25-26).

Martins (1988), em seu livro O Direito do Menor, observa que ambos os Códigos de Menores (Decreto n. 17.943-A/27 e Lei 6.697/79) eram absolutamente econômicos no que se referia a questões processuais, optando o legislador por formas simplistas.

O fundamento, conforme leciona Martins (1988, p. 189) para a simplificação dos procedimentos e atos relativos aos processos de menores era a necessidade de dar maior celeridade aos feitos. Veja-se o que diz o autor na obra acima mencionada:

Não obstante não ter sido expressamente adotado pela Lei Menorista, o objetivo da desburocratização e simplificação dos procedimentos e atos relativos ao processo de menores, é curial que, pelas formas simplistas determinadas, o espírito do legislador foi de dar maior celeridade aos feitos. Ademais disso, não se pode conceber hoje em dia, que uma justiça especializada, destinada a acompanhar os modernos progressos da sociedade, aplicável especialmente aos jovens, que são sempre os arautos e defensores do modernismo, modismos e novidades, fique emperrada e atrasada no formalismo das fórmulas tradicionais e envelhecidas, arrastando-se nos escaninhos e estantes empoeiradas dos cartórios.

O mesmo autor, em nome do aprimoramento de uma justiça célere e “eficiente, defendia a adoção de fórmulas rápidas e simplificadas, afastando-se um suposto processualismo ultrapassado, com a supressão de fases improfícuas e retardadoras do processo” (MARTINS, 1988, p. 190).

Elogiando mais adiante a opção pela simplificação dos procedimentos afetos à jurisdição menorista, assume (MARTINS, 1988, p. 191):

Felizmente, dentro da sistemática do direito processual do menor vige uma nova abertura de interpretação que faz preponderar o fundo sobre a forma, o substancial sobre o acidental, os direitos sobre a formalidade. É por isso que o Direito do Menor é um direito dinâmico, infiérico, evolutivo, acompanhando as mutações sociais para proteger, assistir e tutelar o menor onde quer que ele se encontre, no contexto social e comunitário, quer das pequenas cidades do interior do Brasil ou dos aglomerados humanos das megalópoles.

Uma das importantes inovações que vem sendo adotadas em grande número de varas é a simplificação dos procedimentos, para celeridade e rápida movimentação dos feitos que a justiça de menores exige, como condição de presteza e eficiência do atendimento.

O Código de Menores de 1927, por exemplo, no capítulo intitulado “O Processo” situado entre os arts. 157 e 188, apenas os dez primeiros eram ocupados por questões relativas a procedimentos que envolvessem poder familiar, guarda, prestação de alimentos, etc. Os demais diziam respeito à questão da prática infracional, àquele tempo chamado apenas de crime ou contravenção penal.

Destacam-se os arts. 161, *caput*, que estabelecia que o processo para verificação do estado de abandono de menores seria *sumaríssimo*, mais uma vez demonstrando a tendência à simplificação, assim como o § 1º, do mesmo artigo, que permitia o início do procedimento de ofício pelo juiz, dispensando a assistência por advogado, o § 6º que remete questões relativas aos prazos, termos e demais formalidades do processo ao rito do Código de Processo Civil para as ações sumaríssimas e o § 7º, que dizia que, a depender da natureza e as circunstâncias de eventual abandono, o processo poderia ser meramente administrativo.

Especificamente em relação à perda ou suspensão do *pátrio poder*, o rito deveria ser o sumário (art. 162, *caput*) e, nos termos do mesmo dispositivo “se no processo por abandono ficar provado que o pai, a mãe ou o tutor estivesse incurso em algum dos casos de suspensão, perda ou destituição do seu poder, o juiz o poderia decretá-las na mesma sentença em que declarava o menor abandonado”.

Assim, na sistemática adotada pelo Decreto n. 17.943-A/27, procedimentos que dissessem respeito à suspensão, perda ou destituição do poder familiar – e, para tanto, nem sempre era necessário um procedimento especial visando suspensão, perda ou destituição do poder familiar – poderiam se iniciar por ato do juiz, sem a necessidade de assistência por advogado, vigorando a mais pura simplicidade para a sua solução, como opção do modelo tutelar minorista refletida na própria legislação.

Importante observar que tanto na legislação minorista como na doutrina que se construiu em seu entorno, reconhecia-se uma jurisdição de caráter meramente administrativo, o que desincumbia a autoridade judiciária de se submeter aos limites do devido processo (BORDALHO; MACIEL, 2010, p. 711).

A citação que segue, da obra de Martins (1988, p. 165), permite observar a falta de clareza com que a doutrina considerava a jurisdição de menores, concebendo a possibilidade de relações jurídicas processuais de ordem administrativa e não contenciosas, cenário inconcebível em qualquer outro ramo do direito. Veja-se:

Na Jurisdição especial de menores, e na

administração pública dos interesses privados, bem como nos atos puramente administrativos exercidos pelo Juiz de Menores, na complexidade de suas atribuições, podemos vislumbrar quatro tipos de relações jurídicas, no sentido técnico processual (entendida a relação jurídica processual em oposição à relação jurídica material): a) relações jurídicas processuais contenciosas; b) relações jurídicas processuais não contenciosas; c) relações jurídicas administrativas simples (não contraditórias); d) relações jurídicas administrativas contraditórias.

A propósito, não havia grande reconhecimento por parte da doutrina menorista acerca do princípio do contraditório, cujo exercício era facultativo na maior parte dos procedimentos e em algumas vezes tido como prejudicial à realização do melhor interesse do menor. (BARREIRA; BRAZIL, 1988; MARTINS, 1988; CAVALLIERI, 1978; CARVALHO, 1977). Como exemplo, segue trecho do livro *O Direito do Menor*, de Anísio Garcia Martins (1988, p. 191):

Sobre o contraditório no direito menoril: Tudo para o menor deve praticar-se com mais rapidez que o normal andamento da justiça comum, emperrado nas formas e atirados pelas próprias partes, que visam sempre interesses contrariados. No caso do Direito do Menor, o objetivo é sempre comum entre as partes, e, dificilmente as mediadas adotadas pelas autoridades são contraditadas pelos demais sujeitos processuais do Direito Menorista – esta parte em roxo pode servir depois como crítica ao contraditório.

O pouco reconhecimento ao princípio do contraditório tem, inclusive, clara relação com a diminuição da figura da defesa nos procedimentos afetos à jurisdição menorista, conforme se verificará em título próprio adiante.

2.2 ATORES NO SISTEMA DE JUSTIÇA DE MENORES

Na antiga jurisdição de menores, eram basicamente duas as figuras que integravam o processo: O promotor de Justiça Curador de Menores e o Juiz de Menores. De acordo com Wilson Barreira, “o

primeiro, propugnando pelo interesse do menor e pelo respeito à lei. O segundo, decidindo no interesse do menor e em respeito à lei.” (BARREIRA, 1989, p. 59).

2.2.1 A figura do Juiz no Direito Menoril

Enquanto vigoram a legislação e a doutrina da situação irregular, havia certo consenso de que os juízes de menores deveriam constituir-se como figuras diferenciadas da própria magistratura, com características peculiares, supostamente inerentes à nobreza da função que exerceriam.

Para Mendez (1998, p. 22): “Ungido da competência onimoda penal-tutelar, o juiz de menores torna-se o encarregado de resolver paternalmente as deficiências estruturais do sistema”

Carvalho (1981, p. 18), considerando o juiz de menores como uma categoria especial em relação ao restante da magistratura, inclusive com atribuições legislativas, afirma:

O Juiz no processo comum, apenas dirime as controvérsias. O juiz de menores age *ex officio* mediante apresentação do menor, que pode ser por ele próprio decidida. Determina a formação do processo, que pode ser por ele próprio ordenada, a execução das multas aplicadas por sua ordem, por seus comissários de vigilância, e julga afinal o processo por ele próprio iniciado [...]

O juiz de menores, além de suas funções judiciárias. Nomeia comissários de vigilância voluntários, determina atuação de infratores a suas portarias. Exerce fiscalização nos estabelecimentos destinados a menores. Autoriza o trabalho dos menores. Exerce função legislativa em relação aos menores em geral. Esse poder administrativo tem caracteres próprios, pois o juiz de menores legisla, executa e julga a mesma situação jurídica.

Noutra ocasião, o mesmo Carvalho (1977, p. 238) ainda sustenta um poder administrativo de fiscalização, ultrapassando claramente a função jurisdicional:

O Juiz de Menores é a figura central de todo o serviço de assistência ao menor, embora amparado em amplo quadro técnico de serviço

social para sua decisão e execução de suas sentenças. [...]. Seu poder administrativo de fiscalização não encontra limites e abrange todos os ramos de atividade de que participem menores. Se os responsáveis pelo Menor SOLICITAM OU ACEITAM A PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA, não há em regra necessidade de intervenção judicial quanto aos menores abandonados.

“Devem caber ao juiz de menores não somente atribuições judiciárias, como também administrativas e assistenciais.

Mello Mattos, ao redigir, com mão firme, o Código de Menores, atribuiu ao Juiz de Menores não somente uma função jurisdicional, como também uma larga função administrativa, encarregando-o de zelar pela segurança, saúde e moral de todos os menores em geral, AINDA QUANDO NÃO ABANDONADOS NEM INFRATORES DA LEI PENAL, além de lhe dar uma função específica de prestar assistência, EM TODOS OS SEUS ASPECTOS, aos menores abandonados, em perigo moral, incapacitados, viciados ou infratores da lei penal (art. 147 do Código de Menores).

Martins (1988) sustenta que o juiz de menores tem o papel de substituir o afeto de um pai, criticando, inclusive uma eventual computadorização dos procedimentos, que impediria o necessário *calor humano* que deveria ter o juiz de menores.

Em algumas ocasiões, Cavallieri (1978) no mesmo sentido em que o faz Carvalho (1977), defende esta suposta diferenciação entre os demais juízes e os juízes de menores. Em dois trechos de sua obra “O Direito do Menor”, o famoso juiz de menores do Rio de Janeiro sustenta este posicionamento:

É inegável que os juízes de menores são magistrados diferentes dos demais. Um juiz de menores deve ter algumas qualidades pessoais, além daquelas que se exigem de um magistrado comum. Será bom que tenha uma situação familiar definida, de preferência, deve ter filhos menores; espírito de liderança, bom relacionamento na comunidade, facilidade de comunicação são condições essenciais.

O mesmo autor, realizando estudo comparado com a legislação de outros países, apresenta requisitos que tinha como importantes para o exercício do encargo de juiz de menores, como, por exemplo, ser *chefe de família*, casado ou ter *amor e simpatia* por menores (CAVALLIERI, 1978, p. 261).

Na Bélgica, por exemplo, Cavallieri (1978, p. 260) anota que a legislação exigia ao menos um diploma em matéria consentânea com o exercício do cargo de juiz de menores. Na Venezuela havia o requisito da idade. No México exigia-se que fosse casado. A legislação inglesa exigia que o juiz de menores tivesse “amor pelos jovens, simpatia por seus interesses, preocupação por suas dificuldades; e uma grande soma de bom senso”. Na Guatemala, a idade superior a 35 anos era uma exigência, além da preferência para juizes que fossem “chefes de família”. No Peru a legislação exigia que o juiz de menores fosse casado e pai de família, tendo preferência os que tivessem “feito estudos especiais sobre menores e a família.”

Sobre o tema, bastante curiosa a reflexão que Cavallieri (1978, p. 262) faz em nota de rodapé em seu livro Direito do Menor, que sugeria, inclusive, que cada juiz de menores deveria ter um santo como patrono, demonstrando certa sobreposição entre conceitos religiosos e jurídicos, algo aparentemente inconciliável em outras áreas do direito, mas absolutamente natural na jurisdição menorista:

Como católico praticante, sempre me seduziu a ideia de que os juizes de menores deviam ter um santo como patrono. Cheguei a pensar em apresentar sugestão ao Encontro de Juizes de Menores de Manaus. Depois refleti e ponderei intimamente que não seria adequado sugerir a uma assembleia composta de participantes de outros certos uma tese eminentemente católica. No entanto, sugiro aos juizes de menores católicos a imagem de um santo dos tempos modernos, cuja vida foi dedicada aos menores.

Como se pode observar, a figura do juiz de menores, na concepção da doutrina da época, permitia que quase se estabelecesse um feudo no juizado de menores, permitindo que assim o juiz também operasse como o desejado *bonus pater familiae*.

A figura do *juiz vocacionado* resultava na quase imediata conclusão de que tal funcionário do Poder Judiciário deveria ser também dotado de uma série de atributos especiais, com funções que

ultrapassavam aquelas ordinariamente conferidas à magistratura em geral.

A Propósito, estes juízes especiais para a jurisdição menoril, com tarefa diferenciada da jurisdição ordinária, já eram objeto de discussão em 1911, no Congresso Mundial de Tribunais de Menores (MENDEZ, 1994). Veja-se:

Tribunal numeroso equivaleria à morte da luminosa criação. Basta um juiz para julgar. Mas esse juiz deve ser exclusivamente um juiz para menores; não deve, não pode exercer outra função.

Se nas grandes cidades, ou nas regiões onde o coeficiente da criminalidade é mais elevado, se torna necessária a criação de varas especiais do crime, também é imperioso que se designem juízes especiais para o julgamento dos menores. Tais juízes têm a missão espinhosa e difícilíssima de se tornarem familiares com esse mundo misterioso e quicá impenetrável que é a alma infantil. Cada qual deles será um juiz calmo, amável, dedicado ao seu sacerdócio. Juiz-pai, eis a expressão que melhor o deveria caracterizar (MENDEZ, 1994, p. 25-26).

Ao defender a especialização da justiça de menores, a doutrina sempre clamava por mais liberdade e simplicidade no atendimento por parte do Juiz de Menores, o que, em tese lhe permitiria atender com mais presteza e celeridade as questões de menores (MARTINS, 1988).

2.2.1.1 *O prudente arbítrio e a ideia de jurisdição de equidade*

Um dos aspectos que mais chama atenção tanto no Decreto n. 17.943-A/27, como na Lei n. 6.697/79 é a possibilidade de o Juiz de Menores decidir conforme seu *prudente arbítrio*.

Nogueira (1980) demonstra em trecho de seu livro “Comentários ao Novo Código de Menores”, convicção de que o juiz de menores deveria atuar para além dos limites da lei Veja-se

O poder cautelar do Juiz de Menores é exercido independentemente de provocação, já que consiste nas medidas preventivas que deve tomar, tendo em vista o bem-estar do próprio menor, que deve

ser resguardado e protegido por determinações judiciais necessárias. [...] O Juiz de Menores estará tomando providências para acautelar o interesse dos próprios menores, além dos casos contemplados na própria lei (NOGUEIRA, 1980, p. 126).

A jurisdição de equidade também se aplicava aos casos de menores, quanto à adoção das formas procedimentais, podendo, também, o juiz variar de procedimento ou adotar outra forma dos procedimentos previstos e sem se prender a parâmetros ou regras processuais, desde que seja o procedimento adaptável. O que importava, acima de tudo, era atender aos interesses do menor (MARTINS, 1988). Esperava-se um *bom senso* inato ao Juiz de Menores, que poderia lançar mão da solução que lhe parecesse mais conveniente.

O principal fundamento legal da ideia de jurisdição de equidade no Direito do Menor era o art. 131 do Código de Menores de 1927, que não constava na realidade do título relativo aos procedimentos, mas do Capítulo X, intitulado “Da vigilância sobre os menores”, que permitia que a autoridade protetora dos menores, no caso, o Juiz de Menores, emitisse para a proteção e assistência qualquer provimento, que ao seu prudente arbítrio parecesse conveniente, ficando sujeito à responsabilidade pelos abusos de poder.

A fala de Martins (1988, p. 182) esclarece o posicionamento de que o Juiz de menores não deveria se pautar pelas limitações processuais, devendo decidir conforme a conveniência do caso concreto. Confira-se:

O Juiz de Menores, nos casos de jurisdição voluntária simples ou contraditória, pode fazer a aplicação do direito por equidade, ou seja, decidir ou adotar medidas referente a menores, sem as limitações impostas pelas normas legais. Por espírito de justiça e bom senso jurídico-social, pode o Juiz adotar, em cada caso, a solução que reputar mais conveniente, consentânea ou oportuna, não soendo obrigado a observar critérios de legalidade estrita.

Ou seja, era permitido à autoridade judiciária tomar qualquer medida que entendesse conveniente, sem a necessidade de se submeter a qualquer limite procedimental, no mais alto espírito do Direito Tutelar

Menorista, isso ainda considerando que boa parte dos procedimentos poderia se iniciar de ofício, sem a necessidade posterior de intervenção de advogado.

A Associação Brasileira de Juízes de Menores em seu livro *Notas Interpretativas ao Código de Menores* (Lei n. 6.697/79) afirmava que “a falta de previsão legal de procedimento não eximirá o Juiz do dever de adotar providências ou aplicar medidas no interesse do menor”. Este artigo reflete a orientação do Direito do Menor, já assinalada nos Arts. 5º, 8º e 13.

Enquanto grande estudioso do Direito do Menor que foi, em 1978, Cavallieri (1978), comentando o Código de Menores vigente à época (BRASIL, 1927), mais precisamente o art. 131, cuja redação quase se repetiria no ano seguinte, tenta justificar a discricionariedade que a lei conferia à autoridade judiciária em sua atuação. Aparentemente, considerava Cavallieri (1978, p. 202) que a autoridade judiciária possuiria o prudente arbítrio capaz de garantir o bom uso dos poderes como que legislativos ali presentes. Veja-se:

Ao dar poderes como que legislativos e restritos a integrantes do Poder Judiciário, a lei visualiza as características do país, a dificuldade de conferir poderes a autoridades despreparadas... O esmero da redação do art. 131 chega ao cuidado de indicar à autoridade protetora que deverá usar de prudente arbítrio, o sendo do pai de família, o moderado membro da comunidade.

No mais, conforme já observado no primeiro capítulo do presente estudo, como os superiores interesses poderiam se sobrepor a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelar, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do juiz (PEREIRA, 1998, p. 13).

O art. 8º do Código de Menores de 1979, por seu turno, estabelecia que:

a autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta lei [Código de Menores], poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrassem necessários à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder”

(BRASIL, 1979, p. 1).

Já o art. 87, que dava amplos poderes à autoridade judiciária estabelecia “se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto neste ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, as providências” (BRASIL, 1979, p. 1).

A Associação Brasileira de Juízes de Menores (1980, p. 14) ratificava as vantagens dos poderes discricionários dos Juízes de Menores:

Reproduz-se, aqui, em parte, o Art. 131 do Código de Mello Mattos, em razão da flexibilidade de que comprovadamente necessita o Juiz de Menores para expedir portarias ou provimentos de índole administrativa. Tais atos são sempre voltados para favorecer ou regulamentar a aplicação das medidas de assistência, proteção e vigilância previstas no Código.

O Art. 8º concede, de um lado, evidentes poderes discricionários ao Juiz, mas de outro, cinge a discricionariedade à correta e prudente aplicação das medidas estabelecidas pelo próprio Código, cujos contornos conceituais e legais aqueles provimentos e portarias não podem ultrapassar, sob pena de responsabilização por abuso ou desvio de poder.

Comentando o art. 5º da Lei n. 6.697/1979, nas suas Notas Interpretativas a Associação Brasileira de Juízes de Menores (1980, p. 12) ainda sustenta:

Inovadora, a regra contida neste artigo garante ao Juiz condições de fazer prevalecerem medidas de assistência e proteção a menores *sobre qualquer outro bem ou interesse*, seja de que natureza for, e ainda que tutelado por qualquer outro ramo do direito. Isto quer dizer que, em caso de dúvida ou no de conflito entre legislações aplicáveis, o Juiz deve optar pela aplicação do Código de Menores se dela resultar melhor proteção para o menor.

Das referidas *Notas Interpretativas* pode-se observar alguns aspectos da festejada prevalência do direito do menor sobre qualquer outro, primeiramente, por que, segundo a interpretação dada pela Associação Brasileira de Juízes de Menores, que, diga-se, representava o entendimento majoritário à época, o Direito do Menor resultava numa disciplina à parte, não apenas autônoma – neste aspecto, problema algum – mas completamente independente dos outros ramos do direito, como o processual, por exemplo.

Assim, se, no entender da Associação Brasileira de Juízes de Menores, parecesse resultar melhor proteção ao menor, poderia afastar a aplicação, inclusive de regras relativas aos procedimentos, como o contraditório e a ampla defesa, permitindo, ainda, que o juiz tomasse caminhos absolutamente subjetivos e moralistas em suas decisões.

2.2.1.2 A “jurisdição tuitiva” conforme o pensamento de Alyrio Cavallieri

Famoso Juiz de Menores do Rio de Janeiro, Alyrio Cavallieri (2005) promoveu inúmeras críticas à Lei n. 8.069/90, principalmente no que se referia à mudança de paradigma quanto à autoridade judiciária, antes Juiz de Menores, dotado de alto grau de discricionariedade, agora Juiz da Infância e Juventude, com atribuições limitadas pela lei e atuação moldada pelos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, a despeito de certo poder de cautela que lhe dá o art. 153.

Em depoimento ao jornalista Cláudio Figueiredo, Cavallieri (2005, p. 88), criticando a opção do legislador em reduzir a discricionariedade da autoridade judiciária nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, questiona:

O Estatuto – ECA – transformou aquele magistrado tuitivo, protetor, em mero aplicador da lei. Estabeleceu que, na audiência em que o juiz tem o primeiro contato com o menor, o promotor fala por 20 minutos com direito a mais dez e o advogado ocupa o mesmo tempo, produzindo a defesa. Penso que esta nova postura adotada pelo ECA foi introduzida aqui erradamente por imitação de leis de outros países.

Mais adiante, ainda no depoimento concedido ao jornalista Cláudio Figueiredo, Cavallieri (2005), ilustra o desconforto dos atores do sistema de justiça quando da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua crítica, que abaixo segue, demonstra a preferência, que ainda hoje se observa por boa parte dos *atores do sistema de justiça*, pelo procedimento *amigável* entre juiz, promotor de justiça e defesa. Uma sala de audiência dos antigos Juizados da Infância, conforme reconhece Alyrio Cavallieri (2005, p. 88), mais parecia uma *reunião familiar*. Veja-se:

No meu tempo podia me dirigir a um rapaz daqueles e dizer algo, aconselhar. Atualmente não há mais a antiga autoridade do juiz tuitivo, uma autoridade protetora... Além do mais, todas as audiências que fazíamos se davam como em colegiado. Estavam presentes o juiz, o promotor e o advogado, mas também, se fosse o caso, o assistente social e o psicólogo.

Apesar de sedutor, o discurso da *reunião familiar*, ou mesmo *jurisdição familiar*, não passa de uma das mais perigosas bandeiras do sistema de jurisdição menorista que, infelizmente, ainda se reproduz na prática de boa parte dos atores do sistema de justiça da infância e juventude.

2.2.2 A defesa no Direito Menoril

Indiscutível que o Direito do Menor, de espécie tutelar, tinha na figura do Juiz seu esteio, de modo que a previsão de outros atores – ou operadores, como se queira designar – não era algo sequer bem-vindo e, quando previstos na lei, eram tratadas como secundárias.

Em relação ao Código de 1927, o de 1979 teria representado certa evolução em relação à legislação anterior, visto que considerou a figura do procurador em procedimentos de apuração de infração penal imputada a menor, cuja nomeação, nos termos do art. 100, passou a ser obrigatória.

Martins (1988, p. 218) via no art. 100 a consagração ao princípio do contraditório. Veja-se:

O atual Código de Menores inovou a legislação anterior, instituindo a figura do procurador, que é propriamente um defensor a interesse dos pais ou

responsável dos menores submetidos a procedimento do Juizado de Menores.

É a consagração do princípio constitucional do contraditório, ampliada ainda essa proteção dos direitos individuais, para o caso do menor, onde a possibilidade de defesa é ainda mais ampla. Revela aí, também, o interesse maior dos incapazes em relação a quaisquer outros interesses, inclusive dos pais ou responsável, pois, em alguns casos, o procurador é figura de participação e atuação obrigatória em certos procedimentos, como no caso do menor envolvido em infração penal (art. 100, II).

De outra parte, o procurador, intervindo no processo ou procedimento de menores, por mandato dos pais, ou do responsável legal, e com poderes especiais, (devendo ser advogado no exercício regular da profissão) deverá ser intimado para todos os atos do processo, pessoalmente, ou por publicação oficial, resguardado o segredo de justiça.

Também constitui atribuição legal e específica de procurador constituído ou nomeado, a interposição de recurso à instância superior, quer no procedimento administrativo simples ou contraditório, quer no processo contencioso ou voluntário.

Bordalho (apud **MACIEL, 2010**, p. 559) diverge do posicionamento acima, ao considerar que o Código de Menores de 1927 trazia mais clareza sobre a necessidade, ou mesmo existência da figura da defesa nos procedimentos afetos à antiga jurisdição tutelar-menorista. Para tanto, faz referência ao art. 151, que prevê a necessidade de advogado no juízo privativo de menores. Assim aduz:

Nem sempre foi assim. O Código de Mello Mattos – Decreto n. 17.943-A/27 – em seu art. 151, previa a necessidade de um advogado junto ao juízo privativo de menores para defende-los nos processos criminais onde não tivesse defensor constituído e prestar assistência, nos processos cíveis, aos litigantes pobres. Verifica-se, assim, que no início do Século XX o legislador tratava a criança e o adolescente como titulares de direitos e obrigações.

Esta última afirmação de Bordalho (apud MACIEL, 2010) não parece ser de todo correta, visto que, mesmo no Código e Menores de 1927, não havia a obrigatoriedade da presença de advogado em todo e qualquer procedimento afeto àquela jurisdição. No mais, o autor não atentou para o detalhe de que a figura do advogado fazia parte do pessoal do juizado de menores e, apesar de nomeado pelo Presidente da República (art. 154, I, do Decreto n. 17.943-A/27), estando subordinado ao juiz de menores (art. 148 do Decreto n. 17.943-A/27).

Outro ponto importante a se considerar, que deixa em aberto inclusive o próprio Bordalho (apud MACIEL, 2010, p. 559), quando diz, em seguida, que o art. 151 do Decreto n. 17.943-A/27 trazia uma “visão embrionária da Defensoria Pública quando o legislador pensou em defensor para aqueles que não o possuísem e para as pessoas que não pudessem pagar pelos serviços e um advogado”, coisa que para o autor faltava ao Código de 1979, mostra-se certa ausência de visão sistêmica, visto que em 1979 a figura que via de regra fazia as vezes de defesa integrava os quadros das Defensorias Pública pelo Brasil, motivo pelo qual a previsão de um advogado nos quadros do Judiciário se mostrava bastante imprecisa do ponto de vista administrativo.

De qualquer monta, a legislação tutelar-menorista – tanto o Decreto n. 17.943-A/27 como a Lei n. 6.697/1979 – pouco se ocupou da figura da defesa. No Código de Menores de 1979, a figura do procurador – leia-se: advogado – ocupava um capítulo que continha apenas um dispositivo – tamanha falta de importância da representação jurídica imediata do menor, à época – composto de *caput* e parágrafo único. Veja-se:

Art. 93. Os pais ou responsável poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado com poderes especiais, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente, ou por publicação oficial, respeitado o segredo de Justiça. Parágrafo único. Será obrigatória a constituição de advogado para a interposição de recurso.

Como se vê, de plano, no Código de Menores de 1979, a figura do advogado era dispensável até a fase recursal, ou seja, a ausência de defesa direta dos destinatários das medidas previstas na legislação não acarretava, em tese, qualquer nulidade, ou mesmo irregularidade.

Martins (1988, p. 219), ao tratar da figura processual do defensor, observava que a intervenção do procurador ou advogado se tratava de mera faculdade dos pais ou responsável:

De modo geral, a intervenção de procurador ou advogado é uma mera faculdade dos pais ou responsável legal do menor, na conveniência e cada caso concreto, inclusive, para intervenção quando o menor está recolhido irregularmente, ou em situação de custódia não condizente, que tenha fugido ao controle do Juiz de Menores ou do Ministério Público.

O discurso corrente quando da constituição das primeiras leis menoristas não era, igualmente, de todo favorável à figura da defesa. Como já dito, a doutrina era simpática a certa “simplicidade procedimental”, que poderia ser desvirtuada pelo fortalecimento dos outros atores processuais que não fossem o próprio juiz.

Mendez (1994, p. 18), por exemplo, que em sua obra “Das Necessidades aos Direitos” consome algum tempo analisando as Atas Originais do Congresso de Paris, cita importantes trechos desses preciosos registros históricos. Da fala do notório professor de Direito Penal M. Prins, ressalta:

[...] a pedra angular das reformas se baseia em alterar substancialmente as funções do juiz. O delegado belga o Congresso de Paris, o famoso professor de direito penal M. Prins, afirma que a jurisdição de menores deve possuir caráter familiar. Em diferentes graus, todos os delegados concordam que este princípio, cujo requisito para plena realização passa pela anulação da figura da defesa. Neste sentido, tornam-se claras as palavras do delegado italiano que, citando Garofalo, afirma [...] sempre em nosso país, a defesa não se limita – diz Garofalo – a oferecer desculpas para os piores atos delituosos, mas também a fazer sua apologia (grifo nosso).

No mais, o procedimento especial mais importante – ou mais usual – previsto na antiga legislação, qual seja, o de “verificação de situação do menor” não há menção à obrigatoriedade de participação de advogado, ou procurador, nem mesmo nas hipóteses em que o

procedimento ganhava formato de contraditório, como na hipótese do art. 95, I, quando houvesse “decreto de suspensão do poder familiar”, por exemplo.

Cavallieri (1978, p. 265), comentando a questão da presença do advogado nos procedimentos afetos à jurisdição de menores observa que três foram as posições defendidas pela doutrina da época: uma proibia, simplesmente sua interferência; outra concebia-a obrigatória em todos os feitos; a terceira aceitava a presença do advogado todas as vezes em que ele fosse constituído pelas partes.

Já naquela época, Cavallieri (1978) reconhecia certa “utilidade” – termo este utilizado pelo autor – do advogado no encaminhamento do procedimento e na formulação de pretensões. No entanto, aparentemente o advogado somente era bem-vindo se se portasse como uma figura colaborativa do Juízo de Menores.

Neste mesmo sentido, Martins (1988, p. 219), mais considerando uma defesa cooperativa do que combativa na jurisdição de menores, sustenta:

O Procurador poderá ser ainda, um agente processual de grande valia e auxílio do Juiz de Menores, no esclarecimento da verdade ou na correta e necessária averiguação dos fatos cuja investigação é de grande importância para a definição e declaração judicial do estado de Irregularidade do menor na aplicação das medidas adequadas.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, no interstício de quase dois anos entre a sua promulgação e a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se verificar que há certa resistência à figura da defesa como forma de garantir igualdade na relação processual, preferindo-se, como regra, a ideia de que as decisões judiciais deveriam representar uma “posição de consenso”.

Ao tratar da atuação dos advogados no novo contraditório trazido para a Constituição de 1988, Barreira e Brazil (1988, p. 83) trazem postulado do XII Congresso da Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores (Recife, novembro de 1978):

Recomenda-se que o Juiz, Curador e Procurador (Advogado) formem conjunto harmônico na defesa do melhor interesse do menor. As discordâncias doutrinárias e oriundas da discussão

dos fatos do processo não devem desenvolver-se na presença do menor. A decisão deverá, na medida do possível, representar um posição de consenso a fim de que ao menor não veja, na eventual discordância dos adultos, aprovação ao ato que o levou à presença da justiça.

Barreira e Brazil (1988, p. 21) ainda sustentam: “É por essa razão que o advogado quando intervém no feito deve fazê-lo para somar, pois simultaneamente com o Juiz da Infância e da Juventude e com o Curador da Infância e da Juventude formará verdadeiro colegiado.”

Defesa, portanto, para a doutrina que se formou em torno do Direito do Menor, somente aquela que se mostrasse colaborativa com o Juízo de Menores. A ideia de uma defesa combativa, participativa e, por si só, capaz de influenciar com argumentos próprios na decisão judicial, não se adequava à forma que se concebia este peculiar ramo do direito.

No entendimento de Bordalho (apud MACIEL, 2010, 559, grifo nosso):

o Código de 1979 era uma lei autoritária que não garantia plenamente os direitos das crianças e adolescente que encontravam-se sob sua égide. Não previa as garantias processuais formais, pois, apesar de fazer menção ao contraditório e ampla defesa em seu texto, não garantia a defesa técnica para estas pessoas em formação. A única menção que fazia a Lei n. 6.697/79 à figura do advogado se dava no art. 93, quando afirmava que os pais ou responsáveis pelo menor poderiam constituir um procurador, não havendo regra sobre a indicação de um profissional habilitado quando não existissem pais ou responsáveis. A defesa técnica era meramente figurativa naquele momento, um verdadeiro desrespeito aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Cury (1987, p. 184), ainda discutindo a legislação menorista, sustenta a necessidade de advogado em qualquer procedimento que dissesse respeito a menores em *situação irregular*,

Para que esta missão da Justiça de Menores possa ser efetivamente concretizada, entendemos fundamental a modificação da lei vigente, par que

pelos menos dois itens sejam rigorosamente observados: 1) a presença obrigatória de advogado em todo procedimento que se refira a menor, seja civil (menores carentes, vítimas de maus tratos, processo de guarda, delegação de pátrio poder, tutela, adoção), seja infracional; [...]

Para finalizar, extraindo medidas práticas de tudo o que acima dissemos, formulamos as seguintes propostas, visando aperfeiçoar a estrutura legal e judiciária de atendimento e resolução de questões relativas a menores:

a) que se promulgue lei tornando obrigatória a presença de advogado (constituído pela família do menor, ou nomeado pelo estado, nos termos do art. 153, § 32, da CF), em todos os processos relativos a menores em situação irregular, especialmente nos que se referem a desvio de conduta ou infração penal, nos quase o causídico terá a obrigação de defender o menor, exclusivamente.

Certo é que o posicionamento que Munir Cury (1987) sustentou já era decorrente da doutrina da proteção integral, que vinha se construindo na década de oitenta e tinha dentre as inovações a revisão dos atores processuais, acabou prevalecendo, sendo, ao menos formalmente, abandonado o modelo processual que não prestigiava a figura da defesa.

2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

O Direito da Criança e do Adolescente, fundado na doutrina da proteção integral e, portanto, incompatível com o modelo de jurisdição menorista, ao menos do ponto de vista formal, estabeleceu um novo modelo de prestação jurisdicional no título “Do Acesso à Justiça” (arts. 141-144), que teve como uma das tarefas revisar os limites dos atores do processo, principalmente o Juiz e o Advogado.

Falbo (2002) fala em antijuridicidade do Código de Menores de 1979 ante a doutrina da proteção integral, considerando a incompatibilidade de seus dispositivos, que não previam expressamente direitos em favor da população destinatária da legislação menorista.

Esclarecedora é a fala de Antônio Fernando do Amaral e Silva (apud FALBO, 2002, p. 55) em seção pública na Câmara dos Deputados

realizada durante os trabalhos de apreciação do Projeto de Lei n. 1.506/89 (que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente), justificando a elaboração de uma nova legislação, baseado no novo paradigma da proteção integral:

O atual Código, frente ao direito positivo interno, é agora um instituto antijurídico, por que casuístico, subjetivo e autoritário; inconstitucional, porque baseado numa doutrina, a Doutrina da Situação Irregular, que conflita com a nova doutrina introduzida no País, a partir da Constituição de 1988, a Doutrina da Proteção Integral. Não passa o Código de Menores [...] do Direito Penal do Menor, disfarçado em Sistema Tutelar. Suas medidas não passam de sanções disfarçadas [...]. O Código contraria também [...] as regras mínimas da Nações Unidas para a organização da Justiça de Menores, os textos da Convenção dos Direitos da Crianças e alguns postulados da própria Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Em outra ocasião, já sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, Silva (apud CURY, 2013, p. 381) descreve com alguma clareza o modelo de jurisdição que se instalou na década de 1990:

No novo modelo, a cada ator o seu papel. Nada de eufemismos ou mitos. O juiz surge como magistrado que previne e compõe litígios. O Ministério Público é o fiscal da lei, titular da ação de pretensão socioeducativa. O advogado aparece como causídico, defensor do jovem. As questões de pobreza e assistência social deixam os juizados e passam à responsabilidade das administrações locais, com os Conselhos Tutelares.

Marques (apud PEREIRA, 1998, p. 471) ressalta que mesmo as atividades administrativas do atual modelo de Justiça devem obedecer a regras claras, precisas e previamente conhecidas, com parâmetros definidos em lei, assegurado sempre o devido processo legal.

Trata-se de início de uma postura que finalmente admite o Direito da Criança e do Adolescente não mais como ramo autônomo do Direito, adequado a uma construção própria e muitas vezes conflituosa com os

princípios e postulados de um sistema jurídico que lhe é anterior e em que se insere (MARQUES apud PEREIRA, 1998).

Ramidoff (2008), advogando a autonomia do direito da criança e do adolescente, inclusive em âmbito processual, sustenta a existência de uma processualidade legal mínima no Estatuto da Criança e do Adolescente, figura legislativa de regência, que tem demandado interpretação que supere a instância meramente prescritiva das regras processuais e procedimentais legalmente descritas.

Necessário que se estabeleça uma processualidade própria e pertinente às regras processuais estabelecidas, antinomias e mesmo lacunosas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta ação acontecerá através da construção teórico-programática da interpretação não só por regras processuais, mas, principalmente, por princípios processuais, então orientados pelas garantias fundamentais, de cunho caracteristicamente humanitário (RAMIDOFF, 2008).

Em seguida, Ramidoff (2008, p. 281) ressalva:

O que se impõe, na verdade, não é o estabelecimento de regras processuais infanto-juvenis através do método analógico, isto é, da adoção fácil e confortável de regras processuais penais, mas, sim, de interpretação integrativa das regras processuais e procedimentais existentes no Estatuto; quando não existentes, as denominadas lacunas, utilize-se, através da sistematização de princípios processuais que se vinculam mais propriamente à teoria jurídico-protetiva – as garantias fundamentais que se encontram consignadas na Constituição da República de 1988, do que pura e singelamente ao âmbito processual penal.

Assim, não mais um "*melhor interesse*" subjetivamente estabelecido, o que poderia conduzir ao arbítrio, mas um *superior interesse* baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas à proteção integral (PEREIRA, 1998, p. 450).

Ao contrário do que previam os Códigos de Menores que o antecederam, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da complexidade do novo direito que se instalou, previu procedimentos mais *ricos*, com peculiaridades necessárias em vista da natureza das demandas que a Justiça da Infância aprecia. Não se trata mais do velho

Juízo de cunho moralista e corretivo, como ocorria na justiça menorista (VERONESE, 1999).

2.3.1 O Juiz no sistema de justiça da infância e juventude

De uma série de *rupturas* estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, pode-se destacar a forma como se passaram a conceber os atores do sistema de justiça da Justiça da Infância e Juventude. As figuras do Juiz, do Representante do Ministério Público e, da defesa, esta última praticamente inexistente no período anterior, foram objeto de profundas releituras (VERONESE, 2011).

Abandonou-se a figura do Juiz de Menores, tido como um *bonus pater familiae*, assim como os Tribunais de Menores, ironicamente compostos por apenas um Juiz cada um deles. Os poderes dos atores do sistema de justiça da infância e juventude foram consideravelmente reduzidos, ou melhor, limitados pela lei. Não havia mais a válvula de escape do prudente arbítrio da autoridade judiciária menorista.

De acordo com o econômico art.146 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local” (BRASIL, 1990, p. 1).

Na obra organizada por de Pereira (1999), intitulada O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar, por exemplo, Brancher (1999) sintetizou de forma magnífica as limitações que o Estatuto trouxe à atuação do magistrado. Que do Juiz da Infância, ao contrário do Juiz de Menores, não se espera um sujeito diferenciado, um iluminado dotado de discernimento diferenciado, mas sim um profissional que atue na conformidade da lei.

Não se deseja mais um sujeito *vocacionado*, bom pai de família, conforme preferência do modelo anterior. Do contrário, fez-se necessário impor limites objetivos na atuação do Estado-juiz. Essa limitação ocorreu através da vinculação do juiz da Infância e da Juventude aos princípios processuais (devido processo legal, contraditório, etc.).

2.3.2 A defesa no sistema de justiça da infância e juventude

Atualmente, pode-se dizer que há um compartilhamento no exercício da defesa imediata dos interesses de crianças e adolescentes tanto pela advocacia privada (advogados constituídos) como por Defensores Públicos.

Comentando os arts. 206 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Bortalho (apud MACIEL, 2010, p. 560):

Em seus arts. 206 e 207, o ECA garante para crianças e adolescentes a defesa técnica por advogado e, nas hipóteses de hipossuficiência, a atuação da Defensoria Pública.

A regra a ser aplicada é a da possibilidade de escolha pela criança e pelo adolescente do advogado que irá realizar a postulação em seu nome em juízo, não possuindo advoga ou não tendo condições financeiras de arcar com seus honorários profissionais, será indicada a Defensoria Pública ou órgão que exerça a assistência jurídica gratuita. Caso não haja Defensoria Pública em atuação no juízo da infância ou já esteja ele atuando nos autos, deverá ser indicado Defensor Público Tabelar ou nomeado advogado para atuar gratuitamente, seguindo o as regras constantes no Estatuto da OAB.

A figura do advogado, considerada indispensável à administração da justiça pela Constituição de 1988 (art. 133) tem tratamento especial no art. 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que

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.

Houve, portanto, considerável avanço em distinguir, de certo modo, a figura da defesa à criança ou adolescentes, seus pais ou responsável e, ainda, qualquer pessoa que tenha legítimo interesse, reforçando certa autonomia da titularidade dos direitos dos destinatários dos regramentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Comentando o art. 206, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Zafaroni (apud CURY, 2013, p. 974).

Este artigo ergue-se em pilar fundamental da

transformação do processo minorista na sua configuração como processo acusatório.

Ao longo de toda a história da Humanidade, a ideologia tutelar em qualquer âmbito resultou em sistema processual punitivo inquisitório. O 'tutelado' sempre o tem sido em razão de alguma 'inferioridade' (teológica, racial, cultural, biológica etc.).

[...]

O reconhecimento do menor como pessoa demanda a superação de semelhante concepção inquisitória, e, por conseguinte, o giro fundamental se traduz na prática com a presença do defensor ou advogado como garantia do devido processo legal (divisão de funções judiciais e processuais)

[...]

A amplitude da disposição é sadia, por tanto podem intervir advogado, os menores diretamente envolvidos e os pais e reesponsáveis como, também, todo aquele que tenha interesse na causa. A disposição do parágrafo único deve ser entendida com a mesma generosidade do artigo. A 'necessidade' referida neste parágrafo não é uma restrição à defesa, por, se assim fossem, resultaria contraditório o parágrafo único com a disposição geral que o precede: a maioria dos menores não tem capacidade de acesso à Justiça, nem de pagar um defensor. 'Necessidade', neste parágrafo, é a que todo menor tem quando pode ser afetado por uma decisão de um tribunal, ou todo pai ou responsável que possa se ver privado de algum direito.

Sem embargo; também pode ter 'necessidade' outra pessoa que possa ter interesse na causa, e dentro deste conceito cabe entender que estão incluídos todos aqueles que, ainda que por simples guarda, desenvolveram vínculos afetivos com o menor, mesmo que não exista nenhum vínculo jurídico que os relacione.

Na impede, assim, que à criança ou adolescente em relação ao qual haja procedimento tramitando na Justiça da Infância demandando

direito que lhe diga respeito, tenha advogado nomeado para representação se seus próprios interesses.

Especificamente em relação ao adolescente em conflito com a lei, há regra expressa determinando que jamais haverá processo sem defensor. É o comando do art. 207:

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.

Mencionado dispositivo trata-se de conformação da legislação nacional às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores - “Regras de Beijing”²⁵ - China, 1984 -, especificamente, às regras de números 7.1 e 15.1.

O n. 7.1 dessas regras determina às nações que “as garantias processuais básicas, como a presunção da inocência, o direito de ser notificado da acusação, o direito de permanecer em silêncio, o direito a advogado, o direito à presença do pai ou responsável, o direito a recurso à instância superior, devem ser asseguradas em todas as fases do processo”.

A Regra n. 15.1 prescreve que o “menor terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país”.

Em relação aos procedimentos de destituição do poder familiar, o art. 159 estabelece:

Se o requerido não tiver possibilidade de

²⁵ Resolução 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas que adota o texto das “Regras de Beijing”, recomendadas pelo sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

constituir advogado, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, poderá requerer, em cartório, que lhe seja nomeado dativo, ao qual incumbirá a apresentação de resposta, contando-se o prazo a partir da intimação do despacho de nomeação.

Assim, resta claro no sistema de justiça da infância e juventude não é possível o seguimento do feito sem que ao menos se confira a possibilidade ao requerido de oferecer resposta com o auxílio de profissional habilitado.

2.3.3 A discussão sobre a necessidade e o cabimento de curador especial para atuar exclusivamente no interesse da criança e do adolescente

A figura do curador especial, conforme disciplinam tanto o Código de Processo Civil como o Estatuto da Criança e do Adolescente, decorre basicamente do princípio constitucional do contraditório, posto que visa garantir a operacionalização da ampla defesa para o sujeito processual (BORDALHO apud MACIEL, 2011, p. 736).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tal figura em seu art. 142, parágrafo único, aparentemente inspirando-se na antiga redação do art. 9º, I, do Código de Processo Civil, devendo ser acionada quando os interesses destes colidissem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Portanto, duas são as hipóteses que determinam a nomeação de curador especial na disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente: a colisão de interesses entre criança e/ou adolescente e seus pais ou responsável e a ausência de representação ou assistência legal.

Na prática, no entanto, observa-se que raros são os casos em que há sequer discussão acerca da necessidade de nomeação de curador especial, quiçá a nomeação em si.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em Recurso Especial da lavra da Ministra Maria Isabel Gallotti, salientou que a presença do Ministério Público em procedimento de destituição do poder familiar, por si só, dispensava a nomeação de curador especial, visto que caberia ao referido órgão zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Veja-se:

Renovação do julgamento. Destituição de poder

familiar promovida pelo ministério público. Nomeação de curador especial da defensoria pública aos menores. Desnecessidade. Eca. Art. 201, incisos iii e viii. Recurso especial a que se nega provimento. 1. Deve ser renovado o julgamento se da publicação da pauta não foi intimada a recorrente, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII da Lei n. 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. 3. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1176512/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012) (BRASIL, 2012).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que a nomeação de curador especial nas ações que envolvam interesse de criança e adolescente não seria obrigatória. Veja-se:

Direito de família. Estatuto da criança e do adolescente responsabilidade civil do estado. Ação ajuizada pela defensoria pública como curador especial. Se dedica. Autuação de ofício. Ausência de nomeação pelo juiz. Impossibilidade. Aplicação da súmula 235 desta corte. Precedentes do STJ. Proteção integral a criança. A intervenção/nomeação do Curador Especial a crianças e adolescentes nas ações que envolvam interesse daqueles não é obrigatória. Ausência de previsão no ordenamento jurídico. A nomeação pelo Juiz de Curador Especial deve se pautar pelos limites impostos pela Lei e não ocorrer de forma generalizada como pretende a Defensoria Pública. De acordo com artigo 9º inciso I do CPC e artigo 142, parágrafo único do ECA é cabível a nomeação de curador especial quando evidente o conflito de interesses, o que não é o caso dos autos. A Justiça da Infância e Juventude também é

competente para designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses da criança ou adolescentes. Harmonizando a interpretação de tais dispositivos, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro uniformizou a jurisprudência do Estado, estabelecendo que a nomeação de curador especial e o acesso aos autos depende de prévia apreciação pelo Juiz da Infância e da Juventude da ocorrência, em cada caso. O Curador Especial é um representante processual, dotado de capacidade postulatória, nomeado para suprir a incapacidade processual da parte. Ilegitimidade da atuação da Defensoria Pública que extrapola sua missão legal e constitucional. Conhecimento e desprovemento do recurso. (TJ-RJ - APELACAO APL 00131237820108190206 RJ 0013123-78.2010.8.19.0206 (TJ-RJ).

Mas a questão da obrigatoriedade, ou não, de nomeação do curador especial no Direito da Criança e do Adolescente não é pacífica. Tanto é verdade há também um certo número de julgados considerando obrigatória a nomeação de curador especial em procedimentos afetos à jurisdição da infância e juventude. Veja-se:

Apelação cível - estatuto da criança e do adolescente - curatela especial administrativa - representação da defensoria pública para ajuizamento do procedimento - direito da criança e do adolescente - necessidade de assistência para matrícula em instituição profissionalizante - urgência da medida - princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor. - Nos termos do art. 142 , parágrafo único , do Estatuto da Criança e do Adolescente , "a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual." - Carecendo a adolescente de assistente legal, deve ser deferida a curatela administrativa a fim de que a menor

possa obter os documentos de identificação civil junto aos órgãos competentes para o fim de que possa participar de curso profissionalizante. - "A Defensoria Pública possui legitimidade para assistir ou representar menor em pedido de curatela administrativa, quando este é realizado amparado pelos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor." (TJMG, Apelação Cível 1.0024.12.113063-7/001, Relator (a): Des.(a) Versiani Penna, 5ª Câmara Cível, julgamento em 25/04/2013, publicação da sumula em 03/05/2013).

Agravo de instrumento. Procedimento de acolhimento institucional. Nomeação da defensoria pública como curador especial. Oposição do ministério público. Indeferimento. FUNÇÕES E ATUAÇÕES DIFERENCIADAS, EX VI LEGIS. 1. A Constituição Federal em seu artigo 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 142 parágrafo único e artigo 148 parágrafo único f, estabelecem proteção integral, preferencial e conjunta, às crianças e adolescentes, os quais em se tratando de sujeitos de direitos, merecem ser devidamente representados no que concerne ao acesso ao Judiciário. 2. O fato de o Ministério Público atuar nos autos, não impede que a Defensoria também o faça, sob pena de reduzir a proteção destinada às crianças e adolescentes, porque a lei exige para a eles assistência integral. 3. Atuações institucionais que não se confundem. O Parquet atua em busca da proteção dos interesses individuais, coletivos ou difusos, e exerce representação de direito material. A Curadoria Especial atua para suprir a ausência de representante legal, ainda que eventual, na esfera do direito processual. É o chamado curador ad litem (curador para o processo). 4. Instituída a noção de que as duas representações não são excludentes uma da outra. Basta ver que a presença de um dos pais no processo, neste ou em qualquer outro, não exclui a participação do Ministério Público. 5. Destarte, a necessidade de atuação da Curadoria Especial exsurge da ausência de representante legal da

criança ou adolescente no feito (art. 142, caput da Lei 8.069 /90) ou da existência de conflito de interesses entre os pais (ou de quem estiver ocupando este status nos autos) e a criança ou adolescente (art. 142, § único da Lei 8.069 /90). 6. Portanto, in casu, havendo situação de acolhimento, é intuitiva a existência de interesses conflitantes entre a criança e os pais, que não estão exercendo a plenitude da guarda e do Poder Familiar. E, mesmo que exerçam eles alguns direitos como o de visitação é... (TJ-RJ - Agravo DE instrumento AI 00238425320138190000 RJ 0023842-53.2013.8.19.0000 (TJ-RJ)).

A análise da questão jurídica suscitada também passava, inicialmente, pela compreensão do múnus de que tratava art. 9º do Código de Processo Civil vigente à época da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 9. O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;
II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

Atualmente, o Código de Processo Civil prevê expressamente a função da curadoria especial como pertencente à Defensoria Pública (art. 72, parágrafo único da Lei n. 13.105/15), o que afasta a discussão acerca do órgão legitimado para tal.

Até a publicação da Lei n. 13.105/15, no entanto, boa parte dos julgados ia no sentido de que tal função poderia ser desempenhada pelo representante do órgão ministerial, com respaldo na legislação especial, mais precisamente os arts. 155 e 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a seguir transcritos, *in verbis*:

Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse."

"Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...]

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos de competência da Justiça da Infância e Juventude [...].

Assim, alguns julgados vão no sentido de que o Ministério Público teria, legitimidade extraordinária para a defesa do interesse da criança ou adolescente, sendo representativo o posicionamento que chegou o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que em decisão em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, considerou necessária a designação de curador especial em favor da criança, em processo de destituição do poder familiar.

Merece detida consideração o excerto do acórdão a seguir transcrito:

Registre-se que a função institucional do Ministério Público fica plenamente resguardada, e, principalmente, fortalecida, por isso que sua missão constitucional é inatacável, devendo zelar de forma, intransigente, pela propositura e vigilância das medidas legais pertinentes, para cessar qualquer agressão física, moral, psicológica a menores e adolescentes. Entretanto, não podemos fechar os olhos, que o menor, e principalmente o albergado, é um sujeito de interesses e direitos que merecem ser representados, pois na grande maioria dos casos ocorre uma espécie de vácuo processual, onde o MP, visando protegê-los e adotando medidas cabíveis, não têm aqueles (menores) seus efetivos interesses ouvidos, porquanto a quem cabia representá-lo está completamente omisso, desaparecido, ou afastado da convivência parental ou familiar por determinação judicial, e este “responsável” é aquele justamente “atacado” pelo “Parquet”, que atua como parte e “custos legis”, por determinação legal, para exatamente expurgar da vida do menor quem lhe prejudicou. Tal circunstância, de cunho meramente processual, demonstra que o representante do MP, mesmo que atuante, não tem a flexibilidade de atender e

exercer função de curador do menor, o qual, repito, incansavelmente, precisa que seus direitos sejam representados. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - órgão especial - uniformização de jurisprudência 0038977-13.2010.8.19.0000 - Relatora - desembargadora Elizabeth Gregory - data do julgamento 04/04/2011) (grifo nosso).

Pode-se ponderar, neste sentido, que em algumas ocasiões há efetiva incompatibilidade entre as abordagens defensiva e de fiscal da lei, não sendo, ao menos aparentemente, possível atuar como parte, como autor da ação, sem se descuidar da função institucional estabelecida pela Constituição Federal como *custos legis*.

Neste sentido:

A vulnerabilidade da criança e do adolescente será suprida através da própria defesa estatal e específica dos direitos da criança e do adolescente e o ator processual que exerce tal defesa é a Defensoria Pública no exercício da Curadoria Especial nos termos dos Arts. 142, parágrafo único e 148, parágrafo único, f, Lei 8069/90. Cumpre ressaltar que ao contrário do que ocorre na atuação do Ministério Público como “custus legis” em processos relativos à criança/adolescente, a Curadoria Especial somente pode atuar em estrita observância do direito da criança e do adolescente, jamais contrariando-os em atenção a qualquer outro interesse ainda que público. (STF - Medida cautelar nº 2280 - Rel. Min. Cármen Lúcia - D. 01/03/09, conf. voto Des. Elizabeth Gregory - TJRJ - UJ nº 0038977-13.2010.8.19.0000).

Merece transcrição, ainda, a seguinte ponderação da Ilustre Ministra, no processo acima referenciado:

Nota-se, outrossim, que, embora haja previsão legal da atuação do Ministério Público nos processos e procedimentos em que não for parte e que versem sobre direitos de crianças e adolescentes (art. 202 do ECA), ainda assim, o legislador previu, de forma expressa e imperativa

(nos arts.142, parágrafo único e 148, parágrafo único, f do Estatuto), a atuação do Curador Especial, donde se conclui que não há qualquer colidência entre a atuação do Ministério Público e do curador especial.

Apesar do entendimento acima relatados, ainda é pouco comum que se discuta nos procedimentos de destituição do poder familiar acerca da necessidade de nomeação ou não de curador especial à criança ou adolescente destinatário da medida, ainda que haja colisão de direitos seus com os de seus genitores.

Outro ponto que não tem sido observado diz respeito ao modo como se deve exercer o múnus da curadoria, tendo **Dexsey (1995, p. 98)** trazido breve comentário em que concebe tal função atrelada ao exercício do direito de opinião e expressão do adolescente. Veja-se:

A instituição da curadoria ad litem (art. 9º, do CPC) para o incapaz carente de representação legal ou com interesses conflitantes com os seus representantes, passar por uma reformulação, na medida em que o Curador assim designado, ao invés de substituir a vontade do menor, põe-se ao seu lado, tornando-se verdadeiro porta-voz de seu interesse.

Não há como se falar em figura do curador especial hoje no direito da criança e do adolescente sem que se considere o direito à expressão e opinião, ou, mais especificamente, o direito à participação efetiva no processo judicial.

2.3.4 A participação da criança e do adolescente em procedimentos judiciais

Com a edição o Estatuto da Criança e do Adolescente, a participação da criança na família e na sociedade passa a ter conotação política bastante relevante, sintetizada no direito à liberdade, à manifestação de opinião e de expressão, dentre outras garantias fundamentais (DOXSEY, 1995).

No que tange à participação nos processos que digam respeito a direito de criança ou adolescente, dispositivo de grande relevância previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 100, parágrafo único, XII, que teve redação conferida pela Lei n. 12.010/09, prevê a

oitiva obrigatória e participação de crianças como princípio regente na aplicação das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o mencionado dispositivo legal,

a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1^a e 2^a do art. 28 desta Lei (BRASIL, 1990, p. 1).

Comparando-se com o direito processual civil vigente, que restringe até mesmo a presença de pessoas com menos de dezesseis anos como testemunhas em processos judiciais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, em tese, teria produzido uma verdadeira revolução nos conceitos de menoridade e maioridade, deixando ainda mais confusos os institutos da representação e assistência, e até mesmo da curatela ad litem que, como substituta da vontade do adolescente seria hoje dispensável, se observado do direito fundamental de opinião e de expressão (DOXSEY, 1995, p. 97).

Por outro lado, considerando a normativa internacional, tal previsão não se trata exatamente de novidade, visto que o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança – Decreto n^o 99.710/90 - já estabelecida o direito da criança de ser ouvida e influenciar nos procedimentos judiciais que digam respeito a direitos seus. Veja-se:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de

um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Comentando este dispositivo legal, Mello (2010, p. 47) ressalta que caberia aos adultos o esforço de garantir que o direito de crianças e adolescentes à expressão efetiva nos processos conforme critérios cognitivos e práticos:

É esta imposição de esforço ativo por parte de todo e qualquer adulto para que a criança ou adolescente tenha condições de exercer essa competência, intelectual e jurídica, que dita o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Se toda criança e adolescente tem garantido o direito à expressão de seus juízos e de serem estes devidamente considerados em todos os assuntos relacionados à sua vida, incumbe aos adultos encontrar os critérios cognitivos e práticos que lhes permitam posicionar-se.

Ainda complementa Melo (2011, p. 47):

Melhora-se a capacidade do exercício de competências aumentando ativos pessoais de crianças e adolescente para lidar com o sistema ou fazendo com que as escolhas dentro do sistema se tornem menos irreversíveis. Isso se faz pela diminuição de riscos com as escolhas, seja pelo controle do ambiente ao nível coletivo, aumentando a competência individual para decidir. É esta imposição de esforço ativo por parte de todo e qualquer adulto para que a criança ou adolescente tenha condições de exercer essa competência intelectual ou jurídica, que dita o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Se toda criança e adolescente tem garantido o direito a expressão de seus juízos e de serem estes devidamente considerados em todos os assuntos relacionados a sua vida, incumbe aos adultos encontrar critérios cognitivos e práticos que lhes permitam posicionar-se.

No mesmo sentido Sanches (2014, p. 487): “caberá aos adultos e às instituições desenvolverem as habilidades e competências para a promoção desse direito, com necessárias implicações procedimentais.”

Conforme já adiantado, em alguns pontos do Estatuto da Criança e do Adolescente na sua redação original, assim como na redação resultante da reforma ocorrida em 2009 por meio da Lei n. 12.010, observa-se certo movimento em favor da ouvida obrigatória de crianças e adolescentes, assim como, expressamente, no caso de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas.

É o exato caso do art. 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da colocação em família substituta: “Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.”

Doxey (1995, p. 98), ainda sobre o art. 28, § 1º, é bastante precisa ao

Os reflexos da nova lei sobre os dispositivos consagrados no código civil e de processo civil já se fazem sentir na condução das demandas de interesse do menor, mesmo que não se encontrem eles naquelas situações irregulares capituladas nos três incisos do art. 98 do Estatuto, dada a evidente assimilação pelo julgador das normas que enfatizam a consulta direta ao menor, segundo recomendações expressas na Lei 8.069/90, valendo citar o § 1º do seu art. 28 dispondo que em termos de guarda, tutela e adoção ‘sempre que possível a criança e o adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

Já o Procedimento de Destituição do Poder Familiar, traz no art. 161, § 3º, que pode ser considerada norma adaptada ao comando do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança no que diz respeito à oportunidade de ouvida em processo judicial: “Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (BRASIL, 1990, p. 1).

Claro, comparando-se ao Direito do Menor, não resta dúvida de que se está diante de um novo paradigma, de efetiva titularidade de direitos humanos e protagonismo por parte de crianças e adolescentes (MELLO, 2010).

Mas, pelo que se pode observar da produção judicial nacional, esta ideia de participação da criança, a exemplo do que ocorre com a questão da (não) efetivação do contraditório e ampla defesa dos familiares requeridos em procedimentos de destituição do poder familiar, ainda não parece ter sido absorvida pelo Poder Judiciário.

Não é outro o entendimento de Melo (2011, p. 4):

Como a rápida promulgação da lei nacional para a adequação da Convenção, o país praticamente olvidou-se da própria norma internacional, deixando de lado seus princípios regentes – dentre os quais o de participação. Isto é inusitado em um país que reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Dexsey (1995) considera que não se trata de mera faculdade, mas de necessidade, a participação de crianças e adolescentes nos processos judiciais que lhe digam respeito, considerando o a idade de doze anos, por exemplo – quando se torna o indivíduo adolescente na dicção do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – como a “idade piso” para consulta acerca da colocação em família substituta na modalidade adoção, por exemplo.

Ainda no que tange ao aspecto do acesso à justiça, garantido a toda criança ou adolescente (art. 141, parágrafo único), inclusive quando seus interesses estiverem em conflito com os de seus representantes legais (art. 142, parágrafo único), pode-se dizer que há evidente necessidade de se rediscutirem os limites da capacidade postulatória.

Dexsey (1995, p. 98), inclusive lança o seguinte questionamento: “podem os nosso jovens absoluta ou relativamente incapazes, acionarem a Justiça, contra os seus pais, tutores, curadores, inclusive?”

O que se observa na prática – e isto ficará mais claro no capítulo seguinte – é que sequer dá-se a oportunidade de se registrar a opinião da criança e do adolescente em juízo, sendo sua opinião cabalmente desconsiderada quando, no máximo, poderia o juiz, depois de ouvi-lo, afastá-la fundamentadamente.

No mais, algumas indagações surgem interessantes, como a expressada por Leite (2000, p. 36): “É interessante notar que a criança que comparece ao processo solicitando a sua oitiva não é parte interveniente no processo, pelo que não poderá recorrer dessa decisão em hipótese de ver indeferida essa sua pretensão”

Assim, ao menos aparentemente, a festejada condição de sujeito plenos de direito que se conferiu a crianças e adolescentes pelo Direito da Criança e do Adolescente – e isto é fato! – não se acomodou ainda ao sistema de justiça previsto na Lei n. 8.069/1990, afinal, do ponto de vista da capacidade postulatória e do direito à liberdade e a expressão em nível judicial, estes sujeitos ainda acabam como objeto de tutela talvez até mesmo por impossibilidade de se prever um sistema melhor.

Melo (2012, p. 46-47) vai um pouco mais longe na crítica ao modelo estabelecido pela legislação brasileira, cuja perspectiva classifica como adultocêntrica, ressaltando a necessidade do reconhecimento das competências jurídicas de crianças e adolescentes. Veja-se:

Para tanto, é fundamental ter presente o quanto a capacidade de ação por parte de crianças e adolescentes está limitado por toda uma estruturação histórica de concepção de autonomia e dos direitos subjetivos fundamentados em referenciais adultocêntricos, racionais, de que crianças e adolescentes não seria detentores por completo. A referência à própria concepção de Foucault é retrato disto. Por isso, não basta a afirmação de que se é sujeito de direito. Precisa-se compreender de modo distinto como reconhecer as competências jurídicas através da legitimação da participação social de crianças e adolescente, pelo reconhecimento de suas competências sociais.

Leite (2000, p. 23) também põe em discussão e o conceito de “sujeito de direitos” em face do conceito de “pleno domínio de direitos”: “Toda a reflexão sobre o papel da criança na atual sociedade se choca contra uma contradição inerente à noção mesma de ‘infância’. A criança não é um cidadão com pleno domínio de seus direitos, mas já é um sujeito de direito, uma ‘pequena pessoa’”.

Mais adiante, Leite (2000, p. 24) sustenta que a concessão do direito à palavra coloca a criança numa perspectiva ética mais larga, reconhecendo que o Homem existe antes dos dezoito anos:

Reconhecer à criança o direito de palavra, o direito de ser ouvida e de se manifestar em juízo corresponde, “colocando-se numa perspectiva ética mais larga, a reconhecer a humanidade do Homem (e) colocando-se no contexto da luta pelos direitos do Homem, a reconhece que estes existem antes dos 18 anos. [...]

A ideia da ‘oitiva’ de uma criança em juízo faria tremar um pai pater famílias, porque só ela fazia reinar a ordem em sua casa. Reconhecer à criança os meios de defender sua causa, permite-se-lhe conquistar o espaço de liberdade ao qual ela tem direito, apesar e em consideração de sua idade.

A despeito das críticas e deficiências do sistema de justiça aplicado no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a oitiva de crianças e adolescentes em seus respectivos processos, claro fica que em termos principiológicos, o Direito da Criança e do Adolescente – que antecede e vai além da própria Lei n. 8.069/90 – atribui ao sistema de justiça a tarefa de se adaptar para a ouvida de crianças e adolescentes em razão da condição de sujeitos de direito que são.

CAPÍTULO 3 ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NA COMARCA DA CAPITAL/TJSC

Mais de duas décadas após a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível constatar que este ramo do direito vem sendo reconhecido como disciplina jurídica autônoma, portadora de normas e princípios próprios, pautados pela Doutrina da Proteção Integral, reconhecedores de crianças e adolescentes como cidadãos, não mais qualificados por sua suposta incapacidade, mas pela condição peculiar de sujeitos de direitos. É o que se pôde observar nos dois primeiros capítulos.

Portanto, conforme já atestado no segundo capítulo, apenas ao final da década de 1980 – após longa caminhada que passou da inexistência jurídico-social, passando à existência como objeto de intervenção do mundo adulto – do ponto de vista da normativa internacional (Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente) e constitucional (art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil), a crianças e adolescentes conferiu-se a condição efetiva de cidadãos.

Somente a partir destes marcos legais históricos acima citados, aos quais se podem incluir o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, pode-se dizer que tal parcela da população deixou formalmente a condição de meros objetos de intervenção do mundo adulto, construção que se sustentava entre o final do século XIX e final do século XX²⁶ e, inclusive do ponto de vista normativo, com os Códigos de Menores que se proliferaram pela Europa e América.

No entanto, apesar da visível *evolução*, talvez *revolução*, do ponto de vista normativo – os dois primeiros capítulos, ao menos do ponto de vista doutrinário, demonstram isto –, de uma legislação que arriscam chamar *impecável*, de referência, e a despeito da vasta produção acadêmica qualificada acerca do tema dos Direitos da Criança e do Adolescente, preocupa a produção judicial nesta área do conhecimento do Direito, aparentemente ainda apoiada numa lógica menorista, assistencialista, de negação de direitos²⁷, de *retórica tutelar*

²⁶ A Convenção Internacional dos Direitos da Criança é de 1989, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-Lei n. 28/90.

²⁷ O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina recentemente negou a adolescente direito à presença de defensor em fase pré-processual de procedimento de apuração de ato infracional (SANTA CATARINA. Tribunal

(SARAIVA, 2013), pelos *experts* denominada doutrina da situação irregular²⁸.

A despeito do razoável arcabouço legal que sustenta o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, hoje com princípios regentes expressos na legislação (art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo), de procedimentos bem delineados em título próprio, de referências expressas ao contraditório e ampla defesa como orientação em toda espécie de processo que diga respeito à demanda da Justiça da Infância e Juventude, a produção judicial, via de regra negadora de direitos, ainda preocupa.

Sanches (2014, p. 477), observa que a ideia de adulto como paradigma dificultam o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos efetivos de direitos. Veja-se:

Nesta perspectiva é que podemos focalizar um conjunto de representações sociais sobre a infância que se construíram ao longo da história e que, ao traduzir-se em práticas sociais concretas, dificultam o reconhecimento pleno de crianças e adolescente como sujeitos de direito, partindo da ideia de adulto como paradigma, no que resulta em considerar seus direitos como secundários e restringidos, sobre os quais os adultos têm uma autoridade arbitrária.

Foi diante de tal conjuntura que a presente pesquisa se justificou, na medida em que se buscou verificar eventuais inconsistências, fragilidades ou mesmo a mera repetição do modelo tutelar, nos procedimentos de destituição do poder familiar que tramitam nas quatro únicas varas especializadas do Poder Judiciário do Estado de Santa

de Justiça. Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2012.037140-1, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 18.12.2012.)

²⁸ “A designação situação irregular adotada pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão da OEA – Organização dos Estados Americanos, referia-se às diversas qualificações casuísticas atribuídas à criança: abandonada, exposta, carente, delinquente, com desvio de conduta, infratora, etc.” (VERONESE, 1999, p. 36). Já no Estatuto Comentado: “Segundo interpretações e práticas específicas da antiga doutrina da Situação Irregular, a defesa e o superior interesse do “menor” justificavam tudo, inclusive o abandono de garantias secularmente consolidadas pelo Direito.” (VERONESE, 1999, p. 25).

Catarina²⁹ na apreciação de demandas que dizem respeito ao Direito da Criança e do Adolescente.

Infelizmente, considerando o aspecto tempo, logística e, em alguns casos, resistência em franquear processos para análise, o que, de todo, não é algo injustificável, visto que alguns magistrados apelaram pelo sigilo que envolve processos desta natureza, limitou-se a pesquisa a procedimentos de destituição do poder familiar que tramitaram na Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital.

Assim, após autorização da Juíza da Infância da Comarca da Capital para consulta ao Sistema de Automação do Judiciário de Primeiro Grau, foram detectadas 44 sentenças julgadas procedentes pleitos de destituição do poder familiar entre janeiro de 2013 e dezembro de 2014³⁰.

Com os processos em mãos, aplicou-se o questionário já apresentado junto ao projeto de dissertação, que consistia nas perguntas que seguem:

1. Utilizaram-se os princípios da proteção integral e melhor interesse como motivação genérica?
2. Pela Defesa
3. Pelo Ministério Público
4. Pela Autoridade Judiciária
5. Consideraram-se os princípios regentes das medidas de proteção nos procedimentos de destituição do poder familiar?
6. Nos pedidos formulados pela Defesa
7. Nos pedidos e pareceres do Ministério Público
8. Nas decisões da Autoridade Judiciária
9. Observou-se a repetição de fundamentação:
10. Nos pedidos formulados pela Defesa
11. Nos pedidos e pareceres do Ministério Público
12. Nas decisões da Autoridade Judiciária

²⁹ A escolha das três mencionadas comarcas para a realização da pesquisa dá-se pelo necessário corte territorial e se justifica objetivamente pela ocorrência de varas especializadas e exclusivas apenas nestas unidades do Estado de Santa Catarina, o que não ocorre nas demais. Portanto, são as únicas que seguem a orientação do art. 145 da Lei 8.069/90.

³⁰ Quanto ao interstício temporal, a opção por procedimentos com sentenças prolatadas nos anos de 2013 e 2014 deu-se pela consolidação dos processos digitais pelo Sistema de Automação do Poder Judiciário apenas a partir de 2013, o que permite o levantamento de dados mais preciso e confiável.

13. Atestou-se a necessidade de nomeação, no correr do processo, de novo defensor em razão de carência de defesa?

14. Houve encaminhamento de crianças a famílias substitutas antes do trânsito em julgado da sentença que destituiu seus pais do poder familiar

15. Houve procedimentos em que não houve produção de prova por parte dos familiares?

16. Qual é o percentual de sentenças atacadas por recurso da defesa?

17. Como foi a postura do defensor: colaborativo com o juízo ou combativo?

18. Que espécie de prova prevaleceu durante a instrução?

19. Eventuais pareceres ou relatórios apresentados pelos entes do sistema de proteção tem base em que elementos?

20.11.1 Declarações de pessoas próximas à família da criança (vizinhos, parentes, empregadores, etc.)?

21.11.2 Dá-se conta da tentativa de encaminhamento da família para programas sociais oficiais de auxílio?

22. Qual o tempo médio de duração dos procedimentos?

23. Garantiu-se a oitiva da criança, adolescente ou de seus familiares durante o procedimento?

24. A decisão foi de acordo com o interesse manifesto da criança ou adolescente?

Aplicado o questionário, as informações foram traduzidas em gráficos que servirão de apoio às constatações que seguiram à análise dos processos e serão expostos a seguir.

3.1 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE EM DETRIMENTO À TÉCNICA PROCESSUAL

A impressão que se tem do cotidiano forense é que uma boa parte dos atores do sistema de justiça, salvo raríssimas exceções, parece ainda não haver absorvido a doutrina da proteção integral e as demais garantias previstas no Estatuto.

No cotidiano da Justiça da Infância e Juventude, nem o vocabulário foi substituído. Continuam a ser designados *Juizados*, os adolescentes são chamados menores infratores, poder familiar continua sendo pátrio poder. Outros termos, muito utilizados, como a medida socioeducativa de internação, numa lógica invertida, infelizmente, são rebaixados à condição de eufemismos.

Exemplos do que se acaba de afirmar estão nos julgados que agora seguem do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que ainda é utilizada a terminologia “menor”, em vez de criança e adolescente conforme prevê a Lei nº 8.069/1990:

Direito da criança e do adolescente - destituição do poder familiar - ECA, arts. 22 e 24 e CC, art. 1.638 - uso de substâncias entorpecentes - não adesão a programas de apoio - princípio do melhor interesse do menor - perda da autoridade parental devida deve ser decretada a perda do poder familiar, nos termos dos arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.638 do Código Civil, quando comprovado o comportamento nocivo e irresponsável por parte dos genitores, consistente no uso de substâncias entorpecentes e voluntária instabilidade de moradia, aliado a não adesão a programas de apoio e completa falta de estrutura psicológica e familiar para garantir o desenvolvimento sadio do infante. (TJSC, Apelação n. 0032340-60.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26-09-2016).

Apelação cível. Destituição do poder familiar de ambos os genitores. Sentença de procedência. Prova que revela a situação de risco vivenciada pela menor. Pais biológicos que receberam apoio e acompanhamento da rede de proteção, persistindo, porém, a situação de negligência. Necessidade de se dar prevalência ao melhor interesse da infante. Decisão mantida. Pedido de visitação. Descabimento. Rompimento do vínculo jurídico. Necessidade, ademais, de formação de novos vínculos com a família substituta. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação n. 0900047-14.2015.8.24.0087, de Lauro Müller, rel. Des. Jorge Luís Costa Beber, j. 22-09-2016).

Agravo de instrumento. Ação de guarda e destituição do poder familiar. Arguição de descumprimento do art. 526 do CPC/73 em contrarrazões. Recorrente, todavia, que comunica ao juiz de primeiro grau a interposição do recurso.

Requisitos de admissibilidade satisfeitos. Genitora que faleceu no curso do processo. Avó que requer a reforma da decisão que deferiu a guarda do neto à família substituta. Série de denúncias ao conselho tutelar de maus tratos e negligência perpetrados pela avó. Criança acolhida institucionalmente por duas vezes. Alegação de que não maltratou a criança e de que a carência do orçamento não é motivo para perda ou suspensão do poder familiar. Abandono moral que não se confunde com a ausência de recursos financeiros. Diversos relatórios psicológicos carreados aos autos que demonstram a ausência de vínculo afetivo da família extensa para com o menor. Prova nos autos de que a agravante não ostenta condições de oferecer um ambiente sócio-familiar com o mínimo necessário à formação da criança. Agravados que reúnem desejo e condições favoráveis em obter a guarda do menor, que já se encontra bem inserido e adaptado às novas rotinas. Necessidade imperiosa de manutenção da decisão para preservar o melhor interesse da criança, nos termos da manifestação ministerial nesta instância. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0147007-31.2015.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 20-09-2016).

No mesmo norte, pode-se atestar ainda o uso da terminologia “pátrio poder”, ao invés de “poder familiar”, terminologia mais adequada conforme atualização que o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu por meio da Lei nº 12.010/09:

Apelação cível. Ação de perda do poder familiar. Demanda proposta pelo ministério público. Acolhimento liminar institucional de recém-nascido. Família com histórico de violência doméstica e uso de substâncias ilícitas. Mãe portadora do vírus hiv. Não submissão aos tratamentos médicos necessários. Quadro não propício a criação salutar de infante. Estudo social e avaliação psicológica desfavoráveis. Sentença de destituição mantida. Recurso desprovido. ‘A destituição do pátrio poder de um pai e/ou de uma

mãe sobre seu filho é medida drástica e somente deve ser determinada em situações em que se verifique a negligência dos genitores para com seus filhos, por não fornecerem condições mínimas necessárias para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral, educacional e material a eles' (TJSC, Ap. Cív. n. 2015.002163-9, de Criciúma, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 26-2-2015). (TJSC, Apelação n. 0000693-02.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Fernando Carioni, j. 16-08-2016).

Apelação cível. Ação de destituição do poder familiar. Denúncia de abuso sexual praticado pelo genitor não-guardião e por sua atual companheira em face dos dois filhos menores. Ausência de provas. Presença de fortes indícios da prática de alienação parental e da implantação de falsas memórias nos infantes. Sentença de improcedência. Manutenção impositiva. Recurso conhecido e desprovido. e a farta instrução probatória evidencia que as graves acusações de abuso sexual perpetradas pela genitora guardiã em desfavor do genitor não-guardião são fruto da imaginação da família materna, inclusive com a implantação de falsas memórias nas crianças, a manutenção do pátrio poder em favor do réu é medida impositiva e a única que atende aos interesses das crianças e ao princípio da proteção integral garantido na Constituição Federal (artigo 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente, (artigos 18 e 157). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.068352-2, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 29-10-2015).

Para além da questão da terminologia, continua ainda bastante presente a concepção tutelar, conforme se pode observar da já citada decisão da Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, descrita no primeiro capítulo, que teve como fundamento a já citada assertiva: *“deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, não podendo a técnica processual prevalecer sobre a finalidade da demanda”*. (Apelação Cível Nº 70008244089, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 26/05/2004).

Afinal, não é do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas do Código de Menores de 1979 o dispositivo que prevê a prevalência do melhor interesse sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, mais precisamente, seu art. 5º, conforme tratado no segundo capítulo.

Outro considerável número de decisões (em sentido lato: acórdãos e juízos singulares) e manifestações do Ministério Público, assim como as de advogados e Defensores Públicos, que, numa aparentemente equivocada interpretação do princípio da proteção integral, acabam mais por violar os direitos e garantias de crianças e adolescentes do que propriamente promovê-los.

Registre-se, ainda, como curiosidade, a *construção* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, no julgamento da Apelação Cível n. 2012.069636-5³¹, criou o princípio híbrido do melhor interesse da criança à proteção integral, ocasião em que se decidiu pela manutenção de duas crianças em uma casa lar, em detrimento de sua reintegração à família natural.

³¹ TJSC, AC n. 2012.069636-5, de Rio do Sul, rel.: Des. Trindade dos Santos, j. 29/11/2012: “apelação cível. Sentença de improcedência em ação de guarda ajuizada pela avó paterna. Alegado cerceamento de defesa, ante a não realização da audiência de instrução e julgamento. Inocorrência. Quaestio já bem elucidada. Documentos que comprovam a suspensão do poder familiar dos genitores em ação própria, em razão da apuração de fatos graves, consistentes no consumo e venda de entorpecentes, além da prática de outros crimes, negligência nos indispensáveis cuidados básicos e tratativas para a efetivação da entrega ilegal dos infantes, o que resultou em acolhimento institucional e posterior encaminhamento dos gêmeos para adoção. Estudo social efetivado por equipe multidisciplinar que, ademais, evidencia a ausência de condições da apelante para ter os netos sob sua responsabilidade. Precárias condições de organização e higiene da habitação comprovadas quando da visitação pelas conselheiras tutelares. Convivência com a reprovável conduta dos pais biológicos. Falta de zelo para com os descendentes. Fatores que comprometem o exercício do encargo. Inviabilidade de manutenção das crianças na família de origem, flagrantemente desestruturada, sob pena de restabelecimento da situação de risco a que antes estavam submetidas. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido. “Desfavoráveis à avó materna as conclusões retratadas no respectivo estudo social, evidenciada situação de risco aos menores postos em abrigo institucional, não coexistem condições jurídicas para se deferir à ela a guarda e responsabilidade dos netos, emprestando-se primazia, em assim sendo, ao princípio do melhor interesse da criança à proteção integral, nos moldes do comando constitucional contido no art. 227 da nossa Lei Maior e prestigiado pelo art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

No Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, a Ministra Nancy Andrighi, no autos n. 111.130/SC³² (Conflito de Competência), entendeu que “a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas”, o que, apesar do aparente acerto na decisão, abre novo precedente à flexibilização das normas objetivas (portanto garantidoras de segurança jurídica) do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao invés de se aplicar tais princípios (metaprincípios) – proteção integral e melhor interesse – como meramente informadores do sistema de justiça da infância, os julgados acima citados neles se amparam de

³² STJ. CC n. 111.130/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, segunda seção, julgado em 08/09/2010, DJE 01/02/2011: “processo civil. Regras processuais. Gerais e especiais. Direito da criança e do adolescente. Competência. Adoção e guarda. Princípios do melhor interesse da criança e do juízo imediato. 1. A determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas. 2. O princípio do juízo imediato estabelece que a competência para apreciar e julgar medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA é determinada pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária. 3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta. Isso porque a necessidade de assegurar ao infante a convivência familiar e comunitária, bem como de lhe ofertar a prestação jurisdicional de forma prioritária, conferem caráter imperativo à determinação da competência. 4. O princípio do juízo imediato, previsto no art. 147, I e II, do ECA, desde que firmemente atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepõe-se às regras gerais de competência do CPC. 5. A regra da *perpetuatio jurisdictionis*, estabelecida no art. 87 do CPC, cede lugar à solução que oferece tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao infante, permitindo, desse modo, a modificação da competência no curso do processo, sempre consideradas as peculiaridades da lide. 6. A aplicação do art. 87 do CPC, em contraposição ao art. 147, I e II, do ECA, somente é possível se – consideradas as especificidades de cada lide e sempre tendo como baliza o princípio do melhor interesse da criança – ocorrer mudança de domicílio da criança e de seus responsáveis depois de iniciada a ação e conseqüentemente configurada a relação processual. 7. Conflito negativo de competência conhecido para estabelecer como competente o Juízo suscitado.

maneira imediata, afastando a aplicação de normas objetivas previstas na legislação de regência.

Konzen (2012, p. 87), traz importante reflexão acerca do modo como aparentemente os julgadores tem se servido de uma alta carga de discricionariedade e subjetividade em suas decisões, repetindo uma cultura tutelar em nome de uma retórica agora mais sofisticada de proteção integral. Veja-se:

As mudanças previstas na concepção substituta custam, no entanto, em se ver de fato incorporadas à rotina dos atendimentos. As conquistas visíveis dizem mais com a mudança de linguagem do que propriamente com o aperfeiçoamento das práticas. Antes, tudo em nome do maior interesse, a essência da fundamentação. Agora, tudo em nome da proteção integral, um termo aparentemente mais sofisticado, mas que traz em si, em sentido literal, a mesma carga de discricionariedade e de subjetividade. Retórica por retórica, sobrevive a concepção do passado. Dentre as causas, a de que a cultura da Situação Irregular continua com lugar em nossos corações e mentes. Por isso, os pingos dos espirros da concepção menorista são possíveis de serem visualizados por todos os cantos. Se tivéssemos ao menos clareza acerca dos sintomas ou das sutilezas das manifestações desse paradigma sobrevivente!

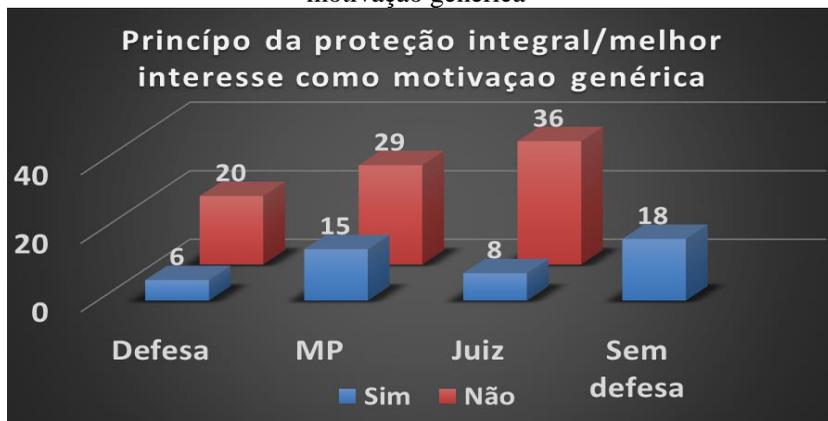
Ora, tais princípios, ao menos aparentemente, deveriam servir para nortear o sistema de justiça da infância e juventude como um todo, jamais se bastando para fundamentar de forma imediata as decisões judiciais. Assim, para a destituição do poder familiar, por exemplo, o ideal seria que o julgado se bastasse nos arts. 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como nos arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil, que trazem as hipóteses objetivas para a sua decretação.

No entanto, pelo gráfico (01) que segue, fica bastante claro que o uso da terminologia proteção integral e melhor interesse como motivação genérica se repetiu tanto nos argumentos da Defesa, do Ministério Público como da Autoridade Judiciária.

Dos 44 procedimentos avaliados, em 36 deles a proteção integral ou melhor interesse figurou como principal fundamento da decisão, não havendo grande preocupação com a fundamentação na norma objetiva,

muito menos com a garantia de presença de defesa técnica nos autos, visto que em dezoito deles sequer havia a presença de advogado ou defensor público.

Gráfico 01 – Princípio de proteção integral/melhor interesse como motivação genérica



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC.

Assim, tem-se constatado que os princípios da proteção integral e melhor interesse vêm sendo utilizados como uma espécie de “selo” ou “grife” para legitimar toda espécie de decisão, constatando-se o temor de Pereira (2000, p. 13) sentenciava que “a sobreposição dos interesses dos não adultos em relação a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz”.

É do modelo menorista a prevalência da discricionariedade principiológica em detrimento aos fundamentos técnicos objetivados na legislação, tendo uma grande parte dos julgados se limitado ao fundamento do melhor-superior-maior interesse dos destinatários das medidas, fundando-se, assim, na subjetividade do juiz (PEREIRA, 1998).

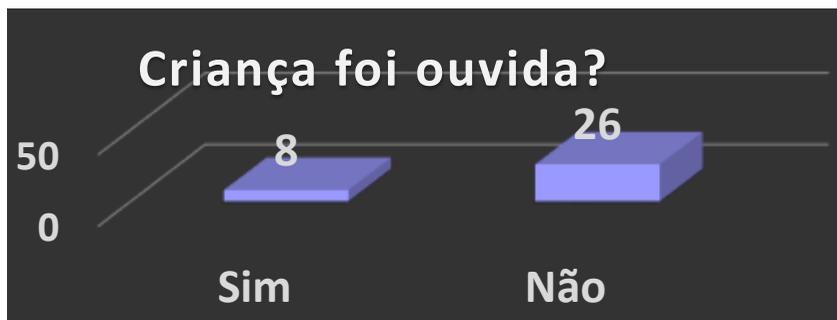
3.2 A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS PROCESSOS ANALISADOS

Situação que mais chamou a atenção nos procedimentos analisados, acompanhada do aspecto da falta de qualidade nas defesas,

foi a absoluta desconsideração do direito à oitiva, ou àquilo que se poderia chamar de interesse manifesto, em detrimento do genérico melhor interesse, a despeito de expressa previsão legal (art. 100, parágrafo único, XII do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dos 44 procedimentos analisados, em apenas dois deles a criança ou adolescente destinatário da medida de destituição do poder familiar foi ouvida, representando, novamente, aparente violação de regra objetiva prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Gráfico 02 – A Criança foi ouvida nos autos?



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC.

Acrescente-se que em 64% dos casos não houve relato nos autos do motivo pelo qual a criança ou adolescente deixou de ser ouvido pela autoridade judiciária no correr do procedimento. É o que se pode constatar do gráfico n. 03.

Gráfico 03 – Motivo para não ouvir a criança?



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC.

Conforme já antecipado no segundo capítulo da presente pesquisa, o art. 100, parágrafo único, XII, que teve redação conferida pela Lei n. 12.010/09, prevê a oitiva obrigatória e participação de crianças e adolescentes como princípio regente na aplicação das medidas previstas na legislação de regência.

Não custa reiterar o conteúdo do mencionado dispositivo legal,

a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei (BRASIL, 1990, p. 1).

Reitere-se também o conteúdo do o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança – Decreto n° 99.710/90 - já estabelecida o direito da criança de ser ouvida e influenciar nos procedimentos judiciais que digam respeito a direitos seus. Veja-se:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Finalmente em relação aos procedimentos de destituição do poder familiar, traz no art. 161, § 3º, que pode ser considerada norma adaptada ao comando do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança no que diz respeito à oportunidade de ouvida em processo judicial: “Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida” (BRASIL, 1990, p. 1).

Para Sanches (2014, p. 477), a não efetividade do direito de crianças e adolescentes serem ouvidos nos procedimentos judiciais trata-se de indicador de que apenas parcialmente a doutrina da proteção integral vem integrando a prática jurídica:

No âmbito do Sistema de Justiça, a não efetividade e as dificuldades na garantia do direito de crianças e adolescentes serem ouvidos nos processos que lhes afetem, como vítima, testemunha ou como terceiro interessado, constitui-se como indicador seguro das limitações decorrentes da necessária transposição das práticas jurídicas que operam apenas parcialmente o modelo implementado pela Doutrina da Proteção Integral, que vincula o seu exercício à sua afirmação como sujeito de direitos.

Melo (2010, p. 46), falando especificamente de crianças e adolescentes em situação de rua, critica a postura de não reconhecimento das suas competências subjetivas e jurídicas. Veja-se:

Não podemos efetivamente falar em direitos humanos de crianças e adolescentes, e particularmente daqueles em situação de rua, se não pensarmos no reconhecimento de suas competências, subjetivas e jurídicas, para que possam assumir posições jurídicas na sociedade.

Trata-se de condição inerente ao novo paradigma de titularidade de direitos humanos por crianças e adolescentes.

Assim – a não ser que ainda se considere está o sistema informalmente pautado por um modelo tutelar, desconhecedor das competências subjetivas e jurídicas de crianças e adolescentes – não parece justificar o seguimento de elevado número de procedimentos de destituição do poder familiar sem que se tenha permitido aos principais interessados em seu desfecho – crianças e adolescentes – a participação efetiva e o mínimo de influência na decisão judicial que trata de medida tão drástica em suas vidas.

3.3 A PRESENÇA DA DEFESA E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES ANALISADAS

Conforme já discutido no segundo capítulo, o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito demanda a superação de semelhante concepção inquisitória, e, por conseguinte, o giro fundamental se traduz na prática com a presença do defensor ou advogado como garantia do devido processo legal (divisão de funções judiciais e processuais).

Neste sentido, a figura do advogado, constitucionalmente considerada indispensável à administração da justiça, tem previsão expressa no art. 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçando, inclusive, certa autonomia da titularidade dos direitos dos destinatários dos regramentos previstos na legislação protetiva.

No art. 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, há expressa previsão de nomeação de curador especial quando há colisão entre os interesses da criança ou adolescente destinatário de uma intervenção judicial e os de seus responsáveis legais.

Na impede, assim, que à criança ou adolescente em relação ao qual haja procedimento tramitando na Justiça da Infância demandando direito que lhe diga respeito, tenha advogado nomeado para representação se seus próprios interesses, o que, notadamente, não se identificou em nenhum dos processos analisados.

Vejam-se os gráficos n. 04 e 05:

Gráfico 04 – Houve produção de prova por parte da defesa?



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC.

Gráfico 05 – Houve recurso da defesa?



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC.

Ainda se analisou se a atuação da defesa foi meramente colaborativa com o juízo, com defesas formais, com poucas laudas, sem qualquer análise das provas produzidas em juízo, ou combativa, tendo o a defesa solicitado a produção de provas e mesmo discutindo aquelas produzidas a pedido do Ministério Público.

Sob este prisma, verificou-se que apenas oito dos procedimentos a defesa realmente se mostrou combativa, capaz de influenciar de algum modo no resultado final do procedimento.

Gráfico 06 – Qual foi a postura do defensor, combativa (sim) ou cooperativa (não)?



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC

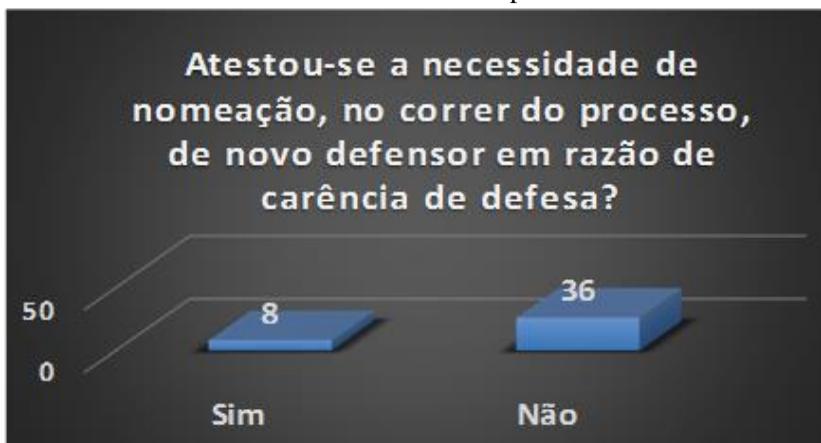
Sob este prisma, verificou-se que apenas oito dos procedimentos a defesa realmente se mostrou combativa, capaz de influenciar de algum modo no resultado final do procedimento.

3.4 A BAIXA INCIDÊNCIA DE CURADORIA ESPECIAL NOS PROCEDIMENTOS ANALISADOS

Conforme discutido no capítulo dois, a figura do curador especial, previsto no art. 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser quando os interesses de crianças e adolescentes colidam com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Da análise dos 44 procedimentos que tramitaram na Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC, observou que raros foram os casos em que houve sequer discussão acerca da necessidade de nomeação de curador especial, quiçá a nomeação em si. Em apenas oito processos houve a nomeação de novo defensor, naquelas ocasiões tratado como curador especial.

Gráfico 07 – Curador especial



Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital/TJSC

Pelo que se pode observar, na Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital nesta unidade jurisdicional segue-se o posicionamento de que, presente o Representante do Ministério Público, e, assim, resguardados, em tese, os interesses da criança e do adolescente, não se justificaria a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar, sendo o zelo pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, dispensada qualquer consideração acerca de eventual conflito de direitos seus com os de seus pais ou responsável.

Tal posicionamento muito se assemelha com aquele trazido no Recurso Especial nº 1176512/RJ, da lavra da Ministra Maria Isabel Gallotti, já analisado no segundo capítulo deste estudo.

Bordalho (apud MACIEL, 2011, p. 738), critica o descuido do legislador ao tratar da questão do curador especial, considerando, inclusive, a expressão inadequada. Veja-se:

A doutrina não deu a atenção devida a este artigo, havendo uma limitação em mencionar que há a possibilidade de nomeação de curador especial, mesmo que alguns dos responsáveis venha a ser encontrado posteriormente e que trata-se de uma garantia para crianças e adolescentes. Porém, não se cuidou de analisar a natureza de sua nomeação e sobre quem a mesma cairá, já que não se trata, como dito acima, de curadoria especial, na técnica

da expressão, motivo pelo qual não mais a utilizaremos.

Assim, na unidade jurisdicional analisada, nos procedimentos de destituição do poder familiar, medida de *ultima ratio*, em que os pais perdem o poder-dever que o Estado os delega em favor de seus filhos, muitas vezes preparatórios para a adoção, à regra é de que a criança e sua família não sejam chamadas à condição de protagonistas, e, num processo notadamente *kafniano*, acabam separados, sendo jamais ouvidos, sob a *justificativa* de uma suposta *proteção integral*, ou *melhor interesse*.

Em tais situações, quando muito, têm sido invocada a figura do *curador especial*, em que, oferecendo defesas formais, meramente legitimadoras da atuação do Representante do Ministério Público e da autoridade judiciária, advogados atuam como meros colaboradores, ou cooperadores, do sistema de justiça. Como num espelho do velho modelo menorista de justiça, a ampla defesa e o contraditório, nesses casos, não passam de mera formalidade, de mero *verniz*.

3.5 A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE AINDA COMO ESPAÇO TUTELAR

Conforme já antecipado, foi sob a vigência da *antiga legislação*, menorista, tutelar e assistencialista, que até o segundo semestre do ano de 1990, há pouco mais de 25 anos, formou-se boa parte da comunidade jurídica brasileira. O primeiro grupo de profissionais formados sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, colou grau a partir da segunda metade da década de noventa, mas ainda sobre forte influência do direito menoril.

Rosa (2007, p. 06), reconhece a falta de conhecimento suficiente de boa parte dos atores do sistema de justiça ainda hoje acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua crítica estende-se aos Tribunais de Justiça, ainda apegados à figura do juiz de menores clássico:

A mudança da Doutrina da Situação Irregular para a da Proteção Integral ainda é, na maioria dos Juizados deste imenso país, de fachada. As Leis não mudam os atores jurídicos, ainda mais quando a grande maioria deles foi formada sem sequer abrir o ECA. Os cursos de Direito dedicam – e

quando dedicam – uma disciplina, em regra optativa, para o estudo do Estatuto. Daí que os atores jurídicos não podem aplicar o que não conhecem. No âmbito dos Tribunais a situação é ainda mais grave. A grande maioria se formou, exerceu ou ouviu falar da postura paranóica do Juiz de Menores que, a partir de seu ‘bom senso’ escolhia o que era melhor para o adolescente, sem garantias processuais, sem advogado.

Neste sentido, Rosa (2007, p. 06), aprofundando mais a análise e a crítica à postura dos Tribunais, mais especificamente no que tange à questão infracional, objeto principal de sua obra Introdução Crítica ao Ato Infracional, sustenta que produção judicial do período seguinte ao Estatuto da Criança e do Adolescente, continua apegada a juízos *moralistas*. Veja-se:

E a estrutura se mantém. Basta um breve passar de olhos pela jurisprudência para se constatar que ainda existem referências ao ‘menor que possui o direito de uma medida socioeducativa’ ou ainda que ‘o menor precisa ser encaminhado para os valores sociais’. Com estes se mostra impossível discutir porque estão alienados em sua bondade, acreditando sinceramente que estão fazendo o bem. Pura canalhice, incompatível com o Estado Democrático de Direito, se mostrará (Cap. 6°).

Rosa (2007, p. 02) ainda menciona uma espécie de *bondade totalitária*³³ que norteia o trabalho dos atores do sistema de justiça da infância e juventude nos dias atuais. Conforme sustenta o autor, o resultado não é muito diferente daquele alcançado no âmbito da antiga justiça menorista, em que se deixa novamente de lado a autonomia do

³³ “A bondade que movimentava as ações na seara da infância e juventude é totalitária. Os adultos, especialistas em adolescentes, mesmo imaginariamente, acreditam saber que é bom para este, especificamente no tocante à normalização de seu desejo, mesmo que ao preço da autonomia do sujeito” (ROSA, 2007, p. 02)

sujeito adolescente para que se lhe apliquem aquilo que acreditam os adultos ser bom.³⁴

Rosa (2007, p. 5-6) rotula tais profissionais como *menoristas enrustidos*, reclamando que sua base ideológica não seria compatível com a Doutrina da proteção integral. É de se lastimar que tais profissionais, os alcunhados pelo mencionado autor de *menoristas enrustidos*, pelo citado autor, não correspondam propriamente a uma minoria dos atores do sistema de justiça. Na mesma linha, Passetti³⁵ insiste que ainda há decisões embasadas numa mentalidade retrógrada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a relevante função, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta. Contudo, a mera existência de leis que proclamem os direitos sociais, por si só, não consegue mudar as estruturas, antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados (VERONESE, 2013).

Passetti et al. (1995, p. 121), analisando a formação dos juízes que atuam nas Varas da Infância e Juventude acusa a falta de conhecimento do conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é interpretado sob a mesma lógica de outras legislações que se prestam a controle social, como o Código Penal. Veja-se:

Não se exige do juiz da Infância e da Juventude nenhum requisito além daqueles que todo o juiz necessita para o exercício da profissão. O ingresso na carreira se dá por concurso de provas e títulos (artigo 93, inciso I, da Constituição Federal) e a

³⁴ “O processo, assim, acaba se burocratizando em formas, modelos e ritos, muitas vezes tido como acessório do Direito Infracional – reiterando a visão do Código de Menores –, redundando em flagrantes equívocos” (ROSA, 2007, p. 142).

³⁵ “O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, é um conjunto de recomendações pedagógicas preventivas, sob a rubrica de punitivas medidas socioeducativas. Ele diz proteger a criança de violências e educar infratores sob regime das penas com a cumplicidade e espalhamento do Código Penal. Por isso não surpreende que juízes e promotores consagrem suas decisões embasadas numa mentalidade retrógrada que alimenta prisões para adultos e adolescente. A seu modo, como gerentes da justiça, acomodam, na maioria das vezes, o mesmo reduzido contingente populacional, pois o adolescente infrator é preferencial inquilino das penitenciárias, quando escapou da morte no conflito das quadrilhas ou com a polícia” (PASSETTI et al., 1995, p. 10).

promoção, por antiguidade e merecimento. Assim, um Juiz que hoje atua em uma Vara Cível, Criminal, da Família, da Fazenda Pública ou dos Registros Públicos, amanhã poderá estar julgando em uma Vara da Infância e da Juventude. Em virtude das exigências técnicas formais para o exercício do cargo, muitas vezes o magistrado que atua na área da infância e juventude desconhece que o ECA é mais do que um manual de aplicação da economia política da pena. Desconhece o caráter pedagógico do ECA e pautando-se pelas influências do Código Penal, Código Civil e antigo Código de Menores, ele não observa, com frequência, o fundamental, ou seja, encontrar soluções para que os direitos e garantias individuais das crianças e dos adolescentes possam vingar no sentido de formar o futuro cidadão.

A arquitetura das funções do promotor de justiça nos procedimentos afetos à justiça da infância e juventude também pouco auxilia na construção de uma nova postura do sistema de justiça da infância e juventude. Passetti et al. (1995, p. 121) questiona se, por exemplo, durante o procedimento de apuração de ato infracional agiria o Ministério Público como fiscal da lei estaria ele defendendo o *interesse individual indisponível do adolescente* ou *interesse social* representado pela exclusão do adolescente em conflito com a lei do convívio social.

Ainda que, felizmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua matriz constitucional, tenha estabelecido a necessidade de defensor em todo e qualquer processo que diga respeito a direito de crianças e adolescentes (PASSETTI et al., 1995), infelizmente ainda se insiste na desconsideração de um interesse manifesto.

Tal ausência de parâmetros de atuação, no entanto, não parece limitar-se às figuras da autoridade judiciária e do Ministério Público. O defensor, seja público, dativo ou constituído, na maior parte das vezes limita-se a função de cooperador da Justiça da Infância e Juventude, chancelando a vontade e atuação da autoridade judiciária e do Ministério Público. Não se coloca no processo na condição de porta-voz da criança e do adolescente, garantindo protagonismo processual e emancipação. Do contrário, torna-se porta-voz do juiz para com o destinatário da medida, como um *pelego*.

Mais adiante, na mesma obra, Brancher (1999, p. 143) sustenta com incomum lucidez:

O papel do Juiz da Infância e da Juventude diz respeito, principalmente, à atuação processual deste magistrado. Ficou demonstrado que o Juiz de Direito que trabalha na Vara da Infância e da Juventude não possui poderes ilimitados (comparando-se com a antiga figura do Juiz de Menores), devendo restringir sua atuação ao campo estritamente processual, ou seja, desapareceu a figura protetora e repressora do pai de família, ficando em seu lugar, simplesmente, o Juiz de Direito, funcionando como órgão do controle jurisdicional do Estado.

É de se notar, de forma a complementar o ensinamento acima, que o legislador, ao elaborar o Estatuto da Criança e do Adolescente confiou no bom preparo e nos bons propósitos de observá-lo – e de seguir seus princípios – por parte dos profissionais incumbidos de sua aplicação. Em razão disso, em diversos momentos reservou larga margem de liberdade/discricionariedade aos seus operadores na ideia de que, assim, permitiria a melhor calibragem das ações e providências, em cada caso concreto, segundo as particularidades de cada situação (HESPANHOL; SOARES, 2006, p. 103).

Sempre que, todavia, o bom preparo e os bons propósitos não se observam na prática, estes espaços de discricionariedade abrem margem a práticas antigarantistas, afrontadoras aos princípios da legalidade e do respeito ao devido processo legal (HESPANHOL; SOARES, 2006, p. 103).

Neste contexto, a formalização dos atos de um processo, com delineamento de um roteiro legal dando margens ao que pode e não pode ser feito por cada profissional em cada solenidade mostra-se uma importante estratégia garantidora da liberdade e dos demais direitos do cidadão cujo poder familiar esteja em discussão (HESPANHOL; SOARES, 2006, p. 103).

No âmbito do Sistema de Justiça, a não efetividade e as dificuldades na garantia inclusive do direito de crianças e adolescentes serem ouvidos nos processos que lhes afetem, como vítima, testemunha ou como terceiro interessado, constitui-se como indicador seguro das limitações decorrentes da necessária transposição das práticas jurídicas que operam apenas parcialmente o modelo implementado pela Doutrina

da Proteção Integral, que vincula o seu exercício à sua afirmação como sujeito de direitos (LEITE, 2000, p. 36).

Apesar do conteúdo da reforma do Estatuto de 2009, fica bastante evidente que nem doutrina, nem jurisprudência foram capazes de influenciar os atores do sistema de justiça a aplicar aquilo que é norma clara, expressa, tanto em âmbito internacional, como regional, permitindo, mais uma vez, que se reprise um direito tutelar, ainda que não mais seja classificado como menorista.

Também parece equivocado, mormente do que se pôde verificar dos processos analisados, que se poderia dar um novo conteúdo ao interesse superior, visto que o conceito é, sim, indeterminado e não deveria sequer constar do Estatuto da Criança e do Adolescente visto que a experiência histórica nos diz o quão perigoso é a utilização de conceitos desta natureza, com alta carga discricionária e subjetiva.

Assim, quando Sanches (2014, p. 478) e Melo (2011, p. 64) atestam que o interesse superior não se oporia ao direito à participação, na prática, a invocação desde princípio é concretamente utilizada para afastar tal direito, assim como o contraditório e a ampla defesa nos procedimentos afetos à jurisdição da infância e juventude.

Nos dizeres de Sanches (2014, p. 478):

Vimos o quanto o interesse superior da criança, como princípio fundamental do direito da criança e do adolescente, embora tenha caráter aparentemente indeterminado, assume nova leitura sob o marco da Doutrina da Proteção Integral, cujo conteúdo relaciona-se à plena satisfação de todos os direitos da criança, em uma função nitidamente garantista (Bruñol, 1999). Por conseguinte, o direito das crianças e adolescentes de serem ouvidos e que suas opiniões sejam consideradas pelo juiz resulta como condição para a construção da decisão que atende ao seu interesse superior, já que a satisfação integral de seus direitos não seja possível sem que lhes seja garantida a oportunidade para serem ouvidos.

Já Melo (2011, p. 64), diz:

O princípio do interesse superior da criança não se opõe, portanto, ao direito à participação, mas, pelo contrário, o reforça. Ele implica, por conseguinte,

uma avaliação das condições de negociação garantidas às crianças e adolescentes de promover suas escolhas bem fundadas a partir das condições que lhes são dadas. Mas, de outro lado, ele pressupõe uma revisão justamente dos fundamentos e referenciais culturais do modelo protetivo até então praticado, que se sobrepõe a participação, desconsidera o dever de fundamentação de qualquer decisão violadora de direitos e não procura contextualizar as circunstâncias individuais, familiares, comunitárias e sociais da população atendida.

Assim, ao mesmo tempo em que, doutrinariamente, os dois autores citados digam que o interesse superior não se oporia a participação, na prática, a invocação desde princípio é concretamente utilizada para afastar tal direito, assim como o contraditório e a ampla defesa.

É possível que a própria deficiência técnica processual do Estatuto da Criança e do Adolescente tenha conduzido à prestação jurisdicional de aparência tutelar, visto que o próprio texto do Estatuto da Criança e do Adolescente contém elementos que permitem a subjetivação e discricionariedade na atuação do juiz.

Não é outro o posicionamento de Bordalho (apud MACIEL, 2011, p. 742-743):

Apesar de ser uma excelente lei, extremamente avançada, como veremos ao realizarmos o estudo de suas regras e realizadora de seus objetivos, o ECA peca em sua parte processual pela falta de técnica legislativa e pela má distribuição da ordem dos assuntos.

A falta de técnica do legislador estatutário fez com que determinadas pessoas passassem a crer que as regras processuais pudessem ser ignoradas e desrespeitadas, tudo sob a alegação de que estava sendo atendido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo, ainda, com que grande parte dos operadores do Direito passasse a encarar o Estatuto da Criança e do Adolescente como uma lei de segunda categoria. De idêntico modo, passaram a ser adotados alguns entendimentos, como veremos

em momento oportuno, totalmente descompassados de nosso sistema legal.

Konzen (2012, p. 88), sustenta que hoje tudo se decide em nome da proteção integral, pouco importando a consideração das regras processuais, garantias e avanços no que se refere à questão da participação, ou protagonismo, de crianças e adolescentes em procedimentos que lhes digam respeito:

As mudanças previstas na concepção substituta custam, no entanto, em se ver de fato incorporadas à rotina dos atendimentos. As conquistas visíveis dizem mais com a mudança de linguagem do que propriamente com o aperfeiçoamento das práticas. Antes, tudo em nome do maior interesse, a essência da fundamentação. Agora, tudo em nome da proteção integral, um termo aparentemente mais sofisticado, mas que traz em si, em sentido literal, a mesma carga de discricionariedade e de subjetividade. Retórica por retórica, sobrevive a concepção do passado. Dentre as causas, a de que a cultura da Situação Irregular continua com lugar em nossos corações e mentes. Por isso, os pingos dos espirros da concepção menorista são possíveis de serem visualizados por todos os cantos. Se tivéssemos ao menos clareza acerca dos sintomas ou das sutilezas das manifestações desse paradigma sobrevivente!”

Assim, considerando o que se pôde comparar entre a legislação relativa ao Direito Menoril e a Legislação relativa ao Direito da Criança e do Adolescente, inegável que resta certa abertura ainda à discricionariedade da autoridade judiciária quando da aplicação da lei, o que permite o afastamento casuístico de certas garantias, em nome do melhor interesse ou da proteção integral, permitindo que se repita a antiga concepção tutelar.

Nos procedimentos analisados, resta bastante clara a semelhança que existe ainda entre a produção judicial à época do modelo menorista com a que se realiza na atualidade, principalmente no que se refere à questão da centralização na figura do juiz em detrimento à defesa, desconsideração do contraditório efetivo e, principalmente, na pouca participação e influência que crianças e adolescentes têm em seus processos.

4 CONCLUSÃO

Em conclusão ao presente estudo, pode-se observar que, em certa medida, apesar da mudança clara e declarada entre a doutrina da situação irregular, orientadora do Direito do Menor, e a doutrina da proteção integral, fundante do Direito da Criança e do Adolescente e de que o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente dispõe, nota-se ainda pouca diferença entre modelo de prestação jurisdicional atual e aquele relativo à justiça de menores.

Ainda se identificam entendimentos como aquele que entende que “deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, não podendo a técnica processual prevalecer sobre a finalidade da demanda” (trecho do julgado na Apelação Cível nº 70008244089, da lavra da Relator: Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), que muito mais se adequam à uma jurisdição tida como menorista do que uma justiça da infância e juventude.

Por outro lado, pôde-se verificar algumas decisões prolatadas por juízes de menores, sob a vigência tanto do Decreto nº 17.943-A/27 como da Lei nº 6.697/79, em que se buscava manter a integridade das regras processuais, como a participação Defensor Público em procedimentos que tramitavam nos juizados de menores.

No entanto, a simples leitura da Lei nº 8.069/1990 demonstra que não há qualquer elemento objetivo que estabeleça que outros direitos ou garantias, inclusive de ordem processual, poderiam ser afastados em nome de supostos interesses da criança ou adolescente.

Deste modo, apesar de haver certo consenso tanto na produção acadêmica como na jurisprudência acerca da ruptura estabelecida pela superação da doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral, causa estranheza, num primeiro momento, que ainda haja tanta semelhança na produção judicial, ainda com tendência à centralização na autoridade judiciária em detrimento aos demais atores do sistema de justiça, à descon sideração da efetiva condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, com possibilidade, em tese, de influenciar nas decisões, com sentenças pautadas por fundamentação geral no melhor interesse e não em regramentos objetivos constantes da lei e, finalmente, com absoluta descon sideração do princípio do contraditório, em suma, tendendo, ainda, à sumarização e à simplicidade procedimental.

Curioso é o fato do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme já mencionado, pautado pela doutrina da proteção integral, cumpre, aparentemente, a função de garantir a crianças e adolescentes a condição de sujeitos efetivos de seus direitos, inclusive com

possibilidade de participação em processos judiciais que lhes digam respeito, tratados no art. 100, parágrafo único, XII, como direito à oitiva e participação.

Pode-se dizer que crianças e adolescentes, e não menores, passaram da condição de semicidadãos à de cidadãos, sujeitos de direitos, como já apontado, e não meros objetos de intervenção do mundo adulto, no entanto, por mais contraditório que pareça, é no âmbito judicial que tal condição custa a se efetivar.

Um dos indícios desta manutenção do *status quo* tutelar no sistema de justiça é a insistência na ideia de “melhor-maior-superior interesse da criança” como fundamento confortável de boa parte das decisões judiciais, sem que os atores do sistema se dêem conta que se trata de princípio originariamente orientador do direito do menor e um dos fundamentos do alto grau de discricionariedade que era conferido à autoridade judiciária quando da vigência daquele modelo.

Sobre uma certa insistência na simplicidade procedimental, característica formalmente assumida pela legislação menoril e aparentemente rechaçada pela legislação relativa ao Direito da Criança e do Adolescente, que conta com procedimentos relativamente sofisticados e adaptados às especiais demandas relativas a violações de direitos de crianças e adolescentes, quando suscitados, os atores do sistema de justiça tendem à sumarização e simplificação em detrimento aos regramentos processuais fundamentais, como a obrigatória nomeação de curador especial, por exemplo.

A justificativa para a sumarização e a opção por formas simplistas normalmente é a mesma utilizada na vigência do Direito do Menor: a necessária celeridade para a solução dos feitos, ou, noutras palavras o aprimoramento de uma justiça célere e eficiente.

Assim como ocorria sob a égide da doutrina da situação irregular, nos procedimentos afetos à jurisdição contemporânea da infância e juventude pouco reconhecem o princípio do contraditório, cujo exercício, na sistemática atual, não mais é facultativo, mas obrigatório, tendo como fundamento para tal opção, o princípio do melhor interesse, resultando algo muito parecido com a jurisdição menorista, com a diminuição da figura da defesa.

Desde modo, constitui-se um sistema de justiça muito semelhante à jurisdição de equidade, própria do direito menorista, fundada num suposto prudente arbítrio do juiz da infância, que decide conforme a conveniência do caso concreto.

Consta-se que ainda continua usual o modelo de juízo que sobrepõe o melhor interesse a qualquer outro bem ou interesse

juridicamente tutelado, com o espaço de ação judicial e estatal próximo do absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do adolescente à mercê da vontade do juiz.

Quanto à obrigatoriedade da presença da defesa nos procedimentos da jurisdição da infância e juventude, previsto expressamente no art. 206, além de garantia a todos, crianças, adolescentes e adultos, em nível constitucional, ainda há certa resistência à figura da defesa como forma de garantir igualdade na relação processual, preferindo-se, como regra, a ideia de que as decisões judiciais deveriam representar uma “*posição de consenso*”, preferindo-se a defesa cooperativa, ou figurativa, e não combativa.

Inegável, no entanto, que hajam instrumentos em nosso ordenamento que permitam um modelo de prestação jurisdicional mais adequado, pautado, principalmente, por uma revisão das figuras da autoridade judiciária e da defesa, seja aquela promovida por advogado ou por Defensor Público.

Há quem considere, igualmente, existir no atual modelo uma ideia de superior interesse baseado em normas objetivas, e não mais o velho melhor interesse do direito menorista, baseado agora em normas objetivas, finalísticas, voltadas à proteção integral, tendo a prática, no entanto, demonstrado que a aplicação do instituto não passa de uma repetição do modelo anterior em nível jurisdicional, servindo, palavras de Tânia da Silva Pereira, como um cheque em branco para a autoridade judiciária.

Existe uma insistência cultural em tratar o juiz da infância e juventude como indivíduo diferenciado ou mesmo “iluminado”, como o antigo juiz de menores *bonus pater familiae*, permitindo-se que avance sobre direitos e garantias individuais em face de um suposto melhor interesse.

Verdade é que em parte o Estatuto da Criança e do Adolescente, pautado pela doutrina da proteção integral, tenta afastar a ideia de vocação atrelada ao juiz de menores, mas em certos momentos permite uma certa abertura à discricionariedade, principalmente após a reforma promovida pela Lei n° 12.010/09, que reinseriu formalmente a ideia de superior interesse ao sistema de justiça.

Também, e pelos mesmos motivos acima expostos, não se verifica a efetiva garantia à participação de crianças e adolescentes nos processos em que seus direitos estejam em discussão, a despeito de expressa previsão legal.

Claro, comparando-se ao Direito do Menor, não resta dúvida de que se está diante de um paradigma mais qualificado de prestação

jurisdicional, de efetiva titularidade de direitos humanos e protagonismo por parte de crianças e adolescentes, mas, é inegável que em nível judicial crianças e adolescentes ainda não figurem como cidadãos plenos de direito.

A tarefa dada ao legislador pela doutrina da proteção integral, de aperfeiçoar o sistema de justiça à condição de crianças e adolescente como sujeitos de direito, garantido a sua ouvida em procedimentos judiciais em um nível capaz de influenciá-las, ainda não se efetivou.

Com isso, a notícia que a presente pesquisa talvez possa dar aos atores do sistema de justiça é de que conceder a alguém a condição de sujeito de direitos deve ultrapassar o nível da promessa, propósito ou ensaio normativo inconsequente, mas necessita significar efetividade, proteção jurídica de fato e de direito, assim como a tarefa árdua e diária de permitir que crianças e adolescentes figurem como efetivos protagonistas de seus processos judiciais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário enciclopédico de direito**. v. 2. São Paulo: Brasiliense, 1943.

AZEVEDO, Maurício Maia. **O Código de Mello Mattos e seus Reflexos na Legislação Posterior**. 2007. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989.

BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Associação Brasileira de Juízes de Menores. **Notas interpretativas ao Código de menores: Lei nº 6.697/79**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Decreto n. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 22 jan. 2015.

_____. Casa Civil. **Decreto n. 17.943-A**, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Revogado pela lei n. 6.697, de 1979 que, por sua vez foi revogada pela lei n. 8.069 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Casa Civil. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 3.547**. Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, Julgado em 09.05.1994. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MÉNDEZ, Emilio García, BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina: Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990-1998**. Blumenau: Edifurb, 2001.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do Melhor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. (Org.). **Falhas do Novo Código de Menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Programa da cadeira do direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Vinte Teses sobre a Assistência ao Menor e ao Incapacitado**. Rio de Janeiro: s/e, 1975.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. 2. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1978.

_____. (Org.). **Falhas no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CURY, Munir (Coord.). **Temas de Direito do Menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KONZEN, Afonso Armando. Fundamentos do Sistema de Proteção da Criança e do Adolescente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto

Alegre, n. 71, p. 85-11, jan./abr. 2012.

LEITE, Eduardo Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 48, n. 278, p. 22-38, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizeti, **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LUZ, Valdemar da. **Manual do menor**: doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARTINS, Anísio Garcia. **O Direito do Menor**. São Paulo: EUD, 1988.

MELO, Eduardo Rezende. **Criança e adolescentes em situação de rua**: direitos humanos e justiça. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994

MUCCILLO, Jorge. **O Menor e o Direito**. Porto Alegre: s/e, 1961.

MENDEZ, Emilio García. **Infância e Cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec, 1998.

NETO, Alvarenga. **Código de Menores**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos & Cia., 1929.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao código de menores**. São Paulo, Saraiva, 1985.

OLIVEIRA, Gastão Barreto de. **Aspectos Sociológicos do Direito do Menor**. João Pessoa: Textoarte, 2002.

PASSETTI, Edson et al. **Violentados**: crianças, adolescentes, justiça. São Paulo: Imaginário, 1995.

PASSETTI, Edson. O Menor no Brasil Republicano. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História da Criança no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/47617997/DEL-PRIORE-Mary-Historia-da-Crianca-no-Brasil>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: teoria jurídica da proteção integral. Curitiba: Vicentina, 2008.

_____. **Lições de direito da criança e do adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

REZENDE, Mário de Moura. Título: **Introdução ao Estudo do Direito do Menor**. Editor: João Pessoa: A União, 1985.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70008244089**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 26.05.2004. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 20 de outubro de 2015.

RIZZINI, Irene. Crianças e Menores: do Pátrio Poder ao Pátrio Dever. Um Histórico da Legislação para a Infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). **A Arte de Governar Crianças**: a História das Políticas 187 Sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias. Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa. **Da Vara de Menores à Vara da Infância e Juventude**: Desafios para a Proteção Integral dos Direitos de Crianças e Adolescentes no Sistema de Justiça Brasileiro. Tese

(Doutorado em Direito)- UFSC, Florianópolis, 2014.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas socioeducativas.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da Infância e da Juventude.**

Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28306-28317-1-PB.html>>. Acesso em: 21 set. 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Moacyr Motta; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A Tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTR, 1998

SIQUEIRA, Liborne. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. (Coord). **Sociologia do Direito do Menor.** Rio De Janeiro: Âmbito Cultural, 1979.

TITO, Ronan, AGUIAR, Nelson. A justificativa do Estatuto. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: Estudos “Sócio-Jurídicos”.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente.** v. 5. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. (Coleção Resumos Jurídicos).

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. **Os Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

_____. A proteção integral da Criança e do Adolescente no Direito

Brasileiro. **Rev. TST**, Brasília, v. 79, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/38644/003_veronese.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2015.

VIANNA, Adriana R. B. **Direitos, moralidades e desigualdades: considerações a partir de processos de guarda de crianças**. In: LIMA, Roberto Kant (Org.). **Antropologia e Direitos Humanos**. Niterói: EdUFF, 2005.