

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO**

CARLOS FRANKLIN DE LIMA BORGES

**MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO APLICADAS À CRIANÇA
AUTORA DE ATO INFRACIONAL**

**RUBIATABA – GO
2007**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO**

CARLOS FRANKLIN DE LIMA BORGES

**MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO APLICADAS À CRIANÇA
AUTORA DE ATO INFRAACIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Eduardo Barbosa Lima.

**RUBIATABA – GO
2007**

Ficha catalográfica - bibliotecária

CARLOS FRANKLIN DE LIMA BORGES

MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO APLICADAS À CRIANÇA
AUTORA DE ATO INFRACIONAL

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHARELADO EM
DIREITO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE
RUBIATABA – FACER

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Professor Eduardo Barbosa Lima – Especialista em Direito Penal

2º Examinador: _____

Samuel Balduino Pires da Silva - Especialista em Direito Civil e Processo Civil

3º Examinador: _____

Gerusa Silva de Oliveira – Mestre em Sociologia

Rubiataba, ____ de janeiro de 2008.

A todos que me ajudaram, muito obrigado.

A Deus e a meus pais;

Aos meus professores e orientadores;

Aos meus colegas de curso;

*Um agradecimento pela vida partilhada e
pelos conhecimentos divulgados.*

*“O certo é simples.
O simples é certo.
Se não é simples, não é certo.
Se não é certo, não é simples.”*

Poema Zen-Budista.

RESUMO

O presente trabalho trata-se de um tema que tem grande importância no cenário social, qual seja, “Medidas Específicas de Proteção aplicadas à Criança autora de ato infracional”, pois se refere à criança. O legislador, ao passar dos anos, foi adquirindo experiência e malícia para tratar de assuntos polêmicos quanto este. O Direito da Criança desenvolveu, ao longo dos anos, leis específicas, a fim de coibir infrações cometidas por Crianças e Adolescentes, bem como, penalizar àqueles (Família, Sociedade e Estado) que deixam de cumprir com seus deveres concernentes à criança. Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, estabeleceu-se o a nomenclatura Direito da Criança e do Adolescente, conseqüente à extinção do Direito do Menor. O Estatuto em comento criou sete medidas específicas a fim de minimizar o problema das crianças desamparadas pela família, sociedade e pelo Estado. Essas medidas estão elencadas no artigo 101, inciso I à VII, do Estatuto em comento e são: a)- encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; b)- orientação, apóio e acompanhamento temporário; c)- matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; d)- inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; e)- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospital ou ambulatorial; f)- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; e, g)- abrigo em entidade e colocação em família substituta. Tais medidas são aplicadas pelo Órgão do Conselho Tutelar, através de seus Conselheiros Tutelares, observando-se o que dispõe a legislação referente ao tema. As medidas específicas de proteção à criança autora de ato infracional, são aplicadas isoladamente ou cumulativamente, com o fim principal de coibir ato infracional praticado por criança, bem como, auxiliar os pais ou responsável, a sociedade e o Estado, neste fim comum que é também zelar e fiscalizar os direitos da criança.

Palavras-chave: estatuto, medidas específicas de proteção, criança; ato infracional.

ABSTRACT

The present work is about a subject that has great importance in the social scene, which, "Is measured Specific of Protection applied the Child author of infraccional act", therefore is mentioned to the child. The legislator, when passing of the years, was acquiring experience and malice to deal with controversial subjects how much this. The Right of the Child developed to long of the years the specific laws, in order to restrain infractions committed for Children and Adolescents, as well as, penalized to those (Family, Society and State) that they leave to fulfill with its concernment's duties to the child. With the creation of the Statute of the Child and Adolescent (ECA), Law 8,069, of 13 of July of 1990, established the Right a nomenclature of the Child and the Adolescent, consequence to the extinguishing of the Right of the Minor. The Statute in I comment created seven specific measures in order to minimize the problem of the children abandoned for the family, society and for the State. These measures are elenca in article 101, interpolated proposition I to the VII, of the Statute in I comment and are:) - the guiding to the parents or responsible, by means of responsibility term; b) - orientation, apology and temporary accompaniment; c) - obligator school registration and frequency in official establishment of basic education; d) - inclusion in communitarian or official program of aid to the family, the child and the adolescent; e) - solicitation of medical, psychological or psychiatric treatment, in regimen hospital or ambulatory; f) - inclusion in official or communitarian program of aid, orientation and treatment the alcoholics and drug addicts; e, g) - shelter in entity and rank in substitute family. Such measures are applied by the Agency of the Advice to tutor, through its Council members to tutor, observing itself what it makes use the referring legislation to the subject. The specific measures of protection to the child author of infraccional act, are applied separately or cumulatively, with the main end to restrain infraccional act practiced by child, as well as, to assist the parents or responsible, the society and the State, in this common end that is also to watch over and to fiscalize the rights of the child.

Keywords: statute, specific measures of protection, child; infraccional act.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. HISTÓRICO DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO	12
1.1. Considerações Iniciais.....	12
1.2. Histórico e Fundamentos da Legislação Voltada à Criança.....	12
1.2.1. Do Direito Grego.....	13
1.2.2. Direito Romano.....	13
1.2.3. Do Direito do Menor.....	16
2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E SUAS RESPONSABILIDADES	22
2.1. O Direito Penal Juvenil.....	22
2.2. Doutrina da Proteção Integral e Doutrina da Situação Irregular.....	24
2.2.1. Características da Doutrina Situação Irregular.....	24
2.2.2. Características da Doutrina da Proteção Integral.....	25
2.3. Inimputabilidade, não impunidade.....	26
2.4. Inimputabilidade Penal e Responsabilidade Penal Juvenil.....	27
3. CONSELHO TUTELAR – ÓRGÃO FISCALIZADOR E APLICADOR DO DIREITO DA CRIANÇA	32
3.1. Do Conselho Tutelar.....	32
3.2. Do Conselheiro Tutelar.....	33
3.3. A Ética do Conselheiro Tutelar.....	34
3.4. Características e Atribuições do Órgão do Conselho Tutelar.....	35
3.5. Da Competência.....	36
4. MEDIDAS PROTETIVAS ESPECÍFICAS	38
4.1. Premissa Fundamental.....	38
4.2. Denominação de Medidas de Proteção e Medidas Específicas de Proteção.....	38
4.3. As Medidas Protetivas Específicas, Espécies e Fundamento.....	42
4.4. Aplicação das Medidas Protetivas.....	46
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

LISTA DE SIGLAS

Art. : Artigo

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir tem o objetivo de oferecer elementos e informações sobre as medidas específicas de proteção aplicadas ao autor de ato infracional, no intuito de que se possa fazer um aprofundado estudo quanto à questão da prática de ato infracional cometido por criança, e, sobretudo, quanto às medidas específicas de proteção aplicáveis em cada caso. O objetivo primordial deste trabalho foi mostrar a evolução do Direito da Criança e do Adolescente durante toda história, expondo também a enorme importância da família, da sociedade e do Estado, através de órgãos como Assistência Social e Conselho Tutelar.

Para a execução do trabalho, optou-se por uma pesquisa bibliográfica sobre a temática, pois trata-se de um levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, e ainda, a qual se deu por meio de livros técnicos, artigos de jornais e periódicos veiculados na mídia eletrônica, sítios da internet, dentre outros.

Assim, no primeiro capítulo, que trata das medidas específicas de proteção, destaca-se o caráter histórico do direito da criança, localizando no tempo as diversas passagens, a que se tem caráter relevante, partindo do Direito Grego e Romano até os dias atuais.

No capítulo seguinte, o estudo se faz a respeito da responsabilidade da Criança e do Adolescente quando em conflito com lei. Dá-se destaque ao Direito Penal Juvenil e à doutrina de proteção integral e da situação irregular à criança.

No terceiro capítulo, abrange-se a questão do Conselho Tutelar como órgão fiscalizador e aplicador do Direito da Criança. Por fim, o quarto capítulo, que enfatiza a denominação de medidas de proteção e medidas específicas de proteção, espécies e fundamento, e a forma como são aplicadas.

Objetiva-se, assim, com o presente trabalho monográfico, chamar a atenção para uma temática que gera preocupação num contexto social mais amplo, no que se refere aos casos de crianças autoras de ato infracional. Tem-se presente o grande desafio de um trabalho de proteção a estas crianças, porém, desafio maior seria um trabalho de prevenção, cujo caráter está presente nas medidas aqui abordadas.

1. HISTÓRICO DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO

1.1. Considerações Iniciais

Este é um tema que sugere bastante sensibilidade, já que envolve crianças com idade até 12 anos, e que se encontram iniciadas em atividade delituosa, tão combatida, mas que atualmente só engrandece as tristes estatísticas do crime.

Este primeiro capítulo localiza ao longo do tempo, o Direito da Infância e da Juventude correlacionado às medidas de proteção, desde o surgimento das primeiras codificações até as causas mais prováveis e frequentes que ensejam a criminalidade juvenil.

É inevitável o enfoque principiológico em uma discussão centrada nos atos infracionais praticados por crianças com idade não superior a 12 anos.

1.2. Histórico e Fundamentos da Legislação Voltada à Criança

Desde a antiguidade, tanto no Ocidente quanto no Oriente, os filhos não eram considerados sujeitos de direito durante a menoridade, mas sim servos da autoridade paterna. Diferente do Direito Romano, que privilegiava o *status* social para eles representado pela família rigorosamente patriarcal, sendo um conjunto de pessoas sob o poder absoluto e vitalício, sem qualquer interferência externa, de um chefe, o *pater familias* (pai de família), para as civilizações Gregas e as Germânicas era desconhecido o poder doméstico patriarcal, isto é, os pais exerciam apenas uma obrigação de oferecer proteção e decisão aos filhos.

O regime era comum a diversos povos oriundos das civilizações primitivas. O poder do patriarcado romano tinha o mesmo absolutismo no tempo em que regia o Direito Germânico. O pai tinha o terrível *jus vitae necis* sobre a pessoa de seu filho não emancipado, podendo aliená-lo, e nos termos mais recuados, até matá-lo. O filho não emancipado era

considerado uma coisa da qual o pai poderia usar ou dispor quando quisesse. O filho pertencia ao *pater* (pai); palavra esta que, segundo alguns romancistas, significava muito mais poder que paternidade propriamente dita, no sentido atual de relação parental e afetuosa da família.

1.2.1. O Direito Grego

Na Grécia Antiga, era costume popular que seres humanos fossem sacrificados se nascessem com alguma deformidade física. Seguindo-se ainda pela época antiga, se faz necessário lembrar a perseguição de Herodes, rei da Judéia, que mandou executar todas as crianças menores de dois anos, na tentativa de atingir Jesus Cristo, já então conhecido como o rei dos Judeus. Vê-se, assim, que a época do paganismo foi concentrada nas agressões e desrespeitos aos direitos fundamentais dos menores.

O marco, pois, do início das garantias às crianças e adolescentes, foi o cristianismo que conferiu direitos àqueles, com vistas ao seu bem-estar físico e material, o que hoje raramente ocorre, sobretudo nos países subdesenvolvidos, onde sobejam as condições de abandono e pobreza.

Em Esparta, a criança era objeto de direito estatal para ser aproveitada como futura formação dos contingentes guerreiros, com a seleção precoce dos fisicamente mais aptos, e os infantes portadores de deficiência, com malformações congênitas ou doentes, eram jogados nos despenhadeiros (TAVARES, 2007).

1.2.2. Direito Romano

No Direito Romano, os juristas distinguiam os menores púberes dos impúberes, e era feita uma avaliação física para saber se o jovem era púbere. Por outro lado, o povo judeu amenizava a severidade das penas quando os autores eram menores impúberes ou órfãos.

O Direito Romano exerceu grande influência sobre o direito de todo o ocidente, de onde se mantém a noção de que a família organiza-se sob um forte poder do pai. Contudo, o caminhar dos séculos atenuou esse poder absoluto, que poderia matar, maltratar, vender ou abandonar os filhos. Ainda assim, o Direito Romano adiantou-se ao estabelecer de forma específica uma legislação penal adotada aos menores, distinguindo os seres humanos entre púberes e impúberes. Para esses últimos era reservado o discernimento do juiz, porém tendo este a obrigação de aplicar penas bem mais moderadas. Já os menores de até 7 anos eram considerados infantes absolutamente inimputáveis. Dentre as sanções atribuídas, destacam-se a obrigação de reparar o dano causado e o açoite, sendo, contudo, proibida a pena de morte, como se extrai da Lei das XII Tábuas:

“TÁBUA SEGUNDA

Dos julgamentos e dos furtos

5. Se ainda não atingiu a puberdade. que seja fustigado com varas, a critério do pretor, e que indenize o dano.

TÁBUA SÉTIMA

Dos delitos

5. Se o autor do dano é impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro”.

O Século XVIII trouxe à civilização importantes conquistas. No campo tecnológico, iniciou-se a Revolução Industrial, e, com ela, o capitalismo tomou um notável impulso. No campo político, as chamadas Grandes Revoluções firmaram os ideais do Iluminismo como diretrizes de construção dos Estados Modernos.

No Direito Penal, os princípios iluministas deram origem à Escola Clássica, que entendia o ser humano dotado de arbítrio, devendo ser punido em razão dos atos que escolheu praticar, sempre na proporção do mal que causara à sociedade. Para que houvesse punição, era preciso que o delito fosse anteriormente previsto em lei, e que ao acusado fossem dadas as garantias do devido processo legal, dessa forma legalidade e proporcionalidade constituíram-se como os princípios fundamentais dessa nova era.

Nesta época, crianças e adolescentes eram submetidas às mesmas regras dos adultos para o julgamento e punição dos delitos praticados. Havia apenas uma idade mínima para submeter-se a castigo (em geral por volta dos nove anos), mas o cumprimento das penas dava-

se nos mesmos locais dos adultos.

A idade média, através dos glosadores, suportou uma legislação que determinava a impossibilidade de serem os adultos punidos pelos crimes por eles praticados na infância.

O Direito Canônico ateu-se fielmente às diretrizes cronológicas de responsabilidade preestabelecidas pelo Direito Romano.

No ano de 1791, com a instituição do Código Francês, viu-se um lento avanço na repressão da delinqüência juvenil com aspecto recuperativo, com o aparecimento das primeiras medidas de reeducação e o sistema de atenuação de penas.

O Século XIX assistiu ao triunfar do positivismo científico, que, no Direito Penal, trouxe a visão do criminoso como um doente social, fruto da sua constituição biológica (fatores endógenos) e do meio em que vivia (fatores exógenos) e o crime era apenas o efeito (reflexo) dessas causas. Logo, a punição do indivíduo não seria regulada pela gravidade do ato – já que não o controlava – mas sim necessidade de tratamento do paciente.

Chegou-se ao extremo de se admitir que um indivíduo fosse submetido à pena sem que houvesse cometido qualquer delito, desde que apresentasse características típicas do criminoso.

O que refreou o impulso positivista foi a importância política do princípio da legalidade penal e seus corolários, anterioridade (não há crime sem lei anterior que o defina) e tipicidade (não pena sem prévia cominação legal), princípios estes consagrados na Carta Magna de 1988, artigo 5º, XXXIX e artigo 1º, do Código Penal Brasileiro. O consenso é de que não pode existir democracia sem que o direito de punir o Estado tenha tais limitações.

A derrota do nazismo enterrou de vez a possibilidade de submeter alguém à privação de liberdade sem que haja praticado um delito, pelo menos em tese, pois se sabe que, hoje, têm-se centenas de pessoas presas injustamente, devido à desorganização do sistema judiciário. Mas esta é uma outra questão que não será abordada neste trabalho.

Um caminho possível para privar tais pessoas de sua liberdade e, conseqüentemente, limpar a vista da classe mais favorecida seria criar tipos penais que proibissem tais condutas.

Mas aí surgia um outro porém: para privar alguém da liberdade, em razão da prática de delito, era necessário garantir o devido processo legal, inclusive com ampla defesa através de profissional habilitado, etc. Isso demandava tempo e trabalho, além de confrontar com os

ideais do Estado.

Não sendo possível alterar a essência das medidas a serem aplicadas, especialmente a privação de liberdade, a solução encontrada foi mudar os nomes dados a essas medidas. Desta forma, o julgamento virou tutela e a prisão virou internamento.

Para operacionalizar esses conceitos, foram utilizados dois institutos jurídicos: a menoridade e a situação irregular. Assim, o menor em situação irregular passaria à égide do Juiz de Menores, que, em seu favor, aplicar-lhe-ia as medidas para sua proteção. O menor, assim, não era julgado, mas tutelado; não era condenado, mas sim protegido; não era preso, mas internado. Não se admitia que o menor fosse estigmatizado pela sentença penal, assim, exorcizava-se o juízo criminal pelos aspectos retributivo e punitivo, mas encaminhavam-se crianças e adolescentes a celas iguais às da pior carceragem, sem garantir um dos mais elementares dos direitos: o devido processo legal. Garantias como tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, presunção de inocência eram ignoradas, tudo em nome do superior interesse do menor.

Até o Ministério Público, quando pleiteava internação como resposta pela prática de atos delinquentes rotulados de desvios de conduta, estava defendendo os interesses do menor.

A despeito de atentarem contra a inteligência, tais conceitos perduraram em nosso direito por quase um século, e ainda constituem a base da legislação menorista em inúmeros países. Em virtude disso, as Nações Unidas promoveram amplas discussões sobre o tema e editaram, através de convenções subscritas e ratificadas por quase todos os seus integrantes, uma extensa normativa internacional (SARAIVA, 2006).

1.2.3. Do Direito do Menor

O antigo Direito do Menor, elaborado a partir das experiências dos chamados Tribunais dos Menores, tinha por função exercer o controle sobre determinados grupos de crianças e adolescentes, excluídos do processo de produção capitalista. A utilização do Direito Penal propriamente dito contra esses grupos apresentava alguns empecilhos. Em primeiro

lugar, as crianças e adolescentes excluídos, embora incomodassem a sociedade, nem sempre praticavam atos que podiam ser considerados criminosos, como, por exemplo, perambular pelas ruas.

O fato é que a responsabilidade do menor foi alvo de constantes discussões, desde os tempos mais remotos, e em todos os sistemas jurídicos. Admitia-se que o homem não poderia ser responsabilizado pessoalmente pela prática de um ato tido como contrário ao julgamento da sociedade, sem que para isso tivesse alcançado certa etapa de seu desenvolvimento mental e social. Contudo, os menores passaram por exaustivos sacrifícios, inclusive tendo que pagar com a própria vida até garantir uma codificação de seus direitos mais fundamentais.

O Código de Hamurabi previa a pena de morte para o homem que roubasse o filho menor de outro, demonstrando uma proteção distinta, com base na idade.

O Direito Medieval, de acordo com TAVARES (2007), atenuou a severidade de tratamento das pessoas de idade mais tenra, em razão da influência do estoicismo e posteriormente do cristianismo. Já o Direito canônico manteve o princípio reverencial, que tinha profunda repercussão na educação doméstica cristã.

No Período Feudal, relata Minahim (apud SARAIVA, 2006), que em países como a Itália e a Inglaterra, utilizava-se o método da prova da maçã de Lubeca, que consistia em oferecer uma maçã e uma moeda à criança, sendo que se a criança escolhesse a moeda, considerava-se comprovada a malícia, sendo inclusive aplicada pena de morte a crianças de 10 e 11 anos.

Assim, só com o desenrolar da história, a evolução da cidadania e o aperfeiçoamento das legislações, foram sendo criadas regras específicas para a proteção da infância e da adolescência.

Mendez (apud SARAIVA, 2006) enumera que, do ponto de vista do Direito, em termos de responsabilidade penal, é possível dividir a história do Direito da Criança em três etapas: a) de caráter penal indiferenciado; b) de caráter tutelar e c) de caráter penal juvenil.

A primeira etapa, marcada pelo caráter indiferenciado, vai do século XIX até a primeira década do século XX, e se caracterizou por considerar as crianças e os adolescentes da mesma forma que os adultos, na medida em que eram recolhidos no mesmo espaço.

Já o segundo momento, originado nos Estados Unidos, teve início a partir do século

XX, fase em que a norma passa a ter um caráter tutelar. A terceira etapa, a partir de 1959, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada por conceitos como separação, participação e responsabilidade.

De grande importância para a garantia dos direitos dos menores foi a Declaração de Genebra, em 1924, por se tratar da primeira manifestação internacional nesse sentido, seguida da não menos importante Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1959, que estabelece onze princípios considerando a criança e o adolescente na sua imaturidade física e mental, evidenciando a necessidade de proteção legal. Contudo, foi em 1979, declarado o Ano Internacional da Criança, que a Organização das Nações Unidas organizou uma comissão e proclamou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, no ano de 1989, obrigando aos países signatários a sua adequação das normas pátrias às internacionais.

Outro acordo moral em prol dos direitos da criança foram as Regras Mínimas de Beijing, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1985.

Consagrava-se, pois, uma das mais modernas legislações menoristas do mundo, qual fosse, a Lei nº 8.069 de 17 de julho de 1990, ou simplesmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Situando o estudo do Direito da Criança no conjunto dos Direitos Fundamentais, a trajetória deste Direito na normativa internacional e analisando a questão da responsabilidade penal dos menores, seguidamente em debate latino-americano em torno da responsabilidade juvenil, Mendez (2000) enumera que, do ponto de vista do Direito, é possível dividir a história do Direito Juvenil em três etapas evolutivas distintas:

- a) de caráter penal indiferenciado;
- b) de caráter tutelar;
- c) de caráter penal juvenil.

Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o Direito da Infância e Juventude na América Latina faz-se insuperável, que a primeira etapa, do caráter indiferenciado, é a marca do tratamento dado pelo direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX.

Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de liberdade por um menos pouco

menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade, na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço.

As Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até 1830, estabeleciam o fim da infância aos sete anos, enquanto os Códigos Penais do Império, de 1830, e o Primeiro Código Penal Republicano, de 1890, adotavam o sempre perverso critério biopsicológico, aquele entre sete quatorze anos e este entre nove e quatorze anos.

O segundo momento, do caráter tutelar da norma, tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no início do século XX. Num período de tempo de vinte anos, iniciando em 1919 com a Legislação da Argentina, todos os países da América Latina adotaram o novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. As novas idéias foram introduzidas a partir do chamado Movimento dos Reformadores.

Analisando-se criticamente, evidencia-se que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, constitui num compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da Justiça de Menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico.

A cultura dominante de seqüestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e de menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejo de seus emuladores latino-americanos.

Neste último caso, ainda hoje a colocação de menores de idade na prisão de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitas regiões.

A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizado por conceitos como separação, participação e responsabilidade, conforme Mendez (2000):

“O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art. 12 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la

livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social, mas ao contrário, além disso, e progressivamente, numa responsabilidade de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os artigos 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança” (p. 8).

Esta terceira etapa, no Brasil, que foi pioneiro na América Latina, estabeleceu uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, foi inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90.

O pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa, desde os primeiros dias de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual foi um dos principais construtores, sentenciava que a nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporada na normativa nacional brasileira e afirmada no art. 227 da Constituição Federal de 1988, cuja regulamentação desembocou no Estatuto em comento, promoveu uma completa metamorfose no Direito da Criança no País, introduzindo um novo paradigma, elevando o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos (GOMES, 1991).

Esta condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes no ordenamento jurídico nacional resulta de uma longa e penosa caminhada de lutas e conquistas, a justificar o emprego da expressão (BOBBIO, 1992):

“Toda a história do progresso humano foi uma série de transições através das quais costumes e instituições, umas após outras, foram deixando de ser consideradas necessárias à existência social e passaram para a categoria de injustiças universalmente condenadas” (p. 177).

Até crianças e adolescentes conquistarem o status de titulares de direitos e obrigações, próprios da condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, que ostentam o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos, houve necessidade do enfrentamento de uma série de preconceitos. Tais preconceitos até hoje se encontram introjetados no inconsciente coletivo, configuram-se em obstáculos a serem superados para a efetiva incorporação da Doutrina da Proteção Integral dos Direitos de Crianças e Adolescentes.

Este avanço, no plano da efetividade dos direitos humanos de crianças e adolescentes, expresso no Brasil no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, não resulta de uma dádiva do legislador nem é produto de uma elucubração transitória. Resulta do irreversível processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade.

Minahim (1992) produziu, no início dos anos 90, um trabalho de pesquisa em face da situação do adolescente em conflito com a lei e a imputabilidade penal. No amplo trabalho efetuado, analisa este tema desde tempos remotos para posicionar-se contrariamente a idéia de redução de idade penal para parâmetro inferior a 18 anos. Neste estudo, que examina a questão desde a antiguidade, realça, por exemplo, que, com foro de ciência e justiça, no período feudal, em países como Itália e Inglaterra, para a imposição de penas a crianças adotava-se o até hoje lembrado critério do discernimento. Para tanto utilizavam o método da prova da maçã de Lubeca, como já citado anteriormente neste trabalho(p. 17). Por isso, as inúmeras narrativas sobre a aplicação de pena de morte a crianças de dez e onze anos.

2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E SUAS RESPONSABILIDADES

2.1. O Direito Penal Juvenil

De acordo com Saraiva (2006), o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), representa um marco divisório no trato da questão da juventude no Brasil:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um rompimento com os procedimentos anteriores, com a introdução no sistema de conceitos jurídicos de criança e adolescente, em prejuízo da antiga terminologia ‘menor’. Esta servia para conceituar aqueles em ‘situação irregular’, doutrina que presidia a ordem jurídica revogada e que tratava o então ‘menor’ como mero objeto de processo” (p. 17-18).

Segundo o autor, no que se refere ao caráter discriminatório que vigorava no próprio texto legal anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, menor era o tratamento dado ao adolescente autor da conduta infracional, enquanto criança, a vítima.

Ao romper com esta lógica, o Estatuto da Criança e do Adolescente passa a conceber uma única infância, integrada. Ou seja, reconhece uma só condição de criança e de adolescente enquanto destinatário da norma, titular de direitos e de obrigações, sujeito de direitos, pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, estabelecendo uma nova referência paradigmática (SARAIVA, 2006).

Para o autor, o tema relativo ao tratamento legal do adolescente a que se atribui a prática de uma conduta descrita na lei com crime ou contravenção, deve ser analisado em face do conjunto dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Isso determina o estatuto jurídico da cidadania, quer em suas relações com o Estado ou entre si.

Saraiva (2006) situa o estudo do Direito da Criança no conjunto dos Direitos Fundamentais, abordando a trajetória deste Direito na Normativa Internacional, é possível dividir a história do Direito Juvenil em três etapas: a) de caráter penal indiferenciado; b) de caráter tutelar; c) de caráter penal juvenil.

Em se tratando do Caráter Penal Indiferenciado, o autor supracitado afirma que:

“é a marca do tratamento dado pelo Direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de liberdade por pouco menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade, na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço” (p. 19).

No que diz respeito ao Caráter Tutelar, o autor afirma que esse momento tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no início do século XX. Num período de aproximadamente vinte anos, todos os países da América Latina adotou esse novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. Para Saraiva (2006): A lógica do Direito Tutelar irá desaguar na ordem jurídica brasileira na Lei de Assistência Social de Menores Delinquentes e Abandonados, editada em 1923, no Código Mello Mattos, de 1927, e anos mais tarde no Código de Menores de 1979 (p. 20).

Quanto ao Caráter Penal Juvenil, a terceira etapa, ela se instala com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, que inaugura um processo de responsabilidade juvenil.

De acordo com Saraiva (2006)

“A Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança tem uma história de elaboração de dez anos. A origem remonta ao ano de 1979, Ano Internacional da Criança, instaurado em comemoração aos vinte anos da Declaração dos Direitos da Criança. Foi nesta ocasião que surgiu a proposta da delegação da Polônia a elaboração de uma Convenção Internacional sobre o tema, com força normativa capaz de dar eficácia aos Direitos enunciados na Declaração dos Direitos da Criança” (p. 21).

A partir daí, a Comissão dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) organizou um grupo de trabalho para analisar a questão. E foi então, em 1989, que os Direitos da Criança passaram a se assentar como um documento global, com força coercitiva

para os Estados signatários, entre os quais está o Brasil.

Para Saraiva (2006): “A análise evolutiva deste Direito, cujo processo brasileiro resulta no Estatuto da Criança e do Adolescente, versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, afirma a adoção de um modelo de Direito Penal Juvenil” (p. 23).

2.2. Doutrina da Proteção Integral e Doutrina da Situação Irregular

Segundo Saraiva (2006), pelo superado Código de Menores, a declaração de situação irregular tanto poderia derivar da conduta pessoal do adolescente como da família ou da própria sociedade. Haveria uma situação irregular sem distinguir situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Nesse contexto, reforça-se a idéia dos grandes institutos para menores, nos quais se misturavam infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição, ou seja, em situação irregular.

2.2.1. Características da Doutrina Situação Irregular

Bellof (apud SARAIVA, 2006), professora de Direito Penal Juvenil na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, resume uma série de distinções entre Doutrina da Situação Irregular e a Doutrina da Proteção Integral, que resulta da nova ordem internacional.

Nesse sentido, as principais características da Doutrina da Situação Irregular podem ser assim descritas por Bellof (apud SARAIVA, 2006):

“a) As crianças e os jovens aparecem como objetos de proteção, não são

reconhecidos como sujeitos de direitos, e sim como incapazes. Por isso, as leis não são para toda a infância e a adolescência, mas sim para os “menores”.

- b) Utilizam-se categorias vagas e ambíguas, figuras jurídicas de “tipo aberto”, de difícil apreensão desde a perspectiva do direito, tais como “menores em situação de risco ou perigo moral ou material”, ou “em situação de risco”, ou “em circunstâncias especialmente difíceis”, enfim estabelece-se o paradigma da ambigüidade.
- c) Nesse sistema é o menor que está em situação irregular; são suas condições pessoais, familiares e sociais que o convertem em um “menor em situação irregular” e por isso objeto de uma intervenção estatal coercitiva, tanto ele como sua família.
- d) Estabelece-se uma distinção entre as crianças bem-nascidas e aquelas em “situação irregular” (...)
- e) Surge a idéia de que a proteção da lei visa aos menores, consagrando o conceito de que estes são “objeto de proteção” da norma.
- f) Esta “proteção” freqüentemente viola ou restringe direitos (...)
- g) Aparece a idéia de incapacidade do menor.
- h) Decorrente deste conceito de incapacidade, a opinião da criança faz-se irrelevante.
- i) (...) o Juiz de Menores deve ocupar-se (...) também de suprir as deficiências de falta de políticas públicas adequadas (...)
- j) Há uma centralização do atendimento” (p. 24-25).

Essas seriam algumas das características apontadas, porém, destaca-se que o orientava os Juizados de Menores da época era a criminalização da pobreza, a judicialização da questão social na órbita do então Direito do Menor.

2.2.2. Características da Doutrina da Proteção Integral

Dentre as principais características da Doutrina da Proteção Integral, de acordo com Bellof (apud SARAIVA, 2006), encontram-se aquelas que:

- “a) Definem-se os direitos das crianças (...)
- b) Desaparecem as ambigüidades, as vagas e imprecisas categorias de “risco”, “perigo mortal ou material” (...)
- c) Estabelece-se que, quem encontra em “situação irregular”, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade, Estado).
- d) Estabelece-se a distinção entre as competências pelas políticas sociais e competências pelas questões relativas à infração à lei penal (...)

- e) A política pública de atendimento deve ser concebida e implementada pela sociedade e pelo Estado (...)
- f) É abandonado o conceito de menores como sujeitos definidos de maneira negativa (...)
- g) São desjudicializados os conflitos relativos à falta ou carência de recursos materiais, substituindo o anterior sistema que centrava a ação do Estado pela intervenção judicial nestes casos” (p. 26-27).

Tem-se ainda presente que na questão do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, as garantias que correspondem aos adultos nos júzios criminais são garantidas, e isso de acordo com as constituições e os instrumentos internacionais pertinentes.

Recorda-se ainda que o adolescente deva ser julgado por tribunais específicos, com procedimentos próprios, e que a responsabilidade do adolescente pelo ato cometido deve resultar na aplicação de sanções distintas daquelas do sistema de adultos. Para isso, estabelece-se uma responsabilidade penal juvenil distinta daquela do adulto.

Para Saraiva (2006), este avanço, no plano da efetividade dos direitos humanos de crianças e adolescentes, expresso no Brasil no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, não resulta de uma dádiva do legislador, mas do irreversível processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade.

2.3. Inimputabilidade, não impunidade

Em consonância com a Constitucional Federal de 1988, de natureza garantidora de direito individual, no art. 228, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) afirma a inimputabilidade penal daqueles com idade inferior a 18 anos completos.

De acordo com Saraiva (2006), de tempos em tempos retoma-se a idéia de redução da idade de imputabilidade penal a partir dos dezesseis anos ao chamado sistema penal adulto. Porém, segundo o autor, esta tese se faz inconstitucional frente ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, no artigo 228, da Constituição Federal de 1988, se constitui em cláusula pétrea, o direito e garantia individual, também referido no artigo 60, IV da referida Carta

Constitucional.

Além disso, segundo o autor, essa redução viola o disposto no artigo 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está implícito que os signatários, inclusive o Brasil, não tornarão mais gravosa à lei interna de seus países, em face o contexto normativo da Convenção. O texto da Convenção se faz Lei interna de caráter constitucional à luz do parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

No entanto, inimputabilidade não implica impunidade, uma vez que estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição de pessoa em desenvolvimento destes agentes. Não significa, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social. No entendimento de Saraiva (2006):

“A responsabilização e punição das crianças e dos adolescentes infratores é, neste sentido, não um direito dos adultos e do Estado, mas um dever. Um dever em relação aos próprios infratores. Como dever, está limitado pelo direito da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento da sua personalidade” (p. 47).

Nesse sentido, é de responsabilidade legal do Estado buscar, por intermédio da aplicação da lei, possibilitar à criança o desenvolvimento de sua personalidade, visando trabalhar os impulsos destrutivos e inseri-la num convívio social pacífico.

2.4. Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil

Tem-se presente que a violência urbana e a desconfortável sensação de insegurança que assola os centros urbanos inquietam e produzem um sem número de proposições visando o enfrentamento desta questão. A questão da chamada delinquência juvenil também se mostra um tema angustiante. Clama-se por segurança, e soluções simplistas são encorajadas, até mesmo porque se estabelece um raciocínio não menos simplista.

Nesse contexto, a discussão em torno da responsabilidade penal juvenil, da criminalidade juvenil e da delinquência na adolescência, costuma ser conduzida para que imediatamente o foco seja direcionado para a proposta do rebaixamento da idade penal,

posicionando-se dois grupos em pontos opostos.

Porém, há que se considerar que o debate toma este rumo pela desconsideração de que, desde a ratificação da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança pelo Brasil, desde antes, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, especialmente, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, se estabeleceu no País um sistema de responsabilidade penal juvenil.

De acordo com Saraiva (2006), em meio a estes opostos há a Doutrina do Direito Penal Mínimo, que reconhece a necessidade da privação de liberdade para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a medida extrema (de privação de liberdade) para os casos que representem um risco social efetivo.

Busca nortear a privação de liberdade por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias em que esta alternativa se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta.

Pode se incluir entre os direitos fundamentais o direito à punição, à possibilidade de expiação, tanto que é comum, na linguagem prisional, a expressão dos detentos de estar ali pagando.

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social.

Nesse sentido, quando se faz tal afirmativa, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Tal está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e do conjunto desta normativa (Regras de Beijing, etc.) e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei (SARAIVA, 2006).

A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os

jovens infratores de menos de dezoito anos.

Esta crise, do sistema dos adolescentes se torna mais aguda quando se deixa de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando uma falsa idéia de inviabilidade do sistema de privação de liberdade de adolescentes.

Este sistema tem um conteúdo aflitivo, pois é inegável que do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflitiva que a pena de prisão do sistema penal.

Do ponto de vista das sanções há medidas sócio-educativas que têm a mesma correspondência das penas alternativas, haja vista a prestação de serviços à comunidade (incorporada na legislação penal adulta do Brasil desde 1984), prevista em um e outro sistema, com praticamente o mesmo perfil.

A dificuldade para o reconhecimento da implantação, pela Doutrina da Proteção Integral, de um conceito do que se tem chamado Direito Penal Juvenil, com sanções e sua respectiva carga retributiva e conteúdo pedagógico, resulta de um exacerbado pré-conceito de natureza hermenêutica, em face de uma cultura menorista presente e atuante em toda América Latina, do que já nos adverte Amaral e Silva em suas lições (SARAIVA, 2006).

A conduta dos que não admite a idéia de um Direito Penal Juvenil, implica na conclusão de abandono dos conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medida sócio-educativas e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente).

A não admissão deste conceito resulta da desconsideração do conjunto de regras resultante da Normativa Internacional e, especialmente, a Ordem Constitucional estabelecida, que contamina o sistema como única forma de lhe emprestar legitimação e que afirma a condição cidadã do adolescente, não se construindo cidadania sem responsabilidade.

A não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, reproduz o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no “menor” a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal.

Na questão menorista, o discurso tem sido de operação com os dispositivos do

Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da Doutrina da Situação Irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil.

Mendez (apud SARAIVA, 2006) lembra que o Direito Penal Juvenil, introduzido no sistema legal brasileiro desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, chama a atenção para a seguinte realidade:

“A construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes no ECA (de modo que foram eventualmente sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis e não os atos “anti-sociais” definidos casuisticamente pelo Juiz de Menores), inspirada nos princípios do Direito Penal Mínimo constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no ECA. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do ECA (art. 103) como também constitui – pelo menos objetivamente – uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo ECA, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um Direito Penal Juvenil é tão absurdo como impugnar a Lei da Gravidade. Se em uma definição realista o Direito Penal se caracteriza pela capacidade efetiva – Legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo que era o Direito de Menores” (p. 16).

Recorda-se que a inimputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no artigo 228 da Constituição Federal Brasileira de 1988, aspecto já destacado neste capítulo, significa, de certa forma, a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento.

Nesse sentido, pena e sanção são conceitos que se tocam, embora não se confundam. Porém, do ponto de vista normativo há necessidade que seja regulamentado no Brasil o processo de execução das medidas sócio-educativas.

Há que se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo. Que a existência da norma trás segurança e afirma o direito. A ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo (SARAIVA, 2006).

Faz-se impositivo o reconhecimento de tal situação, sob pena de uma suposta autonomia do Direito da Criança vir justificar o não reconhecimento de todas as garantias constitucionais e penais asseguradas ao adolescente quando se lhe atribui a prática de ato infracional.

Não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem um sistema de responsabilização da criança a que se atribui a prática de ato infracional, afirmou este Direito Penal, que será Juvenil porque especial, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, porém presidido por todo o conjunto garantista do Direito Penal visando a consumação de seu fim sócio-educativo.

3. O CONSELHO TUTELAR - ÓRGÃO FISCALIZADOR E APLICADOR DO DIREITO DA CRIANÇA

3.1. Do Conselho Tutelar

O Conselheiro Tutelar faz parte de um órgão denominado Conselho Tutelar, cuja missão é a de zelar pela aplicação e cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, quando este estiver sendo ameaçado ou violado, por qualquer dos motivos elencados no artigo 98 e seus incisos, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Um direito é ameaçado quando uma pessoa corre risco iminente de ser privada de bens (materiais ou imateriais) ou interesses protegidos por lei.

Um direito é violado quando essa privação (de bens ou interesses) se concretiza.

O Conselho Tutelar é um órgão público municipal, que tem sua origem na lei nº 8.069/90 aliando-se ao conjunto das instituições nacionais e subordinando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, visando atender à criança e ao adolescente, prevendo a criação, em todos os municípios brasileiros, de ao menos um Conselho Tutelar, que por definição legal “é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (...)” (artigo 131, ECA).

A Lei 8.069/90, especificamente no artigo 136, inciso I, reza que é atribuição do Conselho Tutelar, atender as crianças e adolescentes nas hipóteses nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII.

Interpretando o mencionado artigo, encontramos, no Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Coordenador Munir Cury (2005), o seguinte comentário:

“Como órgãos incumbidos pela sociedade de zelar pelos direitos das crianças, têm atribuição de atendê-los, aplicando, quando sofrerem ameaça ou privação de seus direitos (artigo 98), ou quando se tratar de criança autora de infração penal (artigo 105), as medidas adequadas de proteção (artigo 101, I a VII), inclusive as que forem estabelecidas pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, I a VI, para o adolescente de ato infracional. De atender aos pais ou responsáveis, aplicando-lhes, se necessário, as medidas previstas no art. 129, I A VV; de encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; de representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda do pátrio poder nos casos previstos em lei” (p. 455).

Para que os conselheiros tenham limites e regras claras no exercício de suas funções, duas providências são importantes: garantir na lei que cria o Conselho Tutelar, a exigência de edição de um regimento interno e explicitar as situações e os procedimentos para a perda de mandato do conselheiro de conduta irregular, seja por ação ou por omissão.

3.2. Do Conselheiro Tutelar

O Conselheiro Tutelar, por meio do Conselho Tutelar, em matéria técnica de sua competência, delibera e age, aplicando as medidas práticas pertinentes, sem interferência externa. Exerce suas funções com independência, inclusive para denunciar e corrigir distorções existentes na própria administração municipal relativas ao atendimento às crianças e adolescentes. As decisões dos conselheiros, só podem ser revistas pelo Juiz da Infância e da Juventude, a partir de requerimento daquele que se sentir prejudicado. Autonomia dos Conselheiros Tutelares não significa uma ação inconseqüente, sem bom senso e sem limites.

Os conselheiros tutelares devem desenvolver habilidades de relacionamento com as pessoas, organizações e comunidades. Devem agir com rigor no cumprimento de suas atribuições, mas também equilíbrio e capacidade como, de articular esforços e ações. O Conselheiro Tutelar não integra o Poder Judiciário, ele exerce funções de caráter administrativo, vinculando-se ao Poder Executivo Municipal. Não pode exercer o papel e as funções do Poder Judiciário, na apreciação e julgamento dos conflitos de interesse. Não tem poder para fazer cumprir determinações legais ou punir quem as infrinja.

Cabe ao Conselheiro Tutelar encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou do adolescente. Fiscalizar as entidades de atendimento e iniciar os procedimentos de apuração de irregularidades em entidades de atendimento, através de representação. Iniciar os procedimentos de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente.

O exercício efetivo da função de conselheiro tutelar é caracterizado como serviço público relevante (ECA, artigo 135). Assim, o Conselheiro Tutelar é mesmo um servidor público. Mas não um servidor público de carreira. Ele pertence à categoria dos servidores públicos comissionados, com algumas diferenças fundamentais: tem mandato fixo de três anos, não ocupa cargo de confiança do prefeito, não está subordinado ao prefeito, não é um empregado da prefeitura.

O Conselheiro Tutelar deve saber ouvir, compreender e discernir. São habilidades imprescindíveis para o trabalho de receber, estudar, encaminhar e acompanhar casos. Quais as funções legais do Conselho Tutelar? Como os Conselheiros devem agir para cumpri-las? Para cumprir com eficácia sua missão social, o Conselho Tutelar, por meio dos conselheiros tutelares, deve executar com zelo as atribuições que lhe foram confiadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o que, na prática, resulta na faculdade de aplicar medidas em relação: às crianças e adolescentes; aos pais ou responsáveis; às entidades de atendimento; ao Poder Executivo; à autoridade judiciária; ao Ministério Público; às suas próprias decisões.

O conselheiro tutelar deve: zelar pelo cumprimento de direitos; Garantir absoluta prioridade na efetivação de direitos; orientar a construção da política municipal de atendimento.

Nem sempre as pessoas refletem as razões de seu agir, suas escolhas, comportamentos, valores, deixando se levar pela força do hábito, costume, tradição, dando um jeitinho em tudo. A vida ética exige a avaliação, a vida moral nem sempre. Esse é o papel do Conselheiro Tutelar.

3.3. A Ética do Conselheiro Tutelar

O que é o Conselheiro Tutelar? E quais os princípios norteadores de sua ação como Conselheiro? Entre os gregos, o termo ética diz respeito ao modo de ser, o caráter da pessoa. Já os romanos traduziram o *ethos* grego, para o latim *mos* (caráter) no plural *mores*, que quer dizer costume; e é de onde vem a palavra moral. Assim, tanto “*ethos*” (o caráter), quanto “*mos*” (o costume), referem-se a um tipo de comportamento ou jeito de ser propriamente humano; e que não é natural, não inato; o homem não nasce com ele como se fosse um instinto, mas esse comportamento vem do convívio social e é adquirido, conquistado pela força do hábito (VÁZQUEZ, 1999).

A concentração de renda na sociedade brasileira é um fato; a corrupção no serviço público é um fato; salário insuficiente é um fato; ter como natural a injustiça é um fato. As conseqüências desses fatos são: a convivência no mesmo terreno, lado a lado, belas mansões rodeadas de favelas, crianças e mendigos, vivendo nas ruas. O Brasil é uma nação cuja moral

está eticamente estiolada, solo no qual grassa a injustiça velada pelo jeitinho que abandona nas ruas famílias inteiras, e deixa na miséria grande maioria da população. E é nesse contexto que age o Conselho Tutelar.

3.4. Características e Atribuições do Órgão do Conselho Tutelar

As atribuições específicas do Conselho Tutelar estão relacionadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 95 e 136) e serão apresentadas a seguir.

1. Atender crianças e adolescentes e aplicar medidas de proteção;
2. Atender e aconselhar os pais ou responsável e aplicar medidas de proteção;
3. Promover a execução de suas decisões;
4. Encaminhar ao Ministério Público notícia e fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou do adolescente;
5. Encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;
6. Tomar providências para que sejam cumpridas medidas protetivas aplicadas pela justiça a adolescentes infratores;
7. Expedir notificações;
8. Requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou de adolescente quando necessário;
9. Assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
10. Representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no artigo 220, parágrafo 3.º, Inciso II, da Constituição Federal de 1988;
11. Representar ao Ministério Público, para efeito de ações de perda ou suspensão do poder familiar;
12. Fiscalizar as Entidades de Atendimento.

3.5. Da Competência

A competência vem determinada pelo artigo 147, em três incisos, o último pertinente à apuração de atos infracionais. Consoante o inciso primeiro, é competente o juízo da infância e juventude do local do domicílio dos pais ou responsável. Na falta destes, será o do local onde se encontrar a criança ou adolescente (inciso II). Os locais devem ser levados em conta no momento da propositura da demanda, aplicando-se, a partir de então, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, de modo que fica fixada a competência no juízo da propositura do processo, sendo irrelevantes alterações posteriores, exceto as expressamente declinadas em lei.

Um outro fator importante é que o artigo em destaque tem o sentido de definir a competência da Vara do Juizado da Infância e Juventude, principalmente com relação à Vara de Família. O Juiz da Infância e Juventude será competente para julgar as causas definidas no artigo 148 do Estatuto e no que se refere ao artigo 98, em relação à violação dos direitos da criança e adolescentes em situação de risco. Assim, compõem esse conjunto crianças e adolescentes vítimas de uma sociedade injusta; com a vida e a saúde ameaçadas pelas condições de pobreza; sujeitos a um trabalho escravo, insalubre, penoso e perigoso e sem acesso à assistência médica e à escola. Também se inserem nesse contexto as crianças vítimas de maus tratos, abusos sexuais, e qualquer tipo de violência. Os abandonados pelas famílias ou cujos pais ou responsáveis omitem-se em seus deveres, dentre outras situações.

Portanto, em determinadas situações em que não se vislumbra o menor submetido a uma situação irregular, à semelhança do antigo Código de Menores, a competência será da Vara de Família. Embora esteja em desuso o termo situação irregular, a Jurisprudência se baliza nesse conceito para definir a competência entre as duas Varas. Portanto, a competência será do Juiz da Infância e Juventude no caso de guarda e tutela, somente se identificada a situação irregular.

4. MEDIDAS PROTETIVAS ESPECÍFICAS

4.1. Premissa Fundamental

A Constituição Federal de 1988 sob muitos aspectos inovou e progrediu. Um deles foi sobre a questão da infância e da juventude, prevendo expressamente uma gama de direitos e respectivos deveres em relação às crianças e adolescentes. Sem dúvida que a previsão constitucional expressa nesta área espelha uma nova visão em relação a uma série de temas

que antes não recebiam um tratamento tão apurado.

Esta raiz constitucional da legislação de proteção à infância e juventude não pode ser nunca olvidada quando se trata de qualquer aspecto desta legislação, a qual, é inequívoco, segue uma principiologia de proteção integral à criança e ao adolescente, atentando à condição especial em que se encontram enquanto pessoas em fase de desenvolvimento.

Lastimavelmente a legislação menorista não costuma receber no meio acadêmico a devida atenção. Normalmente, não passa de uma mera atividade opcional ou tem alguns de seus aspectos tratados como pontos em outras disciplinas.

A presente abordagem tem por escopo tecer alguns apontamentos acerca da aplicação de medidas protetivas e sócio-educativas previstas na legislação menorista, e volta-se especialmente, aos estudantes de direito, a fim de oferecer-lhes alguma contribuição na compreensão do tema.

4.2. Denominação de Medidas de Proteção e Medidas específicas de proteção

As medidas de proteção à criança e ao adolescente podem ser definidas como providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação. Dividem-se em: genéricas e específicas (SARAIVA, 2006).

As genéricas decorrem da ação ou omissão da sociedade ou do Estado, da falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, e da conduta do menor, mas visam protegê-lo. As específicas são as previstas no artigo 101, incisos I a VIII, e serão determinadas pela autoridade competente.

As medidas de proteção podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, tendo em vista o interesse da criança ou do adolescente.

Na aplicação das medidas, devem-se levar em conta preferencialmente aquelas que visem fortalecer os vínculos familiares e comunitários.

O artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prescreve que verificada as

hipóteses previstas no artigo 98, que a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas, *in verbis*:

- a) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- b) orientação, apoio e acompanhamento temporário;
- c) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- d) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- e) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospital ou ambulatorial;
- f) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- g) abrigo em entidade e colocação em família substituta”.

Por autoridade competente, a doutrinadora TAVARES (2007), aduz o seguinte:

“Incluem-se no conceito de autoridade competente indicada no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar e o Juiz da Infância e da Juventude, por força das normas constantes do art. 136, inciso I, e art. 148 do próprio Estatuto. É importante salientar que tais órgãos somente poderão atuar dentro dos limites legalmente impostos pelo próprio Estatuto, tanto no que diz respeito a escolha da medida a ser aplicada, como também, no que tange ao procedimento necessário para tanto.

De outro norte, infere-se que ao Conselho Tutelar cabe, nos termos do artigo 136, inciso III, alínea IV e XI, encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos das crianças e adolescentes, e ações de perda de pátrio poder ou suspensão do pátrio poder.

Neste ínterim, cabe advertir que qualquer representação ao Ministério Público deve, invariavelmente, vir com a devida fundamentação de fato e de direito, ressaltando as medidas que foram aplicadas, e quais as que devem ser aplicadas, sob pena de restar infundadas e devolvidas para as providências que o caso requer, sob pena de responsabilidade legal” (p. 519).

TAVARES (2007), mais uma vez, com a clareza e propriedade de sempre,

argumenta, em relação ao tema para aplicação das medidas específicas de proteção:

“Não resta dúvidas de que tal procedimento é plenamente cabível quando ainda não instalados o Conselho Tutelar, por força da norma de transição constante no art. 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente; a polêmica, em verdade, surge nas hipóteses em que este órgão se mostra inoperante – ou até mesmo incompetente – no exercício de suas atribuições.

É, no entanto, prática que indubitavelmente, deve ser evitada, especialmente, nos casos em que traz em seu bojo a inércia ou a deficiência na atuação do Conselho Tutelar, seja por carência de infra-estrutura como, por exemplo, a ausência de carro capaz de agilizar a realização de uma visita domiciliar, seja em função da inexperiência de seus membros, que á vezes encontram dificuldades na definição da medida adequada, nos casos concretos que lhe são apresentados.

Uma, porque a cada pedido de providências – ou de aplicação de medida protetiva instaurado, corresponde uma hipótese na qual o Conselho Tutelar não exerceu a sua missão institucional, desvalorizando o órgão e tornado letra morta o que dispõe o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, acerca da matéria. Duas, porque remonta à prática recorrente em tempos pretéritos, baseado no sistema normativo anterior, consistente em atribuir ao Poder Judiciário o exercício de funções típicas, ou seja, não relacionadas à solução direta de conflitos de interesses. Três, porque a sua instauração, por vezes, acarreta a ausência ou o adiamento de outras ações mais adequadas e eficazes, como, por exemplo, a deflagração de ação de destituição do poder familiar, de ação civil pública destinada a dotar o Conselho Tutelar de infra-estrutura compatível ao exercício de suas funções ou, até mesmo, de ação destinada à destituição de conselheiro que não atenda a capacitação mínima exigível ao exercício de suas atribuições” (p. 520).

Por exercer função pública e por disposição da Lei 8.429 de 1992, o Conselheiro Tutelar é considerado agente público para efeitos de improbidade administrativa. Devido à relevância de sua função dentro do sistema de garantias, o Conselheiro Tutelar não poder deixar de atender a finalidade contida na lei, porque não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda, sob pena de, no mínimo responsabilização nos termos do artigo 11, inciso II da Lei 8429/92, com lesividade presumida.

Ocorre desvio de poder por omissão quando o agente abstém de praticar um ato que deveria praticar para atendimento do interesse público e da finalidade legal.

A omissão, para caracterizar a improbidade administrativa, deve conter os requisitos além da mera irregularidade ou ilegalidade, deve revestir-se de reprovabilidade pelo desvio de finalidade.

Nos atos administrativos vinculados, a omissão sempre implicará em improbidade administrativa, isto porque a lei só vislumbra a hipótese de atuação do agente nela contida, para se atingir a finalidade objetivada na própria lei. Entretanto, nos atos administrativos discricionários, a omissão revelará improbidade administrativa, sempre que for demonstrável que determinado ato omitido era a providência desejada pela lei para atingir a sua finalidade.

Assim sendo, os Conselheiros devem providenciar as medidas de proteção específicas necessárias no caso em concreto, sob pena de responder por improbidade administrativa por omissão.

De outro giro, cabe advertir que o Ministério Público deve ingressar, impreterivelmente, com ação civil pública para que o Conselho Tutelar se aproprie de suas funções, como fixação de crédito especial, duodécimo, aparelhamento adequado, tais como computador, veículo, etc. É de se observar, ainda, que o artigo 88 do Estatuto elenca como a primeira das principais diretrizes de política de atendimento à crianças e adolescentes, a sua municipalização, o que significa que ao Poder Executivo do Município cabe assumir os poderes até então privativos à Federação brasileira.

Veja-se que o artigo 134 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, inclusive, a obrigatoriedade de previsão, em lei orçamentária municipal, de recursos necessários ao perfeito funcionamento do Conselho Tutelar, o braço forte que zelará pelos direitos da criança e do adolescente.

A jurisprudência tem acolhido o entendimento de compelir a Prefeitura Municipal para a abertura de crédito especial ao Conselho Tutelar poder funcionar com os recursos necessários, senão vejamos:

“Ação civil pública contra Prefeito Municipal para compelir a providências na abertura de crédito especial ao Conselho Tutelar – Ação procedente – Recurso não provido. Ao Conselho Tutelar é assegurado a previsão de recursos necessários ao seu funcionamento – Sendo órgão autônomo, não depende de meios reservados ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, cabendo ao Executivo inseri-lo na lei orçamentária com dotação própria” (TJSP, Ap. 039.888.0/12-00, rel. Alves Braga).

4.3. As medidas protetivas específicas, espécies e fundamento

A matriz constitucional do direito menorista é fundamental na medida em que verificamos que o artigo 227 do texto da Carta Constitucional de 1988 assegura uma série de direitos à criança e ao adolescente, estabelecendo como obrigados a sociedade, os pais e o Estado.

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta propriedade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, 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 partir desta premissa, o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que as medidas de proteção serão aplicadas sempre que houver violação dos direitos estabelecidos no próprio Estatuto, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.

Quais são estes direitos? Todos os previstos na legislação protetiva, como vida, saúde, educação, lazer, convívio familiar etc.

Mas não somente omissões deste jaze podem inferir na aplicação de medidas de proteção. O inciso III do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente também elenca o próprio comportamento da criança ou adolescente como causa de aplicação de medidas protetivas. Neste caso não se verificam necessariamente omissões ou abusos de terceiros. Tais hipóteses correspondem principalmente, mas não exclusivamente, aos casos de cometimento de atos infracionais.

A nomenclatura de medidas de proteção é emblemática na determinação da natureza destas medidas. A legislação menorista está embasada na doutrina da proteção integral, que reconhece na criança e no adolescente, indivíduos portadores de necessidades peculiares, não se olvidando a sua condição de pessoa que se encontra em fase de desenvolvimento psíquico e

físico, condição que os coloca em posição de merecedores de especial atenção por parte do Estado, da sociedade e dos pais ou responsáveis.

Tais medidas específicas de proteção à criança constam do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que serão a seguir comentadas uma por uma, *in verbis*:

- “I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;
- VIII - colocação em família substituta”.

O encaminhamento aos pais ou responsável é uma medida adequada àquelas hipóteses nas quais não ocorre maior gravidade. A criança deve retornar aos seus pais ou responsável, acompanhado de documento escrito, que deverá conter as orientações do Conselho Tutelar para o seu atendimento adequado, bem como, notificar pais ou responsável que deixam de cumprir os deveres de assistir, criar e educar suas crianças e adolescentes. Convocá-los à sede do Conselho Tutelar para assinar e receber termo de responsabilidade com o compromisso de doravante zelar pelo cumprimento de seus deveres.

A orientação, apoio e acompanhamento temporários poderão ser realizados pelo Conselho Tutelar ou por serviço de assistência social, ou, ainda, por serviços especializados do próprio Poder Judiciário, onde existam, tem aplicação em casos em que não há uma causa que possa ser incluída dentre as hipóteses de tratamento médico-psicológico; e onde não exista omissão imputável aos pais ou responsável a justificar a aplicação das medidas dos incisos VII ou VIII, por exemplo.

Deve o Conselheiro Tutelar por exclusividade, complementar a ação dos pais ou responsável com a ajuda temporária de serviços de assistência social a crianças e

adolescentes. Aplicar esta medida por solicitação dos pais ou responsável e também a partir de estudo de caso que evidencie suas limitações para conduzir a educação e orientação de suas crianças e adolescentes.

A matrícula e frequência obrigatórias estão diretamente ligadas à evasão e infrequência escolar. A evasão caracteriza-se pela completa marginalização da criança ou adolescente do sistema de ensino. Normalmente está relacionada ao trabalho infantil e à omissão dos pais. A infrequência escolar diz respeito às faltas injustificadas e reiteradas à escola. Comumente a evasão escolar é constatada por Serviços de Assistência Social Estaduais ou pelo Conselho Tutelar, neste último caso por atuação própria ou por denúncia. Estes órgãos, dentro de suas competência e capacidades constituem a linha de frente na resolução do problema, buscando conscientizar os pais ou responsável ou mesmo o próprio adolescente ou criança da importância da educação. Depois de constatada está infrequência, deve o Conselheiro Tutelar, garantir matrícula e frequência escolar de criança e adolescente, diante da impossibilidade ou incapacidade de pais ou responsável para fazê-lo, bem como, orientar a família ou entidade de atendimento para acompanhar e zelar pelo caso, e ainda, orientar o dirigente de estabelecimento de ensino fundamental para o cumprimento de sua obrigação: acompanhar o caso e comunicar ao Conselho Tutelar, conforme aduz o artigo 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A inclusão em programas sociais e de auxílio que melhor se coaduna àquelas situações, muito comuns, em que violações dos direitos das crianças e adolescentes resultam de situação econômico-financeira de dificuldade. Trata-se de medida de suma importância, especialmente naqueles casos relacionados à desnutrição, notadamente quando atingem crianças de tenra idade e que se contam aos milhares em nossa sociedade. Neste caso, o órgão competente deverá requisitar o serviço social público ou comunitário, diante das limitações ou falta de recursos dos pais para cumprirem seus deveres de assistir, criar e educar seus filhos. E consequência disso, deverá também, encaminhar a família, a criança ou o adolescente ao serviço de assistência social que executa o programa que o caso exige.

Os incisos V e VI do artigo 101 do referido estatuto tratam de hipóteses nas quais estão envolvidas direta ou indiretamente questões de saúde, ou de dependência química ou psíquica à drogas e álcool, que não deixam de ser problemas de saúde. A grande dificuldade surge do fato de que o aparelho estatal ainda não conta com suficientes recursos para prover tratamentos em quantidades condizentes com a demanda, fato evidente.

Contudo, são oferecidas soluções para amenizar esta situação desconfortável a que está submetida à criança e o adolescente, tais como, acionar o serviço público de saúde, para garantia de atendimento à criança e ao adolescente, particularmente diante das situações que exigem tratamentos especializados e quando as famílias não estão sendo atendidas ou são atendidas com descaso e menosprezo. Chamar a atenção dos responsáveis pelos serviços de saúde para o direito de prioridade absoluta das crianças e adolescentes (Constituição Federal de 1988, artigo 227 e Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 4º).

A colocação em abrigo ou entidade é medida que se pauta pelo vetor da excepcionalidade, visto que priva a criança ou adolescente de um dos seus direitos básicos, qual seja o de convívio familiar. Diante disso, observa-se que é uma medida cujas conseqüências podem ser graves e que, portanto, deve ser aplicada com extrema cautela, ficando reservada para situações extremas, quando a permanência da criança em um determinado ambiente familiar lhe seja visivelmente mais prejudicial.

Por fim, a medida que fala da colocação em família substituta, que, da mesma forma, é medida extrema, condicionada à constatação de situações de especial gravidade, e segundo o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção.

Como se observa, situações nas quais existe prévia destituição da guarda ou mesmo do pátrio poder, o que confere especial gravidade à medida de colocação em família substituta. É por isso que na escala das medidas protetivas, esta se encontra como última alternativa. O encaminhamento de criança ou adolescente para entidade de atendimento que ofereça programa de abrigo (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 92), sempre como medida provisória e preparadora de sua reintegração em sua própria família ou, excepcionalmente, em família substituta. Comunicar a medida imediatamente à autoridade judiciária. Dessa forma, acompanhar o caso sistematicamente para garantir e promover a transitoriedade e provisoriedade do abrigo em entidade, requisitando para tanto o apoio dos Serviços Públicos de Assistência Social. Sendo que, a autoridade judiciária é quem, com base nos argumentos apresentados pelo Conselho, vai transferir ou não a guarda da criança ou adolescente do pai, da mãe ou do responsável anterior para o dirigente do programa de abrigo. Se o Juiz não se convence da necessidade da medida de abrigo em entidade, a decisão do Conselho deixa de valer.

4.4. Aplicação das medidas protetivas

A aplicação das medidas protetivas não é necessariamente judicial. As medidas dos incisos I a VII do artigo 101 do ECA podem ser aplicadas também pelo Conselho Tutelar, como expressa o artigo 136, inciso I, do referido estatuto. Excetua-se, portanto, somente a colocação em família substituta.

Da mesma forma, o artigo 93 prevê a possibilidade de que as entidades que mantenham programas de abrigo possam, em caráter excepcional e de urgência, abrigar crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato até o 2º dia útil imediato.

Nas demais hipóteses, a aplicação da medida é judicial. A ação é movida pelo Ministério Público, cuja legitimidade verte do artigo 201, inciso VIII, do Estatuto já referido.

Para a propositura da ação de medida de proteção, poderá o órgão valer-se de infrações e elementos de convicção encaminhados pelo Conselho Tutelar ou outros órgãos, como, ainda, expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar (artigo 201, inc. VI, alínea a, do ECA) ou requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatória (alínea b), e também requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas (alínea c).

Não se deve esquecer que a possibilidade de atuação do Ministério Público não anula e legitimidade concorrente da criança ou adolescente e de seus pais ou responsáveis. Neste caso, a intervenção do órgão ministerial será obrigatória, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 204 do ECA.

Para aferição de qual a medida mais adequada dentre as aplicáveis, pode o julgador valer-se de estudo social, cuja realização pode ser determinada de ofício ou por requerimento das partes.

CONCLUSÃO

Como pode se observar, o Estatuto da Criança e do Adolescente proporcionou mudanças no que se refere ao agir judicial perante crianças autoras de ato infracional.

No presente trabalho, optou-se por desenvolver um estudo sobre as medidas específicas de proteção, implementadas no sentido de se conseguir, mediante a conjugação de esforços da família e da sociedade resultados positivos na promoção e defesa dos direitos individuais fundamentais das crianças que circunstancialmente se encontram envolvidos nas diversas situações de conflito com a lei.

A Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece o marco teórico-pragmático destas medidas, denominada Doutrina da Proteção Integral. Dessa forma, as crianças que praticarem ação conflitante com a lei, de acordo com os artigos 103 e seguintes, da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, estarão sujeitas à aplicação de medidas protetivas e sócio-educativas, através do estabelecimento de uma relação jurídica processual perante o autônomo, especializado e exclusivo Juízo de Direito da Vara de Adolescentes Infratores, atendendo-se,

assim, ao que se encontra previsto na referida lei.

Ressalta-se que apesar do artigo 103, da referida lei considerar ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, indiscutivelmente, não confunde ato infracional com ilícito ou ilicitude penal. E, o artigo 105, da referida legislação especial, determina apenas que ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas legalmente (artigo 101), isto é, medidas específicas de proteção. E esta tem sido uma questão polêmica, haja vista mesmo a inovação trazida pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao repartir atribuições e competências, consoante orientação constitucional para compartilhamento de responsabilidades - artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que estas medidas específicas de proteção que são aplicadas, pelo Conselho Tutelar, as crianças autoras de atos tido como infracionais, em virtude da distribuição de responsabilidades, variam desde o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; a orientação; o ensino; o auxílio familiar e individual; o tratamento médico; o programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; o abrigo em entidade; e até a colocação em família substituta - artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

À criança, seja qual for o ato infracional cometido e independentemente de sua gravidade, aplicam-se tão somente medidas específicas de proteção, através do competente Conselho Tutelar, consoante as suas atribuições legais, haja vista que não responde por ação sócio-educativa. Logo, à criança autora de ato infracional jamais se pode atribuir medidas sócio-educativas, então, previstas no Título II, Capítulo IV, Seção I, artigos 112 a 125, da Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, as quais, no entanto, são pertinentes às ações conflitantes com a lei praticadas por adolescentes. Desta forma, tendo-se em conta as garantias processuais estabelecidas pela Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, impõe-se que seja assegurado não só o devido processo legal, mas, também, os da ampla defesa e do contraditório, a todo adolescente que seja atribuída a prática de um ato infracional.

Nos termos do artigo 136, da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a competência para aplicação das medidas específicas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VII, às crianças autoras de atos infracionais, engloba-se nas atribuições do Conselho Tutelar, sendo certo que as decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse (artigo 137).

O Conselho Tutelar tem autoridade para promover a execução de suas próprias

decisões, enquanto órgão incumbido pela sociedade de zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes, atendendo-os, inclusive, mediante aplicação das medidas adequadas de proteção quando se tratar de criança autora de ato infracional. Entretanto, observa-se que apenas não se inclui nas atribuições de competência do Conselho Tutelar a aplicação da medida específica de proteção estabelecida no inciso VIII (colocação em família substituta), do artigo 101, da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, mas, que, contudo, também, não é da competência da Vara de Adolescentes Infratores, e, sim, diversamente, da competência do Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude competente para conhecimento e julgamento das crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e ou social.

Como se viu, a criança, seja qual for o ato infracional cometido e independentemente de sua gravidade, aplicam-se tão somente medidas específicas de proteção, pelo competente Conselho Tutelar, consoante atribuições suas legalmente previstas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id189.?impressao=1>. Acesso em: 27 out. 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trd. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990. Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDCA - GOIÁS, 2005.

BRITO, Rosyan Campos de Caldas; LAMARÃO, Maria Luiza. *Crianças, violência e Cidadania*. Belém: UNAMA – Fcbia, Asipag, 1994. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/82/1582/DN_crime_e_meios_de_comunicacao_de_massa.doc. Acesso em 18 jun. 2007.

CONANDA. Diretrizes Nacionais para a política de atenção integral à infância e à adolescência. Brasília, 2000.

_____. Resoluções, junho de 1993 a setembro de 2004. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

- CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* – Editora Malheiros, 2005.
- FACER. *Manual de Normas Técnicas para elaboração de trabalhos acadêmicos* – de acordo com as normas da ABNT/2002. Disponível em: <http://www.facer.edu.br/sitenovo/raiz/arquivos/biblioteca/normasmonografia1.pdf>. Acesso em 27 nov. 2007.
- FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação sócio-educativa pública* – inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.
- GOMES da Costa, Antônio Carlos. *De Menor à Cidadão: Notas para uma história do Novo Direito da Infância e da Juventude no Brasil*, Brasília: CBIA - Ministério da Ação Social, 1991.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do Trabalho Científico: Procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. São Paulo: Atlas, 1990.
- LESBAUPIN, Ivo. *Poder local x Exclusão Social*. In: *A experiência das prefeituras democráticas no Brasil*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000. Disponível em: http://www.ess.ufrj.br/download/revistapv_12.pdf. Acesso em 13 ago. 2007.
- MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: Um debate Latino-Americano*, Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da Emoção: A inimputabilidade penal do menor*. São Paulo: RT, 1992.
- NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: LTR, 2005.
- POCHMANN, Márcio; AMORIM, Ricardo (org). *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/face/article/view/264/213>. Acesso em: 23 mai. 2007.
- REVISTA JURÍDICA CONSULEX – Ano VII – nº 166 – 15 de dezembro/2003. p. 21-30.
- SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil* – adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SECRETARIA DE CIDADANIA E DO TRABALHO DO ESTADO DE GOIÁS. *Plano de Ação de 2006*.
- TAVARES, Patrícia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente* – Aspectos Teóricos e Práticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 19. ed. Rio de Janeiro-RJ: Civilização Brasileira 1999.
- VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999. Disponível

em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1038/817>.
Acesso em 14 mai. 2007.