



DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORADO EM DIREITO

Área: Ciências jurídicas

**“O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SUPERIOR INTERESSE DA FAMÍLIA E DAS
CRIANÇAS E JOVENS”**

**“OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO INFANTO
JUVENIL”**

Autora: Teresinha de Jesus Moura Borges Campos

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Lisboa
2012

TERESINHA DE JESUS MOURA BORGES CAMPOS

**“O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SUPERIOR INTERESSE DA FAMÍLIA E DAS
CRIANÇAS E JOVENS”**

**“OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO INFANTO
JUVENIL”**

Tese apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, para a obtenção do grau de Doutor em Direito, conferido pela Universidade Autónoma de Lisboa, tendo como orientadora a Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas.

Lisboa

2012

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, José Borges de Moura e Irene de Sousa Moura (ambos *in memoriam*), meus maiores exemplos de vida, pela valorosa e inestimável contribuição na minha formação pessoal, religiosa e profissional.

Ao meu marido, Osvaldo Campos, companheiro inseparável, pelo amor, carinho, incentivo, compreensão e seriedade.

Aos meus filhos Jefferson, Ênio e Hélio, meus grandes tesouros, fontes de inspiração, motivação e orgulho.

Aos meus irmãos Antônio, Paulo, Milton, Célia, Iara e José Júnior pela amizade, lealdade e apoio nos momentos necessários.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, pela disponibilidade, dedicação, orientação segura, precisa, estímulo constante, paciência e ensinamentos transmitidos, com a qual tive a honra de compartilhar experiências e de aprimorar meus conhecimentos.

Ao Senhor Professor Doutor Emmanuel Maria Carlos Borrego Sabino, presidente do Forum (Centro de Formação, Estudos e Pesquisas)/APROCEFEP (Associação dos Profissionais do Centro de Formação, Estudos e Pesquisas) pela oportunidade, colaboração, incentivo, sensibilidade, confiança em mim depositada e incansável ajuda.

Ao corpo administrativo do Forum, especialmente à Senhora Suely Sabino, pela gentileza no atendimento, convívio solidário e fraterno.

À Universidade Autónoma de Lisboa, por ter contribuído, de forma efetiva, através da Direção e da Coordenação do curso de Direito e dos professores que ministraram nossas aulas, para a realização deste objetivo.

A humanidade transformou-se em uma grande família, tanto que não podemos garantir a nossa própria prosperidade se não garantirmos a prosperidade de todos. Se você não quer ser feliz, precisa resignar-se a ver os outros também felizes. **Bertrand Russel**

Cada um de nós pode trabalhar para mudar uma pequena parte dos acontecimentos. A história é feita de inúmeros atos de coragem e crença. **John Kennedy**

A vida humana não tem só um nascimento, só uma infância, é feita de vários renascimentos, de várias infâncias. **Francesco Alberoni**

O grande homem é aquele que não perdeu a candura de sua infância. **Provérbio chinês**

Quando existe avanço tecnológico sem avanço social, surge, quase automaticamente, um aumento da miséria humana. **Michael Harrington**

RESUMO

Temos como objetivo primordial analisar o princípio do superior interesse da família, das crianças e dos jovens, que têm seus direitos violados, negados, que vivem em situação de risco pessoal e social, em uma perspectiva luso-brasileira, sob a ótica do Ministério Público, demonstrando como este Órgão pode contribuir em relação aos desamparados, desassistidos, que têm vínculos familiares fragilizados ou extintos, abandonados pela família, pelo Estado e pela sociedade, focalizando suas responsabilidades pelos danos que a eles causarem por ação ou omissão culposa, negligência e imprudência e nossas opiniões acerca de cada um destes órgãos em relação a esta problemática. Abordaremos alguns aspectos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, ressaltando as características essenciais do direito da Infância e Juventude, como os principais princípios a serem observados nesta área, focalizando em seguida, os conceitos jurídicos utilizados nas mencionadas Nações e fazendo o enquadramento jurídico destes direitos, assegurados tanto nos instrumentos nacionais, quanto nos internacionais, os quais sofreram mudanças ao longo do tempo, muitas delas de suma relevância na conquista e na proteção dos direitos desta camada da população que sempre necessita de cuidados, proteção e amparo, em uma perspectiva crítica comparada. Para que a política de atendimento seja efetivada é necessário que haja um trabalho conjunto, articulado, através de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados dos Municípios. Discutiremos sobre os importantes aspectos do direito à convivência familiar e comunitária, focalizando de início, as funções da família, do Estado e da sociedade e em seguida, diferenciando os tipos de instituições de acolhimento, ressaltando as condições, causas e fatores de abrigamento, as pessoas que necessitam ser abrigadas; proporcionar às famílias, às crianças e aos jovens em situação de risco pessoal e social acolhimento e inclusão em ações socioassistenciais que possibilitem a construção de vínculos e a conquista de maior grau de independência individual e social no enfrentamento com autonomia a situações de violação de direitos humanos e sociais e estimular o governo e a sociedade a implementar programas de apoio às famílias que encontram-se à margem da lei, sem condições de sobrevivência a terem uma vida digna e quando necessário, a criação de instituições de acolhimento que atendam todas as crianças, que efetivamente necessitem.

Demonstraremos que a situação das crianças e dos jovens que vivem em instituições de acolhimento, sobretudo os que foram vítimas de maus tratos, violência doméstica, exploração sexual e de trabalho infantil, que foram destituídos do poder familiar, dependentes de drogas, sem perspectiva de saída, devido à extinção dos vínculos familiares e nem de serem adotados representa mais uma forma de exclusão social e de desrespeito aos direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana e como o Ministério Público, como Órgão de defesa, fiscal da lei, na qualidade de representante do Estado, defensor da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis pode interferir nesta temática. Faremos uma análise crítica sobre o “Superior Interesse das Crianças e dos Jovens em relação ao direito à Convivência Familiar, Comunitária e ao Abrigamento”, apresentando algumas considerações e aspectos gerais acerca deste direito, os motivos enseja dores para o acolhimento, nas suas diferentes modalidades e as posições, sob a nossa ótica, que deveriam ser adotadas pelo governo, pela sociedade e pelo Ministério Público de um modo geral em relação a esta problemática.

E por fim, focalizaremos a nossa visão crítica, os nossos questionamentos, as nossas sugestões, orientações e contribuições em relação a esta problemática, embasados não somente em nossas leituras bibliográficas, mas também na nossa experiência profissional de trabalho na área por muitos anos.

Palavras-chaves: Família, Estado, Sociedade, Ministério Público.

ABSTRACT

The core objective of this thesis is to analyse the principle of the superior interest of the family, of children and adolescents who have their rights violated, denied and who live in a risk situation to their own lives and socially, in a Luso-Brazilian perspective, in the optics of the Prosecuting Counsel and to demonstrate how this Body can contribute towards those who are helpless and unassisted, who have fragile or extinct family ties, who have been abandoned by their families, by the State and by society, focusing on the responsibilities for the damage caused on these people by action or wrongful omission, negligence and imprudence, and our own opinions on each of these bodies in relation to this subject.

We shall deal with some aspects concerning human rights and fundamental rights emphasizing essential characteristics of the right of children and youth as main principles to be observed in this area, after which we shall focus on the legal concepts in effect in the referred to nations and to constructing the legal framework of these rights assured both in the national, as in the international instruments which have undergone changes over time, many of which are of paramount importance in the conquest and in protection of the rights of this population stratum who have always required care, protection and support, in a compared critical viewpoint. For attendance politics to be effective, it is necessary that there be joint work, articulated through governmental and non-governmental actions, of the Union, States and Municipalities.

We shall present arguments on important aspects of the right to family and community life, focusing, firstly, on the roles of the family, State and society and, subsequently, to differentiate the types of harboring institutions and to point out conditions, causes and factors for detention and the people who need to be sheltered to provide families, children and adolescents in a situation of personal and social risk shelter and insertion in social assistance actions which will allow for the establishment of ties and to acquire a greater level of individual and social independence in dealing autonomously with situations regarding violation of human and social rights and to stimulate government and society to implement programs to aid families who are outside the law, without conditions to survive to be able to have dignified living conditions and, whenever necessary, the establishment of harboring institutions which will attend all children who effectively are in need.

We shall demonstrate that the situation of children and adolescents who live in harboring institutions, especially those who have been victims of maltreatment, domestic violence, sexual exploitation and child labour, who have been devoid of family power, who are drug dependent, who have no hope of breaking free from this addiction due to the extinction of family ties and no hope of being adopted all represent another form of social exclusion and diffidence to fundamental rights, especially to human dignity and, how does the Prosecuting Counsel, as a defense body, overseer of the law, in its quality of representative of the State, defender of the legal order, of the democratic regime, of the unavailable social and individual interests can interfere in this theme.

We shall produce a critical analysis on the “Superior Interests of Children and Adolescents regarding their right to live within a Family, Community and Harboring Center”, presenting some considerations and general aspects on this right, the reasons for detention in its various modalities and our personal points of view on the measures that should be adopted by government, society and the Prosecuting Counsel, in a general manner, regarding this subject. Finally, we shall focus our critical view, our queries, our proposals, strategies and contributions in regards to this subject based not only on our bibliographic research, but also on our personal experience of a great deal of years in this field of work.

Key words: Family, State, Society, Prosecuting Counsel.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	13
------------------	----

PARTE I

CAPÍTULO I: O MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1. Origens Históricas	19
1.1.1. No Brasil	22
1.1.2. Em Portugal.....	27
1.2. O Ministério Público e as atuais Constituições	29
1.2.1. Do Brasil	29
1.2.2. De Portugal.....	36
1.3. Legislações sobre o Ministério Público	39
1.3.1. Do Brasil	39
1.3.2. De Portugal.....	42
1.4. O Ministério Público e a Sociedade	44
1.4.1. O Ministério Público na defesa da sociedade.....	44
1.4.2. Direito, Interesse e Ministério Público.....	49
1.4.3. Direitos ou Interesses Transindividuais ou Metaindividuais	54
1.4.4. Interesses Difusos e Coletivos.....	59
1.4.5. Interesses Individuais Homogêneos	66
1.4.6. Legitimidade do Ministério Público na defesa dos Interesses Individuais Homogêneos	68
1.4.7. Inquérito Civil e Ação Civil Pública	72
1.5. Atuação do Ministério Público na Área da Infância e da Juventude: principais funções	80

CAPÍTULO II: DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS DIREITOS HUMANOS

2.1. Conceitos de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos	86
2.2. Ambiguidade terminológica	95
2.3. Significado das expressões na atualidade.....	97
2.4. Direitos e garantias fundamentais	99
2.5. Evolução histórica dos Direitos Fundamentais	103
2.6. Classificação e Características dos Direitos Fundamentais.....	105

PARTE II

CAPÍTULO I: INFÂNCIA E JUVENTUDE

SEÇÃO I

1.1. Terminologias e conceitos jurídicos: uma perspectiva luso-brasileira.....	111
1.2. Mudança de paradigma no Brasil: da situação irregular à proteção integral	115
1.3. Princípios.....	119
1.3.1. Princípio da prioridade absoluta	119
1.3.2. Princípio da proteção integral	121
1.3.3. Princípio da municipalização	124
1.3.4. Princípios da prevenção geral e da prevenção especial.....	126
1.3.5. Princípio da sigilosidade	128
1.4. Princípios que regem a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal e as medidas específicas de proteção descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil	130
1.4.1. Princípio do superior interesse da criança e do jovem	131
1.4.2. Princípio da privacidade.....	134
1.4.3. Princípio da intervenção precoce	135
1.4.4. Princípio da intervenção mínima.....	136
1.4.5. Princípio da proporcionalidade e atualidade	137
1.4.6. Princípio da responsabilidade parental.....	139
1.4.7. Princípio da prevalência da família	140
1.4.8. Princípio da obrigatoriedade da informação	141
1.4.9. Princípio da audição obrigatória e participação	143
1.4.10. Princípio da subsidiariedade.....	144
1.4.11. Princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de Direitos	145
1.4.12. Princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público ..	145
1.4.13. Princípio da indisponibilidade dos bens do menor.....	146
1.4.14. Princípio da gratuidade.....	147
1.5. Princípios assegurados aos adolescentes que cumprem medida de internação..	147
1.5.1. Princípio de brevidade.....	147
1.5.2. Princípio de excepcionalidade.....	148
1.5.3. Princípio de respeito à condição peculiar de pessoa em Desenvolvimento.....	149

SEÇÃO II

1.6. Enquadramento Legal

1.6.1. Instrumentos Internacionais	153
1.6.1.1. Declaração de Genebra: 1924	153
1.6.1.2. Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF: 1946.....	156
1.6.1.3. Declaração universal dos direitos humanos: 1948	159
1.6.1.4. Convenção de Roma: 1950	163
1.6.1.5. Declaração universal dos direitos das crianças: 1959	165
1.6.1.6. Convenção Americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica): 1969.....	167
1.6.1.7. Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança: 1989	169
1.6.1.8. Convenção 138 da OIT: 1973	172
1.6.1.9. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – (Regras de Beijing) - 1985.....	175
1.6.1.10. Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad): 1990	177
1.6.1.11. Convenção relativa à proteção e à cooperação em matéria de Adoção Internacional: 1993	178
1.6.1.12. Convenção Interamericana sobre tráfico internacional de menores: 1994.....	181
1.6.1.13. Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança: 1997	182
1.6.2. Ordenamento Jurídico Português.....	184
1.6.2.1. Constituição da República Portuguesa de 1976	184
1.6.2.2. Código Civil Português	186
1.6.2.3. Estatuto do Ministério Público: Lei 47/86	188
1.6.2.4. Lei Tutelar Educativa-lei 166/99.....	189
1.6.2.5. Lei de proteção de crianças e jovens em perigo: lei 147/1999...	191
1.6.2.6. Lei nº. 31, de 22 de Agosto de 2003	195
1.6.2.7. Decreto-Lei nº12/2008, de 17 de Janeiro de 2008	195
1.6.3. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Principais documentos nacionais	196
1.6.3.1. Brasil Colônia e Brasil Império.....	197

1.6.3.2.1. Lei do Ventre livre (n. 2.040 de 28/09/1871).....	199
1.6.3.2. Brasil República	200
1.6.3.3. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988	211
1.6.3.4. Código Civil Brasileiro	213
1.6.3.5. Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)	215
1.6.3.6. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993	216
1.6.3.7. Lei nº. 12.010/2009	219
1.7. Política Pública de Assistência Social do Brasil	223
1.7.1. Loas: Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)	226
1.7.2. Norma Operacional Básica (NOB)	228
1.7.3. Política Nacional de Assistência Social (PNAS)	231
1.7.4. Sistema Único de Assistência Social (SUAS)	232
1.7.5. Proteção Social Básica.....	235
1.7.5.1. Centros de Referência: CRAS e CREAS	236

SEÇÃO III

1.8. Relevância Jurídica: perspectiva crítica comparada.....	239
--	-----

PARTE III

CAPÍTULO I. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

2578SEÇÃO I:

1.1. Aspectos Gerais:	258
1.1.1. Família	258
1.1.2. União Estável	268
1.1.3. Poder Familiar.....	275
1.1.4. Família Substituta.....	283
1.1.4.1. Guarda	285
1.1.4.2. Tutela.....	291
1.1.4.3. Adoção	294

SEÇÃO II:

1.2. Instituições de Acolhimento.....	302
1.2.1. Acolhimento Familiar	311
1.2.2. Acolhimento Institucional	318
1.2.2.1. Conceitos	325

1.2.2.2. Causas.....	327
1.2.2.3. Condições de acolhimento.....	329
1.2.2.4. Pessoas que podem abrigar e serem abrigadas.....	331
1.2.3. Perspectiva crítica	333

SEÇÃO III

CAPÍTULO II: RESPONSABILIDADE PELAS CRIANÇAS E JOVENS

DESAMPARADOS, QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE RUA.....	342
2.1. Família.....	354
2.2. Sociedade	365
2.3. Estado	367
2.4. Ministério Público	375
2.5. Visão crítica em relação às duas Nações.....	380

PARTE IV

CAPÍTULO I: O SUPERIOR INTERESSE DAS CRIANÇAS E DOS JOVENS EM RELAÇÃO AO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, COMUNITÁRIA E AO ABRIGAMENTO

SEÇÃO I

1.1. Considerações gerais sobre o direito à convivência familiar e comunitária	387
1.2. Fatores essenciais para o abrigamento	391
1.3. Síntese de diplomas legislativos que acentuam o princípio do superior interesse das crianças e jovens	397

SEÇÃO II

1.4. Posições a serem adotadas pelo Estado, Sociedade e Ministério Público.....	404
1.5. Visão crítica em relação a esta problemática	406

CONSIDERAÇÕES FINAIS	414
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	428
----------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

O Ministério Público é uma instituição de suma importância em uma sociedade, haja vista as atribuições que lhe são conferidas por lei. É responsável pela preservação, manutenção e defesa dos direitos fundamentais. Tem como meta a edificação de um Estado social de direito, capaz de garantir vida digna, justa e humana para todos, preservando os princípios e valores constitucionais, primando pela efetivação das leis, zelando pela condução da coisa pública e cada vez mais, procurando se firmar como um instrumento de transformação social.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 e consolidado o regime democrático, a luta pelos direitos humanos passou a ser uma luta pela efetiva implementação dos direitos adquiridos através da nova Carta. Surge um novo perfil do Ministério Público e, posteriormente, importantes leis em defesa do cidadão.

O princípio do superior interesse das crianças e dos jovens, embora assegurado em todos os diplomas internacionais e nacionais, nem sempre é garantido e efetivado na sua integridade. Temos como finalidade precípua discutir este princípio, desta parcela da população que não tem acesso aos principais direitos fundamentais, os quais baseiam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito, reconhecidos internamente pelos países; identificar os fatores que motivam crianças, adolescentes e jovens a serem encaminhados para instituições de acolhimento familiares e institucionais; proporcionar aos que se encontram excluídos, à margem da lei e às suas respectivas famílias, principalmente os desprovidos de proteção especial, dos direitos relativos à sobrevivência, à subsistência, ao desenvolvimento pessoal e social, à integridade física, psicológica e moral, em uma perspectiva luso-brasileira, sob a ótica do Ministério Público; demonstrar que é dever da família, da Sociedade e do Estado, trazê-los à condição de merecedores de proteção integral, através de políticas de promoção e defesa e do controle da sociedade e apresentar uma perspectiva crítica no que tange ao direito à convivência familiar e comunitária no Brasil e em Portugal, destacando aspectos relativos à nossa discordância em relação a programas e posicionamentos adotados; revelar as formas e os responsáveis pela garantia e proteção dos direitos fundamentais das crianças, adolescentes e jovens e apresentar o nosso posicionamento em relação ao superior interesse destes ao direito à convivência familiar e comunitária e ao abrigoamento.

Num primeiro momento dedicar-nos-emos ao estudo das funções e atribuições do Ministério Público como órgão de proteção e defesa da sociedade, em especial das crianças e dos jovens, que têm seus direitos violados, que vivem em situação de risco pessoal e social ou, como dispõe a Lei de Proteção de Crianças e Jovens de Portugal, em situação de perigo atual ou iminente, para a vida ou integridade física da criança ou do jovem. Este Órgão deve agir com autonomia em nome da sociedade, da lei e da justiça, ser atuante, primar pela efetivação das leis, zelar pela condução da coisa pública e, cada vez mais, procurar se firmar como um instrumento de transformação social. Ele é responsável pela preservação, manutenção e defesa dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade, à propriedade, à educação, à saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer, à segurança, à convivência familiar e comunitária, à previdência social e à proteção aos desamparados.

Em Portugal, o Ministério Público é o órgão do sistema judicial nacional encarregado de representar o Estado, os incapazes e incertos, o exercício de funções consultivas, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar, na promoção dos direitos da sociedade, no acesso à justiça. A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, determina os casos em que as comissões de proteção devem comunicar ao Ministério Público, as consequências destas comunicações e como este Órgão intervém na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo.

No Brasil, nem sempre foi valorizado, tendo alcançado uma posição de destaque com a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, quando teve reconhecida a sua independência funcional e administrativa. Modernamente, é considerado o defensor dos valores fundamentais da sociedade e ouvidor do povo*. Tem como meta a edificação de um Estado social e democrático de direito, capaz de garantir vida digna, justa e humana para todos, preservando os princípios e valores constitucionais.

* Nota: O ouvidor do povo tem como finalidade precípua ouvir, prover e representar o cidadão dentro da Instituição, zelar pelos seus legítimos interesses e necessidades, desenvolver ações que possibilitem aproximar a sociedade dos órgãos ligados ao Ministério Público, objetivando, desta forma, torná-lo mais próximo da comunidade, dos servidores, advogados e usuários em geral, ouvindo as suas opiniões acerca dos serviços por ele prestados, detectando, conseqüentemente, que pontos devam ser melhorados, visando, com isso, um melhor aprimoramento da sua prestação jurisdicional.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988 e consolidado o regime democrático, a luta pelos direitos humanos passou a ser uma luta pela efetiva implementação dos direitos adquiridos através da nova Carta. Surge um novo perfil do Ministério Público e, posteriormente, importantes leis em defesa do cidadão. É um órgão de transformação social, que luta pela efetivação e consagração dos direitos dos cidadãos, sendo de extrema importância para o engrandecimento de uma Nação.

Faremos uma análise comparativa sobre as funções do Ministério Público no Brasil e em Portugal, apresentando dados que efetivamente demonstrem como este Órgão, de tão alta relevância para a sociedade, pode contribuir em relação às crianças e os jovens que vivem abandonados, desassistidos pela família, pelo poder público, pelas comunidades em que vivem, apresentando, em seguida, os meios que ele pode utilizar na defesa e na efetivação dos seus direitos. Ademais, o Ministério Público está expressamente legitimado nestas Nações no que se refere à proteção e à tutela dos direitos individuais indisponíveis de crianças e jovens.

Abordaremos alguns aspectos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, cujas expressões, após várias designações passaram a ser usadas pela doutrina como sinônimas, embora em contextos diferentes. A expressão “direitos humanos”, para designar os direitos dos cidadãos assegurados pelos Tratados, Declarações e Convenções Internacionais; e a de “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados na Constituição. Destacaremos a importância dos direitos fundamentais, seus principais conceitos, classificação, características, evolução e algumas peculiaridades relacionadas ao significado na atualidade das expressões direitos fundamentais e direitos humanos, que são direitos essenciais à pessoa humana e que vem evoluindo muito no curso histórico da humanidade, tendo como principais fundamentos a igualdade e a dignidade.

Sabemos, pois, que no decorrer da história da humanidade o direito das crianças e dos jovens passou por várias mudanças tanto internacionalmente, quanto nacionalmente, muitas delas de suma relevância na conquista e na proteção dos direitos desta camada da população que sempre necessita de cuidados, proteção, assistência e amparo.

Faremos um estudo sobre os elementares princípios a serem observados nesta área, salientando, em seguida, os conceitos jurídicos utilizados nas mencionadas Nações e fazendo o enquadramento jurídico destes direitos, assegurados tanto nos instrumentos nacionais,

quanto nos internacionais, como: Declaração de Genebra, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos da Criança, Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção 138 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), Convenção Americana sobre os Direitos da Criança, Convenção sobre Cooperação Internacional em matéria de Adoção Internacional, dentre outros.

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança - Carta Magna para as crianças de todo o mundo - em 20 de novembro de 1989, e, no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal; a qual tem como missão maior proteger as crianças, os adolescentes e os jovens de toda humanidade. Foi ratificada por 192 países; com exceção dos Estados Unidos e da Somália. Portugal e o Brasil ratificaram esta Convenção no ano de 1990.

Posteriormente, faremos uma análise sucinta sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento jurídico português apresentando as principais leis que regem as matérias nestas Nações fazendo assim, uma perspectiva crítico comparada, sendo que em relação ao Brasil trataremos um pouco sobre a política de Assistência Social, demonstrando a sua evolução face às diferentes legislações que regem esta matéria.

Discorreremos sobre a função da Família, do Estado e da Sociedade como um todo, focalizando diferentes opiniões de juristas acerca do tema, além de citarmos e analisarmos posicionamentos de diversos Tribunais.

Apresentaremos os importantes aspectos do direito à convivência familiar e comunitária diferenciando os tipos de instituições de acolhimento, ressaltando as condições de abrigamento, as causas e as pessoas que necessitam ser abrigadas. Destacaremos a problemática deste segmento social, tais como: a situação de risco, os motivos que levam os meninos a evadirem de seus lares, as dificuldades que enfrentam, como vivem, seus hábitos, peculiaridades, as condições econômicas e culturais da família e o trabalho realizado com o propósito de ampará-los e colocá-los em espaços de proteção, nos quais possam ter acesso a pelo menos alguns dos seus direitos básicos.

Demonstraremos que a situação das crianças e dos jovens que vivem nas ruas representa mais uma forma de exclusão social e de desrespeito aos direitos fundamentais, e em especial a dignidade da pessoa humana e como o Ministério Público, como Órgão de defesa, na qualidade de representante do Estado, defensor dos direitos da sociedade e da legalidade democrática pode interferir nesta temática. Focalizaremos dados sobre a problemática deste segmento social tais como: a situação de risco, os motivos que levam crianças e jovens a evadirem-se de seus lares, as dificuldades que enfrentam, como vivem, seus hábitos, peculiaridades e as condições econômicas e culturais da família.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, de 13 de Julho que vigora e determina as políticas de atendimento às crianças e adolescentes de rua, se constituiu a partir da organização da sociedade civil e da formação de uma grande rede de movimentos sociais na luta pelos direitos das crianças e adolescentes desassistidos, sem acesso aos direitos essenciais à vida. Com efeito, devido à situação de pobreza, a negligência dos pais, a atendimento restrito em programas sociais, constitui a dimensão, talvez a mais perversa, que os impulsiona a uma inserção precoce na rua.

A partir das condições sociais, econômicas, culturais e políticas de exclusão, procuraremos compreender esta temática, como os meninos e as meninas, quase sempre marginalizados e excluídos, ligados ao trabalho, à violência e à pobreza constroem e reconstroem suas identidades, suas práticas de vida cotidianamente.

Os vínculos familiares destas crianças e jovens devem ser fortalecidos e protegidos pela sociedade e pelo Estado. Quando eles se encontram em situação de risco pessoal e social, ou como afirma o direito português, em situação de perigo, com vínculos enfraquecidos ou desfeitos, estes Órgãos têm o dever de ampará-los, resgatando os seus direitos, apoiando-os sob os aspectos social, econômico e familiar visando à preservação dos mesmos.

Em seguida, discorreremos sobre a responsabilidade da família, do Estado, da sociedade e do Ministério Público pela violação dos direitos das crianças e dos jovens desamparados, que vivem em situação de risco pessoal e social, que têm seus direitos negados. Faremos uma análise crítica sobre o princípio do superior interesse das crianças e dos jovens apresentando alguns aspectos sobre o abrigo, sobre as posições que

deveriam ser adotadas pelo governo, pela sociedade e pelo Ministério Público de um modo geral em relação a esta problemática.

Abordaremos por fim, alguns aspectos da convivência familiar e comunitária, uma síntese dos principais diplomas legislativos que acentuam o princípio do superior interesse das crianças e jovens, nossa visão crítica em relação a esta problemática, citando dados que podem contribuir para amenizar e melhorar a situação da Infância e Juventude; pois embora considerados sujeitos de direitos e devendo ter sempre prioridade absoluta e proteção integral observamos que na prática estes dois princípios nem sempre são cumpridos pelas Nações.

PARTE I

CAPÍTULO I: O MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1. Origens Históricas

A origem do Ministério Público é controvertida. A História não apresenta possibilidade de precisar onde tenha surgido, quando, nem como. Alguns escritos descobertos por ocasião de pesquisas e escavações realizadas no Egito mencionam que tal origem data de mais de quatro mil anos, no “*magiaí*”, funcionário real do Egito, considerado a língua e os olhos do rei. A ele competia castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e o mentiroso; era como o marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; além de lhe competir tomar parte das instruções para descobrimento da verdade.

Buscam também as raízes do Ministério Público na Antiguidade Clássica, na Idade Média e até no “*vindex religionis*” do direito canônico. Já a doutrina italiana procura demonstrar sua origem peninsular.

No entanto, a origem mais aceita e também a mais mencionada pelos historiadores é na Ordenança, de 25 de março de 1302, de Felipe IV, rei da França, que determinou aos seus procuradores que prestassem o mesmo juramento dos juízes, proibindo-lhes o exercício de outras funções que não as determinadas ou concedidas pelo rei. Há controvérsias sobre a data; alguns mencionam 23 de março de 1303.

É interessante notar que, pelo modo como o rei Felipe IV instituiu as funções dos Procuradores do rei, deixa claro que a instituição já existia, tendo apenas sido regulamentada. Segundo Costa Machado, “a diferença é que, antes desse edito, os procuradores exerciam a defesa dos interesses privados do soberano e, depois dele, passaram a tutelar os interesses do Estado, separados da pessoa e dos bens do rei, sempre, entretanto, em nome dele e como uma projeção exclusiva de sua autoridade¹”.

¹ MACHADO *apud* MARUM, Jorge de Oliveira. *Ministério Público e Direitos Humanos*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 39.

Refira-se, ainda, que foi devido à Revolução Francesa que se estruturou mais eficazmente o Ministério Público, conferindo garantia aos seus integrantes, mas foi o Código de Napoleão que deu a este Órgão a feição que a França veio a conhecer. Nesta mesma linha, Hugo Nigro Mazzilli costuma mencionar que: “a Revolução Francesa estruturou mais adequadamente o Ministério Público, enquanto instituição, ao conferir garantia a seus integrantes. Foram, porém, os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade, daí vindo a ser difundida a instituição para diversos Estados²”.

Hélio Tornaghi³ tem o mesmo entendimento quando em sua obra “*Curso de Processo Penal*” afirma que “a França foi o primeiro país a registrar o surgimento de um órgão com características semelhantes às do atual Ministério Público, bem como, que, após a Revolução Francesa, tal modelo foi adotado por toda a Europa e pelas Américas, tornando-se, em seguida, uma instituição mundial”.

A História do Ministério Público teve uma influência muito grande da doutrina francesa. A expressão *parquet* é constantemente usada no Brasil para referir-se à instituição. Invocando Francisque Goyet, Hugo Mazzilli assim assegura:

“A menção a *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistrature debout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Os procuradores do rei (*daí les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e de terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala das audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). Conservaram, entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature debout*⁴”.

Por sua vez, conforme Rassat, “a conformação definitiva da instituição na França somente se deu com o movimento de codificação ocorrido no período napoleônico, especialmente com a edição do Código de Instrução Criminal, de 1810, que subordinou

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público apud Goyet, Francisque*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.5.

³ DAHER, Marlusse Pestana. *O Ministério Público*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/266>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p.5.

definitivamente o Ministério Público ao Poder Executivo, como seu representante junto à autoridade judiciária⁵”.

A origem da expressão “Ministério Público” já era encontrada em textos romanos clássicos, com bastante assiduidade. “O termo “ministério” deriva do latim *ministerium*, *minister*, que revela o significado de ofício do servo, função de servir, mister ou trabalho. Já o adjetivo “público” indica a ideia de instituição estatal (aspecto subjetivo) ou de interesse geral ou social (aspecto objetivo)⁶”.

Referindo-se à instituição, Hugo Mazzilli, citando levantamento feito por Mario Vellani, *II pubblico ministero*, assevera que “a expressão “*ministère public*” foi usada com muita frequência nos provimentos legislativos do século XVIII, ora designando as funções próprias daquele ofício público, ora referindo-se a um magistrado específico, incumbindo-o do poder-dever de exercitá-lo, ora, enfim, dizendo respeito ao ofício⁷”.

Ambos defendem a tese de que a expressão nasceu “na prática, quase inadvertidamente”, quando os procuradores do rei falavam de seu próprio mister ou ministério, e a este vocábulo se uniu, “quase por força natural”, o adjetivo “público”, para designar os interesses públicos que os procuradores e advogados do rei deveriam defender. Posteriormente, a referida expressão foi traduzida para outros Estados.

Com muita propriedade, assevera Paulo Bonavides: “o Ministério Público nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da Sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições⁸”.

No Brasil, o primeiro texto levantado por Addon de Mello e ratificado por José Henrique Pierangelli, no qual se identifica o uso da expressão “Ministério Público”, baseia-se no art. 18 do Regimento das Relações do Império, baixado em 2 de maio de 1847.

⁵ RASSAT, *apud* MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e Direitos Humanos*. Campinas: Bookesller, 2005, p.43.

⁶ MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do ministério público no processo civil à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.9/10.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.8.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 384.

1.1.1. No Brasil

O desenvolvimento do Ministério Público no Brasil esteve sempre ligado ao direito português. Seus primeiros traços descendem do Direito Lusitano, vigente no país no período colonial.

As Ordenações Manuelinas, de 1521, já mencionavam o Promotor de Justiça e suas obrigações perante as Casas de Suplicação e nos juízos das terras. “O Promotor de Justiça actuava basicamente como um fiscal da lei e de sua execução. Nas Ordenações Filipinas, de 1603, são definidas as atribuições do Promotor de Justiça junto às Casas de Suplicação, que fica incumbido, além das atribuições de fiscal da lei, do direito de promover a acusação criminal⁹”.

Discorrendo sobre o assunto, Octacílio Silva, ao fazer uma ligeira síntese sobre a ligação histórica dos dois países, assim declara:

“O Brasil foi descoberto por Portugal sob o império legal das Ordenações Afonsinas, que vigoravam desde 1446. Estas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, a partir de 1521, as quais vigoraram em Portugal e nas suas colônias até 1868, quando entraram em vigor as Ordenações Filipinas. Assim, grande parte do Brasil - colônia e parte do Império foram regidas pelas Ordenações Manuelinas, em cujos Títulos XI e XII do Livro I se compeliram as obrigações do procurador dos feitos, do promotor de justiça da Casa da Suplicação e dos promotores de justiça da Casa Civil¹⁰”.

Segundo Rodrigues Azevedo, “na época colonial até 1609 apenas funcionava no Brasil a justiça de primeira instância, e nela ainda não existia órgão especializado do Ministério Público. Os processos criminais eram iniciados pela parte ofendida ou pelo próprio juiz, e o recurso era interposto para a Relação de Lisboa. A figura do Promotor de Justiça só surgiu em 1609, quando foi regulamentado o Tribunal de Relação da Bahia sob as Ordenações Filipinas¹¹”.

Ressalta ainda que “em 1751 foi criada a Relação da cidade do Rio de Janeiro, que viria a se transformar em Casa de Suplicação do Brasil em 1808, cabendo-lhe julgar os

⁹ DIAS, João Paulo e AZEVEDO, Rodrigo, *et al.* *O Papel do Ministério Público: estudos comparados dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 223.

¹⁰ SILVA, Octacílio Paulo. *Ministério Público*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1991. p. 6.

¹¹ DIAS, João Paulo, AZEVEDO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 223

recursos da Relação da Bahia. Neste novo tribunal, os cargos de Promotor de Justiça e de procurador dos feitos da coroa e da fazenda separaram-se e passaram a ser ocupados por dois titulares, dando o primeiro passo para a separação total das funções da Advocacia Geral da União (que irá defender o Estado e o fisco) e do Ministério Público¹²”.

No Império, a Instituição era tratada no Código de Processo Criminal, sem nenhuma referência constitucional. Somente na Constituição de 1824 foram criados o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de relação, tendo sido nomeados os respectivos Desembargadores, Procuradores da Coroa, reconhecidos como Chefe do *Parquet*. Conforme já foi dito, a expressão Ministério Público só foi utilizada pela primeira vez no Decreto nº. 5.618/1847, de 2 de maio. “Com o advento da Constituição do Império, de 1824, embora ainda não institucionalizado o Ministério Público, mencionava-se o procurador da coroa, a quem pertencia a incumbência de acusação no juízo dos crimes. Em 1932, o Código de Processo Criminal do Império referiu-se ao “promotor da ação penal¹³”.

Como se vê, nem mesmo no Império o Ministério Público existiu, no Brasil, como Instituição. E como se não bastasse, a legislação subsequente, do mesmo período, continuou ignorando este fato. Os membros do Ministério Público não passavam de meros agentes do Executivo, sem garantias, de livre nomeação e passíveis de demissão a qualquer tempo, por livre vontade da administração.

A Constituição de 1891, conhecida como a Primeira Constituição da República, fez referência ao Ministério Público no Texto Fundamental, apenas no que diz respeito à escolha do procurador-geral e à sua iniciativa na revisão criminal *pro reo*. Entretanto, não lhe reconheceu a condição de órgão autônomo, apesar de já ter começado a ganhar contornos de instituição anteriormente. Todavia, o Ministério Público só surgiu como instituição com a Proclamação da República.

Campos Sales, Ministro da Justiça no Governo Provisório, foi considerado por César Salgado o precursor da independência do Ministério Público no Brasil. Primeiro como frisa Ruy Junqueira, pelo Decreto nº. 848/1890, de 11 de outubro, que reformou a Justiça no Brasil;

¹² *Ibidem*.

¹³ VASCONCELOS, Clever Rodolfo de Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

depois pelo Decreto nº. 1.030/1980, de 14 de novembro, que organizou a Justiça do Distrito Federal. No primeiro dos dois diplomas legais, na sua Exposição de Motivos, afirma-se que “o Ministério Público é instituição necessária, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier¹⁴”.

A primeira Constituição Republicana de 1891, contudo, “limitou-se a dispor que a escolha do Procurador-Geral da República, pelo Presidente da República, deveria recair dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁵”.

Por sua vez, o Código Civil de 1916 concedeu ao Ministério Público várias atribuições, dentre estas, a curadoria de fundações, a legitimidade para propor ação de nulidade de casamento, a defesa de crianças e adolescentes, de interdição.

Posteriormente, veio a Constituição de 16 de julho 1934, cujos artigos, 95 a 98, tratavam de forma mais definida a própria razão de ser do Ministério Público, além de delinear, de forma genérica, suas competências funcionais. Nela podem ser observadas várias conquistas: proporcionou estabilidade aos seus membros; regulou o ingresso na carreira através de concurso; o procurador geral da República passou a ser de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República, mediante aprovação pelo Senado Federal, e garantia de vencimentos iguais aos dos ministros da Corte Suprema; tratou da organização do Ministério Público nas justiças militar e eleitoral e determinou a competência privativa dos Estados para legislar sobre as garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais.

A Carta outorgada na ditadura de Vargas, aos 10 de novembro de 1937, foi um retrocesso para a instituição ministerial. Praticamente extirpou o *Parquet* do ordenamento constitucional e do próprio cenário político. Somente no art. 99 havia referência ao procurador geral da República como chefe do Ministério Público Federal. O art. 101, I, dispôs sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o procurador geral da República, nos crimes comuns e de responsabilidade, e no art. 105 instituiu o chamado “quinto constitucional”, ou seja, tratou sucintamente da composição dos tribunais superiores, dos quais, um quinto dos lugares seria preenchido por advogados ou

¹⁴ CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. *Tese aprovada pelo III Congresso do MP Fluminense*. 1970, p. 6.

¹⁵ VASCONCELOS, Clever Rodolfo. *Op. cit.*, p. 2.

membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada. Esta Constituição, que deu início ao período conhecido como “Estado Novo”, era influenciada pelo fascismo e dava poderes totais ao presidente, que podia fazer decretos-lei e nomear interventores para o governo dos Estados.

A Constituição de 18 de Setembro de 1946 marcou o retorno do país ao regime democrático e à independência do Ministério Público como instituição, conferindo-lhe título próprio. Várias foram as suas conquistas, como: sistematização em dois ramos: federal e estadual; estabilidade na função, só podendo haver demissão ante sentença judicial ou processo administrativo: concurso de provas e títulos, assegurando garantias de estabilidade e inamovibilidade; promoção na carreira de entrância a entrância; remoção só por meio de representação motivada pelo Procurador Geral; assegurada à participação do Ministério Público na composição dos tribunais. Segundo Almir Pereira, “nasceu deste modo o que se pode chamar de Independência da Instituição, que foi mantida até esta data, pelas Constituições seguintes, patenteando um Ministério Público soberano no cumprimento legal para a sociedade e a justiça¹⁶”.

Em 31 de Março de 1964, um golpe militar derrubou o presidente João Goulart, que deixou o poder sem nenhuma resistência. Iniciou-se, então, um período de vinte anos em que o Brasil esteve sob o governo dos militares, período no qual o país passou a ser comandado por uma Junta Militar, que se autodenominou “Supremo Comando da Revolução”.

Em consequência do golpe militar, o ordenamento jurídico foi rompido. A Junta Militar editou o Ato Institucional nº. 1, alterando a Constituição de 1946 e atribuindo amplos poderes ao Presidente da República, tais como: cassar mandatos, suprimir os direitos políticos (de votar e ser votado) dos cassados por dez anos, decretar o estado de sítio e eleições indiretas para o presidente provisório, que seria eleito pelo Congresso.

No final de 1966, o governo decidiu elaborar uma nova Constituição, incorporando as emendas e os atos institucionais. O Congresso Nacional foi transformado por ato institucional em Assembleia Constituinte limitada. Em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a nova Constituição. O Ministério Público passou a integrar o Poder Judiciário. “Foi como era de se

¹⁶ O Ministério Público e a Legislação Pátria. In: *Justitia, órgão do Ministério Público de São Paulo*; p. 208; v. 87.

esperar, econômica, dedicando à Instituição apenas três artigos, determinando a sua organização em carreira na União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados¹⁷”.

Foram mantidas, em linhas gerais, ressalta Mazzilli, as regras anteriormente vigentes, estendendo-se aos membros do Ministério Público a disciplina da aposentadoria e dos vencimentos que vigia para a Magistratura.

Posteriormente, após a ocorrência de novo golpe, uma junta militar, sob a forma de “Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969, decretou a Carta de 1969, passando o Ministério Público a integrar o Poder Executivo”.

Em 1973, o novo Código de Processo Civil deu tratamento sistemático ao Ministério Público, conferindo-lhe papel de órgão interveniente (*custus legis*) nas causas de interesse público ou que envolvessem interesses de incapazes. Em 1977, a Emenda Constitucional nº. 7 dá nova redação ao artigo 96º da Constituição. Pelo novo texto, passou-se a admitir a edição de Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, para estabelecer normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados. Com amparo nesta redação, foi editada a Lei Complementar nº. 40, de 1981, a primeira Lei Orgânica do Ministério Público, que definiu seu estatuto jurídico, com suas principais atribuições, garantias e vedações.¹⁸ Esta lei já definia o Ministério Público como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e responsável, perante o Poder Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis, definição que viria a ser praticamente repetida pela Constituição de 1988.

Por fim, sobreveio a Constituição de 1988, a qual reconheceu de forma ampla e democrática, a real importância da Instituição, tendo, a partir de então o Ministério Público passado a ocupar posição autônoma frente aos três Poderes Estatais e, no exercício pleno de suas atribuições, pôde passar a exercer com independência funcional e administrativa todas as atribuições que lhe são afetas, destinadas no contexto nacional, a defesa sem reservas, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a tutela dos interesses difusos. Tornou-se uma

¹⁷ MARUM, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸ DIAS, João Paulo, *op.cit.*, p. 228.

instituição permanente, competindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como vimos, assiste razão a Hélio Tornaghi quando declarou, *verbis*: “O Ministério Público não surgiu de repente, num só lugar, por força de algum ato legislativo. Formou-se lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas¹⁹”.

1.1.2. Em Portugal

Conforme relata João Baptista Mártens, “num alvará de 28 de março de 1514, estabeleceram-se regras de atuação para os procuradores régios nos diferentes juízos e, nas Ordenações Manuelinas, de 1521, foram pela primeira vez mencionados os promotores da justiça, sendo compendiadas suas obrigações tanto perante as casas da suplicação como nos juízos das terras²⁰”.

Assevera ainda que, tais disposições passaram às Ordenações Filipinas, sendo ampliadas e desenvolvidas na legislação posterior²¹. Carlos Alberto de Salles afirma “que foi somente nas Ordenações Filipinas, de 1603, que se criou pela primeira vez de maneira sistemática, a figura de um Promotor de Justiça junto à Casa de Suplicação²²”. A função era desempenhada por um dos desembargadores dessa corte, a quem incumbia “requerer todas as coisas que tocam à Justiça”.

Mártens conclui seu relato histórico afirmando que “o Ministério Público em Portugal, não foi uma criação francesa, mas sim resultou das necessidades de justiça e da preparação de uma época; desenvolveu-se simultaneamente nas diferentes nações em que esse estado se dera²³”.

Por outro lado, no entendimento de João Paulo Dias²⁴, as origens mais remotas do Ministério Público, em Portugal, têm sido pouco discutidas. Assegura existir certa

¹⁹ TORNAGHI, Hélio *apud* MOREIRA, Jairo Cruz. A intervenção do ministério público no processo civil à luz da Constituição. *Op. cit.*, p. 17.

²⁰ MARTENS *apud* MARUM, *op. cit.*, p. 44.

²¹ *Ibidem*, p. 45.

²² SALLES *apud* MARUM, p. 45.

²³ *Ibidem*, p.44.

²⁴ DIAS, João Paulo. *Op. cit.*, p. 30.

unanimidade em afirmar que foi a organização francesa que inspirou as reformas que muitos países introduziram nesta magistratura, a partir do final do século XVIII. Ressalta, porém, que o Ministério Público aparece de uma forma já desenvolvida, na França, no século XV, com a necessidade de instituir, junto aos tribunais, advogados e procuradores que mantivessem a autoridade da coroa que, nessa época, simbolizava a autoridade da lei e o interesse da nação contra as prerrogativas dos grandes vassalos e as pretensões do foro eclesiástico. Somente em 1810 é que foram definidas as suas funções de representação do poder executivo junto da autoridade judiciária.

Destaca ainda o referido doutrinador que o aparecimento do Ministério Público em Portugal, como organização estável e permanente, remonta ao século XIV. Apesar de aparecerem referências aos procuradores e advogados do rei, quando da fundação da monarquia, não se tratavam de cargos permanentes, e sim de nomeações para casos específicos. Somente no tempo de Afonso III surge o cargo de procurador do rei com características de permanência. Contudo, a organização do Ministério Público, em termos definitivos, acabará apenas por acontecer em 1832, através do Decreto nº. 24, de 16 de maio. Este diploma é um marco fundamental na história do Ministério Público e deve-se a Mouzinho da Silveira, então Ministro e Secretário de Estado da Repartição dos Negócios da Justiça²⁵.

O moderno Ministério Público foi, no entanto, criado no século XIX, com a implantação do Regime Liberal e com a separação do Poder Judicial dos restantes poderes. No reinado de D. Maria II, sob regência de Dom Pedro IV (D. Pedro I do Brasil), por decreto de 16 de maio de 1832, é criado o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e junto dele o cargo de Procurador-Geral. Desde essa data, até ao fim da monarquia o MP passou a ser dirigido pelo Procurador-Geral da Coroa e Fazenda, que era coadjuvado por Procuradores Régios em cada Tribunal de 2ª Instância (Relações), Delegados de Procurador Régio nos Tribunais de 1ª Instância, com um Subdelegado em cada julgado. Com a implantação do regime republicano em 1910, a organização manteve-se semelhante, mas a designação dos cargos foi alterada para Procurador-Geral da República, Procurador da República e Delegado e Subdelegado do Procurador da República²⁶.

²⁵ *Ibid, Ibidem.*

²⁶ Ministério Público de Portugal. Disponível em:
http://pt.wikipedia.org/wiki/Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_de_Portugal. Acesso em 15/03/2010.

Segundo Eduardo Costa, “ao longo do século XIX e até 1974, o Ministério Público português manteve, em linhas gerais, as características da titularidade da ação penal e, no cível, poderia atuar como autor ou como interveniente, em casos de interesse público ou de incapazes, compondo uma magistratura paralela à da judicial, mas subalternizada relativamente a esta, pois constituía acesso à carreira judicial, não dispondo de quadros privativos, sendo seus quadros superiores recrutados em comissão junto àquela magistratura. Tal situação não foi alterada substancialmente pelo advento da República em 1910 e, à ditadura do Estado Novo, vigente a partir de 1926. Para ele, a Revolução de Abril, produz um verdadeiro sismo para o Ministério Público, dinamizado pela fundação do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, que influenciou decisivamente a Assembleia Constituinte, interessada em criar um Poder Judiciário, forte e independente. Nesse sentido, a Constituição de 1976 garantiu a autonomia do Ministério Público, dedicando-lhe um capítulo próprio, dentro do título destinado aos tribunais²⁷”.

1.2. O Ministério Público e as atuais Constituições

Embora Portugal e o Brasil tenham tido várias Constituições no decorrer da história, abordaremos apenas a última de cada Nação, que mesmo depois de sofrerem algumas alterações continuam em vigor.

1.2.1. Do Brasil

A atual Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Denominada “Constituição Cidadã” pelo deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, por ser “amplamente voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos. Além disso, é resultado de um poder constituinte originário, que se iniciou em um processo de transição pacífica do regime militar para o regime democrático”. Conferiu a instituição um sentido finalístico, um critério constitucional capaz de definir os fins para os quais ela se volta, deixando claro ser o Ministério Público um órgão de soberania popular, um instrumento da sociedade para a realização dos fins a que ela se propõe²⁸.

²⁷ MARTENS, *apud* MARUM., *op. cit.*, p. 70.

²⁸ MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e Direitos Humanos*. Campinas: Bookesller, 2005, p.54.

Foi o ápice da evolução histórica do Ministério Público no Brasil, mantendo e ampliando as hipóteses de atuação do Ministério Público em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ao mesmo tempo em que o desvinculava e lhe conferia independência quase total dos órgãos do governo. Essa independência só não pode ser considerada total porque se manteve a nomeação dos Procuradores Gerais pelos chefes do Executivo. Esta Constituição conferiu à instituição um sentido finalístico, ou seja, um critério constitucional capaz de definir os fins para os quais a instituição se volta, deixando claro ser o Ministério Público um órgão da soberania popular, um instrumento da sociedade para a realização dos fins a que ela se propõe ²⁹.

Conforme a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, o Ministério Público, além de ter se desvinculado institucionalmente do Poder Executivo, foi elevado à condição de órgão detentor de autonomia funcional e administrativa. O artigo 127 assim dispõe, *in verbis* ³⁰:

Os membros do Ministério Público, como agentes políticos, devem atuar com ampla liberdade funcional, ficando condicionados aos parâmetros das legislações pertinentes aos casos submetidos às suas apreciações. “Ao exercer o direito, submete-se aos mesmos princípios, deveres e obrigações concernentes às partes; no entanto, não está sujeito às custas, despesas processuais e sucumbência, sendo que, por força do art. 188 do Código de Processo Civil, terá prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar”³¹.

A essência do Ministério Público está na busca diuturna da “justiça”, consubstanciada, também, na defesa dos direitos sociais, estejam eles explícitos ou implícitos, porquanto é nesta instituição que a sociedade brasileira espera se revelarem os princípios constitucionais³².

²⁹ *Ibid, Ibidem.*

³⁰ BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz e Livia Céspedes. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.88. Art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; *Parágrafo 1º* São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional; *Parágrafo 2º* Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. *Parágrafo 3º* O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

³¹ MENNA, Fábio de Vasconcelos. *Direito Processual Civil*/Fábio de Vasconcelos Menna, Renato Montans de Sá; coordenação: Luiz Flávio Gomes, Nestor Távora. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 33.

³² D'ANGELO, Suzi e Elcio. *Direito de Família*. 1ªed. Leme/SP: Anhanguera, 2010, p. 391.

Se a família e o Estado deixarem de cumprir a função de proteger as crianças, adolescentes e jovens, de promover, em benefício dos que se encontram abandonados, em situação de risco, ações diretas e indiretas em consonância com seus legítimos interesses, o Ministério Público, na qualidade de representante legítimo da sociedade deve assumir este papel e posteriormente ingressar com ações contra aqueles que ficarem omissos em relação as suas obrigações.

“O risco social diz respeito àquelas situações onde há atividade em desacordo com as determinações legais ou ausências de políticas públicas, como, por exemplo, a ausência de vagas em escolas, a precariedade ou ausência de serviços médicos destinados a toxicômanos, a ausência de programas de prevenção à gravidez na adolescência, a precariedade nos programas sociais a famílias carentes etc.. A situação de risco familiar ocorre com a falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, como, por exemplo, em razão de falecimento ou de desaparecimento. A omissão se traduz em negligência na assistência material, intelectual e afetiva por parte dos pais ou responsáveis. A situação de risco pessoal ocorre quando a criança ou o adolescente apresenta desvio de conduta, como por exemplo, com o uso de drogas, evasão escolar voluntária, indisciplina escolar ou familiar etc..³³”.

Uma das maiores novidades introduzidas por esta Constituição foi a valorização do Ministério Público como órgão de defesa da sociedade, que passou a dispor de um órgão público para patrocinar os seus interesses contra os detentores do poder político e econômico e inclusive contra o próprio Estado e seus agentes. Como acentua, oportunamente, Rodrigo César Rebello Pinho,

“para a consolidação do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição brasileira não basta à imparcialidade do Poder Judiciário; é indispensável à existência de um órgão independente que o movimente na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo essa a razão pela qual o Ministério Público é considerado essencial à função jurisdicional do Estado³⁴”.

Pondera também José de Albuquerque Rocha que,

“sendo o Ministério Público o defensor do interesse público em geral, por consequência, é o órgão mais qualificado para dizer de sua existência. Segundo ele, é preciso não esquecer que o poder de intervir implica o poder de afirmar os fatos constitutivos da intervenção, de forma que, só pela circunstância de o Ministério Público alegar a existência do interesse público, que é o ato constitutivo da intervenção na previsão genérica da norma, o

³³ CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa e FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança do Adolescente e do Idoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43.

³⁴ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização dos poderes e histórico das Constituições*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (Coleção Sinopses Jurídicas) p.131-132. v. 18.

órgão jurisdicional está no dever de admiti-lo, para fins de sua verificação no mérito³⁵”.

Observa-se, à luz do artigo 128 da Carta Magna que, no Brasil, há um Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. Por sua vez, o Ministério Público da União abrange: a) O Ministério Público Federal, que atua junto à Justiça Federal Eleitoral (nesta juntamente com o Ministério Público dos Estados); b) O Ministério Público do Trabalho (junto à Justiça do Trabalho); c) O Ministério Público Militar (junto à Justiça Militar); e d) O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (junto à Justiça do Distrito Federal e Territórios).

Por sua vez, a competência da Justiça Estadual Comum é residual. Será de sua competência o que não couber à Justiça Federal Comum.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 reservou o capítulo denominado “Das funções essenciais à justiça, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública”, dentro do título destinado à “Organização dos Poderes”.

Conforme mencionado, o Ministério Público, na Constituição de 1967, passou a integrar o Poder Judiciário e, pela Emenda Constitucional nº. 01 de 1969, o Poder Executivo.

Infere-se, portanto, nos dispositivos constitucionais vigentes, referentes ao Órgão, que o Ministério Público não pertence a nenhum dos poderes constituídos, devendo ser tratado como uma instituição à parte, com autonomia financeira e administrativa, como faz alusão o art.127 § 2º da CF. Tem por atribuição constitucional a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não estando submetido à vontade hierárquica de nenhum poder político do Estado brasileiro. O importante é que na defesa desses interesses, o membro do Ministério Público procure atuar com lisura e independência.

A atuação ministerial, seja ela em qualquer área for, deve evidenciar os interesses sociais e individuais indisponíveis, o que revela ao desvelo pelo interesse público. O objeto da tutela ministerial são os interesses que, pela relevância e necessidade de primazia, têm incutido o caráter da indisponibilidade, da inalienabilidade a quem quer que seja e a qualquer

³⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 234.

pretexto. O interesse público que constitui objeto de defesa do Ministério Público é o conhecido interesse público primário e não o secundário³⁶.

João Gaspar Rodrigues destaca em um artigo denominado “Institucionalização do Ministério Público”, um interessante trabalho histórico feito pelo professor Jersey de Brito Nunes, intitulado “O Ministério Público” no qual focaliza a evolução institucional deste Órgão, afirmando o seguinte, *ipsis litteris*”:

“pelo que consta das Constituições sobre as quais tecemos comentários, o Ministério Público nunca foi institucionalizado no Brasil. Na Constituição do Império ficou atrelado ao Poder Legislativo (Senado); na de 1891, ao Judiciário; na de 1934, aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Executivo); e, nas de 1946 e 1967, também ao Poder Executivo. Adquiriu foro de instituição há bem pouco tempo com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, pela qual desvinculou-se das amarras dos Poderes do Estado, situando-se em capítulo próprio (Capítulo IV)³⁷”.

E, mais adiante, completando a exposição, conclui:

“ainda se discute se efetivamente houve, da Constituição de 1824 à Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969 no Ministério Público, crescimento institucional. Para uns sim, para outros se crescimento houve, este não se processou de forma harmônica e obedecendo ao princípio da continuidade. Se existiu, tal aconteceu por avulsão, mas nunca por evolução.

Na verdade, o Ministério Público adquiriu uma nova feição a partir da promulgação da Constituição de 1988, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Lei Maior. No exercício de seu mister, às vezes incomoda, principalmente, a classe dominante. Infelizmente alguns membros são omissos em relação a determinados problemas, a determinadas situações, outros agem de forma excessiva. O artigo 129³⁸ da Constituição Federal Brasileira estabelece as funções institucionais do Ministério Público.

³⁶ MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do ministério público no processo civil à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 204.

³⁷ RODRIGUES, João Gaspar. Atribuições do Ministério Público. Jus Navigandi. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=270> > 16.07.04.

³⁸ Art. 129 da CF/88 I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

A Lei Complementar Federal nº. 40/81, sancionada no dia 14 de dezembro de 1981 dispunha em seu art. 61 que essa data marcaria o dia dedicado ao Ministério Público. A escolha de tal dia foi mantida pela atual Lei Orgânica do Ministério Público, Lei nº. 8.625/1993, de 12 de fevereiro, em seu artigo 82.

Deve ser enfatizado ainda que, por ter sido o precursor da Independência do Ministério Público no Brasil, Campos Sales é considerado o patrono do Ministério Público brasileiro. Ele foi o quarto presidente da chamada “República Velha”; governou de 1898 a 1902; antes, porém, exerceu vários cargos públicos e contribuiu de forma considerável para o desenvolvimento da Nação. No seu governo ocorreu “a superposição de algumas instituições modernas, como a autonomia dos estados e o voto universal, sobre uma estrutura arcaica³⁹”.

O Ministério Público, ainda quando vário e, mesmo, contraditório o tratamento que lhe dispensam os diversos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos, bem como a despeito da relatividade da noção de interesse público, é órgão estatal, de natureza administrativa, autônomo, integrado por agentes políticos, instituído ao objetivo de sustentar, judicial e extrajudicialmente, a prevalência de determinados interesses públicos, em razão de cuja relevância a sociedade repete necessária a intervenção tutelar do Estado⁴⁰.

Nos termos da atual Constituição, o Ministério Público é um órgão que pode promover os direitos humanos, tomando atitudes mais firmes com relação aos direitos dos cidadãos, devendo, por conseguinte, estar mais aparelhado e ter mais consciência acerca do seu ofício.

A função do Ministério Público é de verdadeiro protetor, exímio fiscal da sociedade, em todos os campos de atuação, seja na perseguição criminal, na proteção do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público, seja na defesa dos interesses dos incapazes e da coletividade que representa. Sua atuação se concretiza através dos seus membros - Promotores e Procuradores de Justiça, que funcionam como representantes da instituição que representam.

Referindo-se às atribuições do Ministério Público, ressalta Otacílio Paula Silva que a função, em suma, de fiscal da lei e defensor da sociedade é por demais extensa, complexa e relevante, somente equiparável à vastidão das responsabilidades que pesam sobre os ombros

³⁹ SILVA, Francisco de Assis. *Histórico do Brasil*. São Paulo: Moderna, 1992. p. 208.

⁴⁰ LIMA, Antônio Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como custos legis*. São Paulo: Método, 2007, p. 96.

dos representantes do Ministério Público, encarregados de promover e realizar, o que não é fácil e não pode prescindir de vocação e sacrifícios⁴¹.

Não obstante algumas teses formuladas, o que efetivamente não pode ser negado é o fato da atual Constituição brasileira ter dado uma posição de destaque ao Ministério Público, ter lhe conferido notáveis avanços institucionais, tanto no campo de suas garantias quanto no de suas atribuições.

Assiste razão a Hugo Mazzilli quando, em sua obra “*O Acesso à Justiça e o Ministério Público*”, afirma que: “O Ministério Público só pode bem desincumbir dos seus encargos se gozar de independência funcional, e, em seguida, se exercer de fato essa independência, de direito e de fato, poderá desempenhar de forma efetiva tão altos encargos que lhe reservam a Constituição⁴²”.

Em seguida, faz uma análise dessas garantias, dividindo-as em três modalidades: a - *garantias à instituição* (nas suas atividades-meio), que são: *autonomia administrativa* (autonomia financeira e iniciativa de lei); b - *garantias a seu ofício* (nas suas atividades - fim), que podem ser vistas no art. 127 § 2º da CF/88 e, por fim, c - *as garantias a seus órgãos e agentes* (no exercício de suas atribuições funcionais), em que se destacam: *independência funcional, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, inamovibilidade e vedação do procurador ad hoc*⁴³.

Nesse contexto, Dalmo Dallari mantém similar entendimento, ao fazer a seguinte afirmação:

“a Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público atribuições que o tornaram instrumento essencial do Estado Democrático de Direito. Seu perfil constitucional permite chamá-lo de guardião da sociedade e de seus interesses constitucionalmente assegurados, de forma que a amplitude do campo de atuação do parquet e a sua independência são fatores diretamente proporcionais à consecução do bem-comum, objetivo final do Estado⁴⁴”.

⁴¹ SILVA, Octacílio Paulo. *Ministério Público*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1991, p.2.

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.167.

⁴³ *Ibid, Ibidem*.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 91.

Note-se então que, a definição das atribuições do Ministério Público de forma a garantir o seu papel institucional e sua instrumentalização deve ser privilegiada pelo Estado democrático.

Ademais, como será analisado posteriormente, a Constituição atual conferiu legitimação ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos, o que, sem dúvida, foi um grande avanço para a sociedade, para a tutela e proteção dos seus interesses. A intervenção do *Parquet* na proteção ao consumidor não tem seu fundamento na hipossuficiência econômica do consumidor. Baseia-se no caráter de indisponibilidade dos interesses protegidos, exatamente na medida em que, pela sua extensão coletiva e qualidade difusa, extrapolando a órbita individual, exigem tutela do Estado. Através do Ministério Público, o Estado intervém para equilibrar a estrutura do poder produtor-consumidor.

Ainda que o Ministério Público seja uma instituição sempre muito lembrada por sua marcante atuação criminal como titular da ação penal, ao lado desta tradicional atividade há de se estudar o papel dos membros ministeriais na defesa e fiscalização de direitos cíveis coletivos e individuais da sociedade, matéria que contempla todas as múltiplas e operosas tarefas que se mostrarem à atuação criminal, podendo ser definida por exclusão⁴⁵.

1.2.2. De Portugal

No período imediatamente anterior ao 25 de abril de 1974, as polêmicas começavam a sentir-se na área da justiça, à imagem do que acontecia noutros setores da sociedade portuguesa. As primeiras mudanças ocorreram no contexto da revolução de 25/04/1974. A deposição do Governo de Marcello Caetano, pelo Movimento das Forças Armadas (MFA), originou a adoção de políticas de justiça que iam ao encontro das expectativas democráticas da população. Após esta revolução e a instauração do regime democrático, partiu-se para uma organização judiciária na qual a capacidade de interferência por parte do poder político diminuiu consideravelmente, de tal forma que as sucessivas revisões da Lei Orgânica dos Tribunais, do Estatuto do Ministério Público e do Estatuto dos Magistrados Judiciais erradicaram os poderes interventivos e diretivos do Ministério da Justiça que ainda persistiam

⁴⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira e BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em Ação. Atuação prática e extrajudicial*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p.31.

do regime anterior mantendo-se apenas o poder de emitir instruções em ações cíveis em que o Estado é defendido pelo Ministério Público⁴⁶.

A Constituição da República do novo regime democrático só foi aprovada quase dois anos após o 25 de abril de 1974, a 2 de abril de 1976, pela então Assembleia Constituinte. Desse modo, foi após a publicação da Constituição de 1976, que consagrou os tribunais como órgão de soberania, no art. 113º, atual art. 110º, após a revisão de 1997, que se estipulou a independência do seu funcionamento como um dos princípios básicos do sistema judicial português e se passaram a definir suas competências⁴⁷.

Eis o que diz o art. 110º da CRP: Órgãos de soberania. 1. São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. 2. A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição⁴⁸.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) “é a actual constituição portuguesa. Foi redigida pela Assembleia Constituinte eleita na sequência das primeiras eleições gerais livres no país em 25 de Abril de 1975, 1.º aniversário da Revolução dos Cravos. Os seus deputados deram os trabalhos por concluídos em 2 de Abril de 1976, tendo a Constituição entrado em vigor a 25 de Abril de 1976. Sofreu sucessivas revisões constitucionais em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005⁴⁹”.

Adverte João Paulo Dias que anteriormente a 1976, a referência ao Ministério Público aparecia para lhe conferir o estatuto de representante do Estado junto aos tribunais, a Constituição de 1976 veio atribuir-lhe um Capítulo do Título respeitante aos Tribunais. Neste, a definição das funções, a hierarquização da magistratura e a garantia de inamovibilidade, bem como a atribuição conferida, como órgão superior do Ministério Público, à Procuradoria

⁴⁶ DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa. *O Ministério Público em Portugal: Que papel, que lugar?* Acesso em: 14/03/2010. Disponível em: <http://estudogeral.sib.uc.pt/dspace/bitstream/10316/11096/1/O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20em%20Portugal%20Que%20papel,%20que%20lugar.pdf>.

⁴⁷ DIAS, João Paulo, *op. cit.*, p.35.

⁴⁸ *Constituição da República Portuguesa*. (Texto de 1976 e revisões até 2005). Disponível em: <http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2007/04/constituicao-1976-2005.pdf>. Acesso em: 15/03/2010.

⁴⁹ *Constituição Portuguesa de 1976*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_portuguesa_de_1976. Acesso em: 15/03/2010.

Geral da República tem um especial destaque⁵⁰. O modelo normativo do Ministério Público, no entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, assenta em três princípios: da autonomia, da hierarquia e da responsabilidade⁵¹.

A referida Constituição trata do Ministério Público de maneira particular e é necessário se compreender, antes de tudo, o sistema de governo implantado, qual seja o parlamentarismo, no qual se vê, dentre outras peculiaridades, a escolha de representantes do Executivo pelo parlamento. Essa Instituição tem por fonte inspiradora a figura do *Ombudsman*, nascida na Suécia, introduzida em Portugal por Decreto em 1975 e, posteriormente, constitucionalizada no art. 23. Seus objetivos são basicamente a efetivação de direitos dos cidadãos através de meios informais (ou menos formais que os tribunais) e a atuação a margem dos mecanismos tradicionais de controle administrativo. É possível observar que a Instituição Ministério Público e a Instituição Provedor de Justiça são completamente distintas, possuindo o Ministério Público atribuições mais conservadoras no que tange a atuação do órgão, condizente com a persecução penal e a defesa dos interesses do Estado. Já o provedor de justiça atua na defesa dos interesses da sociedade, sendo digno de nota por sua atuação até na defesa dos contribuintes⁵².

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) possui um capítulo específico para definir as funções e estatuto do Ministério Público, que estão descritas nos artigos 219º e 220º⁵³.

⁵⁰ *Ibid, Ibidem.*

⁵¹ CANOTILHO *apud* João Paulo Dias, *Op.cit.*, p. 36.

⁵² SACCO, Ricardo Ferreira. *O Ministério Público no Direito Constitucional Comparado*. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan./jun. 2007. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/26797/1/ministerio_publico_direito_constitucional.pdf

⁵³ *Constituição da República Portuguesa. (Texto de 1976 e revisões até 2005)*. Disponível em: <http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2007/04/constituicao-1976-2005.pdf>. Acesso em 15/03/2010.
Artigo 219.º Funções e estatuto: 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. 2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei. 3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares. 4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei. 5. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República.

Artigo 220.º Procuradoria-Geral da República: 1. A Procuradoria-Geral da República é o órgão superior do Ministério Público, com a composição e a competência definidas na lei. 2. A Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República e compreende o Conselho Superior do Ministério Público, que inclui membros eleitos pela Assembleia da República e membros de entre si eleitos pelos magistrados do

1.3. Legislações sobre o Ministério Público

1.3.1. Do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 128º § 5º determina que Leis complementares da União e dos Estados estabeleceriam a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público. Tal dispositivo legal menciona ainda as garantias e as vedações dos seus membros, ao dispor ⁵⁴:

A partir daí foram editadas a Lei Orgânica do Ministério Público da União, a Lei Complementar nº. 75/93 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, Lei nº. 8.625/93.

A Lei Complementar nº. 75/1993, de 20 de maio, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, no art. 1º assim o define: Art. 1º O Ministério Público da União, organizado por esta lei Complementar, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis ⁵⁵.

Ministério Público. 3. O mandato do Procurador-Geral da República tem a duração de seis anos, sem prejuízo do disposto na alínea m) do artigo 133º.

⁵⁴ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina; CÉSPEDES, Livia. *Código Civil e Constituição Federal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

Art. 128 § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: *I* - as seguintes garantias: *a*) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; *b*) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004); *c*) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998). *II* - as seguintes vedações: *a*) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; *b*) exercer a advocacia; *c*) participar de sociedade comercial, na forma da lei; *d*) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; *e*) exercer atividade político-partidária; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004); *f*) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. (Incluída pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004); § 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)

⁵⁵ Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 16/03/2010

O Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993 aborda sobre os princípios, as funções institucionais, as garantias e prerrogativas, instrumentos de atuação, da defesa dos direitos constitucionais, sobre os direitos, as vantagens, os deveres, vedações, impedimento, pensão, aposentadoria, dentre outros assuntos de relevância para os Órgãos. Ao membro do Ministério Público da União é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, no entanto, as carreiras dos membros dos diferentes ramos são independentes entre si.

A Emenda Constitucional nº. 45/2004, de 30 de dezembro instituiu o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) com atribuição de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. O CNMP foi instalado em Junho de 2005 e tem sede em Brasília. “O CNMP é composto por quatorze membros, incluindo-se o Procurador-Geral da República, que o preside, quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados, dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça, dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal⁵⁶. Dentre as competências do Conselho Nacional do Ministério Público, o art. 130 § 2º da Constituição Federal Brasileira destaca as seguintes⁵⁷”:

⁵⁶ *Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/institucional>. Acesso em: 16/03/2010.

⁵⁷ BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz e Livia Céspedes. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.18.p. Art. 130 § 2º da Constituição Federal Brasileira: Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: *I*: zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; *II*: zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; *III*: receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; *IV*: rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; *V*: elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação

Ao longo dos anos, o Conselho Nacional do Ministério Público tem obtido grandes conquistas, como: “*crescimento contínuo e amadurecimento no cumprimento de sua missão constitucional, controle disciplinar severo e equilibrado e normatização de matérias de grande impacto nos serviços prestados pelo Ministério Público em todo o país*”⁵⁸; bem como formulado e participado de políticas nacionais para ampliar o alcance e a atuação do Ministério Público em todo território nacional, nas mais diferentes áreas de interesse da sociedade.

A Lei nº. 8.625/1983, de 12 de Fevereiro, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Os três primeiros artigos asseveram o seguinte⁵⁹:

Esta lei destaca sobre todos os Órgãos de administração, de execução; auxiliares; sobre as funções de cada um destes órgãos, as garantias e prerrogativas dos seus membros, bem como seus direitos, deveres, vedações, vencimentos, vantagens e sobre tudo o que for de interesse para a Instituição.

do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=65&Itemid=159. Acesso em: 12/04/2012.

⁵⁹ Lei nº. 8.625, de 12 de Fevereiro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/18625.htm>. Acesso em 16/03/2010. Art. 1º: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. *Parágrafo único.* São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Art. 2º: Lei complementar, denominada Lei Orgânica do Ministério Público, cuja iniciativa é facultada aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, estabelecerá, no âmbito de cada uma dessas unidades federativas, normas específicas de organização, atribuições e estatuto do respectivo Ministério Público. *Parágrafo único.* A organização, atribuições e estatuto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão objeto da Lei Orgânica do Ministério Público da União. Art. 3º: Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe, especialmente: *I* - praticar atos próprios de gestão; *II* - praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; *III* - elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; *IV* - adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; *V* - propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros; *VI* - propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores; *VII* - prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado; *VIII* - editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos e carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores; *IX* - organizar suas secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça; *X* - compor os seus órgãos de administração; *XI* - elaborar seus regimentos internos; *XII* - exercer outras competências dela decorrentes. *Parágrafo único:* Às decisões do Ministério Público fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executividade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas.

No dia quatorze de dezembro é comemorado em todo país, o “Dia Nacional do Ministério Público, data esta definida no art. 82 da Lei nº. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Esta Lei substituiu a Lei Complementar nº. 40/1981, de 14 de dezembro, que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Ao referir sobre a origem deste dia, Miguel Sales tece as seguintes considerações:

“Em 14 de dezembro de 1981 foi sancionada a lei complementar federal nº 40/81, dispondo o seu art. 61 que essa data marcaria o dia dedicado ao Ministério Público. A escolha de tal dia - mantido pelo atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 82, prende-se ao fato de, naquele momento, ter ingressado, em nosso ordenamento jurídico, o primeiro diploma básico, definindo de forma moderna o perfil institucional do Ministério Público, assemelhando-o, à época, guardadas as devidas proporções, ao porte dos que foram instituídos em nações bem mais desenvolvidas, a exemplo da Alemanha, da França, da Itália e da Suécia⁶⁰”.

Revela ainda que “Campos Salles, apelidado por César Salgado, como o “Promotor das Américas”, é o patrono do Ministério Público do Brasil. De fato, as primeiras leis precursoras da importância funcional de nossa entidade deve-se àquele estadista, que na exposição do Decreto 848, de 11.10.1890, quando ministro da Justiça no governo provisório da República, já afirmava ser “O Ministério Público instituição necessária em toda organização democrática⁶¹”.

O Ministério Público do estado do Piauí é regido pela Lei Complementar nº. 12/1993, de 18 de dezembro, a qual faz referência a todos os assuntos de interesse dos seus membros, em sintonia com as Leis Orgânicas Federais, a qual já sofreu várias mudanças.

1.3.2. De Portugal

O Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei nº. 47/86, de 15 de outubro, foi sucessivamente alterado pelas seguintes leis: Lei nº. 2/1990, de 20/01; Lei nº. 23/92, de 20/08; Lei nº. 33-A/96, de 26/08; Lei nº. 60/98, de 27/08; Rect. nº. 20/98, de 02/11; Lei nº. 42/2005, de 29 Agosto; Lei nº. 67/2007, de 31/12; Lei nº. 52/2008, de 28/08; Lei nº. 37/2009, de 20/07, Lei nº. 55-A/2010, de 31 de Dezembro e pela Lei nº. 9/2011, de 12 de abril, que é a versão mais recente.

⁶⁰ SALES, Miguel. *O Dia e a Luta do Ministério Público*. Disponível em: <http://acertodecontas.blog.br/sala-de-justica/o-dia-e-a-luta-do-ministerio-publico/>. Acesso em 12/04/2012.

⁶¹ *Ibid.*, *ibidem*.

Consoante Lopes Cardoso, através da Lei n.º. 60/98, a Lei Orgânica do Ministério Público passou a denominar-se “Estatuto do Ministério Público”⁶². O art. 2º da mencionada lei assevera o seguinte: “A Lei Orgânica do Ministério Público, aprovada pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, alterada pelas Leis n.º 2/90, de 20 de Janeiro, 23/92, de 20 de Agosto, e 10/94, de 5 de Maio, é republicada em anexo, na íntegra, com as alterações resultantes do presente diploma, passando a denominar-se Estatuto do Ministério Público”⁶³.

A Lei n.º. 37/2009, de 20 de Julho alterou pela décima vez a Lei n.º 21/85, de 30 de Julho (Estatuto dos Magistrados Judiciais), e oitava alteração à Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro (Estatuto do Ministério Público), no sentido de conferir aos magistrados direito ao abono de ajudas de custo e de transporte para a frequência em ações de formação contínua.

O artigo 1º do Estatuto do Ministério Público define o Ministério Público da seguinte forma: “O Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei”⁶⁴. Eis o que preceituam alguns artigos desta Lei⁶⁵.

⁶² LOPES CARDOSO, Álvaro. *Estatuto do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 7.

⁶³ Lei n.º. 60/98. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=63&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 16/03/2010.

⁶⁴ ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=6&pagina=1&tabela=leis&nversao. Acesso em 9/04/2012.

⁶⁵ ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. Art. 2º: 1 - O Ministério Público goza de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, nos termos da presente lei. 2 - A autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei.

Art. 3º: Competência: 1 - Compete, especialmente, ao Ministério Público: a) Representar o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta; b) Participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania; c) Exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade; d) Exercer o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social; e) Assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses colectivos e difusos; f) Defender a independência dos tribunais, na área das suas atribuições, e velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis; g) Promover a execução das decisões dos tribunais para que tenha legitimidade; h) Dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades; i) Promover e realizar acções de prevenção criminal; j) Fiscalizar a constitucionalidade dos actos normativos; l) Intervir nos processos de falência e de insolvência e em todos os que envolvam interesse público; m) Exercer funções consultivas, nos termos desta lei; n) Fiscalizar a actividade processual dos órgãos de polícia criminal; o) Recorrer sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa; p) Exercer as demais funções conferidas por lei. 2 - A competência referida na alínea f) do número anterior inclui a obrigatoriedade de recurso nos casos e termos da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. 3 - No exercício das suas funções, o

A referida lei destaca sobre a estrutura, as funções e regime de intervenção, os órgãos e agentes do Ministério Público, a competência de cada um, a organização e funcionamento dos órgãos, férias e licenças, direitos, critérios de classificação, penas além de outros temas de interesse da Instituição e dos seus membros.

1.4. O Ministério Público e a Sociedade

Na nossa vida social, o Direito está sempre presente, como sustentação da ordem pública e reparo de conflitos. O todo social se integra de instituições e convivências que implicam normas, dominações, equilíbrios, valores. Evidentemente que, cada sociedade tem seus valores próprios que se refletem nas finalidades que a ordem legal procura fortalecer. Sabemos, pois, que quanto mais adequada à socialização do indivíduo, mais sociável ele poderá se tornar⁶⁶.

Analisaremos neste item alguns aspectos no tocante ao papel do Ministério Público em relação à defesa dos membros da sociedade, que fielmente representa, focalizando em seguida, sobre os direitos transindividuais ou metaindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, e por fim, abordaremos algumas questões deste Órgão em relação a sua atuação e o atendimento que presta às crianças e aos jovens.

1.4.1. O Ministério Público na defesa da sociedade

Sabe-se que o direito é um produto social. O homem, ator e autor da ação, modifica o meio, fazendo com que se produza o direito para regular e tornar viável a convivência social. Para Plácido e Silva, o direito é: “a ciência que estuda as normas necessárias para a manutenção da vida em sociedade. São as regras que viabilizam a convivência humana, pois ditam a forma como deve se processar, bem como proíbe certas atitudes que dificultariam a vida em sociedade⁶⁷”.

Ministério Público é coadjuvado por funcionários de justiça e por órgãos de polícia criminal e dispõe de serviços de assessoria e de consultadoria.

Art. 7º: São Órgãos do Ministério Público: *a.* A Procuradoria Geral da República; *b.* As procuradorias-gerais distritais e *c.* As procuradorias da República.

⁶⁶ CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. *A eficácia das penas alternativas*. Teresina: Livraria Nobel, 2005, p.79.

⁶⁷ SILVA, Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II p.76, 1993.

Sendo o direito um produto social, uma ciência que estuda as normas necessárias para a manutenção da vida em sociedade, há necessidade de estabelecer estreitos laços com as demais ciências; a norma é então um juízo, é o objeto lógico da ciência do direito, enquanto que a conduta humana é o objeto real. O homem transforma-se através do conhecimento adquirido na sociedade, apesar de também criar as próprias regras para tornar essa convivência possível e agradável. É um ser sociável, de forma que sua ação consiste na interação, porque está relacionada com os seus semelhantes.

A ideia de uma sociedade pluralista bem ordenada exige, segundo Raws, a noção de justiça como equidade (*fairness*). Essa noção se explicita em dois princípios:

1. Cada pessoa terá igual direito a mais extensa liberdade básica compatível com semelhante liberdade para as outras; 2. As desigualdades sociais e econômicas devem ser arrançadas de tal modo que: a. possa razoavelmente esperar-se que sejam vantajosas para todos; b. sejam vinculadas a posições e cargos abertos a todos⁶⁸.

Como o homem vive em sociedade e coexiste com outros homens e, nessa relação há um embate, cabe ao direito estabelecer o lícito e o ilícito. “Se o direito é vida humana, seu ser, ou sua essência, é o seu existir, em sentido existencial⁶⁹”.

Na verdade, o sistema jurídico faz parte do sistema social. Logo, toda norma jurídica é social. Contudo, a recíproca não é verdadeira, vez que nem toda norma social é jurídica.

Com muita propriedade, José de Albuquerque Rocha, traçando um elo entre o direito e a sociedade, afirma:

O direito, ao agir sobre a sociedade é, ele próprio, o produto de determinações sociais. Todavia, do fato de o direito ser produto de determinações sociais não podemos concluir seja mero reflexo do social, isto é, que possa ser deduzido diretamente da realidade socioeconômica. Isso é uma forma opaca de explicar como a realidade social transforma-se em direito. O direito nem é um sistema fechado, auto-regulado, nem um sistema aberto, hetero-regulado, mas um sistema dotado de autonomia relativa⁷⁰.

⁶⁸ FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Helvética Editorial Ltda, 1994, p. 149.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1966, p.51.

⁷⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p.25.

O homem, por natureza, é um ser social, em permanente interação com seu semelhante; vivendo em sociedade, estabelece consciência grupal e relações sociais, criando cultura; ao adquirir a natureza social, satisfaz suas necessidades, adapta-se ao meio ou adapta o meio a si, modificando-o.

A sociedade é dinâmica, desenvolve-se e modifica-se por força de acontecimentos econômicos, políticos, científicos, tecnológicos, dentre outros; sendo assim também o direito.

Uma das maiores novidades introduzidas pela Constituição Democrática de 1988 foi, sem dúvida, conforme já referido, a valorização do Ministério Público como órgão de defesa da sociedade, que passou a dispor de uma instituição pública para patrocinar os seus interesses contra detentores do poder político e econômico, inclusive contra o próprio Estado e seus agentes. Enquanto guardião da sociedade exige atuação pró-ativa e é também provedor do acesso da sociedade civil organizada aos direitos fundamentais. É, por conseguinte, indispensável na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Embora a sociedade não tenha conhecimento das reais atribuições conferidas aos membros do Ministério Público pela Constituição Federal, confia em suas atuações porque percebe que estes exercem as suas funções com seriedade e independência, na luta pelos anseios dos seus legítimos representantes. Muitas vezes, o Ministério Público é visto pela sociedade como a última esperança para a solução do seu problema, bem como para a construção de um país, no qual a liberdade, a igualdade e a fraternidade sejam uma realidade ao alcance de todas as pessoas⁷¹.

O atendimento ao público exerce uma função de especial relevância para a instituição ministerial. Através dele, a sociedade, com raras exceções, confia, espera e acredita em uma solução mais rápida, justa e eficaz⁷².

O Ministério Público prima por uma sociedade justa, que assegure a cada um dos seus membros o mínimo necessário de que ele carece, individual e socialmente, não apenas para sobreviver, mas para viver condignamente, dispondo de todos os direitos, como: direito à

⁷¹ CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. *A importância do Ministério Público junto ao consumidor*. Teresina: Livraria Nobel, 2004, p.49.

⁷² *Ibid.*, *Ibidem*.

vida, à saúde, à liberdade, à habitação, à educação, ao trabalho e ao lazer, à eleição e à segurança.

Para alguns, é o Ministério Público criação costumeira; a lei tão somente o adaptou. A esta colocação se contrapõe Renan Cunha, afirmando que:

“O Ministério Público é, sobretudo, criação do Estado moderno, parece-nos que os exemplos de alguns doutrinadores não buscar na legislação dos povos da antiguidade se por vezes e no desdobrar de suas funções assemelham-se ao atual Ministério Público, este, como instituição diferenciada, é criação mais ou menos recente. E em plena evolução, o que explica a confusão doutrinária e legislativa que o envolve⁷³.”

Como salienta Anamaria Vasconcelos,

“Cabe ao Ministério Público, a busca da verdade, mesmo que esta implique em interesses opostos ao do Estado. Não tem o Ministério Público interesse particular na causa. O que o move é o ideal maior de justiça. Não é o Ministério Público parte e sim órgão de defesa social visando ao ideal de justiça, distinto do Poder Judiciário, pois sua tarefa é a de promover, requerer; também distinto da administração, vez que esta tem interesses que por vezes são distintos do ideal colimado pela instituição e, acima de tudo, exercendo papel relevante na apreensão da prova. Seu interesse é o interesse do Estado organização política, que não pode ser outro que o de garantia dos seus membros e só deve obediência à lei, e por este respeito a esta é que ele na relação processual assume diferentes posições, porque a finalidade do justo deve elevar-se a qualquer outro interesse⁷⁴.”

Entre os valores fundamentais da democracia está o acesso à Justiça, que deve estar ao alcance de todos indistintamente. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º estabelece o princípio da igualdade, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁷⁵”. Logo, não se admite discriminação de qualquer modalidade; todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Esta igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, com os mesmos direitos e obrigações, e desigualmente os desiguais. Rodrigo César Pinto vai mais além quando declara: “Tratar igualmente os desiguais seria aumentar a

⁷³ CUNHA, Renan Severo Teixeira da. *Ministério Público: órgão da lei em defesa da ordem jurídica*. Justitia: Anais do I Congresso do Ministério Público de São Paulo, 1971.

⁷⁴ VASCONCELOS, Anamaria. *Prova do Processo Penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p.101-106.

⁷⁵ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina e CÉSPEDES, Lívica. *Código Civil e Constituição Federal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.18.

desigualdade existente. Nem todo tratamento desigual é inconstitucional, somente o tratamento desigual que aumenta a desigualdade naturalmente já existente⁷⁶”.

Ocorre, todavia que, na prática, a possibilidade de acesso à Justiça não é igual para todos. As desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais e etárias, são evidentes. Nesse momento é que surge o Ministério Público, instituição dotada de autonomia e independência funcional para tentar assegurar o equilíbrio, na preservação dos valores democráticos, na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. “Independência é o oposto a hierarquia funcional. No Brasil, o Ministério Público só conhece hierarquia em sentido administrativo, pois detém a autonomia funcional (autonomia em face de outros órgãos do Estado) e, tanto seus órgãos, como seus membros gozam de plena independência funcional (independência em face de outros órgãos do mesmo MP)⁷⁷”.

É neste contexto, destarte, que Hugo Mazzilli confirma a sua tese, em relação às funções típicas e atípicas do Ministério Público, ao argumentar:

“desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, aí será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário⁷⁸”.

O Estado de Direito reconhece os direitos fundamentais da pessoa humana, os direitos essenciais a uma vida digna. Como agente público e defensor dos direitos da sociedade, o Ministério Público deve trabalhar em prol das crianças, adolescentes e jovens, cobrando do Poder Público a implantação e efetivação de Políticas Públicas, mais especificamente de ações que favoreçam e garantam a esta escala da população proteção integral, tais como: *a*) políticas sociais básicas, que contemplem a todos indistintamente, como, no caso: educação, saúde, cultura, esporte, moradia, *b*) políticas assistenciais, que atuam em caráter supletivo, temporário ou definitivo, como as creches comunitárias, cestas básicas, bolsa família; *c*. políticas de proteção especial, quando ocorrem situações de risco pessoal e social, no caso de instituições de acolhimento, programas de combate ao trabalho infantil, de drogadição, dentre outros e por fim, *d*. políticas de garantia de direitos, através de ações que visam garantir o

⁷⁶ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. (Coleção Sinopses Jurídicas). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.96. vol. 17.

⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404.

⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 206.

cumprimento dos direitos assegurados nas Constituições, em Leis específicas, nos Conselhos, dentre outras.

Urge destacar que, como agente de transformação da sociedade, o representante do Ministério Público deve ser uma pessoa marcante na vida da comunidade, deve envolver-se nela para poder servi-la devidamente. Cumpre a ele, como agente de transformação da sociedade, informar o cidadão sobre os seus direitos constitucionais, dado que a Constituição Federal de 1988 o aproximou do povo e lhe conferiu novas e importantes atribuições na defesa da cidadania⁷⁹.

1.4.2. Direito, Interesse e Ministério Público

O interesse traduz uma vontade, um desejo; enquanto que o direito implica sua incorporação ao sistema jurídico. Os interesses possuem um campo de atuação ilimitada, sendo os mais incoerentes dentro do corpo social; são infinitos e variam de acordo com os ideais individuais. Por outro lado, o direito efetua a triagem de tais interesses e emite a sua posição em relação a eles, declarando os que devem passar a integrar o ordenamento jurídico, realizando, por conseguinte, o processo de escolha.

Ao discorrer sobre o tema, em sua obra *Ação Civil Pública*, Motaui Ciocchetti afirma que: “após a realização do processo de escolha, não há motivo para distinguir o direito do interesse, porque o acolhimento deste pela ordem jurídica transforma-o em norma, logo, em direito⁸⁰”.

O interesse que importa ao mundo jurídico é o que for assimilado como norma, permanecendo os demais, no plano fático, como vantagens almejadas por alguém, os quais, por serem alheios ao plano jurídico-normativo, não têm a possibilidade de serem exigidos pelo pretendente à sua titularidade. Nesse aspecto, direito seria o fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de objeto perfeitamente delimitado.

⁷⁹ CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. *A importância do Ministério Público junto ao consumidor*. Imprensa: Associação Piauiense do Ministério Público. Teresina, 2004, p.51.

⁸⁰ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Policial*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.1- 2.

Há, portanto, entre direito e interesse, uma vinculação na qual à preponderância daquele se reflete uma negação deste. Já direito subjetivo é a possibilidade de agir tutelado pela lei, a autorização da norma jurídica para o exercício de uma pretensão.

O direito de ação pode ser definido como o direito subjetivo público de pleitear, perante o Estado, a satisfação de um interesse reconhecido por lei. É mera autorização que a norma atribui ao interessado para pleitear a satisfação de um interesse objetivamente tutelado pela ordem jurídica. É um direito autônomo, pois não depende da existência real do mérito daquele que o exerce.

O direito tem por finalidade regular a convivência, resolvendo os conflitos sociais à medida que forem surgindo, impulsionado sempre pelo binômio anseio social/segurança jurídica. “Direito Público é o interesse no qual o Estado é o titular do interesse; e Direito Privado é o interesse no qual o indivíduo é o titular do interesse⁸¹”.

O conceito de direito individual sempre esteve presente no campo jurídico. Atrela-se a uma visão privatística. A aferição de um direito individual, como leciona Rodolfo Mancuso, consiste em examiná-lo sob os ângulos do "prejuízo" e da "utilidade": "um acidente automobilístico do qual só resultem danos materiais gerará interesses individuais (ao ressarcimento, ao recebimento do seguro); as situações de que só podem resultar benefício para as partes implicadas (por exemplo, um ato de liberalidade) geram interesses individuais, porque a utilidade do evento se esgota na esfera de atuação dos participantes⁸²”. O direito brasileiro, desde 1969, já adotava o conceito de interesse social.

A Constituição da República Portuguesa contempla os princípios fundamentais do primeiro ao décimo primeiro artigo, dentre estes destacamos a soberania, a legalidade, a democracia e a cidadania. Os dois primeiros assim estabelecem⁸³:

⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.36.

⁸³ Art. 1º: *República Portuguesa*: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.
Art. 2.º: *Estado de direito democrático*: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

No Brasil, a nova ordem constitucional de 1988 também incluiu em seu texto, como princípio fundamental, a cidadania⁸⁴, erigindo à categoria das garantias individuais, classificadas como cláusulas pétreas, a defesa dos consumidores e a possibilidade do exercício da gestão participativa. A Constituição Cidadã, como também é designada, de 1988, adiante, ao dimensionar a órbita de poder do Ministério Público, confiou-lhe a proteção dos interesses metaindividuais.

Conforme dito anteriormente, o Título IV da Constituição da República brasileira, ao dispor sobre a organização dos poderes, insere em seu Capítulo IV, Seção I, o Ministério Público como instituição permanente, cujo comando constitucional é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, delineando com precisão as suas funções institucionais na regra inserta no artigo 129.

Para o cumprimento de seu *múnus* constitucional é necessária a previsão de instrumentos, o que se alcança com o inquérito civil e a ação civil pública, garantindo os interesses difusos e coletivos, além dos individuais homogêneos.

A tendência dos estudiosos sobre o Ministério Público é a de restringir a atuação do *Parquet* às hipóteses em que se vislumbra interesse público e social, diferenciando-se o interesse público primário do secundário. A simples contraposição de interesse público e privado não traduz a necessidade da intervenção ministerial.

Em relação aos direitos sociais, afirma Gilmar Mendes,

“é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos⁸⁵”.

⁸⁴ CF/88 - Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: *I* - a soberania; *II* - a cidadania; *III* - a dignidade da pessoa humana; *IV* - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; *V* - o pluralismo político. *Parágrafo único*. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.668.

O interesse do Estado ou de seus governantes nem sempre coincide com o interesse da coletividade, da sociedade como um todo.

A definição de Renato Alessi bem traduz a diferença:

"(...) interesse público compreende o interesse público primário e o secundário: não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), pois este último é apenas o modo como os órgãos governamentais veem o interesse público⁸⁶".

Segundo Mazzilli,

"a distinção de Alessi permite evidenciar, portanto, que nem sempre coincidem o interesse público primário e secundário. Nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e até mesmo com alguns dos mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente em geral)⁸⁷".

As atribuições do Ministério Público, modernamente, são objetos de reflexão pelas chefias institucionais em todo o País, havendo quem se manifeste sobre a necessidade da racionalização da sua atuação, fixando-se a discussão na dispensa da intervenção ministerial em determinadas hipóteses, como, por exemplo, em uma separação judicial de pessoas maiores, capazes e sem filhos menores.

Além disso, o Ministério Público tem as suas funções inseridas nas Constituições das Repúblicas Portuguesa e Brasileira, incumbindo-lhe, desta feita, atender a tais ditames, os quais, visivelmente, parece não se coadunar com a atuação em casos em que não há nenhum interesse público primário, difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Dessa forma, os membros desta instituição terão condição de concentrar seus esforços no alcance dos anseios da sociedade revelados pela Assembleia Nacional Constituinte, de

⁸⁶ SALES, Miguel. *A Luta pelo Ministério Público*, apud ALESSI, Renato. Jus Navigandi. Disponível em < <http://www.jus.com.br> > Acesso em 17.07.04.

⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.49.

1988, pois, como bem asseverado por Sérgio Ferreira, “o *Parquet* funciona como o Advogado da Sociedade, atuando não só na sociedade, mas para a sociedade⁸⁸”.

A intervenção do Ministério Público faz-se pelo reconhecimento do caráter coletivo ao interesse ou direito e também para equilibrar a relação ou situação jurídica. Para Hugo Mazzilli:

“São três as *causas* que trazem o Ministério Público ao processo: a) a existência de interesse indisponível ligado a uma pessoa (e.g. um incapaz ou uma fundação); b) a existência de interesse indisponível ligado a uma relação jurídica (e.g. em ação de nulidade de casamento); c) a existência de um interesse, ainda que não propriamente indisponível, mas de suficiente abrangência ou repercussão social, que aproveite em maior ou menor medida a toda a coletividade (e.g. em ação para a defesa de interesses individuais homogêneos, de largo alcance social, ou a defesa de pessoas carentes⁸⁹”.

Declara em seguida que em relação a todos estes casos “a *finalidade* da atuação ministerial consistirá no zelo do interesse cuja existência provocou sua atuação e que em caso de eventual conflito entre o interesse público primário e o secundário, será pelo primeiro deles que deverá zelar o MP, só defendendo este último quando efetivamente coincida com o primeiro⁹⁰”.

Não obstante o interesse difuso não ser simples somatório dos interesses particulares, também é verdade que, normalmente, o ataque a ele representa uma violação com reflexos na esfera particular e privada do indivíduo.

O Ministério Público deve eleger prioridades, posto que são várias as suas atribuições, as questões são complexas, e os recursos materiais e humanos são restritos.

Invocando René Descartes, Filomeno ressalta: “Eleger prioridades diversas é a melhor maneira de aviltar todas⁹¹”.

Nessa trilha, advertem Luiz Fabião Guasque e Denise Freitas Fabião Guasque:

⁸⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Coletânea de Legislação do Brasil, 1996, p.61.

⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, apud DESCARTES, René, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.114.

“pretendermos hoje a atuação do Ministério Público com fundamento na legislação infraconstitucional não é mais ordem. Face às novas atribuições, os integrantes do *Parquet* devem se utilizar de todos os meios possíveis desta nova realidade de forma a garantir sua autoridade contra os abusos da liberdade, criando um sistema de providências cautelares tendentes a prevenir as lesões da ordem e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A partir da atuação do Ministério Público como guardião atento do Direito, iremos possibilitar a liberdade sem abuso e o poder sem arbítrio, disciplinando a vida social, corrigindo os desvios da História e oferecendo ao nosso povo um ideal de vida, que impulsionará o progresso e a civilização⁹²”.

O Estado, como de resto o Ministério Público, baseia sua intervenção no domínio privado sempre com os olhos voltados para o coletivo. E, para este, certamente não há limites. É papel do *Parquet* tutelá-lo, acompanhá-lo, protegê-lo. O Ministério Público não pode ter sua atividade moldada previamente com absoluto rigor e com conotação de imutabilidade. A Instituição segue o interesse coletivo e representa-o.

O Ministério Público existe para defender a sociedade de forma coletiva e não para defender o direito ou interesse de uma pessoa isoladamente; é fiel fiscal e observador da lei. Assume o papel de agente transformador da sociedade, em prol da justiça, da lei e da ordem pública.

É uma instituição de caráter constitucional essencial, nos termos do art. 127 da Constituição Federal Brasileira, à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

1.4.3. Direitos ou Interesses Transindividuais ou Metaindividuais

Como espécie metaindividual de direitos tutelados, os difusos e coletivos nasceram da necessidade de proteger interesses diversos que os de natureza estritamente singular.

As expressões “interesses” e “direitos” podem ser usadas como sinônimos, quando se referem a interesses ou direitos coletivos ou difusos; já os interesses individuais homogêneos não trazem em sua essência a transindividualidade característica dos primeiros. “*No tocante a*

⁹² GUASQUE, Luiz Fabião e GUASQUE Denise Freitas Fabião. *O Ministério Público e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p.12.

quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) sempre haverá uma relação fática e jurídica subjacente ⁹³”.

Os interesses metaindividuais são interesses que atingem grupos de pessoas que têm algo em comum, e não o sujeito isoladamente. Conforme o professor Hugo Mazzilli e o texto constitucional, o Ministério Público é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Como órgão do Estado (não do governo) zela por interesses indisponíveis ou de larga abrangência social⁹⁴.

Como pode ser observado, é grande a importância do Ministério Público. Um dos aspectos mais relevantes de sua atuação é tutelar os Direitos Difusos e Coletivos, e, em algumas situações, os Individuais Homogêneos. Portanto, está qualificado como agente institucional para promover o que for necessário para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que antigamente costumavam ficar à margem da apreciação do Judiciário.

No que diz respeito à defesa na área cível e na da proteção dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, defende Hugo Mazzilli que,

“Para a defesa na *área cível* dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, e, em certos casos, até mesmo para a defesa do próprio interesse público, existem as chamadas ações civis públicas ou ações coletivas. A *proteção penal* de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos não é matéria de interesses transindividuais; é matéria de interesse público estatal (*ius puniendi*). Assim, por ex. é difuso o interesse transindividual de combater na esfera cível a propaganda enganosa, mas é público o interesse do Estado de punir criminalmente o autor dessa propaganda⁹⁵”.

Os interesses transindividuais localizam-se entre o público e o privado na categoria dos interesses sociais, conforme o fenômeno da descentralização social, em que a sociedade de massa passa a influenciar na gestão estatal - é a denominada gestão participativa; localizam-se em uma posição intermediária.

⁹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.

⁹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. *Op.cit.* p. 62.

O conceito de direito social vem sendo adotado pelo Brasil desde o ano 1969. A Emenda Constitucional nº1/69, em seu art. 153 § 31, preceituava: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular, que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas⁹⁶”.

Os direitos sociais são destinados a todos indistintamente; visam à igualdade social, à garantia das condições materiais imprescindíveis a uma vida digna.

“Têm uma natureza histórica. Emergem das lutas sociais dos trabalhadores na busca de transformar as suas necessidades. São direitos históricos que expressam as novas exigências sociais, provocadas pelas transformações das condições econômicas, sociais e políticas, que se manifestam no processo de mudanças das relações sociais e da organização da vida dos homens, criando também novas necessidades⁹⁷”

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assim estabelece: “Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”.

Em relação aos direitos sociais, o Ministério Público deve ter como meta a igualdade social, a garantia dos direitos a todos indistintamente; fiscalizar o cumprimento e a implantação de tais direitos por parte do Poder Público, que deve assegurar e garantir políticas públicas, para que todos tenham as mesmas oportunidades, as mesmas condições; lutar no combate às diferenças, às desigualdades sociais e regionais; trabalhar sempre em prol da proteção e defesa dos direitos sociais indisponíveis; cobrar do Poder Público a implantação e efetivação de tais direitos para que contemplem a todos, em especial aos menos favorecidos. No que diz respeito ao princípio da igualdade tão debatido pelas Nações, sustenta Ana Maria Mendonça que

“A situação da igualdade é precária. Os homens numa democracia liberal são iguais por natureza, pois todos nascem iguais e desiguais por natureza, uma vez que nascem com talentos e capacidades desiguais. A vida em sociedade vai permitir o fortalecimento da desigualdade natural, exigindo que uma outra igualdade seja construída através da lei. Quando construída, será contraposta: Natureza e Estado de Direito, e o contrato define a condição de igualdade de direito entre os contratantes. A cidadania liberal se caracteriza

⁹⁶ Emenda Constitucional nº. 69, art. 153 § 31.

⁹⁷ MENDONÇA, Ana Maria Ávila. *Estado e direitos sociais no Brasil: entre a modernidade e o retrocesso*. Maceió: ed. Edufal, 2009, p. 78/79.

pela afirmação da liberdade, igualdade, universalidade e garantia da propriedade privada, tendo como consequência, as desigualdades sociais e suas expressões políticas e sociais⁹⁸”.

Destacamos oportunamente que, os Conselhos podem contribuir com o Poder Público na elaboração das políticas que contemplem todas as crianças, adolescentes e jovens, na concessão dos seus direitos; bem como a sociedade civil organizada, por meio de diferentes órgãos e entidades, sejam eles governamentais e não governamentais. A igreja também pode ser um importante aliado nesta função.

Sem dúvida, as ações devem ser priorizadas, contempladas nos planos dos Governos (federal, estadual e municipal), nas leis orçamentárias. É salutar que o Ministério Público participe da formulação das políticas públicas, articulando, mobilizando os conselhos, a sociedade civil organizada, as entidades que trabalham na área, promovendo as medidas legais e cabíveis para que sejam assegurados tais direitos. Como diz Ana Maria Mendonça, “os direitos declarados e garantidos na lei só têm aplicabilidade por meio de políticas públicas correspondentes. Por conseguinte, não há sentido em falar de desarticulação entre direito social e política social, e tampouco se entende que tais direitos não sejam universalizados⁹⁹”.

Os interesses individuais homogêneos, assim como os interesses difusos e os coletivos, em sentido estrito apresentam-se como uma espécie dos interesses transindividuais, ou coletivos, em sentido lato.

“Direitos individuais são inerentes a indivíduo ou pessoa; os direitos coletivos são inerentes à categoria, grupo ou classe de pessoas. Alguns direitos coletivos são direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e associação. O interesse difuso é necessidade de toda sociedade. Os interesses individuais homogêneos têm origem comum. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas; contudo, só estes últimos são divisíveis e supõem origem de fato comum. Os interesses difusos unem interessados indeterminados pela mesma situação de fato; nos interesses coletivos o que une os interessados é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica; os interesses individuais homogêneos unem interessados determináveis pela mesma situação de fato¹⁰⁰”.

⁹⁸ MENDONÇA, Ana Maria Ávila. *Estado e direitos sociais no Brasil: entre a modernidade e o retrocesso*. Maceió: ed. Edufal, 2009, p. 51.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 229/231/233.

Ao dimensionar a órbita de Poder do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 confiou-lhe a proteção dos interesses metaindividuais.

Os Direitos Transindividuais são divididos em espécies: difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo preceito estabelecido no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que assim reza:

“A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo: Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: *I*- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; *II* - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; *III* - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum¹⁰¹”.

Observa-se então que, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas e somente a estas. O Ministério Público, para protegê-los e resguardá-los poderá, além da defesa dos interesses supramencionados, ingressar com ação civil pública; instaurar inquérito civil, como peça preparatória da referida ação; quando possível, para solucionar questão ainda nessa fase, poderá celebrar termo de ajustamento de conduta no curso do inquérito civil; prestar atendimento ao público, adotando as providências cabíveis; eleger as prioridades e necessidades da comunidade e, enfim, deve o Ministério Público defender a sociedade, sem outros interesses, exceto os dela própria.

Se o representante do Ministério Público demonstrar independência, imparcialidade, sob a égide da lei, merecerá a devida credibilidade e confiança da sociedade.

De forma enfática assevera Consuelo Yoshida: “o Ministério Público tem por funções institucionais, entre outras, a defesa da ordem jurídica (bem jurídico em si mesmo) e a defesa dos interesses sociais, expressão que abrange todos os interesses considerados de

¹⁰¹GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

relevância social, dentre os quais situa-se a proteção, através de ação coletiva, dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁰²”.

1.4.4. Interesses Difusos e Coletivos

Denti *et al*, *apud* Ada Pellegrini Grinover:

“a origem dos interesses difusos e coletivos surgiu e floresceu na Itália, nos anos 70 e anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo¹⁰³”.

Na visão de Ada Pellegrini,

“após a introdução no Brasil da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço é francamente positivo. Os processos coletivos integram hoje a prática judiciária. A notável quantidade de demandas e a adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados – primeiro dentre todos, o Ministério Público, a ampla gama das ações ajuizadas, o reconhecimento do corpo social. Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade brasileira vem podendo afirmar, de maneira mais articulada e eficaz, seus direitos de cidadania”. (Grinover (2000:17-23)¹⁰⁴: ”

Interesses Difusos são aqueles pertencentes a um número indeterminado de pessoas, titulares de um objeto indivisível e que estão ligados entre si por um vínculo fático. A indeterminação de pessoas deverá ser entendida não apenas quando o interesse pertencer a toda a população (de um bairro, cidade, estado ou, mesmo, país), como também quando disser respeito a pessoas inseridas no contexto social, que não possam ser identificadas com precisão

¹⁰² YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 21.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. In *apud: A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.17.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op.cit.*, p.725.

(como os frequentadores de determinada praia, os consumidores de vinho etc.). A indivisibilidade do objeto implica no fato de que a solução do problema somente poderá advir para todos os afetados e não para alguns indivíduos: o direito difuso é um direito do bem comum, de sorte que as lesões pessoalmente sofridas não podem ser reparadas sem que o benefício atinja toda a coletividade. No caso, por exemplo, de uma propaganda enganosa que está sendo veiculada pela televisão: ou ela se encontra no ar e atinge a todos ou ela é proibida de ser veiculada e a sociedade toda restará resgatada.

Uma característica importante dos interesses difusos é a de existência de vínculo fático ligando as pessoas entre si intermináveis, como por exemplo, o de morarem na mesma cidade e apreciarem os mesmos restaurantes, as mesmas praias.

No entendimento de Mancuso, “certos atos de gestão da coisa pública podem atingir interesses difusos, nos casos em que aqueles atos, por sua natureza, atingem largos segmentos da sociedade, por via mediata ou reflexa¹⁰⁵”. No seu entendimento, não exercitados a tempo e hora, os interesses difusos modificam-se, acompanhando a transformação da situação fática que lhes é subjacente¹⁰⁶.

Entretanto, a relação fática subordina-se a uma relação jurídica. No caso de interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação jurídica, e sim da situação fática resultante.

Enquanto o interesse público *stricto sensu* tem por objeto bens imateriais incorpóreos, como princípios, normas e valores essenciais para a vida social, os interesses difusos recaem sempre sobre bens materiais, corpóreos; em regra, bens públicos de uso comum do povo (o ar, os rios, o mar, a fauna e a flora, as paisagens, os bens de valor estético, histórico, artístico, arqueológico), mas também particulares, como um bem tombado. E nesse particular é que a doutrina afirma que o objeto do interesse difuso é o bem comum, o bem essencial para a boa qualidade de vida em sociedade e passível de fruição por todos os seus membros.

¹⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

¹⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 106.

São interesses difusos os interesses dos destinatários de mensagens publicitárias enganosas ou tendentes a ver inibida a atividade publicitária ou a serem ressarcidas em face de dano econômico, imediato pela aquisição de produtos com qualidade inferior àquela prometida, e assim por diante.

Conforme visto, uma primeira nota do conceito de direitos difusos é a de que eles não dizem respeito a uma só pessoa, senão que atinam com mais de uma (número indeterminado), daí porque se dizem transindividuais, pertencendo a um grupo ou comunidade compostos por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

No caso de uma fábrica que emita poluentes, colocando em risco a saúde dos habitantes de uma determinada região, o interesse é indivisível porque não há como proteger apenas uma das pessoas expostas ao perigo sem preservar as demais. Se for determinado o fechamento da fábrica ou a implantação de dispositivos de purificação do ar, todos serão beneficiados. Haverá interesse difuso apenas daqueles que, expostos ao perigo, correm um risco. Se, em virtude da poluição, um grupo determinado de pessoas adoecer e sofrer danos verificáveis, o seu interesse não será mais difuso e sim individual homogêneo¹⁰⁷.

As pessoas, titulares desses direitos, estarão ligadas por circunstâncias de fato, o que não quer dizer que estejam submetidas às mesmas circunstâncias, senão que hão de estar sujeitas a circunstâncias equivalentes.

Segundo Eduardo Alvim,

“exemplo de violação a direito difuso consiste, v.g., na veiculação de propaganda enganosa via televisão ou jornal. Atinge-se um número indeterminado de pessoas ligado por circunstâncias de fato (estarem assistindo à propaganda via televisão ou lendo o mesmo jornal). O bem jurídico tutelado, doutra parte, é indivisível: basta uma única veiculação da propaganda para que todos consumidores sintam-se ofendidos. E, ademais, a retirada da propaganda da televisão ou do jornal, por ser enganosa, acaba por beneficiar todos os consumidores¹⁰⁸”.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p.16.

¹⁰⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Noção geral sobre o processo das ações coletivas*. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em 02/03/2012.

Os Direitos Coletivos são aqueles que pertencem a um número determinado de pessoas, integrantes de um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto indivisível e que estão ligados entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico.

Os titulares dos interesses coletivos são facilmente identificados por pertencerem a um determinado grupo, unidos por um laço jurídico, como por exemplo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais, dentre outros. O interesse coletivo tem como titulares, apesar de sua extensão numérica, um conjunto delimitável de pessoas.

Os interesses difusos não pertencem a grupos, como por exemplo: direito à paz, ao desenvolvimento, à saúde, à educação, à reforma agrária.

Todavia, em ambos, a socialização e a coletivização têm papel fundamental. São indivisíveis e distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto que os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica. Já os individuais homogêneos têm a titularidade perfeitamente individualizada.

A distinção entre interesses e direitos difusos, de um lado, e de interesses e direitos coletivos, de outro, decorre do Direito positivo brasileiro.

“Os interesses coletivos são defendidos de forma indivisível; não é possível que a ação correspondente beneficie um dos titulares sem beneficiar os demais. Por isso a lei estabelece a coisa julgada *ultra partes*. A decisão judicial ou beneficia todos os que se encontram na situação jurídica base, ou não beneficia ninguém. Trata-se de situação muito diferente da que ocorria se, em vez de proposta a ação coletiva, fossem propostas inúmeras ações individuais que versassem sobre a cláusula impugnada. Nesse caso não haveria indivisibilidade, sendo possível que o Judiciário acolhesse algumas e não outras¹⁰⁹”.

Nelson Nery Júnior apresenta o seguinte exemplo de interesse coletivo a ser defendido em juízo: “o direito dos alunos de uma determinada escola de ter assegurado a mesma qualidade de ensino em determinado curso. Evidentemente que os interessados são

¹⁰⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Op. cit.*, p. 17.

determináveis e estão unidos por uma relação jurídica-base comum entre eles e com a parte contrária de um eventual e futuro processo (a escola) ¹¹⁰”.

Para proteger os interesses difusos e coletivos, dentre eles os do consumidor, os do meio ambiente surgiu a lei nº. 7.347, de 24/07/85 - Lei de Ação Civil Pública. A Constituição Federal de 1988 também possui em seu bojo disposições expressas que prevêm a proteção dos interesses difusos e coletivos. Para Rodolfo Mancuso:

“Os interesses difusos, se, por um lado, despertam as curiosidades gerais, sendo ”um personaggio absolutamente misterioso, “de outra parte constata-se que sua tutela não é vista sem certas reservas. Esta reação prende-se, basicamente, a duas razões, sendo: uma, de caráter jurídico; outra, de caráter político; E que, os interesses difusos apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do sujeito, intensa conflituosidade ¹¹¹”.

Convém salientar que, conforme Luiz Paulo Araújo Filho,

“O tema da tutela jurisdicional, dos interesses coletivos, foi introduzido entre nós, por José Carlos Barbosa Moreira, em estudo de 1979, que demonstrou que já havia no Brasil, enquanto a questão era amplamente debatida em outros países, carentes de mecanismos processuais adequados, um instrumento legal apto, dentro de certos limites, à proteção jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos, a Lei da Ação Popular ¹¹²”.

Na verdade, a lei da ação popular atendia apenas em parte aos anseios da sociedade. Posteriormente, vieram a lei de ação civil pública e o código de defesa do consumidor. Segundo Adauto Tomaszewski ¹¹³, José Carlos Barbosa Moreira, há muito tempo já discorria sobre o assunto, explicando que ao tratar das ações coletivas, seria necessário antes distinguir as espécies de litígios, como os essencialmente coletivos, referindo-se aos direitos coletivos e difusos, ou, os acidentalmente coletivos, como no caso dos direitos individuais homogêneos. Acresceu que no pertinente aos sujeitos, estes são perfeitamente identificados ou identificáveis como ocorre nos direitos coletivos stricto sensu. Todavia, quando se tutelam direitos individuais homogêneos, não há uma relação jurídica-base que une os sujeitos, mas sim uma situação fática de origem comum.

¹¹⁰ NERY, Nelson Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 56.

¹¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

¹¹² ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo de Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.54.

¹¹³ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15/11/2011.

Assim, para identificar um interesse ou direito difuso ou coletivo, é necessário examinar se os respectivos titulares são indeterminados ou determinados e se o liame que os une é de fato ou de direito. Se não houver vínculo jurídico entre os interessados ou entre esses e a parte contrária, o interesse é difuso; em caso contrário, é coletivo.

O Ministério Público tem poderes investigatórios; é titular da ação penal, da ação civil pública, muito usada no Brasil na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e na aplicação das sanções por improbidade administrativa. Regem pela Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e por infração da ordem econômica e da economia popular; à ordem urbanística.

Em Portugal, o art. 3º¹¹⁴ do Estatuto do Ministério Público, Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, com a mais recente atualização, ocorrida através da Lei n.º 9/2011, de 12 de Abril, ao referir-se a competência, declara o seguinte: 1 - Compete, especialmente, ao Ministério Público: a) representar o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta; e) assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos.

Como pode ser visto no art. 5º¹¹⁵ do referido diploma legal, o Ministério Público tem intervenção principal nos processos que representa incapazes, incertos ou ausentes em partes incertas e interesses coletivos ou difusos.

¹¹⁴ ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. 12ª versão - a mais recente (Lei n.º 9/2011, de 12/04)

Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=6&tabela=leis. Acesso em: 15/11/2011.

¹¹⁵ *Ibid.*, *Op. cit.*

Estatuto do Ministério Público de Portugal, art. 5º: Artigo 5.º: Intervenção principal e acessória:

1 - O Ministério Público tem intervenção principal nos processos: a) Quando representa o Estado; b) Quando representa as Regiões Autónomas e as autarquias locais; c) Quando representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta; d) Quando exerce o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social; e) Quando representa interesses colectivos ou difusos; f) Nos inventários exigidos por lei; g) Nos demais casos em que a lei lhe atribua competência para intervir nessa qualidade. 2 - Em caso de representação de região autónoma ou de autarquia local, a intervenção principal cessa quando for constituído mandatário próprio.

3 - Em caso de representação de incapazes ou de ausentes em parte incerta, a intervenção principal cessa se os respectivos representantes legais a ela se opuserem por requerimento no processo. 4 - O Ministério Público intervém nos processos acessoriamente: a) Quando, não se verificando nenhum dos casos do n.º 1, sejam

O art. 26.º-A do Código de Processo Civil Português, ao discorrer sobre as ações para a tutela de interesses difusos assim dispõe: “têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei¹¹⁶”.

Não só os direitos comuns a toda a Humanidade podem ser considerados como interesses difusos ou coletivos, mas também os direitos económicos, sociais e culturais, cujas demandas possuem, ao lado do sentido individual, outro de carácter coletivo, consistente em garantir segmentos vulneráveis prestações que reduzam ou eliminem situações de desigualdade na sociedade¹¹⁷.

A Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, ao referir-se ao trabalho desenvolvido no âmbito dos direitos difusos, pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa ao longo do ano judicial de 2008, prestou os seguintes esclarecimentos:

“A distinção entre interesses colectivos e interesses difusos *stricto sensu* não assenta nos respectivos titulares, mas no respectivo objecto: ao passo que os interesses difusos *stricto sensu* incidem sobre bens indivisíveis e, por isso, não podem ser divididos por cada um dos seus titulares, os interesses colectivos integram uma pluralidade de interesses individuais sobre bens exclusivos, sendo, por isso, repartidos por cada um dos respectivos titulares. Assim, por exemplo, o interesse dos consumidores é um interesse difuso *stricto sensu*, mas o conjunto dos interesses individuais de cada um dos consumidores sobre direitos privados, v.g., um direito a indemnização, forma um interesse colectivo. Os interesses individuais homogêneos podem ser definidos como os interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso *stricto sensu* ou de interesse colectivo. Assim, o interesse na qualidade de vida é um interesse difuso *stricto sensu* mas o interesse de cada um dos habitantes de uma região nessa qualidade de vida é um interesse individual homogêneo; os lesados pelo consumo de um produto nocivo à saúde são titulares de um interesse colectivo mas o interesse de cada um dos lesados constitui igualmente um interesse individual homogêneo”¹¹⁸.

interessados na causa as Regiões Autónomas, as autarquias locais, outras pessoas colectivas públicas, pessoas colectivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a acção vise a realização de interesses colectivos ou difusos; b) Nos demais casos previstos na lei.

¹¹⁶ BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL. *Código de processo civil*. Organização Clara Luzia. 16ª ed.. (catálogo de bolso). Portugal: Gráfica de Coimbra, p.117.

¹¹⁷ CAPPELLETTI, *apud* MARUM. *Op. cit.*, p.416.

¹¹⁸ O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS NA COMARCA DE LISBOA. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/textos/files/tex_0041.pdf. Acesso em: 30/03/2010.

1.4.5. Interesses Individuais Homogêneos

São aqueles decorrentes de origem comum (artigo 81, III, do Código do Consumidor), Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990¹¹⁹. Como bem define Antônio Gidi, essa categoria de direitos consiste em um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas, mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direitos¹²⁰”.

De acordo com a definição do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que os interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Mas em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. A homogeneidade e a origem comum são os requisitos para o tratamento coletivo desses direitos.

Por conseguinte, são os que dizem respeito a um número determinado de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligados entre si por um vínculo fático, decorrente da origem comum das lesões.

Embora sejam diferentes dos interesses difusos por terem sujeitos determinados ou determináveis e objeto divisível, possuem características semelhantes com os coletivos: a determinação dos sujeitos, e com os difusos: o vínculo fático.

Hugo Mazzilli, como exemplo de interesses individuais homogêneos, assim expressa:

“Suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre os consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (como ocorre quando se trate de interesses coletivos, como uma ação que vise a combater uma cláusula abusiva em contrato de adesão), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos) sendo que cada integrante do grupo tem direito divisível à reparação coletiva¹²¹”.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Op. cit.*

¹²⁰ GIDI, Antônio, *apud* YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 11.

¹²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 47.

Logo, os direitos individuais homogêneos têm caráter predominantemente individualizado, são perfeitamente divisíveis entre os titulares, há ordenamento da relação de titularidade com o bem da vida violado ou disputado, e este também, por sua vez, é perfeitamente distribuído e individualizado entre os titulares que, no entanto, podem postular a proteção jurisdicional coletivamente, em face da origem comum do direito afirmado.

No que tange à possibilidade de tutelar os direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, veja o que diz o art. 103, inciso III, e § 1º do Código de Defesa do Consumidor¹²²:

A grande novidade que diversos diplomas legais, dentre os quais o Código do Consumidor tem trazido ao sistema processual é a de, ao permitir a tutela coletiva dos direitos elencados no artigo 81, I a III¹²³, alterar esse sistema de coisa julgada.

Deve ser lembrado que a coisa julgada, para o Código do Consumidor, é diferente da coisa julgada tal como tutelada pelo Código de Processo Civil. Acerca dos seus efeitos Everton Costa tece os seguintes comentários:

“De início cabe novamente ressaltar que os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas de proteção a direito difuso será *erga omnes*, mas somente terá valor e será estendido a todas as pessoas se o pedido for julgado procedente ou improcedente, isto é, somente se for analisado o seu mérito com as respectivas provas produzidas adequadamente. Na primeira hipótese, ou seja, o da procedência, segundo os ensinamentos de Rizato Nunes, todos os consumidores se aproveitarão da sentença definitiva, inclusive para fazer pleitos individuais. Na outra, ou seja, a de improcedência, o que está impedida é a propositura de nova ação coletiva, mas não fica impedido o ajuizamento de ações individuais. No caso de improcedência por insuficiência de provas, a sentença não produz efeito *erga omnes* e poderá a

¹²² CDC, Art. 103 - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81.

§ 1º - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Art. 104 CDC - As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹²³ CDC, Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único.* A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: *I* - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; *II* - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; *III* - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

ação coletiva ser novamente proposta por qualquer legitimado, inserindo nesse rol até a própria entidade que promoveu a ação anterior¹²⁴”.

Consuelo Yoshida caracteriza e diferencia as três modalidades de direitos e interesses meta ou transindividuais, definindo-os da seguinte forma:

“Os direitos e interesses difusos caracterizam-se pela indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela indeterminação de seus titulares (elemento subjetivo), que estão ligados entre si por circunstâncias de fato (elemento comum). Já os direitos e interesses coletivos caracterizam-se pela indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo), que estão ligados entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (elemento comum). Os direitos e interesses individuais homogêneos, por sua vez, caracterizam-se pela divisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo), decorrendo a homogeneidade da “origem comum” (elemento comum)”¹²⁵.

1.4.6. Legitimidade do Ministério Público na defesa dos Interesses Individuais Homogêneos

Segundo o art. 129, III da Constituição Federal Brasileira, o Órgão do Ministério Público tem legitimidade para promover inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos¹²⁶.

Por conseguinte, a Constituição não trata expressamente da legitimação do órgão ministerial para defesa dos interesses individuais homogêneos, conceituados no art. 81 § único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, o artigo 82 do mesmo diploma legal supra, prevê tal legitimidade, que, sem dúvida, é o que tem promovido o maior número de ações coletivas destinadas à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

O Ministério Público só está legitimado para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que sejam também indisponíveis ou de tal vulto que interessem toda a

¹²⁴ COSTA, Everton Leandro da. *A Coisa Julgada nas Ações Coletivas Sob o Prisma do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/8054-a-coisa-julgada-nas-acoes-coletivas-sob-o-prisma-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 15/11/2011.

¹²⁵ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 3-4.

¹²⁶ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina e CÉSPEDES, Livia. *Código Civil e Constituição Federal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.90.

sociedade. Com exceção desses casos, não há motivo para a sua participação, seja como autor, seja como fiscal da lei¹²⁷.

A legitimidade do Ministério Público para a ação coletiva visando à defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos pode ser observada na análise do art. 127, já mencionado. Assim, o Ministério Público só terá legitimidade para defender essas modalidades de interesses quando tal defesa harmonizar-se com a destinação institucional (art.127, CF), que se verifica quando ela convém à coletividade como um todo. “Isto ocorre nos casos em que há extraordinária dispersão de lesados, que envolvem a defesa da saúde ou segurança dos consumidores ou em que a intervenção ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico¹²⁸”.

Na mesma linha de pensamento acentua Consuelo Yoshida o seguinte:

“A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse processual do Ministério Público na tutela jurisdicional coletiva dos interesses materiais envolvidos de forma mediata, e não apenas do número elevado de beneficiários da tutela jurisdicional invocada: a tutela do Estado Democrático de Direito em face da violação em massa da ordem jurídica (bem difuso); a tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana em face da lesão em massa, individualmente experimentada e aferível, do direito (difuso) à habitação, transporte coletivo, educação e ensino, saúde, previdência e assistência sociais¹²⁹”.

Os interesses individuais homogêneos, apesar de serem essencialmente individuais, são tutelados pelo Estado. Contudo, para que seja caracterizada essa tutela, deve ficar caracterizada sua homogeneidade. Portanto, sua dimensão coletiva deve prevalecer sobre a individual. Na ausência desta prevalência, os direitos serão heterogêneos, embora tenham origem comum, o que, para Ada Grinover, *apud* David Costa Benevides, “inviabilizaria sua tutela em face da falta de previsão do ordenamento jurídico brasileiro, levando à impossibilidade jurídica do pedido¹³⁰”.

Deve-se destacar ainda a Lei Complementar 75/1993, de 20 de maio, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, a qual confere

¹²⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Op. cit.*, p.70

¹²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Revista dos Tribunais *apud*: *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 6. ed. 95/97. São Paulo: 1994. p. 47.

¹²⁹ YOSHIDA, Consuelo. *Op. cit.*, p.19

¹³⁰ GRINOVER, *Op. cit.*, p.23.

ao Ministério Público competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, d) e para propor ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos (art. 6º, XII).

Eis o que dizem os dispositivos supracitados: Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses¹³¹.

Para a defesa de interesses individuais homogêneos, há doutrinadores que defendem a impossibilidade de uma lei ordinária ampliar a esfera de atuação e competência fixada pela Constituição Federal, que tratou apenas dos interesses difusos e coletivos, não fazendo referência aos interesses individuais homogêneos.

Há divergências entre a doutrina e a jurisprudência sobre a legitimidade do Ministério Público para tutelar os interesses individuais homogêneos.

Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, o Órgão do Ministério Público tem legitimidade para promover a defesa dos interesses sociais individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do regime democrático, com fundamento no art. 129, III, da Constituição Federal/88.

Por sua vez, os Tribunais têm defendido a legitimidade do Ministério Público, mesmo que se trate de direitos homogêneos de natureza patrimonial, exigindo, porém, a relevância social dos interesses em jogo.

Não obstante a Constituição Federal não tratar expressamente da legitimação do *Parquet* para defender os interesses individuais homogêneos, o art. 82, do Código de Defesa do Consumidor, e o art. 6º, XXII, da Lei Complementar nº. 75/93 conferem esse encargo.

É importante lembrar que atualmente prevalece na doutrina brasileira uma justiça efetiva e social. Logo, o Ministério Público, como representante legal da sociedade, exerce

¹³¹ BRASIL. Lei nº 75. Art. 6º, 1993.

um papel de suma importância na área da infância e da juventude. Deve lutar em prol da sociedade, fazendo valer os mecanismos de tutela efetiva do cidadão comum, evitando o descrédito na justiça, ajuizando ações civis públicas que beneficiem o interesse da coletividade.

Hugo Mazzilli condiciona a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público à sua relevância social. Segundo ele, os interesses devem ser de suficiente expressão ou abrangência coletiva¹³².

A verdade é que, como afirma Motaui Ciocchetti,

“em que pesem divergências doutrinárias e jurisprudenciais com relação aos interesses individuais homogêneos, decorrentes, dentre outros motivos, do fato de que mencionados interesses não constavam do art. 129, III, da CF, a tendência atual é a de se admitir a legitimidade ativa do Ministério Público para tutelá-los, tendo em vista o disposto no art. 91 do CDC¹³³”.

Ressalta Motaui, em seguida, que “a legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais homogêneos dependerá sempre da indisponibilidade destes, nos termos do art. 127, caput, da CF¹³⁴”. Para ele, um exemplo típico de interesses individuais homogêneos que podem ser tutelados pela instituição é o da inexistência, na rede pública de ensino, de vagas para duzentos menores com sete anos de idade. É importante ressaltarmos que tais números não são atuais, o quadro mudou consideravelmente nestes últimos anos.

Com efeito, o Ministério Público possui legitimidade para tutelar interesses individuais, coletivos e difusos, desde que indisponíveis.

Newton Ramos Neto, em relação ao tema em questão, assevera:

“Vê-se que o Ministério Público foi incumbido da tarefa de zelar pelo interesse público, consubstanciado nas hipóteses de ameaça ou lesão a direitos individuais indisponíveis ou direitos metaindividuais, aqueles em face de sua conotação de indisponibilidade e estes em virtude de sua

¹³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64.

¹³³ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.40.

Art. 91 CDC: Os legitimados de que trata o Art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

¹³⁴ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Op.cit.*, p. 41.

dispersão no meio social a exigir uma tutela homogênea. Dessa forma, cabe a atuação do Parquet sempre que um ato seja do Poder Público, seja de particulares - seja bens ou direitos com reflexos no meio social. Nota-se assim, que o critério que deve nortear a distinção entre onde cabe ou não a intervenção do Ministério Público é exatamente a repercussão social da violação jurídica em face da extensão do dano causado, o que decorre, ao nosso ver, do papel desenvolvido pelo órgão ministerial em nossa sociedade. Quando se fala em proteção de direitos coletivos *stricto sensu* ou de direitos difusos, maiores controvérsias não suscitam a questão da legitimidade do Parquet, até mesmo em virtude da existência de expressa previsão constitucional”. (art. 129, III, CF)¹³⁵”.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery

“Nada obstante a norma comentada mencione apenas os direitos difusos e coletivos aplicam-se as disposições processuais da LACP (Lei de Ação Civil Pública) bem como do Título III do CDC (Código de Defesa do Consumidor) às ações coletivas que versem sobre outros direitos individuais homogêneos, como é o caso, por exemplo, da lide dos contribuintes em relação ao fisco no tocante a determinação do imposto (...) O que legitima o Ministério Público a ajuizar ação na defesa de direitos individuais homogêneos não é a natureza destes mesmos direitos, mas a circunstância de sua defesa ser feita por meio de ação coletiva. A propositura de ação coletiva é de interesse social, cuja defesa é mister institucional do MP (CF, art. 121 caput), razão porque é constitucional o CDC, art. 82, I, que legitima o MP (Ministério Público) a mover ação coletiva na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹³⁶”.

1.4.7. Inquérito Civil e Ação Civil Pública

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele de promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica, quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas¹³⁷.

A tradição jurídica inspirada pelo individualismo liberal distingue entre o interesse público, cujo titular é o Estado e o interesse privado, cujo titular é o cidadão. Somente na década de 70, a partir de trabalho seminal de Mauro Cappelletti, é que a doutrina passou a se ocupar da existência de uma categoria intermediária de interesses, que excedem o âmbito

¹³⁵ NETO, Newton Pereira Ramos Neto. *Revista do Ministério Público do Maranhão*. Nº. 8, 2001, p.148.

¹³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria. *Cód.de Proc. Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.1129 e1141.

¹³⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70.

individual, mas não chegam a constituir interesse público. São interesses metaindividuais, que a doutrina divide em: a) *interesses individuais homogêneos*, quando se trata de interesses divisíveis, com origem comum, de sujeitos determináveis; b) *interesses coletivos*, quando sujeitos determinados ou determináveis compartilham interesses indivisíveis oriundos de uma mesma relação jurídica-base; c) *interesses difusos*, no caso de interesses indivisíveis, titulados por um número indeterminável de pessoas, unidas por uma mesma situação de fato¹³⁸.

Vários doutrinadores brasileiros se manifestam contrário a opinião de Cappelletti, dentre eles, Hugo Mazzilli, Rodolfo Mancuso e Jorge Alberto Marum e afirmam que no Brasil a defesa dos interesses metaindividuais foi confiada principalmente ao Ministério Público, sendo ele o único cuja atribuição está expressamente prevista no texto constitucional, além de ter a titularidade exclusiva do inquérito civil, investigação pública que antecede a ação.

No Brasil, a defesa desses interesses é feita através da lei federal nº. 7.347/85 que instituiu a denominada ação civil pública. Seu artigo 1º assim dispõe: Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011); VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001). Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001). Esta lei usou a expressão LACP para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o Ministério Público. O art. 5º¹³⁹ enumera a relação dos Órgãos que tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar.

¹³⁸CAPPELLETTI, *apud* MARUM, Jorge. *Op. cit.*, p. 414.

¹³⁹ Art. 5º da Lei nº 7.347/ 1985, de 24 de Julho. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007): I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007); II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007); III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007); IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007); V - a associação que, concomitantemente:

Com o passar do tempo, as hipóteses de cabimento da ação civil pública foram aumentando por intermédio das seguintes leis federais: lei nº. 7.853/89 (que dispõe sobre a proteção da pessoa portadora de deficiência); lei nº. 7.913/89 (que trata da defesa coletiva dos investidores no mercado de valores imobiliários); lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); lei nº. 8.429/ 92 (que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa); lei nº. 8. 884/94 (lei antitruste); lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Conforme já afirmamos, visando tutelar os interesses coletivos de determinada categoria profissional, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, nos moldes do art. 5º da lei nº. 7. 347/ 85.

A ação civil pública não é um processo autônomo, ela não possui um rito processual específico. Poderá, isso sim, assumir a forma de ações ordinárias, sumárias, de liquidação de sentença, de execução, cautelares e procedimentais especiais previstas no Código de Processo Civil ou em legislações extravagantes, podendo então, acrescentar aos ritos comuns os princípios específicos da lei federal nº. 7. 347/ 85, de 24 de julho.

O Ministério Público e qualquer outro legitimado, no caso, a União Federal, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as associações civis podem assumir, no caso de desistência infundada ou abandono, a titularidade ativa da ação.

(Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007); a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007); b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990). § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 1990).

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 1990). § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 1990).

A Ação Civil Pública é, sem dúvida, o instituto mais importante na proteção de direitos não individuais. Segundo Maria Cristina Zainaghi, sua origem vem do modelo americano das chamadas *class actions*, de forma que ela excepciona a origem do direito brasileiro, todo fundamentado nas origens romana-germânica¹⁴⁰.

A ação civil pública é pertinente na defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

“Há de se consignar que outros países além dos Estados Unidos e de Portugal, que também têm ações de origem coletivas, como a *relator action* ou *representative action* na Inglaterra; ou a *action d'intérêt public*, na França. Sendo que na Inglaterra a característica da ação é obter a declaração da obrigação de indenização aos consumidores lesados. Na França a ação similar à ação civil pública tem como característica que será interposta por associações de defesa do consumidor, mediante a autorização do Ministério Público¹⁴¹.

A ação civil pública conforme disposto no artigo 2º, da Lei nº. 7.347, datada de 24 de julho de 1985, no que tange a competência, afirma, *in verbis*: Art. 2º: As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único: A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)¹⁴². No entanto, como faz alusão Marcus Vinicius Gonçalves, há casos especiais de competência, como por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, art. 101, I, nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, que devem ser ajuizadas no foro de domicílio do autor; no Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja competência para as ações civis públicas que versem sobre interesses de crianças e adolescentes é da Vara da Infância e Juventude do local onde ocorreu a ação ou omissão (se o dano for regional ou nacional, aplicar-se-á por analogia o art. 93, II, da lei consumerista e nos casos do art. 109, I, da CF/88, a competência será da Justiça Federal); no Estatuto do Idoso, cujas ações serão ajuizadas no local em que ele tiver domicílio, salvo competência da Justiça Federal ou do rol dos Tribunais Superiores¹⁴³.

¹⁴⁰ ZAINAGHI, Maria Cristina. *Ação Civil Pública no CDC*, Jus Navigandi. Disponível em <http://www1.doutrina/texto.asp?id=3173>, acesso em 15/07/10.

¹⁴¹ *Ibid, Ibidem*.

¹⁴² Lei nº. 7.247 de 24/07/1985. (Lei de Ação Civil Pública) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 2/12/2011.

¹⁴³ GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Op. cit.*, p.63.

Arruda Alvim, ao comentar a matéria, cita o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que na aplicação do artigo 109, § § 2º e 3º da Constituição Federal, se sobrepõe ao princípio da competência funcional, de forma que nessa hipótese, mesmo havendo interesse da União, a ação seria julgada pela Justiça Estadual, sempre que na localidade não houver Justiça Federal. Para ele, dizer-se que se trata de competência absoluta significa que esse regime prevalece nesse plano, mas não pode afastar regras constitucionais, que, por certo, prevalecem se for o caso; ou mais precisamente, aplica-se a Constituição Federal e não a lei ordinária, pois que, se tipificada a hipótese de incidência de regra constitucional, não há de ser, sequer, cogitada, com vistas à sua incidência. Entende ele tratar-se da fixação do foro competente quando o dano ao interesse difuso se espraie para além da circunscrição judiciária¹⁴⁴.

O art. 5º § 6º da Lei nº. 7.347/ 85 admite o compromisso de ajustamento, de transação, que na verdade, são acordos extrajudiciais¹⁴⁵.

Roberto Senise Lisboa assegura o seguinte: “a ação civil pública tem por escopo a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em geral, objetivando a desconstituição do ato lesivo e a condenação dos responsáveis à reparação do interesse lesado, preferencialmente com o cumprimento específico da condenação¹⁴⁶”.

A ação civil pública tem por principal finalidade a reparação dos danos morais e patrimoniais de interesses difusos e coletivos, mas a defesa de um interesse difuso e coletivo por vezes somente se fará possível mediante a tutela de um direito individual. Exemplificando tal assertiva, Moutauri apresenta o consecutivo exemplo:

“na hipótese de duzentos menores com sete anos de idade não terem conseguido vaga na rede pública de ensino; devemos lembrar que a educação, nos termos do art. 205 da Constituição Federal é uma das bases sobre as quais se assenta qualquer sociedade civilizada. No caso em questão, estamos lidando com um interesse difuso por excelência; pois a própria CF, em seu art. 208, I, impõe ao Poder Público o dever de garantir o ensino fundamental, que é obrigatório e gratuito. Dessa forma, ao negar vaga na rede pública de

¹⁴⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil. – parte geral. V. 1.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

¹⁴⁵ Lei nº 7. 347 - *Lei de Ação Civil Pública*, Art. 5º § 6º: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº. 8.078, de 11.9.1990).

¹⁴⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 503.

ensino a duzentos menores, o Poder Público gerou lesões não apenas individuais, como também a interesse difuso, representado por violação dos princípios que norteiam a educação¹⁴⁷”.

Na sua sucinta e preciosa obra, *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*¹⁴⁸, Motauro de Souza defende a tese de que a ação coletiva é gênero ao qual pertence a espécie ação civil pública. Entende ele que, ação coletiva é a medida judicial proposta pelas pessoas arroladas no art. 5º da LACP, por sindicatos, associações de classe, cidadãos e por outros legitimados nas esferas constitucional e legal, com o escopo de tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e que o conceito de ação coletiva abarca não apenas a ação civil pública, como também a popular, o mandado de segurança coletivo e a ação de que tratam os artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, destinada à tutela dos interesses individuais homogêneos.

Sob o entendimento de Hugo Mazzilli, se uma ação que verse sobre a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o aspecto doutrinário, será chamá-la ação civil pública. Mas, se tiver sido proposta por qualquer outro co-legitimado, o mais correto será denominá-la ação coletiva¹⁴⁹.

Entretanto, o Ministério Público nunca terá legitimidade exclusiva para a promoção da ação civil; são co-legitimados ativos para ações coletivas previstas na Lei de Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor as pessoas jurídicas de direito público interno, a Defensoria Pública, as associações civis, os sindicatos e alguns outros órgãos e entidades.

Ademais, o Ministério Público, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, só poderá defender interesses individuais indisponíveis, e uma de suas principais funções, consoante o art. 129, III deste mesmo diploma legal é promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

¹⁴⁷ SOUZA, Motauro Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43.

¹⁴⁸ *Ibid*, *Ibidem*.

¹⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 86.

Constata-se, assim, que esta Carta Magna apresentou uma série de avanços significativos em sede de tutela de interesses metaindividuais, dentre os quais, a criação de novos instrumentos processuais, como por exemplo: mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX; mandado de injunção, art. 5º LXXI; a ampliação do cabimento da ação popular (art. 5º LXXIII) e a previsão da ação civil pública (art. 129, III).

Urge lembrar que a legitimação do Ministério Público, federal ou estadual, por si ou em litisconsórcio, decorre do art. 129, inciso III, da Constituição, sendo suas funções institucionais: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”¹⁵⁰.”.

Embora se tenha considerado a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública como extraordinária (substituição processual), ou de condutor autônomo do processo, trata-se, na verdade, de *legitimação ordinária constitucional*¹⁵¹, que brota diretamente da Constituição (art. 129, III). No que tange à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, bem como a referida legitimação, o Código de Defesa do Consumidor é taxativo nos seus vários dispositivos.

Discorre Gisele Leite, em artigo no qual faz um pequeno comentário sobre a Lei de Ação Civil Pública:

A atuação do MP corresponde à legitimação extraordinária, age em nome próprio por causa da específica legitimação que a ordem jurídica lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue por meio da ação civil pública pertencem a terceiros (sejam estes determinados, determináveis e indetermináveis), mas serão sempre de terceiros. A legitimação extraordinária ou substituição processual, distinguindo-a das hipóteses em que o titular da pretensão age apenas na defesa do próprio interesse. Normalmente na LACP, o MP terá legitimidade originária porque o poder jurídico preexiste ao momento da deflagração da ação. Também, poderá ser superveniente quando houver desistência infundada ou abandono da ação por associação (Art. 5º. §3º)¹⁵².

¹⁵⁰ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina e CÉSPEDES, Livia. *Código Civil e Constituição Federal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

¹⁵¹ *Ibid*, *Ibidem*.

¹⁵² NEVES, Cerrano. *Comentários a LACP por Gisele Leite*. Disponível em: <http://www.serrano.neves.com.br> Acesso em: 12/11/03.

Por conseguinte, a legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive estatais, autárquicos ou paraestatais conforme prevê a lei supracitada.

Para o Ministério Público, no princípio da obrigatoriedade há antes o dever de agir e a consequente indisponibilidade da ação. A sua ação é um dever. Este princípio dar respaldo para a propositura da ação civil pública pelo Órgão Ministerial.

O inquérito civil, criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, é um dos instrumentos mais importantes para a atuação dos membros do Ministério Público na defesa dos denominados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; uma vez que se trata de um procedimento de caráter investigatório, privativo do Ministério Público, que lhe dar respaldo legal e provas concretas para a propositura de ações civis em defesa da sociedade. Tem características semelhantes com o inquérito policial, todavia, dele difere por não ser instaurado nem presidido pela autoridade policial e sim pelo Ministério Público. “A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu art. 129, III, indicou como função institucional do Ministério Público a sua instauração. Foi regulamentado pela Resolução 23/2007, expedido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 17 de setembro de 2007¹⁵³”. Esta Resolução foi alterada pelas Resoluções nº. 35/2009, de 23 de março e nº 59/2010, de 27 de julho.

Sendo um procedimento de investigação privativo ao membro do Ministério Público, obviamente que, quando instaurado, será por ele presidido, tendo como objetivo primordial fazer a colheita de provas e posteriormente adotadas as medidas legais e cabíveis. Pode ser expedida uma recomendação ao investigado, promovida audiência pública, realizado termo de ajustamento de conduta e ajuizada ação civil pública.

Por sua vez, a ação civil pública, conforme já mencionamos pode ser intentada por outros Órgãos, legitimados pela Lei 7.347/1985, de 24 de julho, como: a União, os Estados, os Municípios, a defensoria pública, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou por associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil.

¹⁵³ GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Op. cit.*, p.139.

Nos termos da Lei nº. 7.347/ 85, quando o Ministério Público propuser a ação, terá intervenção obrigatória, como fiscal da lei. Se o titular que propuser a ação, desistir, o *Parquet* não estará obrigado a prosseguir com a mesma, não sendo obrigado, portanto, a assumir a titularidade. No entanto, se a ação for proposta pelo Ministério Público, este não poderá dela desistir, devendo prosseguir-se até o final, ou seja, até o encerramento do processo.

A Lei 11.448/ 2007, de 15 de janeiro alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/1985, de 24 de julho, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Passou a estabelecer o seguinte: “Art. 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹⁵⁴.”

Diferentemente com o que ocorre com o inquérito policial, no inquérito civil o Ministério Público não requer o arquivamento e sim o promove diretamente, embora sob o controle do Conselho Superior da Instituição (art. 223 § 4º)¹⁵⁵. Não é o órgão do Ministério Público obrigado a instaurar um inquérito civil ou a propor uma ação civil pública, a não ser que identifique a hipótese propiciadora de sua intervenção.

1.5. Atuação do Ministério Público na Área da Infância e da Juventude: principais funções

O Ministério Público é uma instituição de suma importância em uma sociedade, tendo em conta as atribuições que lhe são conferidas por lei. No entanto, no Brasil nem sempre foi valorizado. Foram necessários vários anos para ser reconhecido e atingir o patamar em que hoje se encontra; tendo alcançado uma posição de destaque com a atual Constituição Federal

¹⁵⁴ Lei nº. 11.448, de 15 de 2007. Disponível em: <http://www.leidireto.com.br/lei-11448.html>. Acesso em: 29/05/08.

¹⁵⁵ CARRIDE, Norberto de Almeida. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006, p.582.

ECA: Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis. § 4º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

brasileira, quando teve reconhecida a sua independência funcional e administrativa e incumbiu-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Modernamente, é o defensor dos valores fundamentais da sociedade; dos interesses sociais, difusos e coletivos; e ouvidor do povo. Tem como meta a edificação de um Estado social de direito, capaz de garantir vida digna, justa e humana para todos, preservando os princípios e valores constitucionais. Esta Instituição existe para defender a sociedade de forma coletiva; fiscalizar a aplicação das leis e zelar pelo respeito aos direitos constitucionais por parte dos poderes públicos.

Na área da infância e da juventude, a atuação do Ministério Público no Brasil está assegurada nos artigos 200 a 205¹⁵⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/1990,

¹⁵⁶ ECA: *Art. 200.* As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica. *Art. 201.* Compete ao Ministério Público: *I* - conceder a remissão como forma de exclusão do processo; *II* - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes; *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 oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; *IV* - promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98; *V* - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal; *VI* - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: *a)* expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar; *b)* requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; *c)* requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas; *VII* - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude; *VIII* - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis; *IX* - impetrar mandado de segurança, de injunção e habeas corpus, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente; *X* - representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível; *XI* - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas; *XII* - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições. § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei. § 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público. § 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente. § 4º O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo. § 5º Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público: *a)* reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência; *b)* entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados; *c)* efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação. *Art. 202.* Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos

de 13 de julho, podendo ocorrer como “parte processual”, ou “fiscal da lei”, mas, nas duas hipóteses, como defensor intransigente dos direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens. O art. 201 especifica as suas principais atribuições na área; todavia poderão advir outras, caso sejam compatíveis com as finalidades da instituição.

Ao abordarem sobre a atuação do Ministério Público, Eduardo Alcântara e Thales Oliveira, asseguram com precisão o seguinte, *ipsis litteris*¹⁵⁷:

“observando as funções institucionais do MP, previstas no extenso rol do art. 129 da Constituição Federal/88 (recentemente alterado pela Emenda Constitucional nº. 45, de 31/12/2004) e do art. 25 da lei nº. 8.625, de 12/02/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), verifica-se que a maior parte das atividades do *parquet* relaciona-se com a defesa do interesse público primário, assim entendida a defesa da sociedade como um todo. Também atua na tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que se situam na zona nebulosa entre o direito público puro e o particular, mas nunca em defesa de valores eminentemente privados. As únicas hipóteses em que o MP intervém para garantia de interesses individuais relacionam-se com a defesa de pessoas determinadas, que pelas suas características estão em situação de desvantagem perante seus pares ou quando se trata de direitos indisponíveis”

No tocante a esta questão concordamos com Eduardo Alcântara e Thales Oliveira¹⁵⁸, quando afirmam que o inquérito civil e a ação civil pública são os mais importantes instrumentos de que o Ministério Público e a sociedade dispõem para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionados com a infância e a juventude, previstos ou não no Estatuto da Criança e do Adolescente. Apesar do ajuizamento da ação civil pública não ser de sua exclusividade, é ele quem mais intenta ações dessa natureza, na qualidade de defensor da sociedade. O art. 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente destaca os Órgãos legitimados para propor ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos¹⁵⁹.

cabíveis. Art. 203. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente. Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado. Art. 205. As manifestações processuais do representante do Ministério Público deverão ser fundamentadas.

¹⁵⁷ DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Estatuto da Criança e do Adolescente*/ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo; Thales Cezar de Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.254-255.

¹⁵⁸ ECA. *Op. cit.*, p.259.

¹⁵⁹ ECA, art. 210: Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: *I* - o Ministério Público; *II* - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios; *III* - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária. § 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei. § 2º Em caso de desistência ou

Assiste razão a Marcus Gonçalves quando afirma que embora o art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90 faça referência apenas aos interesses difusos, coletivos e individuais como objeto de proteção, pelo Ministério Público, no âmbito da infância e juventude, é preciso incluir também os individuais homogêneos, que só não foram expressamente mencionados porque introduzidos posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90)¹⁶⁰.

A garantia dos direitos da criança e do adolescente está prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente como prioridade absoluta. No artigo 227, a Constituição Federal brasileira *atribui à família, à sociedade e ao Estado, a obrigação de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com Absoluta Prioridade, seus Direitos Pessoais e Sociais*, destacando desta maneira o caráter de responsabilidade conjunta de todo o país com o zelo pela sua infância e juventude. Um dos órgãos mais engajados na observância dessa prioridade é o Ministério Público, instituição essencial à defesa da ordem jurídica e à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido posiciona-se Norberto Carride, quando assim declara:

“é função institucional do Ministério Público promover as medidas necessárias para a garantia dos direitos preconizados pela Constituição Federal, incluindo-se os previstos no art. 227, que assegura às crianças e aos adolescentes a proteção integral aos seus interesses em todos os aspectos que digam respeito ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade¹⁶¹”.

Resumidamente destacamos que, dentre as muitas tarefas que o Ministério Público executa na área da infância e juventude estão: assegurar o acesso das crianças, adolescentes e jovens à educação, combatendo a evasão escolar; zelar pelo direito à convivência familiar e comunitária; defendê-las contra todo tipo de violência e negligência, mesmo quando praticadas pelos próprios pais; atuar quando um adolescente comete ato infracional; garantir às crianças e adolescentes o atendimento à saúde que necessitarem, incluindo medicamentos; buscar em todos Municípios a implantação do Conselho Tutelar e do Conselho de Direitos.

abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa.

¹⁶⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Op. cit.* p.154.

¹⁶¹ CARRIDE, *Op cit.*, 562.

Tais iniciativas são realizadas pelo Ministério Público na certeza de que, se efetivarmos todos, órgãos públicos e sociedade, os direitos dos quais são titulares as crianças e adolescentes, estaremos assegurando-lhes um desenvolvimento sadio e as bases para o pleno exercício da cidadania.

Em Portugal, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, tem como objeto, nos termos do art. 1º a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral. Pretendem com isso, segundo Tomé Ramião, “uma efectiva promoção e proteção dos direitos das crianças e dos jovens indispensável ao seu desenvolvimento integral, com reconhecimento legal e constitucional”¹⁶².

O art. 72¹⁶³ da referida Lei, ao ressaltar sobre a Intervenção do Ministério Público, destaca as suas atribuições, as quais são de suma importância para a promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo.

O Ministério Público, salienta Tomé Ramião,

“face ao novo regime de proteção, deixou de ser membro das comissões de proteção, recentrando-se as suas funções estatutárias de controle da legalidade e de defensor dos interesses das crianças e jovens em perigo. A fiscalização da legalidade é exercida mediante análise do teor das comunicações feitas pelas comissões de proteção nos termos do art. 68º, nomeadamente das decisões que apliquem as medidas contempladas na sua alínea e, bem como mediante a consulta de processos concretos aí pendentes”¹⁶⁴.

¹⁶² RAMIÃO, Tomé D’Almeida. *Lei de proteção de crianças e jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 23.

¹⁶³ Artigo 72.º da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo, Lei nº 147/99. 1 - O Ministério Público intervém na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, nos termos da presente lei, podendo exigir aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a sua guarda de facto os esclarecimentos necessários. 2 - O Ministério Público acompanha a actividade das comissões de protecção, tendo em vista apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados. 3 - Compete, ainda de modo especial, ao Ministério Público representar as crianças e jovens em perigo, propondo acções, requerendo providências tutelares cíveis e usando de quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e a sua protecção.

¹⁶⁴ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p.125.

O art. 40¹⁶⁵, da Lei Tutelar Educativa, Lei nº. 166/99, de 14 de Setembro define a competência do Ministério Público no âmbito do processo tutelar, o qual assume um papel de defensor da legalidade e de proteção dos interesses do menor. O processo tutelar é constituído pela fase do inquérito, que é dirigido pelo Ministério Público e pela fase judicial, que é presidida pelo juiz.

Ao presidir o inquérito, o Ministério Público pode praticar todos os atos lícitos que lhe assegurem meios de provas, tanto diretamente quanto através dos órgãos de polícia criminal ou dos serviços de reinserção social. Sobre esta cooperação, o art. 76¹⁶⁶ da lei é bastante claro e objetivo. O artigo 2º do Decreto Lei nº. 272/2001, de 13 de Outubro, atualizado pela Lei nº. 61/2008, de 31/10, faz uma alusão à competência exclusiva do Ministério Público em relação a decisões relativas a alguns pedidos¹⁶⁷.

¹⁶⁵ RAMIÃO, Tomé D'Almeida. *Lei tutelar educativa anotada e comentada*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 80.

Lei tutelar educativa Artigo 40.º: Competência

1 - Compete ao Ministério Público: a) Dirigir o inquérito; b) Promover as diligências que tiver por convenientes e recorrer, na defesa da lei e no interesse do menor; c) Promover a execução das medidas tutelares e das custas e demais quantias devidas ao Estado; d) Dar obrigatoriamente parecer sobre recursos, pedidos e queixas interpostos ou apresentados nos termos da lei; e) Dar obrigatoriamente parecer sobre o projecto educativo pessoal de menor em acompanhamento educativo ou internado em centro educativo; f) Realizar visitas a centros educativos e contactar com os menores internados. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 31º e 33º.

¹⁶⁶ *Artigo 76.º Cooperação. Lei tutelar educativa, Lei nº. 166/99, de 14 de Setembro*. O Ministério Público pratica os actos e assegura os meios de prova necessários à realização do inquérito e pode solicitar as diligências e informações que entender convenientes a qualquer entidade pública ou privada.

Artigo 77.º Audição do menor: 1 - Aberto o inquérito, o Ministério Público ouve o menor, no mais curto prazo. 2 - A audição pode ser dispensada quando for caso de arquivamento liminar e pode ser adiada no interesse do menor.

¹⁶⁷ *O artigo 2º do Decreto Lei nº. 272/2001, de 13 de Outubro, atualizado pela Lei nº. 61/2008 31/10, afirma: 1 - São da competência exclusiva do Ministério Público as decisões relativas a pedidos de: a) Suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa; b) Autorização para a prática de actos pelo representante legal do incapaz, quando legalmente exigida; c) Autorização para a alienação ou oneração de bens do ausente, quando tenha sido deferida a curadoria provisória ou definitiva; d) Confirmação de actos praticados pelo representante do incapaz sem a necessária autorização. 2 - O disposto no número anterior não se aplica: a) Às situações previstas na alínea a), quando o conservador de registo civil detenha a competência prevista na alínea a) do artigo 1604º do Código Civil; b) Às situações previstas na alínea b), quando esteja em causa autorização para outorgarem partilha extrajudicial e o representante legal concorra à sucessão com o seu representado, sendo necessário nomear curador especial, bem como nos casos em que o pedido de autorização seja dependente de processo de inventário ou de interdição.*

CAPÍTULO II: DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS DIREITOS HUMANOS

2.1 Conceitos de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos

A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789*¹⁶⁸. Apesar da inexistência de um consenso sobre a diferença em relação aos *direitos humanos*, a distinção mais usual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, contemplam direitos relacionados à liberdade e à igualdade. A positivação desses valores, no entanto, ocorre em planos distintos. Enquanto os *direitos humanos* se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os *direitos fundamentais* são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado¹⁶⁹.

Direitos Fundamentais são os direitos inerentes ao ser humano, indispensáveis à sobrevivência e convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. São direitos reconhecidos, assegurados e positivados nos ordenamentos jurídicos das Nações, com o propósito de conceder aos seus membros proteção, segurança e dignidade. Fernando Tavares salienta que:

“Os direitos fundamentais, inclusive, da forma como criados pelo devido processo, entendido este como o espaço discursivo instituído pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, já são dotados de liquidez (auto - executoriedade) e certeza (infungibilidade), e uma vez constantes da Constituição, compõem esta que é um título executivo cartularizado constitucionalmente e oponível face a gestão governativa como forma de implemento dos direitos à vida, liberdade e dignidade¹⁷⁰”.

Em relação ao princípio do devido processo legal, o qual só adquiriu o *status* de garantia fundamental no ordenamento constitucional brasileiro, com a Carta Política de 1988,

¹⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique, *apud* NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 383.

¹⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 384/385.

¹⁷⁰ TAVARES, Fernando Horta, *et al.* *Urgência de Tutelas: por uma teoria de efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fernando%20Horta%20Tavares,%20Bruno%20de%20Mattos,%20C3%89rico%20Casagrande,%20Zamira%20de%20Assis%20-formatado.pdf>. Acesso em: 20/04/2012.

Juliano Lima destaca a sua importância e o seu alcance no Estado Democrático de Direito. Para ele,

“o processo entendido como instituição constitucionalizada que pelo princípio do devido processo legal constitucional compreende os princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e direito ao advogado, exerce papel fundamental na construção desse atual paradigma, na medida em que é uma garantia fundamental de conquistas históricas, que permite a efetiva implementação de direitos fundamentais por todos os afetados pelos provimentos jurisdicionais¹⁷¹”.

Podem ser definidos como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento da personalidade humana.

Enumerar os direitos fundamentais é uma tarefa bastante difícil; pois além dos direitos explicitamente reconhecidos pela Carta Magna, existem outros que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados. Na atualidade baseiam-se na própria razão do direito constitucional; abrangem um significado bastante amplo; estão relacionados com o meio ambiente, paz, desenvolvimento sustentável, erradicação da pobreza. Significam um sinal de progresso moral da humanidade, estabelece uma esperança de que o homem moral possa triunfar sobre o homem violento, passional, enganador. Por sua vez, conforme assevera Dimitri:

“Para compreender a função dos direitos fundamentais, deve-se imaginar a relação entre o Estado e cada indivíduo como relação entre duas esferas de intervenção. Os direitos fundamentais garantem a autonomia da esfera individual e, ao mesmo tempo, descrevem situações nas quais um determinado tipo de contrato é obrigatório¹⁷²”.

Os Direitos Humanos referem-se aos direitos fundamentais de todos os seres humanos indistintamente; sejam eles, homens, mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, portadores de HIV positivo, crianças e jovens, presos, pobres e ricos, enfim, membros de todas as categorias. Todos devem ser respeitados e protegidos. Eles baseiam-se nos princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da responsabilidade, da autoridade e da universalidade. Defende António José Fernandes que:

¹⁷¹ LIMA, Juliano Vitor e TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 253.

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

“Para que os direitos e as liberdades fundamentais do homem possam ser consagrados, protegidos e respeitados é preciso que os regimes políticos em vigor respeitem tais princípios. Caso contrário, os direitos humanos serão desrespeitados, cerceados ou negados. Segundo ele, o que aconteceu ao longo da história da humanidade mostra-nos claramente que a vigência de regimes aristocráticos, ditatoriais e totalitários não foi favorável à consagração e salvaguarda dos direitos humanos, e que estes apenas foram proclamados e salvaguardados em países onde vigoraram regimes democráticos¹⁷³”.

Tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos humanos visam a dignidade da pessoa humana e são ligados aos valores igualdade e liberdade. Os direitos humanos são consagrados no plano internacional e os direitos fundamentais no plano interno. Ao referir-se a esta temática, Siqueira Júnior faz as seguintes ponderações:

Os direitos humanos são aquelas cláusulas básicas, superiores e supremas que todo indivíduo deve possuir em face da sociedade em que está inserido. São oriundos das reivindicações morais e políticas que todo ser humano almeja perante a sociedade e o governo. Os direitos humanos reconhecidos pelo Estado são denominados de direitos fundamentais, vez que via de regra são inseridos na norma fundamental do Estado, a Constituição¹⁷⁴.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 consagrou uma série de direitos fundamentais, dentre eles, destacamos: o direito à vida, à liberdade, à igualdade; à segurança e à propriedade. Dedicou um capítulo para definir os Direitos Sociais, que encontram-se catalogados no art. 6º, como: os direitos a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância. “Os direitos fundamentais constantes da Constituição Portuguesa, da Carta dos Direitos Fundamentais, da União Europeia, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do Conselho da Europa e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, referem-se ao “ser”, aquilo que se considera hoje inalienável ao indivíduo, uma conclusão alcançada de forma evolutiva¹⁷⁵”. Concordamos com o posicionamento de Ricardo Maurício quando assim pondera, *verbis*:

“O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana requer o reconhecimento da necessidade de assegurar não somente os direitos individuais dos cidadãos (vida, liberdade, igualdade formal, propriedade, segurança), também conhecidos como direitos de primeira dimensão, cuja concretização demanda a abstenção dos órgãos

¹⁷³ FERNANDES, António José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia. (Fundamentos e Dimensões)*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

¹⁷⁴ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

¹⁷⁵ NUNES, Rui; RICO, Miguel e NUNES, Cristina. *Dependências Individuais e Valores Sociais. Coletânea Bioética Hoje - VII*. Coimbra: Gráfica e Editora de Coimbra, Lda., 2004, p. 54.

estatais, mas também implica a necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social), cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado¹⁷⁶”.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, considerando que a dignidade deve ser reconhecida a todos os seres humanos indistintamente e que os direitos humanos devem ser protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantindo uma série de direitos, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à plena igualdade, à segurança, à presunção de inocência, ao lazer, à saúde, ao acesso à justiça, dentre outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui segundo o art. 1º¹⁷⁷ da Constituição Federal Brasileira de 1988, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; é essencial a uma sociedade livre, justa e igualitária. A Constituição da República Portuguesa também consagra este princípio, ao estabelecer no art. 1º o seguinte: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁷⁸.” Logo, o ser humano deve ser respeitado, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica e dispor dos direitos essenciais a uma vida digna.

A Constituição se concretiza quando em uma situação jurídica é proferida uma decisão fundamentada em uma interpretação que analisa o texto e a realidade. Mas é a eficácia dessa decisão que mostrará se haverá efetividade, ou seja, a materialização dos direitos definidos constitucionalmente, simbolizando maximamente o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social¹⁷⁹.

Embora o Brasil e Portugal tenham ratificado os mais relevantes tratados internacionais, procurado cumprir as legislações constitucionais e infraconstitucionais, uma

¹⁷⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A fundamentalidade dos direitos sociais - Ricardo Maurício Freire Soares*. Disponível em: <http://artigojurisetjure.blogspot.com.br/2011/04/fundamentalidade-dos-direitos-sociais.html>. Acesso em: 06/04/2012.

¹⁷⁷ ANGHER, Anne Joyce. (Org.). *Vade Mecum: acadêmico de Direito*. 12ª. ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 24.

¹⁷⁸ *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:

[http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema Político/Constituição/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema%20Político/Constituição/) Acesso em 06.08.2010.

¹⁷⁹ TAVARES, André Ramos, *apud* ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 16.

parte bastante considerável da sociedade, principalmente da brasileira continua necessitando de apoio, proteção, garantia dos seus direitos. Reiteramos o entendimento de Virgílio Afonso da Silva quando sustenta que:

“a dignidade humana é constantemente desrespeitada ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme “guarda chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acaba sendo amontoadas em busca de proteção¹⁸⁰”.

Importante frisar o posicionamento de Ricardo Maurício Soares, quando adverte que “a dignidade da pessoa humana, antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço¹⁸¹”. Segundo ele, o princípio da dignidade da pessoa humana:

“permite reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização da justiça ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro; a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais¹⁸²”.

Para o princípio da “reserva do possível”, cuja origem está na Alemanha, o Estado depende de recursos para a efetivação e concretização dos direitos; os direitos sociais, por nós citados anteriormente, só serão efetivados conforme suas possibilidades orçamentárias, prioridades, na medida do possível, podendo então o Estado estabelecer critérios e prioridades, com cujo argumento não concordamos.

Convém salientar que, para Ricardo Maurício,

“o argumento da reserva do possível¹⁸³ não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos

¹⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 193.

¹⁸¹ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

¹⁸² *Ibid*, *Ibidem*.

¹⁸³ SILVA, Airton Ribeiro da e WEIBLEN, Fabrício Pinto. *A Reserva do Possível e o Papel do Judiciário na Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Julho de 2007 – Vol. 2, N.2, ISSN – 1981-3694. 2007, p. 46.

fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes¹⁸⁴”.

Por sua vez, conforme ressalta Ivja Machado¹⁸⁵, Canotilho coloca a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma "reserva do possível" e aponta a sua dependência dos recursos econômicos.

A preeminência de respeito e cumprimento aos direitos fundamentais pode ser observada nas palavras do citado jurista, quando assim destaca:

“A reserva do possível figura como uma verdadeira falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorreria de um Direito Constitucional Comparado equivocado. Caso admitida, não seria difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, enfraquecendo a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais prestacionais, que se tornariam, por conseguinte, um instrumento jurídico completamente inoperante. Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas, como transportes, fomento econômico ou serviço da dívida, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais da vida digna do ser humano: vida, integridade e saúde¹⁸⁶”.

Sobre o tema, Dirley Cunha Júnior adverte:

A *teoria do princípio da reserva do possível* tem como origem as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. O surgimento deste posicionamento é encontrado na apreciação de um famoso caso (BverfGE nº 33, S. 333, *apud* KRELL, 2002, p.52), no qual uma ação judicial então proposta visava a obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Tal pretensão se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas (SARLET, 2001, n. 3). Neste caso, ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade, destacando ainda a Suprema Corte Germânica que os intitulados direitos sociais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p.52). Tal entendimento inviabilizaria que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual restou afastada a lógica de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas. Por outras palavras, o Poder Judiciário, por mais que tenha como objetivo conferir a devida aplicabilidade às normas inseridas na Carta Magna, não pode almejar suprir todas as carências sociais mediante a expedição de ordens judiciais, pois estas não obterão a efetividade pretendida, pois que faltam condições materiais suficientes para a sua concretização. Além disso, a satisfação de uns implica em negar o direito a outros, em face da escassez de recursos.

¹⁸⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*, p. 156.

¹⁸⁵ MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 09 maio. 2008. Acesso em: 09/05/2008.

¹⁸⁶ KRELL, Andreas, *apud* SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A releitura da teoria normativa jusfundamental: um caminho para o direito justo*. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/95,a-releitura-da-teoria-normativa-jusfundamental-um-caminho-para-o-direito-justo.html>. Acesso em: 06/04/2012.

“Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”. E ainda: “Nesse contexto, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade¹⁸⁷”.

Neste sentido, também se posicionam Letícia Nunes e Ornélio Santos, ao apresentaram as seguintes argumentações:

Os direitos sociais, segundo a CF/88 são direitos fundamentais. “O princípio da reserva do possível, numa análise rápida, sugere uma relativização da amplitude desses direitos. A sua concepção pode traduzir uma limitação para o exercício e gozo dos direitos reconhecidos, assentando justificativa numa limitação de recursos financeiros e de capacidade de investimentos. Considerando que os Direitos Sociais são Direitos Fundamentais e, portanto, de aplicabilidade imediata, não há que se cogitar a aplicação da Reserva do financeiramente possível, cabendo ao Estado a concretização do Direito à coletividade como um todo¹⁸⁸”.

Segundo Bobbio, “o problema do fundamento dos direitos fundamentais teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948; que representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecidos; e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*¹⁸⁹”.

Pela importância e necessidade no Estado democrático de direito, sem dúvida, os direitos humanos fundamentais são essenciais ao ordenamento jurídico de qualquer país, uma vez que, tem como finalidades precípuas assegurar a promoção de condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento, bem como garantir a defesa dos seres humanos contra abusos de poder econômico praticados pelos órgãos do Estado.

¹⁸⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley, *apud* SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. *A efetividade dos Direitos Sociais e a reserva do possível*. Disponível em: <http://www.coladaweb.com/direito/a-efetividade-dos-direitos-sociais-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 22/03/2012.

¹⁸⁸ NUNES, Letícia Coelho e SANTOS, Ornélio Luís Soares dos. *A Eficácia dos direitos sociais frente ao princípio da reserva do possível*.

Disponível em: <http://guaiba.ulbra.tche.br/pesquisa/2009/artigos/direito/salao/597.pdf>. Acesso em: 05/04/2012.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.46.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que prescreve em seu art.1º que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, consolidou uma visão contemporânea de direitos humanos marcada pela universalidade, ao reconhecer que todos os indivíduos são titulares de direitos; pela indivisibilidade, por implicar na percepção de que a dignidade humana pode ser buscada pela satisfação dos direitos civis e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais e pela interdependência, que aponta para a dependência de direitos civis e políticos sobre os econômicos. O conceito contemporâneo de direitos humanos foi confirmado quando da realização da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993. Esta Declaração, embora não tenha força vinculante, seu mérito é inegável uma vez que representa o reconhecimento no âmbito universal do respeito à dignidade da pessoa humana e de valores como a igualdade, liberdade e fraternidade, sendo o primeiro diploma internacional de direitos e garantias fundamentais.

No tocante a não vinculação da Declaração, vale ressaltar, como afirma Comparato, “que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não¹⁹⁰”.

Segundo Nestor Sampaio, diversas teorias procuraram justificar e delimitar o fundamento dos direitos humanos, merecendo destaque a jusnaturalista, a positivista e moralista. A primeira teoria jusnaturalista inscreve os direitos humanos em uma ordem suprema, universal, imutável, não se tratando de criação humana; e a segunda, denominada teoria positivista assevera que os direitos humanos são criação normativa, na medida em que são legítima manifestação da soberania do povo. Assim, só seriam direitos humanos aqueles reconhecidos pela legislação positiva¹⁹¹.

O conceito contemporâneo de direitos humanos foi confirmado quando da realização da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993. Naquela oportunidade foram elaboradas: A Declaração e o Programa de Ações de Viena (1993); cuja Declaração em seu art. 5º estabelece: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis,

¹⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p.227.

¹⁹¹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora: Método, 2006, p 15.

interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais¹⁹²”. Direitos Humanos são os direitos do homem; direitos que a Declaração de 1948 adota em consonância com os princípios universais consagrados pela Declaração Francesa de 1789, liberdade, igualdade, fraternidade. Tais princípios foram inspirados no pensamento iluminista da época, notadamente nos ensinamentos de Rousseau, Locke e Montesquieu. São, em uma definição bem abrangente, os direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Fundamentam-se na preservação da vida, e sua integridade física, moral e social.

Conforme Júlio Carvalho, "a expressão ‘direitos humanos’ tem como conteúdo o reconhecimento do valor do homem, como ser vivo, íntegro, pensante, respeitável, e que é credor da mais nobre destinação¹⁹³”.

Comparato assim menciona que: “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não¹⁹⁴”.

O jurista espanhol Antônio Perez Luño define direitos humanos como sendo “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”¹⁹⁵. Segundo ele então, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade são fundamentos dos direitos fundamentais.

¹⁹² *Declaração e Programa de Ação de Viena*, 1993.

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 25/05/08.

¹⁹³ CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998, p.39.

¹⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p.227.

¹⁹⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

2.2. Ambiguidade terminológica

As expressões “Direitos Humanos e Direitos Fundamentais” são sinônimas. Canotilho as distingue conforme a origem e significado argumentando que: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹⁹⁶.

A denominação “Direitos Humanos” surgiu da doutrina norte - americana, como ficou conhecida na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948. A expressão “Direitos Fundamentais” é uma expressão mais ligada à doutrina alemã, que significa os direitos das pessoas frente ao Estado que são objeto da Constituição.

Para Marcus Ribeiro, a diferença que pode ser feita entre estas duas expressões é que, normalmente, a aceção direitos fundamentais está ligada à ideia da consagração constitucional das liberdades do indivíduo, expressão esta utilizada por nosso constituinte de 1988, enquanto que direitos humanos ou direitos do homem estariam ligadas à proteção da esfera de liberdade do ser humano, mesmo que sua proteção ainda não seja prevista expressamente pelo ordenamento jurídico. Ressalta ainda, que os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados¹⁹⁷.

As expressões “direitos humanos e direitos fundamentais” começaram a ser usadas após um consenso da doutrina, em razão do surgimento de várias designações; tais como: direitos individuais, direitos morais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas. Tais direitos devem ser obedecidos, respeitados e assegurados a todos indistintamente.

¹⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

¹⁹⁷ RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2007, p.13.

Assevera que a locução direitos humanos é empregada para designar os direitos dos cidadãos assegurados em tratados, declarações e convenções internacionais, ou melhor, ela é empregada no contexto internacional. Enquanto que, a locução direitos fundamentais é reservada para o contexto nacional, ou seja, para designar os direitos positivados na Constituição.

Logo, os direitos fundamentais são direitos constitucionais ou direitos humanos constitucionalizados. São direitos considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

Os direitos fundamentais propriamente ditos referem-se aos atributos naturais da pessoa humana, invariáveis no tempo e no espaço, segundo a ordem natural estabelecida pelo Criador do mundo e partindo-se do princípio de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos; estendendo-se, portanto, a todos os homens sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, ideologia, crença, condições econômicas ou quaisquer outras discriminações¹⁹⁸.

Sob a ótica de Comparato, “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não¹⁹⁹”. Segundo ele, existe uma diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, representando estes últimos exatamente os direitos humanos positivados, isto é, reconhecidos pelos Estados em suas Constituições escritas. Assim é que, por ser uma Declaração de Direitos Humanos (do Homem), deve ser respeitada por todos os seus signatários, independentemente de qualquer outro tipo de vinculação²⁰⁰.

“Os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado; esta é hoje a opinião dominante. O Tribunal Constitucional Federal entende que uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo directo, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como

¹⁹⁸ MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26ª ed. atual. pelo prof. Miguel Alfredo Neto. São Paulo: Saraiva, 2003, p.215.

¹⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p.227.

²⁰⁰ *Ibid*, *Ibidem*.

decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, o direito privado²⁰¹».

Deste modo, a locução direitos humanos é empregada para designar os direitos dos cidadãos assegurados em tratados, declarações e convenções internacionais, ou melhor, ela é empregada no contexto internacional. Enquanto que a locução direitos fundamentais é reservada para o contexto nacional, ou seja, para designar os direitos positivados na Constituição. Logo, os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalizados.

2.3. Significado das expressões na atualidade

O estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios dos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltado, também, para torná-lo compreensíveis pelas várias camadas sociais.

Ultimamente o tema “*Direitos Humanos*” tem sido muito abordado em todas as áreas e em diferentes contextos, sejam eles sociais, civis, econômicos, culturais, políticos, profissionais, religiosos, educacionais, éticos, dentre outros. São os direitos inerentes a todos os seres humanos, sem nenhuma discriminação; reconhecidos ao longo da história e que asseguram a todos liberdade, fraternidade, proteção e uma vida digna. “*A dignidade da pessoa humana, antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço*”²⁰²».

Como podemos observar, a sociedade é dinâmica, encontra-se em constante mutação; os conceitos mudam; até mesmo em razão do progresso técnico-científico, da informática, da globalização. Os direitos fundamentais precisam se transformar em realidade e não permanecer como um simples programa, por várias décadas. O direito é algo vivo e deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado; à evolução, os novos desafios postos através do tempo.

²⁰¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. de: Wolfgang Sarlet e de Paulo M. Pinto. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de Julho de 2003. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2009, p. 36 e 43.

²⁰² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*, p. 210.

Segundo Norberto Bobbio, os direitos humanos não são um dado da natureza ao modo do jusnaturalismo. São um construído jurídico historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva. Afirma ele que “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre²⁰³.” Ele alerta ainda que, sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. E também comenta sobre a transformação e ampliação dos direitos, uma vez que, diz ele, basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos²⁰⁴

Se analisarmos com cautela a evolução de tais direitos, vemos que ampliaram-se e ampliam-se constantemente. Hoje por exemplo a doutrina dominante já fala em direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um meio ambiente saudável e sustentável, direito à democracia, direito à informação, direito ao pluralismo, direito à paz e ao desenvolvimento.

Concordamos com Edilson Farias, quando afirma que os direitos fundamentais significam hodiernamente um sinal de progresso moral da humanidade, embora nem sempre, como afirma Bobbio, o progresso moral ande lado a lado com o progresso científico, pois se sobre o progresso extraordinário da técnica não há controvérsia, sobre o progresso moral há dúvidas. No entanto, argumenta ele, apesar de prevalecerem no mundo das relações sociais as paixões e os interesses particulares sobre as razões universais, os direitos fundamentais constituem uma esperança de que o homem moral poderá triunfar sobre o homem violento, passional e enganador²⁰⁵.

Os direitos fundamentais têm sido um tema bastante discutido e sem dúvida, de suma relevância na atualidade. Consistem na própria razão de ser do direito constitucional. “Todo o sistema jurídico é filtrado pela constituição no sentido de cada vez mais as leis são

²⁰³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 53.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.50.

²⁰⁵ FARIAS, Edilson. Artigo: *Direitos Fundamentais*. Lages, 2003.

interpretadas e aplicadas de acordo com a Constituição, que está conquistando a centralidade política e jurídica em nosso País²⁰⁶”.

2.4. Direitos e garantias fundamentais

Aprendemos desde cedo nos bancos escolares que “Democracia”, palavra de origem grega, é o governo do povo, tendo as pessoas liberdade de expressão, de manifestarem suas opiniões, de contribuírem com a melhoria do sistema, de terem o mesmo tratamento, as mesmas oportunidades, os mesmos direitos.

Nesta ordem de pensamento, Paulo Bonavides é enfático, ao asseverar:

“Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais²⁰⁷”.

O art. 5º da atual Constituição Federal Brasileira, também denominada de “Constituição Cidadã” estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos estipulados nos seus inúmeros incisos. Todavia, não é o que vimos na prática. Como afirma Paulo Bonavides:

“somos uma democracia bloqueada, uma democracia mutilada, uma democracia sem povo; o que, aliás, é singular contradição de forma e substância, porquanto se suprime aí o passivo das liberdades e dos direitos humanos²⁰⁸”.

Enquanto os direitos asseguram os bens da vida (liberdade, segurança, propriedade, igualdade), as chamadas garantias (mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção) são meios judiciais que a Lei Maior assegura ao indivíduo e a

²⁰⁶ *Ibid, Ibidem.*

²⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes .. *et al. Direitos Fundamentais Sociais*. Coordenadores: J.J.Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 61.

coletividade para defender seus interesses contra os atos arbitrários do Poder Público²⁰⁹. De forma bastante simples, Pedro Lenza demonstra a presente diferenciação:

“direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. Já os remédios constitucionais são espécie do gênero garantia; isso porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais (ex: habeas corpus, habeas data etc.)²¹⁰”.

Por sua vez, lembra o referido doutrinador que, em determinadas situações, a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito e exemplifica da seguinte forma:

“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos - art. 5º. VI (direito) - garantindo-se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias) (garantia); direito ao juízo natural (direito) - o art. 5º, XXXVII, veda a instituição de juízo ou tribunal de exceção (garantia)²¹¹”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi o primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os seres humanos, em situação de igualdade; não fazendo assim, nenhuma distinção entre homens e mulheres.

Consoante Rodrigo César Rebello,

“a Constituição de 1988 inovou em diversos aspectos em relação às anteriores: foi a primeira a fixar os direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado, realçando a importância deles na nova ordem democrática estabelecida no País após longos anos de autoritarismo; tutelou novas formas de interesses, os denominados coletivos e difusos e impôs deveres ao lado de direitos individuais e coletivos²¹²”.

Com relação à mencionada Constituição, pondera Canotilho:

“De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular²¹³”.

²⁰⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: LTr., 2005, p.84.

²¹⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.961.

²¹¹ *Ibidem*, p. 962.

²¹² PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos políticos*, vol.17 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. (coleção sinopses jurídicas), p.65/66.

²¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coordenadores: J.J.Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

Nesta ordem de pensamento, esclarece ainda que:

“A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao prever, pela primeira vez, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o da prevalência dos direitos humanos. Trata-se, ademais, da primeira Constituição brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos²¹⁴”.

Dentre os artigos que tratam dos direitos e garantias fundamentais, sob a nossa ótica, o de maior importância é o 5º, que afirma no seu caput o seguinte: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade²¹⁵”.

Muitos ingressam na Justiça de forma individual ou coletiva cobrando do Estado a implementação dos direitos sociais e econômicos, o cumprimento, a efetivação, o reconhecimento dos direitos sociais, alguns deles relacionados à saúde, a educação, a moradia. A maior parte não tem plano de saúde, não tem condições de custear suas educações em escolas e universidades particulares, direitos esses, contemplados nas Convenções, Constituições e demais leis que regem às matérias nas Nações. Há ainda os que não sabem nem mesmo como requerer, como lutarem pela conquista de tais direitos.

Devemos sempre lembrar que o Estado social é um Estado democrático, que procura atender os anseios da sociedade, atentando para os princípios universais da liberdade, igualdade e fraternidade, proclamados pela Revolução Francesa de 1789. A democracia, portanto, requer participação de todos. “*Sem Estado social não há democracia, sem democracia não há legitimidade*²¹⁶. Bonavides adverte ainda que:

O Estado social é na substância a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança. O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade: é criação mais

²¹⁴ *Ibid, ibidem.*

²¹⁵ ANGHER. *Op. cit.*, p.24.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da legitimidade.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 156.

sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente²¹⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara ao enfatizar os direitos fundamentais, disciplinados no art. 5º, com as respectivas garantias constitucionais. Deve, por meio do seu cumprimento, servir de mecanismo de afirmação dos Direitos Humanos, assegurando a inviolabilidade dos mesmos. Para Paulo Saraiva “a garantia constitucional é um mecanismo jurídico para a concretização dos direitos constitucionais²¹⁸”.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, como lembra Fernando Horta Tavares²¹⁹, acrescentou ao rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, pelo inciso LXXVIII ao art. 5º, o princípio da duração razoável do processo e celeridade de tramitação, que parte da doutrina vem denominando de “princípio da efetividade do processo”.

Para ele “trata-se da materialização da ideia de que, normatizando-se uma situação do mundo da vida, a juridicização por si só bastaria para resolver o problema da denominada “lentidão do processo²²⁰”. Aduz ainda que este princípio já havia sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, pelo *caput* do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto São José da Costa Rica²²¹.

Observamos no Estatuto da Criança e do Adolescente que todas as ações menoristas, ou seja, de interesses de crianças, adolescentes e jovens, são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má fé, os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor; e as normas são autoaplicáveis porque não dependem de complementações de leis posteriores. Vimos também que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, nos termos do art. 5º § 1º da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto pertinente, as considerações apresentadas por Zamira de Assis, quando ressalta o princípio do devido processo legal assegurado na Constituição Federal Brasileira no

²¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 12/13.

²¹⁸ SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p.48.

²¹⁹ TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). *Urgências de tutela*. 1ª ed. (ano 2007), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 113.

²²⁰ TAVARES, Fernando Horta; *Op. cit.* p. 114.

²²¹ *Ibid, ibidem*.

art. 5º inciso LIV, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” Segundo ela, este princípio

“é o pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito cuja vulneração, sob qualquer justificativa, não encontra fundamentação que respeite sua integralidade; ou seja, não é possível excepcionar do “devido processo” situações de urgência ou de perigo sem destruí-lo²²²”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao emitir relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, mencionou que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte e que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.5. Evolução histórica dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais passaram, na ordem institucional, a manifestar-se em gerações; porque nasceram em momentos históricos distintos, surgindo a tutela de novos direitos; alguns deles em razão de lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes, de forma gradual.

A Revolução Francesa de 1789, que teve como lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, ainda hoje fundamenta a teoria dos direitos fundamentais e cada geração representa a conquista pela humanidade de um desses grandes postulados.

No Brasil, enfatiza Eduardo Ritt “ingressamos, a partir da Carta Magna de 1988, em um novo modelo de Estado, o chamado Estado Democrático de Direito, que objetiva primordialmente a garantia da dignidade do ser humano, incorporando, inclusive, novas dimensões de Direitos Fundamentais, ou seja, os direitos sociais, coletivos e difusos que abrangem toda a sociedade²²³”.

Em um Seminário promovido pelo Superior Tribunal Militar em novembro de 2011, Paulo Bonavides, no decorrer de uma palestra proferida destacou que, o Direito

²²² ASSIS, Zamira; TAVARES, Fernando Horta. *Urgências de tutela*. 1ª ed. (ano 2007), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 186.

²²³ RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves, et al. *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

Constitucional ao longo de dois séculos de revoluções e metamorfoses, foi construindo gerações de direitos fundamentais por meio das relações da sociedade com o Estado.

Paulo Bonavides defende a seguinte classificação dos direitos fundamentais segundo gerações de direito:

1. direitos fundamentais de primeira geração: são os direitos da liberdade; têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado²²⁴.

2. direitos fundamentais da segunda geração dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século anterior. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do último século.²²⁵ Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula²²⁶.

3. direitos fundamentais de terceira geração emergiram da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade²²⁷.

4. direitos fundamentais de quarta geração: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência²²⁸.

5. direitos de quinta geração: Paulo Bonavides “destaca a paz como um direito de quinta geração que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26^{aa} ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011, p. 563.

²²⁵ *Ibid.*, p. 354

²²⁶ *Ibid.*, p. 563.

²²⁷ *Ibid.*, p. 569.

²²⁸ *Ibid.*, p. 571.

comum na convivência dos povos. Segundo ele, a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais²²⁹.

Na sua visão, “o novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. O direito à paz é o direito natural dos povos; direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano²³⁰”. A defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido no artigo 4º, inciso VI, da Constituição brasileira²³¹.

2.6. Classificação e Características dos Direitos Fundamentais

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 já continha uma declaração superficial de direitos e garantias em seus artigos. As Constituições posteriores, embora com denominações diversas, mantinham tais dispositivos. Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que a importância dos direitos fundamentais tomou toda plenitude agora conhecida. Ela institucionalizou a instauração de um regime democrático colocando a obrigação de obediência aos direitos humanos de uma forma até então nunca vista no Brasil²³².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra no Título II, os direitos e garantias fundamentais, dividindo em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Portanto, a expressão “direitos fundamentais”, nesta dicotomia é gênero, incluindo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos.

Dessa forma, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies de direitos e garantias fundamentais:

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. *A Quinta geração dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em: 05/04/2012.

²³⁰ *Ibid*, *ibidem*.

²³¹ BONAVIDES, Paulo. *Paz como axioma da democracia*. Disponível em: <http://www.leieordem.com.br/paulo-bonavides-paz-como-axioma-da-democracia.html>. Acesso em 06/04/2012.

²³² RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2007, p. 38.

Deste momento em diante,

1. direitos e garantias individuais (art. 5º e outros dispositivos da Constituição Federal Brasileira/1988). Como regra, eles tem eficácia e aplicação imediata, independentemente de regulamentação.
2. direitos coletivos (art. 5º e outros dispositivos da Constituição Federal Brasileira/1988).
3. direitos sociais (artigos 6º ao art. 11º, 69, 193 e seguintes da Constituição Federal Brasileira/1988).
4. direitos da nacionalidade (art.12 a 13º da Constituição Federal Brasileira/1988);
5. direitos políticos (art. 14º a 17º da Constituição Federal Brasileira/1988);

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), sofreu várias revisões constitucionais; uma das quais no ano de 2005. No tocante à terminologia e tipos constitucionais, José Alexandrino²³³ esclarece o significado das principais expressões utilizadas, identificando os dois tipos de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição e fixando ainda outras expressões constitucionais ou doutrinárias aplicáveis a certos grupos de direitos fundamentais. Apresenta a seguinte classificação:

1. Direitos fundamentais: expressão constitucional que designa as situações jurídicas fundamentais das pessoas reconhecidas nos artigos 24º ao 79º, da Constituição ou que sejam como tais admitidas pela Constituição por força dos artigos 16º e 17º.
2. Direitos, liberdades e garantias: expressão (e não classificação) constitucional que designa os direitos fundamentais que estejam previstos nos artigos 24º a 57º da Constituição (Título II da Parte I da Constituição). Dentro desse Título II, podem ainda identificar-se os “direitos, liberdades e garantias pessoais (artigos 24º ao 47º), os “direitos, liberdades e garantias de participação política” (artigos 48º ao 52º) e os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” (artigos 53º ao 57º).
3. Direitos econômicos, sociais e culturais: expressão constitucional que designa os direitos fundamentais que estejam previstos nos artigos 58º ao 79º da

²³³ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*. Lisboa: Principia Editora, Lda., 2007, p. 30/31.

Constituição (também podem ser designados por “direitos sociais” ou pela expressão mais apurada de “direitos fundamentais sociais”).

4. Direitos fundamentais de natureza análoga: expressão constitucional que designa os direitos fundamentais que, não previstos nos artigos 24º ao 57º da Constituição, por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdades e garantias.

5. Direitos fundamentais dispersos: expressão doutrinária que designa os direitos fundamentais consagrados na Constituição, mas fora da parte I. Além de serem direitos formalmente constitucionais, em princípio, revestirão também a qualidade de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

5. Direitos fundamentais extravagantes: expressão doutrinária que designa os (eventuais) direitos fundamentais recebidos pela cláusula do art. 16º, nº. 1. Sendo direitos apenas materialmente constitucionais, podem revestir ou não a qualidade de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Segundo António José Fernandes²³⁴, os direitos humanos adquiriram em Portugal, total reconhecimento e mais proteção, graças ao regime democrático instituído na sequência do Golpe de Estado de 25 de abril de 1974. Destaca que a Constituição de 1976 dedica 68 artigos, que integram a sua primeira parte, à proclamação dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos portugueses, enumerando os direitos pessoais, civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais; e contempla a criação de um Provedor de Justiça, com vista a receber queixas relativas ao desrespeito dos direitos constitucionalmente consagrados, examiná-las e agir em conformidade, a fim de que os direitos sejam protegidos e salvaguardados.

De forma abrangente podemos definir Direitos Humanos como os direitos da humanidade, definidos nos Tratados Internacionais, Convenções, nas relações entre os países, destinados a todos os seres humanos indistintamente e Direitos Fundamentais como os direitos básicos, reconhecidos historicamente pelas Constituições, como direitos internos, no caso do Brasil, pela Constituição da República do Brasil, e no caso de Portugal, pela Constituição da República Portuguesa, que são as leis superiores, delas sendo subordinadas todas as outras. Os conteúdos destes direitos muitas vezes se reúnem, pertencendo então, as

²³⁴ FERNANDES, *op. cit.*, p.210.

duas categorias. O grande desafio do Direito Constitucional é lutar para que os direitos fundamentais sejam respeitados, em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana e do estado democrático de direito.

Características:

No ordenamento constitucional brasileiro, os direitos fundamentais possuem várias características, tais como: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, limitabilidade, inviolabilidade, efetividade, complementaridade, concorrência e interdependência.

Consoante dispõe o art. 3º da Lei nº. 8.069/1990, de 13 de julho, designada “Estatuto da Criança e do Adolescente”, 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.

Tanto a Constituição de 1988, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram e defendem tais direitos, dentre estes, 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.

No que tange às *características dos direitos fundamentais*, já acima mencionadas, fazemos as seguintes ponderações: ao analisarmos estes direitos verificamos que eles não surgiram repentinamente; foram produtos de lutas históricas, da evolução da sociedade, da exigência e cobrança dos seus membros. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o direito da infância e da juventude teve uma grande conquista, fundamentada no conceito de proteção integral, no respeito, na dignidade da pessoa humana. A *historicidade dos direitos fundamentais* está ligada ao contexto da sociedade, às condições nela existentes, aos acontecimentos históricos. São *inalienáveis* porque não podem ser transferidos e negociados, por não possuírem conteúdo econômico-patrimonial. São *imprescritíveis* porque podem ser exercidos, reclamados a qualquer tempo, não incidindo sobre eles renúncia ou perda de exigibilidade pela prescrição,

em razão de lapso temporal. São *irrenunciáveis*; podemos até não exercê-los, mas não renunciá-los.

Como todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser respeitados, sem restrições, independentemente de raça, crença, situação econômica, credo ou convicção política, são *universais*, ou seja, pertencem a todos indistintamente, em anuência com o princípio da isonomia.

Por sua vez, não são absolutos, podendo sofrer *limitações* sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos. “A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos conjugando-a com a sua mínima restrição²³⁵. São *invioláveis* por não poderem ser violados por leis infraconstitucionais, nem por ato de agente do Poder Público, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa. A *efetividade* é uma característica essencial para a garantia dos direitos fundamentais. Como salienta Alexandre de Moraes, “A atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato²³⁶”.

Destacamos, ainda, outras características dos direitos fundamentais, que consideramos importantes na análise do contexto histórico, cultural e social, como a *complementaridade*, já que os mesmos devem ser observados não isoladamente, mas de forma conjunta e interativa com as demais normas, princípios e objetivos estatuídos pelo constituinte, conforme ressalta Penteado Filho²³⁷; a *concorrência* porque podem ser exercidos de forma acumulada, quando, por exemplo, um jornalista transmite uma notícia e expõe sua opinião (liberdade de informação, comunicação e opinião)²³⁸; pode ocorrer também o exercício de vários direitos ao mesmo tempo; e a *interdependência*, vez que as várias previsões constitucionais, apesar de

²³⁵ LENZA, *op. cit.*, p.672.

²³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

²³⁷ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora: Método, 2006, p. 17.

²³⁸ PENTEADO FILHO, *op.cit.*, p.17.

autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como a previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente²³⁹.

Os direitos individuais e coletivos consoante dispõe o art. 5º § 1º da Constituição Federal, possuem aplicabilidade imediata, ou seja: são autoaplicáveis, não dependem da edição de normas regulamentadoras para que possam ser exercidos. Somente quando a Constituição expressamente exigir uma regulamentação e o direito individual não puder ser efetivado sem a existência de uma legislação infraconstitucional, é que a norma pode ser interpretada como não autoaplicável. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ao tratar do direito constitucional português, José Alexandrino²⁴⁰ relata sobre as características do direito fundamental, o qual segundo ele, pode ser definido como uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrados na Constituição. Apresenta as seguintes características: fundamentais, universais, permanentes, pessoais, não patrimoniais e indisponíveis, as quais são comuns tanto aos direitos fundamentais de liberdade, quanto aos direitos fundamentais sociais.

²³⁹ MORAES, *op. cit.*, p.23

²⁴⁰ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*. Lisboa: Principia Editora, Lda., 2007, p.22.

PARTE II

CAPÍTULO I: INFÂNCIA E JUVENTUDE

SEÇÃO I

1.1. Terminologias e conceitos jurídicos: uma perspectiva luso-brasileira

No Brasil, antes do advento da lei nº. 8.069/1990, de 13 de julho, denominada “Estatuto da Criança e do Adolescente”, a terminologia usada era “Direito de Menores” a criança e o adolescente eram considerados como menores em situação irregular, objetos de direitos. Presentemente no Brasil se utilizam as expressões “Direito da infância e da juventude” e “Direito da criança e do adolescente”; a doutrina da situação irregular foi substituída pela doutrina da proteção integral e a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos. O art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. O parágrafo único deste dispositivo legal declara que nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

O antigo Código Civil Brasileiro, Lei nº. 3.071/1916, de 1º de janeiro estipulava que a menoridade era estendida até os vinte e um anos completos, quando a pessoa ficava apta para todos os atos da vida civil. O Estatuto entrou em vigor sob a égide deste Código. Ocorre, todavia que, o atual Código Civil, Lei nº. 10.406/02 diminuiu esta idade para dezoito anos, tendo então, surgido alguns questionamentos. Como o Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial prevalece sobre a geral, ficando o limite para a liberação compulsória, caso o adolescente esteja cumprindo a medida socioeducativa de internação, aos vinte e um anos (art. 121 § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). Em relação ao direito civil, a regra estabelecida no Estatuto não é aplicada, por ter o Código Civil de 2002 fixado a maioridade civil em dezoito anos.

Aos adolescentes autores de atos infracionais, aqueles atos descritos como crimes ou contravenções penais, se aplicam medidas chamadas socioeducativas. “Considera-se inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente aquele agente que, ao tempo do fato, tinha menos de

dezoito anos de idade²⁴¹”. Caso tenha praticado ato infracional depois dos dezoito anos, a competência passa a ser da justiça comum. Às crianças que praticam atos infracionais são aplicadas medidas protetivas (art. 101²⁴² do ECA) e aos adolescentes infratores podem ser aplicadas medidas protetivas e socioeducativas (art. 112 do ECA²⁴³).

²⁴¹ *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Coordenador Munir Cury. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.23.

²⁴² ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.177/179 e 112/113. Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: *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* - acolhimento institucional; *VIII* - inclusão em programa de acolhimento familiar; *IX* - colocação em família substituta. § 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. § 3º Crianças e adolescentes somente poderão ser encaminhados às instituições que executam programas de acolhimento institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros: *I* - sua identificação e a qualificação completa de seus pais ou de seu responsável, se conhecidos; *II* - o endereço de residência dos pais ou do responsável, com pontos de referência; *III* - os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda; *IV* - os motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar. § 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei. § 5º O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável. § 6º Constarão do plano individual, dentre outros: *I* - os resultados da avaliação interdisciplinar; *II* - os compromissos assumidos pelos pais ou responsável; e *III* - a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou com o adolescente acolhido e seus pais ou responsável, com vista na reintegração familiar ou, caso seja esta vedada por expressa e fundamentada determinação judicial, as providências a serem tomadas para sua colocação em família substituta, sob direta supervisão da autoridade judiciária. § 7º O acolhimento familiar ou institucional ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou do responsável e, como parte do processo de reintegração familiar, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou com o adolescente acolhido. § 8º Verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional fará imediata comunicação à autoridade judiciária, que dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo. § 9º Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda. § 10. Recebido o relatório, o Ministério Público terá o prazo de 30 (trinta) dias para o ingresso com a ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou outras providências que entender indispensáveis ao ajuizamento da demanda. § 11. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um cadastro contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reintegração

Em sentido genérico, Direito da Infância e da Juventude é o sistema de métodos de estudo, doutrina, princípios e normas jurídicas aplicáveis às relações ocorrentes na interação social, concernentes às pessoas, aos bens e aos interesses dos que se acham em fase de desenvolvimento biopsicossocial²⁴⁴. Pode-se dizer que é especialmente um ramo novo do Direito público, da categoria dos direitos humanos fundamentais e tem como objeto o estudo sistemático da doutrina da proteção integral da criança, do adolescente e do jovem e aplicação, em concreto, da legislação específica. No caso do Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou o art. 227 da atual Constituição Federal, o qual expressa os direitos da população infanto juvenil e a obrigatoriedade da família, da sociedade e do Estado garanti-los. Este artigo referia-se apenas aos termos “criança e adolescente”; no entanto, após promulgação e publicação da Emenda Constitucional nº 65, de 13/07/2010, que alterou o referido dispositivo legal, para cuidar dos interesses da juventude, o termo “jovem” foi incluído no mesmo.

Enquanto no Brasil a designação utilizada para a população infanto - juvenil é “criança e adolescente”, em Portugal é “crianças e jovens”. Nos termos do art.122 do Código Civil Português, é menor quem não tiver completado dezoito anos de idade. Art. 123 “salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício dos direitos”²⁴⁵. Este Código sofreu várias modificações; a última delas através da Lei nº. 23/2010, de 30 de agosto²⁴⁶.

familiar ou colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. § 12. Terão acesso ao cadastro o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social, aos quais incumbe deliberar sobre a implementação de políticas públicas que permitam reduzir o número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e abreviar o período de permanência em programa de acolhimento.

²⁴³ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

²⁴⁴ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 31.

²⁴⁵ ROCHA, Isabel. Coordenadora. *Código Civil Português*. 11ª ed. Porto: Porto Editora, 2009, p.48.

²⁴⁶ O Decreto-Lei nº. 47344/66, de 25 de Novembro disciplinava em seu art. 122º o seguinte: “São menores as pessoas de um e outro sexo enquanto não perfizerem vinte e um anos de idade”. Posteriormente, o DL nº. 496/77, de 25/11 modificou este artigo, que passou a estabelecer o seguinte: “É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade”. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=775&pagina=2&tabela=leis&nversao. Acesso em: 21/03/2010.

Em Portugal, a maioridade penal ocorre aos 16 anos, sendo os jovens a partir desta idade penalmente imputáveis. Os jovens entre 16 e 21 anos estão sujeitos a um Regime Penal Especial, conforme previsto no artigo 9º. do Código Penal²⁴⁷.

Nos termos do artigo 1º da Lei Tutelar Educativa, Lei nº. 166/99, de 14 de Setembro, “a prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei”.

De acordo com este artigo, menor é todo ser humano que tenha idade compreendida entre 12 a 16 anos. O art. 2º cita as finalidades das medidas²⁴⁸. Segundo Anabela Rodrigues e António Carlos, tendo em conta os objetivos da intervenção tutelar educativa, que visa a socialização do menor, fixou-se nos 12 anos a idade mínima do menor para que a prática de um fato qualificado pela lei como crime possa assumir relevância à luz da Lei Tutelar Educativa. Para eles, o sentido educativo e socializador da intervenção tutelar revela uma conformidade de princípio com as exigências de defesa da sociedade. E concluem afirmando que o Estado não pode alhear-se do dever que lhe cabe de assegurar a paz social e a proteção de bens jurídicos essenciais da comunidade apenas porque a ofensa provém de um cidadão menor²⁴⁹.

A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei nº. 147/99, de 01 de Setembro, que sofreu uma modificação através da Lei nº. 31/2003, de 22/08, considera em seu art. 5º criança ou jovem a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos. Este artigo assim descreve, *ipsis litteris*: “Artigo 5.º Definições: Para efeitos da presente lei, considera-se: a) Criança ou jovem - a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos; b) Guarda de facto -

²⁴⁷ *Código Penal Português*. Redação resultante das alterações introduzidas pela Lei nº. 61/2008, de 31/10 24ª versão-Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Acesso em: 20/03/2010.

²⁴⁸ RAMIÃO, Tomé. *Lei Tutelar Educativa*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 35.

Artigo 2.º: Finalidades das medidas: 1 - As medidas tutelares educativas, adiante abreviadamente designadas por medidas tutelares, visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade. 2 - As causas que excluem ou diminuem a ilicitude ou a culpa são consideradas para a avaliação da necessidade e da espécie de medida.

²⁴⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.58.

a relação que se estabelece entre a criança ou o jovem e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais; c) Situação de urgência - a situação de perigo actual ou eminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem; d) Entidades - as pessoas singulares ou colectivas públicas, cooperativas, sociais ou privadas que, por desenvolverem actividades nas áreas da infância e juventude, têm legitimidade para intervir na promoção dos direitos e na protecção da criança e do jovem em perigo; e) Medida de promoção dos direitos e de protecção - a providência adoptada pelas comissões de protecção de crianças e jovens ou pelos tribunais, nos termos do presente diploma, para proteger a criança e o jovem em perigo; f) Acordo de promoção e protecção - compromisso reduzido a escrito entre as comissões de protecção de crianças e jovens ou o tribunal e os pais, representante legal ou quem tenha a guarda de facto e, ainda, a criança e o jovem com mais de 12 anos, pelo qual se estabelece um plano contendo medidas de promoção de direitos e de protecção.”

Como expressa Beatriz Borges, o conceito de criança, por oposição ao conceito de jovem, abrange sob o ponto de vista biológico e psicológico o primeiro período do desenvolvimento do ser humano, correspondendo tal período ao que decorre entre o nascimento e a adolescência (até cerca de 12 anos); e o jovem, que também poderia ser designado por adolescente, pelo contrário, encontra-se numa fase de desenvolvimento entre a infância e a idade adulta, a que corresponde biologicamente uma idade que pode ser delimitada, em traços amplos, entre os 12 e os 20 anos²⁵⁰.

1.2. Mudança de paradigma no Brasil: da situação irregular à protecção integral

Antigamente, a terminologia usada era “Direito do Menor”. A expressão adotada na atualidade brasileira e já consagrada na literatura, na legislação e na jurisprudência é “Direito da Infância e da Juventude”. Conforme já mencionamos, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente aquele com idade entre doze e dezoito anos.

O art. 227 da Constituição Federal/1988, por sua vez estabelece o princípio da protecção integral para as crianças, os adolescentes e os jovens, atribuindo à Família, à

²⁵⁰ BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de crianças e jovens em perigo*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 29 e 30.

Sociedade e ao Estado a obrigação de lhes assegurar, com prioridade absoluta, seus direitos pessoais e sociais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 trazem em relação à criança e ao adolescente, três novidades, três avanços fundamentais, quando passa a considerá-los²⁵¹:

1. Sujeitos de direitos: a criança e o adolescente já não poderão mais ser tratados como objetos passivos da intervenção da família, da sociedade e do Estado. Eles têm direito ao respeito, à dignidade e à liberdade. 2. Pessoas em condição peculiar de desenvolvimento: a criança e o adolescente têm direitos, mas ainda não tem acesso ao conhecimento pleno dos mesmos e nem adquiriram condições especiais de defendê-los. Tanto a Constituição Federal Brasileira, quanto a Constituição da República Portuguesa reconhecem e asseguram esses direitos. 3. Prioridade absoluta: primazia em receber proteção, socorro, amparo em qualquer circunstância; precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer Poder; preferência na formulação das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude. “Colocados em conjunto, os vocábulos prioridade e absoluta consagram a regra constitucional exarada no art. 227, determinando *erga omnes*, a primazia do atendimento daqueles direitos sobre quaisquer outros²⁵²”.

As principais diferenças entre os Códigos de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente são:

Doutrina Menorista: Código de Menores (Decreto nº. 17.943, de 12/10/27): as crianças e os adolescentes eram vistos como menores abandonados ou delinquentes, objetos de vigilância da autoridade pública (juiz). Código de Menores (Lei nº. 6.697, de 10/10/79) e Lei 4513, de 01/12/64: as crianças e os adolescentes eram considerados como menores em situação irregular, objetos de medidas judiciais. Eles não mencionavam direitos.

²⁵¹ Instituto Telemig Celular para o Desenvolvimento Social. *Capacitação de Conselheiros de Direitos da Criança e do Adolescente e de Conselhos Tutelares. Módulo I - Volume I*. Belo Horizonte: Gráfica e Editora Lutador, 2004, p. 16 e 17.

²⁵² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 17.

Apresentavam “uma visão paternalista, autoritária, assistencialista e tutelar²⁵³”. O Estado atuava, através do Judiciário, apenas quando o menor se encontrava em situação irregular, os outros não tinham acesso a esse tratamento e acompanhamento legal.

Doutrina da Proteção Integral: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8069/90): em termos de Brasil, é uma lei bastante avançada não somente por considerar as crianças, os adolescentes e os jovens como sujeitos de direito, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e estabelecer seus direitos, mas também por ter rompido com a doutrina da situação irregular, tendo como referência vários documentos internacionais, como: a Declaração universal dos direitos humanos: 1948; a Declaração universal dos direitos das crianças: 1959; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - (Regras de Beijing) - 1985; as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad): 1990 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução nº. 44/25 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 20/11/1989, ratificada pelo Brasil em 24/09/1990. O Estado, a Sociedade e a Família são obrigados a garantir tais direitos. A proteção integral consiste em garantir às crianças e aos adolescentes, indistintamente os direitos relativos: a) à sobrevivência, a subsistência (direitos à vida, à saúde, à alimentação); b) o desenvolvimento pessoal e social (direitos à educação, à cultura, ao lazer e à profissionalização); c) e a integridade física, psicológica e moral (direitos à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária). “Novo Paradigma para as Legislações. Estabelece vínculo entre infância/adolescência e Estado Democrático de Direito (direito, democracia e política). Exige uma prática da Equidade para que os compromissos públicos sejam atendidos em favor da sociedade, da família, das crianças e dos adolescentes²⁵⁴”.

Há várias linhas de ação da política de atendimento que podem garantir esta proteção integral, como: Políticas Sociais Básicas: (universais) são considerados direitos de todos e dever do Estado; destinam-se a toda população infanto-juvenil. Exemplos: educação, saúde, cultura, esporte, moradia e outros. Políticas Assistenciais: destinam-se àqueles em estado temporário ou permanente de necessidade. Exemplos: creches comunitárias, cesta básica, bolsa família, passes para viagens e outros. Políticas de Proteção Especial: são dirigidas a

²⁵³ CONTINI, Maria de Lourdes Jeffery. *Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente*. Disponível em: <http://www.escoladeconselhos.ufms.br/manager/titan.php?target=openFile&fileId=254>. Acesso em: 12/04/2010.

²⁵⁴ *Ibid.*, *ibidem*.

pessoas e grupos que se encontram em situação de risco pessoal e social, como por exemplo, vítimas de maus tratos. Exemplos: instituições de acolhimento, programas de combate ao trabalho infantil, de drogadição, plantões interinstitucionais, liberdade assistida e outros. Políticas de Garantia de Direitos: referem-se à defesa jurídico-social dos direitos individuais e coletivos da população infanto-juvenil. É operacionalizado através dos seguintes órgãos governamentais: Ministério Público, Defensoria Pública, Magistratura e Segurança Pública, que são órgãos do Estado para coibir a transgressão de Lei, expressa no Estatuto. Como contrapartes, na Sociedade Civil, tem-se a Comissão de Direitos Humanos da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), a Comissão de Justiça e Paz da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e os Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares. (São as ações que visam garantir o cumprimento de direitos assegurados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente; como por exemplo: implantação de Centros de Defesa dos Direitos da Criança). (O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente deve ser feita por um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados e dos Municípios).

Direitos Humanos Fundamentais: a legislação brasileira consagra a teoria dos direitos humanos fundamentais da população infanto-juvenil. ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) art. 3º: 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 dignidade²⁵⁵.

Destacamos também que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei que contém características inovadoras, como: municipalização do atendimento; ênfase nas políticas sociais básicas (educação, saúde, moradia, trabalho); participação da população através de organização representativa, na elaboração, acompanhamento e controle das políticas de atendimento em todos os níveis; criação de mecanismos e instrumentos que garantam sua operacionalização, tais como: Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, Fundos dos

²⁵⁵ CARRIDE, Norberto de Almeida. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006, p. 23.

Conselhos de Direitos e Justiça da Infância e da Juventude (Ministério Público e Judiciário)²⁵⁶.

1.3. Princípios

Dentre os princípios que regem a área da infância e da juventude, os mais citados pelos doutrinadores, profissionais que atuam com crianças e jovens, sob diferentes aspectos, no Brasil e em Portugal são:

1.3.1. Princípio da prioridade absoluta

No Brasil, este princípio encontra-se claramente descrito nos artigos 227 da Constituição Federal/1988²⁵⁷ e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente/90²⁵⁸; o

²⁵⁶ CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. *Análise sobre a Realidade das Crianças e dos Adolescentes em Situação de Rua em Teresina-Piauí, sob a ótica do Ministério Público*. (Monografia apresentada no Centro de Educação Superior de Blumenau – CESBLU, para a obtenção do grau de especialista em Hebeatria). Blumenau, 2008, p. 23.

²⁵⁷ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina e CÉSPEDES, Livia. *Código Civil e Constituição Federal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência; § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em

qual no seu parágrafo único enumera alguns exemplos desta prioridade, podendo ocorrer outras situações e outras formas de assegurá-la. Esta prioridade como podemos verificar na análise destes dois dispositivos legais deve ser assegurada pela família, pela sociedade, pelo Estado e por todos de um modo geral; em todos os aspectos no que se refere à proteção ao socorro, ao amparo, à precedência no atendimento, à preferência na formulação das políticas públicas e na destinação de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. O município deve ter como meta prioritária a implantação de políticas públicas que contemplem todas as crianças e jovens, determinando suas áreas de atuação e abrangência, capacitando profissionais e técnicos, através de cursos de aperfeiçoamentos e reciclagens. Entendemos, pois, que uma das formas de se garantir a proteção à infância é através de políticas públicas, envolvendo ações do Estado, da família e da sociedade em geral.

As crianças e os jovens devem ter prioridade em todos os planos de governo, em todas as suas esferas: legislativa, executiva e judiciária e nos diferentes níveis: federal, estadual e municipal, os quais devem assegurar categoricamente todos os seus direitos fundamentais contemplados nas legislações internacional e nacional, por terem direito preferencial de receberem assistência jurídica e social. Deve ser exigido ao Ministério Público o cumprimento dos mesmos, por ser um órgão muito importante na fiscalização dessa prioridade, sendo responsável pela preservação, manutenção e defesa de todos os direitos fundamentais.

O art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente enfatiza de início sobre a importância da hermenêutica na aplicação desta lei, que deve ser utilizada observando os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e

consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

²⁵⁸ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4 e 5.

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. *Parágrafo único*. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

coletivos, e a condições peculiares das crianças, dos adolescentes e dos jovens como pessoas em desenvolvimento.

Como refere Wilson Donizete²⁵⁹, por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes. Ilustra bem este princípio ao sustentar que na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Segundo Olympio Souto Maior²⁶⁰, o princípio constitucional da prioridade absoluta, somado ao da democracia participativa, são limitadores e condicionantes do poder discricionário do administrador público, cabendo também nesse aspecto aos Tribunais de Contas a verificação da regular e legal gestão dos recursos públicos.

1.3.2. Princípio da proteção integral

Tem como objetivo essencial defender prioritariamente todos os direitos da criança e do adolescente, como faz alusão o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 1º, que dispõe sobre a proteção integral. O art. 3º é mais claro ao referir-se a proteção assegurada por esta lei²⁶¹.

Como sujeitos de direitos, crianças e jovens devem ter proteção integral de todos os órgãos, como família, sociedade e Estado, o qual deverá envidar esforços através de políticas

²⁵⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 19.

²⁶⁰ SOUTO MAYOR NETO, Olympio de Sá. *A prioridade absoluta para a infância e a juventude e os tribunais de contas*. Disponível em: http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/orcamento/a_prioridade_absoluta_infancia.pdf. Acesso em 31/03/2010.

²⁶¹ ISHIDA, Valter Kenji. *Op. cit.* p. 4 Art. 3º ECA: 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.

públicas específicas na promoção e defesa dos seus direitos. “A prioridade, contudo, não deve conduzir ao absurdo entendimento de que tais direitos são absolutos. Quando se consagrou o princípio da proteção integral, não se pretendeu aniquilar os demais direitos individuais e coletivos, mas fornecer uma diretriz para a interpretação das normas menoristas que entende crianças e adolescentes como pessoas necessitadas de atenção jurídica especial²⁶²”.

Segundo Flávio Tartuce²⁶³, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. Assevera ainda que o Código Civil Brasileiro de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil²⁶⁴ em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão *guarda de filhos* constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada,

²⁶² DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Estatuto da Criança e do Adolescente*/ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo; Thales Cezar de Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 9.

²⁶³ TARLUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce princfam.doc>. Acesso em 30/03/2010.

²⁶⁴ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina; CÉSPEDES, Livia. *Código Civil e Constituição Federal*. Op. cit., p.212. Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos § 4º (vetado). Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

sempre atendido o melhor interesse da criança.²⁶⁵ Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar *melhores condições* para exercê-la (art. 1.584 do CC). Certamente, a expressão “*melhores condições*” constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso. Como se pode perceber, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influencia quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional²⁶⁶.

Na elaboração do projeto de lei orçamentária deverá ser destinado, dentro dos recursos disponíveis, prioridade para promoção dos interesses infanto-juvenis, cabendo ao Ministério Público e demais agentes responsáveis assegurar o respeito à doutrina da proteção integral fiscalizar o cumprimento da lei e contribuir na sua elaboração²⁶⁷.

A proteção integral das crianças e adolescentes no Brasil ocorreu de forma ampla com o advento da Constituição Federal/88, sintetizada nos artigos 226²⁶⁸ e 227 e em seguida, do Estatuto da Criança e do Adolescente; anteriormente prevalecia a doutrina da situação irregular. Discorreremos sobre tais temáticas no decorrer dos próximos capítulos.

O princípio da proteção integral pode ser observado também no art. 100 § único, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente quando ressalta que na proteção integral e prioritária, a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares.

²⁶⁵ A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal aprovou o substitutivo ao Projeto de Lei n. 6.350/2002, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do atual Código Civil, visando instituir de forma expressa a previsão da guarda compartilhando, incentivando a sua adoção.

²⁶⁶ O Enunciado n. 102 do Conselho da Justiça Federal, também aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “a expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

²⁶⁷ *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. Op. cit., p. 25.*

²⁶⁸ PINTO, Antônio Luiz de Toledo; VAZ, Márcia Cristina e CÉSPEDES, Livia. *Op. cit.*, p.133. Art. 226 CF/1988: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (*Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010*); § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas; § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

1.3.3. Princípio da municipalização

Conforme Andréa Amim²⁶⁹, a municipalização, seja na formulação de políticas locais, através do CMDCA (Conselho Municipal dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes), seja solucionando seus conflitos mais simples e resguardando diretamente os direitos fundamentais infanto-juvenis, por sua própria gente, escolhida para integrar o Conselho Tutelar, seja, por fim, pela rede de atendimento formado pelo poder público, agências sociais e ONGS (Organizações Não Governamentais), busca alcançar eficiência e eficácia na prática da doutrina da proteção integral.

O município deve implantar políticas públicas que contemplem todas as crianças e jovens, definindo suas estratégias de atuação, evitando que eles tenham seus direitos ameaçados ou violados. Uma das diretrizes da política de atendimento, segundo a Constituição Federal Brasileira, art. 30 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 88, inciso I, é a municipalização do atendimento. Todavia, a participação dos Estados e do Governo Federal deve ocorrer sempre que houver necessidade; muitas vezes os municípios não têm condições de implantar uma política sem estes apoios efetivos. “A formulação de políticas nessa área bem como o controle das ações delas decorrentes, em todos os níveis, devem ter a constitucionalmente obrigatória participação da população através de entidades representativas²⁷⁰”.

Concordamos com a posição de Wilson Donizeti quando afirma que o Município deixa de ser mero executor das políticas traçadas pela União e pelos Estados, assumindo, agora, com a comunidade, a iniciativa de ditar qual o melhor método de aplicação e de desenvolvimento das diretrizes por ele traçadas. É enfático ao dizer que para cumprir a determinação legal do art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Município deverá, por meio de lei municipal: a) estabelecer as diretrizes básicas do atendimento infanto-juvenil; b) atender às peculiaridades locais; c) organizar as estruturas adequadas para aplicar o Estatuto; e d) criar o Conselho Municipal dos Direitos, o Fundo Municipal e o Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente²⁷¹.

²⁶⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade... *et al.* *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 30.

²⁷⁰ CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*/Munir Cury (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 286.

²⁷¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 89.

O Promotor de Justiça tem contribuído muito nesta seara, lutando pela implantação dos conselhos nos municípios, quer consensualmente quer através de Termos de Ajustamento de Conduta ou Ações Cíveis Públicas; prestando atendimento ao público, o que é salutar para a sociedade, que busca por melhores condições de vida, que clama por justiça, que tem no representante do Ministério Público o seu ponto de apoio, o solucionador de seus conflitos e angústias. No decorrer do atendimento, ele detecta os anseios da população, as suas dúvidas, dificuldades e luta por uma sociedade mais justa e igualitária.

A Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência, o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA e o Instituto Telemig Celular para o Desenvolvimento Social, em parceria com a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude (ABMP), o Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e outras organizações de expressão nacional lançaram no dia 14 de Junho de 2004, o Programa de Fortalecimento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares - Pró Conselho Brasil, visando empreender esforços conjuntos para dinamizar, ampliar e aperfeiçoar a rede brasileira de Conselhos e Fundos da Infância e Adolescência, que constituem os meios legítimos de formulação e controle das políticas públicas de atendimento à população infanto-juvenil. Este programa, que integra uma estratégia de fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do adolescente, tinha como objetivo primordial fazer um diagnóstico da situação dos Conselhos Tutelares e Conselhos do Direito da Criança e do Adolescente nos municípios brasileiros. A Segunda etapa do Projeto Conselhos do Brasil seria o incentivo e apoio para a implementação dos conselhos onde não foram criados e por fim, o Projeto de Capacitação, visando capacitar conselheiro de direitos e tutelares onde os conselhos já estiverem em funcionamento. Desde então, vários promotores de justiça do Brasil têm contribuído de forma primorosa com este programa, tendo, por conseguinte, mudado um pouco a realidade brasileira.

Sabemos, pois, que os *Conselhos e Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente*, bem como os *Conselhos Tutelares*, são órgãos de existência obrigatória (incisos III e IV do artigo 88 e artigo 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente) em todos os municípios e constituem pressupostos de legitimidade da formulação, execução e controle das políticas públicas de atendimento à população infanto-juvenil.

1.3.4. Princípios da prevenção geral e da prevenção especial

O Estatuto da Criança e do Adolescente divide-se em duas partes: geral e especial. A parte geral encerra-se com o Título III, que aborda sobre a prevenção geral e a prevenção especial. Os artigos 70 a 73²⁷² do Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à prevenção geral enquanto que os artigos 74 a 85²⁷³ tratam da prevenção especial.

²⁷² *Artigos 70 a 73 do ECA: Art. 70.* É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. *Art. 71.* A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. *Art. 72.* As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados. *Art. 73.* A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

²⁷³ *Artigos 74 a 85 do ECA: Art. 74.* O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação. *Art. 75.* Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária. Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável. *Art. 76.* As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição. *Art. 77.* Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente. Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam. *Art. 78.* As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo. Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca. *Art. 79.* As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. *Art. 80.* Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congênere ou por casas de jogos, assim entendidas as que realize apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público. *Art. 81.* É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: *I* - armas, munições e explosivos; *II* - bebidas alcoólicas; *III* - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida; *IV* - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida; *V* - revistas e publicações a que alude o art. 78; *VI* - bilhetes lotéricos e equivalentes. *Art. 82.* É proibida a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável. *Art. 83.* Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial. § 1º A autorização não será exigida quando: a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; b) a criança estiver acompanhada: 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco; 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável. § 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos. *Art. 84.* Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: *I* - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; *II* - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida. *Art. 85.* Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

De forma bastante concisa o art. 70, ao referir sobre a prevenção geral, afirma que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, incluindo assim, a família, a sociedade e o Estado. Esta prevenção diz respeito aos direitos que as crianças e os adolescentes têm a informação, a cultura, ao lazer, ao esporte, as diversões e aos espetáculos. Acentua o art. 73 que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica. Ao comentar este artigo, Paulo Lúcio Nogueira, com muita propriedade afirma que “os direitos da criança e do adolescente começam a ser violados no seio da própria família pauperizada, incapaz de fornecer e garantir os direitos fundamentais da criança, que são a alimentação, a educação, a saúde, a habitação, como elementos básicos e necessários a qualquer ser humano²⁷⁴”.

Ocorrendo esta prevenção em todos os níveis de governo, seja adotando medidas que fortalecem os vínculos familiares, evitando assim, a desagregação da família, seja investindo em projetos ou programas que priorizem os direitos fundamentais, sobretudo das famílias carentes de recursos e de meios de subsistência, os conflitos, a delinquência, a marginalização diminuiriam consideravelmente.

No entendimento de Antônio Carlos Costa, em assistência social não existem programas preventivos. A verdadeira prevenção da situação de risco é a inclusão de toda a população na cobertura das políticas sociais básicas; se alguém se encontra em situação de risco, e, portanto, na condição de destinatário de ações do aparelho assistencial do Estado, não cabe aí o conceito de programa preventivo, uma vez que a linha de risco já foi transposta²⁷⁵.

De acordo com o princípio da prevenção especial, expresso no art. 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Poder Público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. Segundo o parágrafo único, os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

²⁷⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 101.

²⁷⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes *apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.59.

A criança e o adolescente, como menciona Wilson Liberati²⁷⁶, têm direito de se divertir, terão acesso a diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua idade por órgão competente do Poder Público; e as empresas que veiculam informações, vendem ou alugam fitas de vídeo, e exibem espetáculos deverão informar a natureza do espetáculo ou do filme, com a classificação por faixa etária.

1.3.5. Princípio da sigilosidade

A Constituição da República Portuguesa dispõe sobre a Infância e a Juventude nos artigos 69º e 70º²⁷⁷. Assegura às crianças direito à proteção da sociedade e do Estado para que tenham um desenvolvimento sadio e harmonioso e aos jovens proteção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais.

O art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim estabelece: “é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”.

Os processos que tramitam nas Varas da Infância e da Juventude envolvendo menores de idade correm em segredo de justiça; eles devem ser preservados sob todos os aspectos, evitando assim, transtornos de qualquer ordem e problemas diversos. A divulgação, sem

²⁷⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p.85.

²⁷⁷ *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2007/04/constituicao-1976-2005.pdf>. Acesso em: 30/03/2010.

Artigo 69.º Infância: 1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

Artigo 70.º Juventude: 1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: a) No ensino, na formação profissional e na cultura; b) No acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social; c) No acesso à habitação; d) Na educação física e no desporto; e) No aproveitamento dos tempos livres. 2. A política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade. 3. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude.

autorização devida, pode consoante o art. 247²⁷⁸ deste Estatuto, constituir infração administrativa e estará a conduta sujeita a uma punição. É uma exceção ao princípio da publicidade. O objetivo deste artigo é proteger a criança e o adolescente a que se atribuíra autoria de ato infracional, inclusive no direito relativo à dignidade e respeito.

“O Estatuto da Criança e do Adolescente evita que o estigma da marginalidade e rotulação atribuído à infância e à juventude carente de direitos seja alimentado nas notícias, resguardando em primeira instância a condição em desenvolvimento e o direito do contraditório, ou seja, direito de defesa²⁷⁹”.

Se a notícia veicular a identificação completa de menor vítima de crime ou que se encontre em situação de carência, para solicitar apoio da população, nenhuma irregularidade poderá ser atribuída ao meio de comunicação, salvo se a exposição do fato violar o direito à dignidade e o respeito devido às crianças e aos adolescentes em geral ou, de alguma forma, colocá-los em situação de risco²⁸⁰.

O Código Penal Brasileiro descreve em seu art.154 o crime de violação do dever profissional nos seguintes termos: “revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tenha ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena: detenção de três meses a um ano. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação²⁸¹”.

No que tange ao sigilo profissional, o Novo Código de Ética Médica brasileiro, aprovado através da Resolução nº. 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina, publicado

²⁷⁸ Art. 247 Estatuto da Criança e do Adolescente: Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. § 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Obs: (O SRF, através da ADI 869-2-DF declarou a inconstitucionalidade no § 2º do art. 247, da lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), da expressão “ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números”.

²⁷⁹ CURY, *Op. cit.*, p.481.

²⁸⁰ DEL CAMPO, *Op. cit.*, p.195.

²⁸¹ ANGHER, *Op. cit.*, p.373.

no Diário Oficial da União em 24/09/2009; publicada a retificação em 13/10/2009 expressa nos artigos 73 a 79 algumas vedações²⁸².

A Lei Tutelar Educativa de Portugal, lei nº. 147/99, trata do sigilo no seu art. 41º, quando assim descreve: “1. o processo tutelar é secreto até ao despacho que designar data para a audiência, se aquela não tiver lugar; 2.a publicidade do processo faz-se com respeito pela personalidade do menor e pela sua vida privada, devendo, na medida do possível, preservar a sua identidade”. Tomé Ramião faz o seguinte comentário sobre este artigo:

“o carácter secreto do processo, até essa fase, implica a proibição de acesso e consulta do processo, bem como obtenção de cópias ou certidões de quaisquer actos processuais ou decisões, e vincula todos os participantes processuais e as pessoas que a ele tenham acesso, implicando a proibição de assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual e que tenham o direito ou dever de assistir a divulgação do conteúdo do acto processual ou dos seus termos²⁸³”.

Em Portugal, a confidencialidade de qualquer registro médico está abrangida pela lei Constitucional e Civil visto que os médicos são obrigados ao sigilo médico. O sigilo médico só pode ser quebrado por decisão do tribunal²⁸⁴.

1.4. Princípios que regem a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal e as medidas específicas de proteção descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil

²⁸² *Novo Código de Ética Médica brasileiro*. Disponível em: <http://www.gineco.com.br/codigo.htm>. Acesso em 04/04/2010. *É vedado ao médico: Art. 73.* Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

²⁸³ RAMIÃO, *Lei Tutelar Educativa*, op. cit., p.81.

²⁸⁴ *O que é legal?* Disponível em: http://www.bionetonline.org/portugues/Content/gh_leg2.htm#Q3. Acesso em 20/03/2010.

O art. 4º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal assevera que a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios: princípio do superior interesse da criança e do jovem; princípio da privacidade; princípio da intervenção precoce; princípio da intervenção mínima; princípio da proporcionalidade e atualidade; princípio da responsabilidade parental; princípio da prevalência da família; princípio da obrigatoriedade da informação; princípio da audição obrigatória e participação e princípio da subsidiariedade.

O art. 100, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificado pela Lei nº. 12.010, de agosto de 2009, dispõe sobre os princípios que regem a aplicação das medidas específicas de proteção, dentre esses, destacou todos mencionados pela Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo em Portugal, tendo acrescentado três outros: princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; princípio da proteção integral e prioritária e princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público; os quais embora não mencionados no citado artigo, são também importantes no ordenamento jurídico de Portugal, no que diz respeito à área da infância e da juventude.

1.4.1. Princípio do superior interesse da criança e do jovem

A origem do princípio do melhor interesse da criança está ligada ao instituto do *parens patriae*, surgido na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa com o intuito de proteger pessoas incapazes e suas propriedades, função delegada ao Chanceler no séc. XIV. Mas foi somente no séc. XVIII que as Cortes de Chancelaria inglesas diferenciaram as atribuições do *parens patriae* para a proteção das crianças e dos loucos²⁸⁵. Segundo Rose Meirelles, *apud* Wilson Liberati, “o *parens patriae* é um princípio da lei comum que autoriza o Estado a assumir as regras de orientação paternal e definir a custódia de uma criança (que pode ser seu aprisionamento para receber cuidados e proteção) quando ela se torna delinquente, abandonada ou está precisando de cuidados especiais que os pais biológicos não querem ou não podem oferecer”²⁸⁶. Naquela época, a criança era considerada “objeto”. No Brasil, por exemplo, as crianças e os adolescentes somente passaram a ser sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e a terem proteção integral, prioridade

²⁸⁵ PEREIRA, T. da Silva, *apud* MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. *O princípio do melhor interesse da criança. Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 462.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 463.

absoluta com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8.069, de 13/07/1990.

Ao discorrer sobre este princípio na sua dissertação de mestrado, Mônica Kreter²⁸⁷ defende que a utilização dos termos *superior interesse* e *maior interesse* ocorreram quando da tradução para o português da expressão “*best interest*”. Percebe a inaptidão do legislador brasileiro ao traduzir o princípio em questão, posto que ao invés de uniformizar a sua designação, se valeu de nomenclaturas distintas, porém de conteúdo aparentemente igual. Entende que não é de boa técnica legislativa usar expressões diversas ao se referir ao mesmo princípio, e se filia aos juristas que adotam a expressão *melhor interesse* como tradução de “*best interest*”, uma vez que acredita ser a que prima pela técnica, além de ser coerente com os ideais da doutrina da proteção integral.

Foi adotado pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959; pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, é defendido pelas Nações e tem como principal finalidade garantir e assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, direitos esses defendidos pela comunidade internacional, através de vários diplomas legais. Este princípio também pode ser observado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que citamos anteriormente no princípio da proteção integral, no art. 100, inciso IV, quando descreve que 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. Segundo este artigo, na aplicação das medidas devem ser observadas as necessidades pedagógicas, os vínculos familiares e comunitários. Foi utilizado pelos Códigos de Menores brasileiro, de 1927 e 1979 apenas para beneficiar crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular; enquanto que, o Estatuto da Criança e do Adolescente/1990 adotou a doutrina da proteção integral, beneficiando todos indistintamente, sem qualquer discriminação, prevalecendo sempre o interesse da criança sobre qualquer outro; quando seu destino estiver em discussão, a aplicação desse princípio torna-se mais fácil e talvez até menos traumático, quando esta demonstrar discernimento para

²⁸⁷ KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. *Conflitos interfamiliares de guarda e o princípio do melhor interesse: uma associação possível*. (Dissertação: mestrado em Serviço Social): Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2007, p. 24.

decidir; caso contrário, poderá ser solicitada a ajuda de outros profissionais que tenham habilidade na área, como: psicólogo, assistente social, terapeuta, pedagogo. Diz-nos Rose Meirelles:

“O princípio do melhor interesse da criança tem aplicação nos casos que necessitem de uma comparação de opções, ou seja, casos concretos que perquiram a escolha entre pai e mãe, entre avós e pais, entre pai biológico e pai afetivo, entre verdade real e formalismo jurídico. Mas também, cabe em situações nas quais a condição especial de pessoa em desenvolvimento impõe prioridade de tratamento, quer no âmbito Executivo, Legislativo ou Judiciário, em respeito à vulnerabilidade infanto-juvenil²⁸⁸”.

O Código Civil Brasileiro, lei nº 10.406/2001, de 10 de janeiro no seu artigo 1.612 reconhece este princípio quando declara: “o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor²⁸⁹”.

Na visão de Pereira²⁹⁰, para a averiguação do que se entende por melhor interesse há que se considerar o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. Defende também que o fato de ser um princípio traz em seu bojo uma indeterminação a ele inerente: isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação dever ser “*prima facie*”. Pondera ainda que, os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.

Nos termos do 4º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo em Portugal o princípio superior da criança e do jovem ocorre quando a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto. Segundo Beatriz Borges²⁹¹, este princípio foi eleito como prioritário na adoção de medidas que visam permitir que a criança/jovem em situação de lhe ser causado

²⁸⁸ LIBERATI, Wilson, *apud* MEIRELLES, Rose Melo Venceleu. *Op. cit.*, p.471.

²⁸⁹ ANGHER, *Op. cit.*, p.216.

²⁹⁰ PERREIRA, R.C., *apud* KRETER, Mônica, *Op. cit.*, p. 20.

²⁹¹ BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de crianças e jovens em perigo*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 44.

dano no plano físico, intelectual, moral ou social, possa ser afastada desse perigo; entendendo assim, os outros princípios como desenvolvimentos e concretizações desse interesse superior da criança, colocado num plano superior e de hierarquia em relação a quaisquer interesses da própria criança ou jovem ou quaisquer outras pessoas, que, sendo portadoras de interesses legalmente protegidos, conflituam com o interesse superior da criança.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança, do adolescente e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto. Quando tramitarem na justiça ações judiciais de divórcio, de dissolução da sociedade conjugal, de tutela ou adoção, por exemplo, o interesse da criança deve sempre ser priorizado e servir de respaldo legal para a decisão do magistrado. Se esse princípio fosse incorporado em todos os planos físico, intelectual, moral, espiritual e social como essencial pela família, pela sociedade e pelo Estado na efetivação e cumprimento dos direitos fundamentais, teríamos menos problemas com nossas crianças e jovens e certamente um futuro promissor para as Nações.

Correta a ponderação de Almiro Rodrigues²⁹² quando declara que este princípio só pode definir-se através de uma perspectiva sistêmica e interdisciplinar, mas que não pode nunca esquecer e deixar de ponderar o grau de desenvolvimento sócio psicológico do menor, já que o processo de desenvolvimento é uma sucessão de estádios, com características e necessidades próprias.

Deve ser observado o teor do artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual diz que na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

1.4.2. Princípio da privacidade

²⁹² RODRIGUES, Almiro, *apud* RAMIÃO, Tomé D'Almeida. *Organização Tutelar de Menores. Anotada e Comentada*. 8ª ed. Lisboa: Quid Júris, 2009, p. 27.

De acordo com este princípio, a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada. Tanto Portugal, quanto o Brasil têm esse mesmo entendimento.

O dilema ético, infere Luany Pugina,

“na realidade, não está situado entre revelar ou não o diagnóstico, ao paciente, ou qualquer outra informação relevante, mas sim na forma e momento de revelar. Vale ressaltar que a veracidade, é um dos princípios básicos sobre os quais se estabelece a relação médico-paciente. A preservação de segredos está associada tanto com a questão da privacidade quanto da confidencialidade. As crianças e os adolescentes têm, como um adulto, o mesmo direito de preservação de suas informações pessoais, de acordo com a sua capacidade, mesmo em relação a seus pais ou responsáveis. A privacidade é a limitação do acesso às informações de uma dada pessoa, bem como do acesso à própria pessoa e à sua intimidade. É a preservação do anonimato e dos segredos²⁹³”.

A exceção à preservação de informações ocorre quando, por força de legislação existente e por justa causa, um profissional é obrigado a comunicar informações a que teve acesso em função de sua atividade. Incluem-se as seguintes situações: testemunhar em corte judicial, em situações especiais; comunicar, à autoridade competente, a ocorrência de doença de informação compulsória; a ocorrência de maus-tratos em crianças ou adolescentes; de abuso de cônjuge ou idoso; ou de ferimento por arma de fogo ou de outro tipo, quando houver suspeita de que tal lesão tenha sido resultante de um ato criminoso. As situações, acima descritas trazem um dever ao médico de comunicar à autoridade competente o fato ou ato, seja em virtude de lei punitiva que assim o exige ou em função da preservação da saúde pública, em detrimento da privacidade de seu paciente²⁹⁴.

1.4.3. Princípio da intervenção precoce

Este princípio declara que a intervenção deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida; o que é necessário para que a criança e o jovem não sofram traumas, não sejam agredidos, violados fisicamente, prejudicando assim, seus desenvolvimentos

²⁹³ PUGINA, Luany. *Bioética: Confidencialidade e Privacidade*. Disponível em: <file:///E:/Projeto%20da%20tese%20de%20doutorado%20e%20outros%20dados/Princípios%20e%20direito%20de%20família/Bioética%20Confidencialidade%20e%20Privacidade.htm>. Acesso em: 02/04/2010.

²⁹⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Relação Médico - Paciente. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2745>. Acesso em: 03 abr. 2010.

psíquicos, físicos e emocionais. É neste contexto, destarte, que Tomé Ramião assim disciplina:

“tem que ver, neste caso, com uma decisão atempada e a celeridade processual devida, com eficácia da decisão, que o interesse do menor aconselha e reclama. Tal princípio está intimamente conexionado com o disposto nos artigos 157º e 160º da Organização Tutelar de Menores²⁹⁵”.

1.4.4. Princípio da intervenção mínima

Este princípio assevera que a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança, do adolescente e do jovem em perigo. “Deve lançar-se mão das providências estritamente necessárias e indispensáveis à efectiva proteção do menor e seus direitos²⁹⁶”.

A Lei Tutelar Educativa enumera as medidas tutelares, em seu art. 4º. “Elas estão ordenadas pela respectiva ordem crescente de gravidade, considerando o grau de limitação e restrição de liberdade do menor no que se refere à sua autonomia de decisão e condução da sua vida e simbolizam o princípio da intervenção mínima que enforma todo o processo tutelar²⁹⁷”.

É um princípio limitador do poder punitivo do Estado. Sobre este princípio assevera Muños Conde: “O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isso quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito²⁹⁸”.

No Brasil, no tocante ao direito penal juvenil, este princípio encontra-se exposto no art. 122 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90, que diz: “em nenhuma

²⁹⁵ RAMIÃO, Tomé D’Almeida. *Organização Tutelar de Menores. Anotada e Comentada*. 8ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 27. *Organização Tutelar de Menores, op. cit. Artigo 157º: (Decisões provisórias e cautelares): 1. Em qualquer estado da causa e sempre que o tribunal pode decidir, a título provisório, relativamente a matérias que devam ser apreciadas a final, bem como ordenar as diligências que se tornem indispensáveis para assegurar a execução efectiva da decisão. 2. Podem também ser provisoriamente alteradas as decisões já tomadas a título definitivo. 3. Para o efeito do disposto no presente artigo, o tribunal procederá às averiguações sumárias que tenha por conveniente.*

Art. 160º: (Processos Urgentes): Correm durante as férias judiciais os processos tutelares cíveis cuja demora possa causar prejuízo aos interesses do menor.

²⁹⁶ RAMIÃO, *Op. cit.*, p. 27.

²⁹⁷ *Ibid*, p.39.

²⁹⁸ MUÑOS CONDE, Francisco, *apud GRECO, Op. cit.*, p.49

hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”. Logo, a medida socioeducativa de internação é uma medida extrema, só deverá ser aplicada quando esgotarem todos os meios para aplicação das outras, nas hipóteses estabelecidas no art. 122 deste diploma legal, ou seja: quando o ato infracional for praticado mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves e quando ocorrer descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente aplicada.

1.4.5. Princípio da proporcionalidade e atualidade

Tanto a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente determinam que a intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança, o adolescente ou o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada. A primeira é mais enfática ao afirmar que esta intervenção só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade. Segundo Bandeira de Mello, o princípio da proporcionalidade se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público, objetivando assim, inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções²⁹⁹.

Utilizando a mesma linha de raciocínio, Raquel Stumm também adota tal posicionamento, ao proferir o seguinte: “na doutrina, o princípio da proporcionalidade tem ampla incidência sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado, sendo essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do devido processo legal³⁰⁰”.

Todas as providências adotadas devem ser necessárias, adequadas e de acordo com a situação do menor.

²⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, *apud* CARRIDE, Norberto de Almeida. *Op. cit.*, p. 41.

³⁰⁰ STUMM, Raquel Denise, *apud* CARRIDE, Norberto de Almeida. *Op. cit.*, p. 41.

O princípio da proporcionalidade está voltado para a elaboração do preceito primário do tipo, estabelecendo um paralelo entre os limites da incriminação e os benefícios dela decorrentes.

O legislador, no desenvolvimento de suas funções, sempre apresenta a sua preocupação em fixar limites às condutas individuais, com direcionamento à proteção societária. Neste contexto, deve ser observado, o princípio da reserva legal ou da legalidade, o qual proporciona maior segurança às pessoas, por estabelecer um limite ao poder punitivo do Estado. O magistrado deve obedecer aos critérios estabelecidos por lei na aplicação da pena ao condenado, analisando as normas que estabelecem a matéria³⁰¹.

Nos termos do art. 18º, II, da Constituição da República Portuguesa, que consagra o princípio da proporcionalidade, só podem ser impostas restrições aos direitos, liberdades e garantias se estiverem previstas na mesma. Tais restrições devem ser aplicadas de forma proporcional, limitando por sua vez, ao necessário para proteger e defender outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Ele também tem como finalidade verificar se o ato é adequado e necessário ao objetivo a que se destina e verificar caso haja confronto entre bens, direitos ou interesses protegidos qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

O art. 56º da Lei Tutelar Educativa aborda o princípio da adequação na primeira parte e da proporcionalidade na segunda. Diz o seguinte: “As medidas cautelares devem ser adequadas às exigências preventivas ou processuais que o caso requerer e proporcionadas à gravidade do facto e às medidas tutelares aplicáveis.” Da consagração deste princípio resulta que as medidas cautelares não de ser proporcionais à gravidade do facto e às medidas tutelares que previsivelmente venham a ser aplicadas³⁰².

Sobre este princípio, Ricardo Maurício esclarece de forma peculiar e abrangente, o seguinte, *verbis*:

“O princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do intérprete do Direito, iluminando a ponderação de princípios jurídicos e, pois, de dimensões da

³⁰¹ CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. *Das Penas Privativas de Liberdade às Penas Alternativas*. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2010, p.110/111.

³⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 160.

dignidade humana eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, vetores que norteiam uma vida digna, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis³⁰³”.

As legislações penais portuguesa e brasileira adotam este princípio, que, aliás, vem sendo debatido, discutido e aprimorado desde a lei do talião, quando teve início a noção de proporcionalidade, entre o fato delituoso praticado e a pena, na seara penal. Por sua vez, assiste razão a Ricardo Maurício quando assim esclarece:

“No sistema jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito porque, apesar de derivar da Constituição, nela não consta expressamente. Por esse motivo, o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade vem sofrendo inúmeras considerações quanto à ausência de enunciado normativo explícito. Constata-se que a maioria das Constituições de Estados Democráticos de Direito não contém referência expressa ao princípio, o que põe em evidência o problema da sua fundamentação normativo-constitucional³⁰⁴”.

1.4.6. Princípio da responsabilidade parental

As duas leis, ora citadas, asseguram que a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem; no caso do Brasil, para com a criança, o adolescente e o jovem. As decisões adotadas devem sempre ser tomadas em benefício dos filhos. Tanto o pai quanto a mãe deverão ter obrigações e o mesmo grau de responsabilidade para com os filhos. As Constituições da República Portuguesa e Brasileira bem como os Códigos Civis destas Nações asseguram de forma clara e explícita este tipo de responsabilidade³⁰⁵.

³⁰³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

³⁰⁴ *Ibid.*, p.147.

³⁰⁵ *Constituição da República Portuguesa, Artigo 36.º (Família, casamento e filiação):* 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.

Código Civil Português. 11ª edição. Coordenadora Isabel Rocha. Porto: Porto Editora, 2009, p. 359. *Artigo 1874º. (Deveres de pais e filhos)* 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência. 2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar. *Artigo 1877.º Duração das responsabilidades parentais:* Os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação. *Artigo 1878.º Conteúdo das responsabilidades parentais:* 1. Compete aos pais, no interesse dos

A responsabilidade parental que é exercida pelos pais ou por um deles abrange a educação, a assistência, a proteção, o cuidado. As decisões tomadas devem ter como respaldo o interesse dos filhos. Quando demonstrarem capacidade de discernimento estes deverão ser ouvidos, prevalecendo então, seus interesses. Quando necessário e nos casos estipulados em lei pode ser exercida por um tutor. “Este tutor é sempre alguém diferente dos progenitores. A tutela pode ser igualmente exercida por uma instituição. A responsabilidade parental conjunta é exercida por um progenitor e por uma pessoa que não seja o progenitor. Esta pessoa pode ser, por exemplo, o companheiro ou a companheira do progenitor que cuida e educa o menor em conjunto com os progenitores. Pode também ser exercida pelo progenitor em conjunto com os pais de acolhimento do menor³⁰⁶”. O Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰⁷ modificado pela Lei nº 12.010, de 2009 também contempla este princípio, que sem dúvida, é de suma importância para o desenvolvimento sadio e harmonioso dos filhos³⁰⁸.

1.4.7. Princípio da prevalência da família

filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

Constituição Federal Brasileira, op. cit. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. *Art. 229.* Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

BRASIL. Código Civil e Constituição Federal, op. cit. p. 212. Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. *Art. 1.631.* Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. *Parágrafo único.* Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: *I* - dirigir-lhes a criação e educação; *II* - tê-los em sua companhia e guarda; *III* - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; *IV* - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; *V* - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; *VI* - reclamá-los de quem ilegalmente os detinha; *VII* - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

³⁰⁶ *Responsabilidade parental - Países Baixos.* Disponível em:

http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_net_pt.htm. Acesso em: 21/03/2010.

³⁰⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 24/04/2010. *Art. 21.* O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009); *Art. 22.* Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Segundo a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, de Portugal, na promoção de direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a sua adoção. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente é mais abrangente quando sustenta que na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta.

Constitui um direito fundamental de crianças e adolescentes, quando não seja possível a convivência com a família natural a colocação em família substituta. A inserção em família substituta admite três modalidades distintas: a guarda, a tutela e a adoção, que sempre serão deferidas nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente (art. 28 do ECA). As Constituições das Repúblicas Portuguesa e Brasileira ressaltam a importância da família, elemento fundamental da sociedade, e o direito que ela tem à proteção do Estado. “A prevalência pelas medidas que integrem a criança ou o jovem na família ou que promova a sua adoção, decorrem da importância da família (natural ou substituta), enquanto célula fundamental da sociedade no seu processo de socialização e desenvolvimento³⁰⁹”.

Neste contexto, assim assevera Tomé Ramião: “deve ser dada prevalência às medidas de promoção e protecção que integrem o menor na sua família ou promovam a sua adopção; este princípio impõe a preferência na adopção de medidas que não envolvam o afastamento dos pais ou da família da criança ou do jovem, em detrimento das medidas de colocação familiar ou institucionais; sempre que possível deve proteger-se a criança ou o jovem da sua família³¹⁰”.

1.4.8. Princípio da obrigatoriedade da informação

Determina a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal³¹¹ que a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de fato

³⁰⁹ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 37.

³¹⁰ *Ibid.*, p.37.

³¹¹ *Ibid.*, p.145-146 Artigo 84.º *Audição da criança e do jovem: 1* - As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são

têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta que a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou quem tenha a sua guarda, no caso o responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa. Dentre as garantias de ampla defesa, este dispositivo legal, no art. 124, IV, ressalta que tem o interno de ser informado de sua situação processual. Por sua vez, o art. 94³¹² também destaca este direito quando menciona as obrigações que têm as entidades que desenvolvem programas de internação.

A criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa. Isto porque são

ouvidos pela comissão de protecção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção. 2 - A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança. *Artigo 85.º Audição dos titulares do poder paternal:* Os pais, o representante legal e as pessoas que tenham a guarda de facto da criança ou do jovem são obrigatoriamente ouvidos sobre a situação que originou a intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

³¹² *Art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente:* As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: *I* - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes; *II* - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação; *III* - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos; *IV* - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente; *V* - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares; *VI* - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares; *VII* - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal; *VIII* - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos; *IX* - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos; *X* - propiciar escolarização e profissionalização; *XI* - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer; *XII* - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças; *XIII* - proceder a estudo social e pessoal de cada caso; *XIV* - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente; *XV* - *informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual*; *XVI* - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas; *XVII* - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes; *XVIII* - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos; *XIX* - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem; *XX* - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento. § 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programa de abrigo. § 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

hodiernamente tratados como sujeitos de direito, além de tal regra se originar do próprio princípio da publicidade do processo³¹³.

1.4.9. Princípio da audição obrigatória e participação

O princípio da audição obrigatória e participação mencionado pela Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo em Portugal declara que a criança ou jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de fato, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção. O Estatuto da Criança e do Adolescente define-o como princípio da oitiva obrigatória e participação, segundo o qual 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 Lei³¹⁴.

³¹³ ROSSATO, Luciano Alves e LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à lei nacional de adoção - lei nº. 12.010, de 3 de Agosto de 2009 e outras disposições legais: lei nº. 12.003, e lei nº. 12.004*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

³¹⁴ *Estatuto da Criança e do Adolescente: Disponível em:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02/04/2010. Art. 28 ECA: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º 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. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. § 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. § 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: *I* - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; *II* - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; *III* - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Como bem expressa Tomé Ramião³¹⁵ uma das características do princípio do reconhecimento do superior interesse do menor é o seu direito de ser ouvido e a ser tida em consideração a sua opinião, conferindo-lhes a possibilidade de participar nas decisões que lhe dizem respeito, com a sua autonomia e identidade próprias.

Em relação à audição do menor, a Lei Tutelar Educativa em seu artigo 47º assevera o seguinte: 1. A audição do menor é sempre realizada pela autoridade judiciária. 2. A autoridade judiciária pode designar um técnico de serviço social ou outra pessoa especialmente habilitada para acompanhar o menor em acto processual e, se for caso disso, proporcionar ao menor o apoio psicológico necessário por técnico especializado. O art. 77º também faz menção a este artigo ao ressaltar: 1. Aberto o inquérito, o Ministério Público ouve o menor, no mais curto prazo. 2. A audição pode ser dispensada quando for caso de arquivamento liminar e pode ser adiada no interesse do menor³¹⁶.

1.4.10. Princípio da subsidiariedade

Este princípio defende que a intervenção deve ser efetuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria da infância e juventude, pelas comissões de proteção de crianças e jovens e, em última instância, pelos tribunais.

A promoção dos direitos e a proteção da criança e do jovem em risco compete, segundo o princípio da subsidiariedade, em primeiro lugar às entidades públicas e privadas com atribuições em matéria de infância e juventude (como as escolas, hospitais, centros de saúde, institutos de apoio à criança, entre outros), em segunda instância, às comissões de proteção de crianças e jovens e, em último recurso aos tribunais, quando a intervenção das comissões de proteção não possa ter lugar por falta de consentimento dos pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de fato da criança ou do jovem, por não dispor dos meios a aplicar ou executar a medida adequada ou quando o acordo de promoção e proteção proposto pela comissão de proteção de crianças ou jovens seja reiteradamente não cumprido³¹⁷.

³¹⁵ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p. 27.

³¹⁶ *Ibid.*, p.89 e 123.

³¹⁷ *Sobre acolhimento em instituição de crianças e jovens em perigo*. Disponível em: <http://www.iacrianca.pt/noticias/ficheiros/infocedionze.pdf>. Acesso em: 03/04/2010.

Existe vasta literatura que testemunha a tendência de interpretar a adoção internacional *categoricamente* como uma medida de último recurso. Na África, o fato do Artigo 24 da ACRWC (Carta Africana sobre os Direitos e Bem-estar da Criança) requerer explicitamente que a adoção internacional seja uma medida de último recurso, poderá dar aos Estados africanos espaço para tratar a prática como tal. Também sustentam que, baseado no princípio de subsidiariedade, a adoção internacional é um último recurso. Com base na discussão prévia, é possível chegar a algumas conclusões e recomendações. A ideia de fazer a adoção internacional geralmente subsidiária a qualquer outro tipo de cuidado alternativo tem seus próprios méritos, que são inerentemente focados na promoção dos melhores interesses da criança³¹⁸.

1.4.11. Princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de Direitos

Ressalta o art. 100, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente, que crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal. “O ECA normatizou uma tendência do direito menorista: a de que a criança ou adolescente não é apenas objeto de atuação, mas sujeito de direitos. Assim, a criança e o adolescente passam a ser titular de direitos e obrigações³¹⁹”.

Os sujeitos de direito, de acordo com o diploma legal supracitado são as crianças com doze anos incompletos e adolescentes, os que estiverem na faixa etária de doze a dezoito anos. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente ao Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. “A Convenção sobre os direitos da criança de 1989 constitui um documento marcante na nova concepção do Direito infanto-juvenil. Foi o primeiro diploma que considerou a criança sujeito de direitos individuais civis, políticos, sociais e culturais. Sujeito titular de direitos próprios e não mais simples objeto das relações jurídicas³²⁰”.

1.4.12. Princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público

³¹⁸ MEZMUR, Benyam. *Da Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança*. Revista Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/10/Mezmur.pdf>. Acesso em: 04/04/2010.

³¹⁹ ISHIDA. *Op. cit.*, p.176.

³²⁰ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32.

Nos termos do art. 100, inciso III da mesma lei supracitada, a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais.

A União, os Estados e os Municípios devem garantir com responsabilidade todos os direitos já tão defendidos, discutidos e ressaltados em todos os diplomas internacionais e nacionais no tocante as crianças e jovens; é importante que cada um destes entes tente se ajudar mutuamente e não tentar eximir-se desta responsabilidade, jogando para o outro, como se nenhuma obrigação tivesse em relação a estes fatos. “Este princípio deve visar a sua formação biopsíquica, social, familiar e comunitária, através de programas de desenvolvimento³²¹”.

1.4.13. Princípio da indisponibilidade dos bens do menor

Está claramente definido no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando assegura que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

De acordo com este dispositivo legal, o instituto da prescrição não incide na ação de investigação de paternidade, a qual pode ser ajuizada a qualquer momento dependendo do interesse e vontade do interessado. O reconhecimento do direito de filiação é um direito personalíssimo porque pode ser exercido apenas pelo filho, o qual se for menor de idade deverá ser representado ou assistido por seus representantes legais; os quais não poderão renunciar deste direito. Esta ação poderá ser promovida em qualquer período; inclusive após a morte do suposto genitor, quando deverá ser ajuizada contra os herdeiros ou sucessores. “Direito personalíssimo é direito indisponível e imprescritível, em razão do interesse público que contém, não sendo possível a renúncia ou a transação, podendo a ação ser aforada a qualquer tempo³²²”.

³²¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4^{aa} ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.16.

³²² DEL CAMPO. *Op. cit.*, p.34.

1.4.14. Princípio da gratuidade

Sem dúvida, todos têm direito a uma defesa técnica independentemente de classe social ou econômica. Portanto, quando a pessoa não dispõe de condições para constituir um advogado e, por conseguinte, defender seus interesses, o Poder Público deve prestar-lhe uma assistência judiciária gratuita, através de defensor público ou advogado nomeado. No Brasil, em relação à criança e ao jovem este direito é garantido no art. 141³²³ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.5. Princípios assegurados aos adolescentes que cumprem medida de internação

Há alguns princípios que devem ser observados quando os adolescentes forem internados para cumprirem a medida socioeducativa de internação, que deve ter como finalidade precípua educar o adolescente para que reflita sobre o ato praticado, tenha condições de retornar ao convívio social. Tais princípios são defendidos pelas legislações brasileira e portuguesa.

A Constituição Federal Brasileira/1988 também menciona no seu art. 227 § 3º inciso V que o direito à proteção especial abrangerá o aspecto da obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.

1.5.1. Princípio de brevidade

O adolescente deve ser privado de sua liberdade pelo menor tempo possível; a internação, segundo o art. 121§2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora não comporte prazo determinado deverá ser reavaliada a cada seis meses, sendo que nos termos do § 3º em nenhuma hipótese poderá exceder a três anos. A liberação compulsória deverá ocorrer aos vinte e um anos de idade. Este artigo, como vimos, não fixa o prazo mínimo para a internação, mas como foi prevista a reavaliação a cada seis meses, o juízes

³²³ Art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente: É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos. § 1º. A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado. § 2º As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

devem utilizar este período como mínimo. Todavia, o art. 122 § 1º, III, traz uma exceção: “Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.”

A Lei Tutelar Educativa de Portugal, ao referir-se à medida de internamento ressalta ter esta como objetivo propiciar ao menor, através do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conforme o direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável. O art. 18º³²⁴ trata de forma explícita sobre a duração da mesma, que como sabemos, deve ser cumprida em um curto lapso de tempo, dependendo do fato qualificado como crime.

1.5.2. Princípio de excepcionalidade

Segundo este princípio, a medida de internação só deverá ser aplicada como *ultima ratio*, no caso, por exemplo, da prática de ato infracional pelo adolescente mediante grave ameaça ou violência à pessoa e por reiteração pelo mesmo de outras infrações graves, conforme faz alusão o art. 122, incisos I e II, do ECA acima mencionado. Evidentemente que, sempre que houver possibilidade de ser aplicada outra medida socioeducativa, a internação deve ser evitada. O Brasil adota na legislação infanto-juvenil seis medidas socioeducativas.³²⁵ A medida socioeducativa é imposta ao adolescente menor de 18 anos que comete um ato

³²⁴ Biblioteca Nacional de Portugal. Catalogação na publicação. Portugal. Leis, decretos, etc.. *Direito de menores*. 4ª ed. (Códigos simples) Coimbra: Almedina, 2008, p. 121.

Lei tutelar educativa: Artigo 18. º Duração da medida de internamento: 1 - A medida de internamento em regime aberto e semiaberto tem a duração mínima de três meses e a máxima de dois anos. 2 - A medida de internamento em regime fechado tem a duração mínima de seis meses e a máxima de dois anos, salvo o disposto no número seguinte. 3 - A medida de internamento em regime fechado tem a duração máxima de três anos, quando o menor tiver praticado facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstractamente aplicável, de prisão superior a cinco anos.

³²⁵ *Art. 112 do ECA.* Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: *I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.*

infracional, definido como uma conduta praticada por adolescente análoga a crime ou contravenção penal. Tem uma finalidade pedagógico-educativa, devendo para a sua aplicação ser analisada a capacidade do mesmo em cumpri-la, as circunstâncias em que o ato foi praticado e a gravidade da infração.

O infrator deve ser respeitado, tratado com dignidade; não podem ser aplicados contra ele abusos de qualquer forma, nem ser humilhado ou submetido a constrangimentos. Tem sim, que ser educado, preparado, conscientizado do ato praticado e possa ser reinserido à sociedade. Ao referir-se à internação, Paulo Afonso Garrida assim se posiciona:

“A internação tem finalidade educativa e curativa. É *educativa* quando o estabelecimento escolhido reúne condições de conferir ao infrator escolaridade, profissionalização e cultura, visando dotá-lo de instrumentos adequados para enfrentar os desafios do convívio social. Tem finalidade *curativa* quando a internação se dá em estabelecimento ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou psiquiátrico, ante a ideia de que o desvio de conduta seja oriundo da presença de alguma patologia, cujo tratamento a nível terapêutico possa reverter o potencial crimínogeno do qual o menor infrator seja o portador³²⁶”.

1.5.3. Princípio de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

O art. 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente afirma ser dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança. Este mesmo diploma legal, no artigo anterior³²⁷, garante aos adolescentes privados de liberdade uma série de direitos, a nosso ver, essenciais no processo de ressocialização, de reeducação para a vida em comunidade. Embora privados de liberdade, devem ser tratados com dignidade e respeito, como garante o Estatuto da Criança e do

³²⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido, *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. *Op.cit.*, p. 197.

³²⁷ Art. 124 ECA. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: *I* - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público; *II* - peticionar diretamente a qualquer autoridade; *III* - avistar-se reservadamente com seu defensor; *IV* - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada; *V* - ser tratado com respeito e dignidade; *VI* - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável; *VII* - receber visitas, ao menos, semanalmente; *VIII* - corresponder-se com seus familiares e amigos; *IX* - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal; *X* - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade; *IX* - receber escolarização e profissionalização; *XII* - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer; *XIII* - ter acesso aos meios de comunicação social; *XIV* - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje; *XV* - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade; *XVI* - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade. § 1º Em nenhum caso haverá incomunicabilidade. § 2º A autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente.

Adolescente³²⁸. Determinação importante também é a mencionada no art. 178 desta lei que assegura ao adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional um tratamento humano, respeitoso e digno, não podendo então, ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade. “A responsabilidade pelo zelo da integridade é do Poder Público. A responsabilidade abrange a conduta comissiva ou omissiva, apurada por meio de ação civil pública, por meio de responsabilização individual e de ação de indenização³²⁹”. Todas as pessoas responsáveis pela política de atendimento, que trabalham nos centros educacionais em que os adolescentes encontram-se apreendidos cumprindo medidas socioeducativas devem também contribuir com este processo, tanto na prestação de seus serviços, na adequação de meios e recursos adequados para suas ressocializações como também observando a questão da segurança deles de forma indiscriminada, evitando assim, violações às suas integridades físicas e psicológicas. Têm o direito de ser tratado com dignidade e respeito de forma diferenciada dos adultos por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento físico, emocional, afetivo, cognitivo e sociocultural. “Ao efetuar a contenção e a segurança dos infratores internos, as autoridades encarregadas não poderão, de forma alguma, praticar abusos ou submetê-los a vexame ou a constrangimento³³⁰”.

Em Portugal, como já frisamos, quando um menor com idade compreendida entre 12 e 16 anos pratica um fato considerado pela lei como crime, está sujeito à aplicação de medida tutelar educativa de conformidade com a Lei Tutelar Educativa, Lei nº. 166/99, de 14 de Setembro, tendo como finalidade educá-lo, socializa-lo e inseri-lo à sua comunidade de forma digna e responsável.

“Pode suceder que, apesar do menor cometer facto qualificado pela lei como crime, não lhe seja aplicada medida educativa, por se concluir pela desnecessidade de correcção da sua personalidade no plano do dever jurídico manifestada na prática do facto; é ainda necessário que essa necessidade de correcção subsista no momento da decisão. E não sendo caso de aplicação de medida tutelar educativa, o menor pode carecer de aplicação de medida de protecção adequada³³¹”.

³²⁸ Art. 18 ECA. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

³²⁹ ISHIDA. *Op. cit.*, p.243.

³³⁰ LIBERATI. *Op. cit.*, p.109.

³³¹ RAMIÃO. *Op. cit.*, p.35.

As medidas tutelares de Portugal³³² são parecidas com as medidas socioeducativas do Brasil, bem como a disposição contida no art. 5º da Lei Tutelar Educativa, que diz: “A execução das medidas tutelares pode prolongar-se até o jovem completar 21 anos, momento em que cessa obrigatoriamente”. O art. 8º exemplifica o caso da aplicação de várias medidas e o prazo para o cessamento das mesmas³³³. Em nenhum caso, nos termos do art. 7º, a duração da medida de internamento em centro educativo poderá exceder o limite da pena de prisão prevista para o crime correspondente ao fato. As medidas serão revistas nos casos estipulados no art. 136º. “A execução desta e o decurso do tempo em si mesmo, bem como a sua interação com personalidade do próprio menor, sem esquecer a interposição e concorrência de outros factores, nomeadamente de ordem familiar, social, ambiental, podem acarretar alterações sensíveis das suas necessidades educativas para o direito a que a medida tutelar educativa deve adaptar-se para ela própria subsistir fundadamente enquanto tal; a medida pode ter-se tornado, num prazo mais ou menos curto prazo, desajustada às necessidades actuais do menor, por excesso ou por defeito, e para o verificar e, se for o caso, introduzir as correcções necessárias³³⁴”. Os artigos 171º e 172º mencionam os direitos e os deveres dos menores³³⁵.

³³² *Ibid.*, p. 38/39. *Lei tutelar educativa*, art. 4.º *Princípio da legalidade*. 1 - São medidas tutelares: a) A admoestação; b) A privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores; c) A reparação ao ofendido; d) A realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade; e) A imposição de regras de conduta; f) A imposição de obrigações; g) A frequência de programas formativos; h) O acompanhamento educativo; i) O internamento em centro educativo. 2 - Considera-se medida institucional a prevista na alínea i) do número anterior e não institucionais as restantes. 3 - A medida de internamento em centro educativo aplica-se segundo um dos seguintes regimes de execução: a) Regime aberto; b) Regime semiaberto; c) Regime fechado.

³³³ *Ibid.*, p.45, art. 8º: 1 - Quando forem aplicadas várias medidas tutelares ao mesmo menor, no mesmo ou em diferentes processos, o tribunal determina o seu cumprimento simultâneo, quando entender que as medidas são concretamente compatíveis. 2 - Quando considerar que o cumprimento simultâneo de medidas tutelares aplicadas no mesmo processo não é possível, o tribunal, ouvido o Ministério Público, substitui todas ou algumas medidas por outras ou determina o seu cumprimento sucessivo, nos termos da presente lei. 3 - No caso de aplicação de várias medidas ao mesmo menor em diferentes processos, cujo cumprimento simultâneo não seja possível nos termos do nº 1, o tribunal determina o seu cumprimento sucessivo, nos termos da presente lei. 4 - No caso de substituição de medidas tutelares o tribunal toma em conta o disposto nos artigos anteriores do presente capítulo. 5 - Se for caso de cumprimento sucessivo de medidas tutelares, o tempo total de duração não pode ultrapassar o dobro do tempo de duração da medida mais grave aplicada, cessando, em qualquer caso, o cumprimento na data em que o seu destinatário completar 21 anos.

³³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 254)

³³⁵ *Ibid.*, p. 322 a 329.

Artigo 171º LTE: Direitos:

1 - Os menores internados em centro educativo têm direito ao respeito pela sua personalidade, liberdade ideológica e religiosa e pelos seus direitos e interesses legítimos não afectados pelo conteúdo da decisão de internamento.

2 - O internamento em centro educativo não pode implicar privação dos direitos e garantias que a lei reconhece ao menor, a menos que o tribunal expressamente os suspenda ou restrinja para protecção e defesa dos interesses deste.

3 - De acordo com o disposto no número anterior e com o tipo de internamento e respectivo regime, e nos termos

Balbino³³⁶ faz as seguintes ponderações: “no Direito português, no sentido de prevenir riscos e responsabilizar o infanto-juvenil, observam-se duas importantes legislações que objetivam a materialização dos direitos da criança e do adolescente, as quais são: a) a Legislação de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo³³⁷ (Lei nº 147/99), em seu art. 5º, contempla a criança e o jovem³³⁸ que se encontrem em risco, se esses solicitarem a proteção ao Estado, este lhes assegurará a proteção até a idade de 21(vinte e um) anos; b) a Lei Tutelar Educativa (nº 166/99) orientada por um modelo de proteção aos menores que se encontrem na faixa etária dos 12 (doze) aos 16 (dezesseis) anos incompletos e que realizem fatos ilícitos previsto como crime³³⁹.

O Direito português, pelo conteúdo da Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166/99) não separa as categorias de criança e adolescente como o Direito Juvenil brasileiro (Lei nº 8.069/90 - art. 2º). Demonstram as leis infanto-juvenis de Portugal o fundamento e a finalidade de proteger o jovem de forma pedagógica, independentemente de possuir idade superior aos 16 (dezesseis anos), aparentemente, demonstra-se mais severa do que a brasileira.

regulamentares, o menor tem direito: a) A que o centro zele pela sua vida, integridade física e saúde; b) A um projecto educativo pessoal e à participação na respectiva elaboração, a qual terá obrigatoriamente em conta as suas particulares necessidades de formação, em matéria de educação cívica, escolaridade, preparação profissional e ocupação útil dos tempos livres; c) À frequência da escolaridade obrigatória; d) À preservação da sua dignidade e intimidade, a ser tratado pelo seu nome e a que a sua situação de internamento seja estritamente reservada perante terceiros; e) Ao exercício dos seus direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, salvo quando incompatíveis com o fim do internamento; f) A usar as suas próprias roupas, sempre que possível, ou as fornecidas pelo estabelecimento; g) A usar artigos próprios, autorizados, de higiene pessoal ou os que, para o mesmo efeito, forem fornecidos pelo centro; h) À posse de documentos, dinheiro e objectos pessoais autorizados; i) À guarda, em local seguro, dos valores e objectos pessoais, não proibidos por razões de segurança, que não queira ou não possa ter consigo, e à restituição dos mesmos à data da cessação do internamento; j) A contactar, em privado, com o juiz, com o Ministério Público e com o defensor; l) A manter outros contactos autorizados com o exterior, nomeadamente por escrito, pelo telefone, através da recepção ou da realização de visitas, bem como da recepção e envio de encomendas; m) A ser ouvido antes de lhe ser imposta qualquer sanção disciplinar; n) A ser informado, periodicamente, sobre a sua situação judicial e sobre a evolução e avaliação do seu projecto educativo pessoal; o) A efectuar pedidos, a apresentar queixas, fazer reclamações ou interpor recursos; p) A ser informado pessoal e adequadamente, no momento da admissão, sobre os seus direitos e deveres, sobre os regulamentos em vigor, sobre o regime disciplinar e sobre como efectuar pedidos, apresentar queixas ou interpor recursos; q) Sendo mãe, a ter na sua companhia filhos menores de 3 anos.

³³⁶ BALBINO, Edilene Dias Virmieiro. *Gestão familiar e delinquência juvenil: ensaio criminológico no direito brasileiro e português*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p.38.

³³⁷ *Portugal. Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei nº 147/99. Artigo 2º*: O presente diploma aplica-se às crianças e jovens em perigo que residam ou se encontrem em território nacional. *Artigo 3º: 1* - A intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

³³⁸ *Artigo 5º*: Para efeitos da presente lei, considera-se: a) Criança ou jovem - a pessoa com me nos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos.

³³⁹ *Portugal. Lei Tutelar Educativa nº 166/99. Art. 1º*: A prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei.

O entendimento de a lei ser mais rigorosa não corresponde à verdade, porque o jovem em estado de risco pode gozar da tutela protetiva do Estado até aos 21 (vinte e um) anos, situação que não é encontrada na lei brasileira³⁴⁰.

SEÇÃO II

1.6. Enquadramento Legal

1.6.1. Instrumentos Internacionais

1.6.1.1 Declaração de Genebra: 1924

No Direito Internacional a Declaração de Genebra de 1924 foi o documento através do qual se manifestou pela primeira vez preocupação com a criança e o jovem e a necessidade de proporcionar a eles proteção especial.

A Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, adotada pela Liga das Nações serviu de modelo, de base, de inspiração para o surgimento de outras leis na esfera internacional e nacional. Internacionalmente foi o primeiro documento a afirmar a “necessidade de declarar à criança uma proteção especial”. Foi aprovada em 26/09/1924, quando as Nações internacionais assumiram vários compromissos no sentido de garantir e assegurar os direitos das crianças e jovens, dentre eles, o direito a uma vida saudável, à saúde, à educação, ao lazer e a participação. Logo, teve como objetivo primordial declarar os direitos das crianças, às quais eram vistas como objetos de proteção. Por sua vez, embora muito importante para esta camada da população, não tinha força coercitiva, razão porque não poderiam obrigar o Estado a cumpri-la, a respeitá-la.

Em 1919, a Sociedade das Nações criou o Comitê de Proteção da Infância. A intenção era fazer com que os Estados não fossem os únicos soberanos em matéria dos direitos da criança.

³⁴⁰ BALBINO. *Op. cit.*, p.39.

No ano de 1924 a Assembleia da Liga das Nações adotou a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança. Todavia, esta declaração não teve o impacto necessário ao pleno reconhecimento internacional dos direitos da criança, talvez em decorrência do próprio panorama histórico que já se desenhava e do previsível insucesso da Liga das Nações. Somente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, contudo, reconheceu-se, pela primeira vez, universalmente, que a criança deve ser objeto de cuidado e atenção especial. Tal reconhecimento deu-se por força do item 2 do artigo XXV, no qual se dispôs claramente que "a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social"³⁴¹. Foi elaborada e redigida por membros da ONG, "Save the Children" e é considerada o documento que deu origem à Convenção dos Direitos da Criança de 1989³⁴².

A Liga das Nações, predecessora da Organização das Nações Unidas, marcou uma nova era no Direito Internacional com a Declaração dos Direitos da Criança, de Genebra, em 1924. Pela primeira vez, uma entidade internacional tomou posição definida de recomendar aos Estados filiados cuidados legislativos próprios, destinados a beneficiar especialmente a população infanto-juvenil. Nesta mesma linha de proteção, o combate ao tráfico de crianças e de mulheres foi objeto de uma outra Convenção de Genebra, a 11 de outubro de 1933³⁴³.

Em 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, os países que haviam participado do conflito que culminou na perda de milhões de vidas humanas, resolveram criar um novo organismo internacional que fosse capaz de promover a paz, a manutenção dos direitos fundamentais do homem e permitir o desenvolvimento dos povos, substituindo, desta forma, a Liga das Nações, que havia sido incapaz de evitar a Guerra. O desenvolvimento dessas ideias levou à criação da Organização das Nações Unidas (ONU), com sede na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos³⁴⁴.

³⁴¹ SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. *A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2568>>. Acesso em:  15/05/2010.

³⁴² *História dos direitos da criança*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/2ca3faf4-9815-437a-a182-2ee3e6e2625d/Default.aspx>. Acesso em: 15/05/2010.

³⁴³ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 56/57.

³⁴⁴ LOBO, Ana Maria Lima. *Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.apriori.com.br/cgi/for/post1510.html>. Acesso em 01/06/09.

A primeira declaração de Direitos das Crianças foi escrita por Eglantyne Jebb, uma senhora inglesa que, depois da Primeira Guerra Mundial, dedicou sua vida à infância da Europa. Em 17 de maio de 1923, a União Internacional de Proteção à Infância, fundada por Jebb, adotou cinco princípios da Declaração de Genebra. Em 28 de fevereiro de 1924, ela foi apresentada à imprensa suíça no Museu de Arte e História de Genebra, com seu texto original traduzido para todos os idiomas do mundo³⁴⁵.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Declaração de Genebra foi modificada com dois novos parágrafos: um contra a discriminação de raça, nacionalidade e religião, e outro pela integridade da família e direitos sociais da criança.

Quando da sua aprovação, em 26/09/1924, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança contava com os seguintes princípios: “1. A criança deve ser dotada dos meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material quanto espiritualmente; 2. A criança que está com fome deve ser alimentada, a criança que está doente deve ser nutrida, o filho que está para trás deve ser ajudado, a criança delinquente deve ser recuperada, o órfão e a criança abandonada devem ser protegidos e socorridos; 3. A criança deve ser a primeira a receber socorro em tempos de aflição; 4. A criança deve ser colocada em posição de ganhar a vida, e deve ser protegida contra toda forma de exploração; 5. A criança deve ser criada na consciência de que seus talentos devem ser dedicados ao serviço dos homens³⁴⁶”.

Com a Declaração de Genebra, de 1924, já se nota a preocupação internacional em assegurar os direitos de crianças e adolescentes, como foco de discussão entre as nações. Foi, entretanto, somente depois do fim da II Guerra Mundial, com a criação da ONU e sua subsidiária específica para a criança - a UNESCO - a partir da década de 50, que os países passaram a mais detidamente debruçar-se sobre a situação dos menores³⁴⁷.

³⁴⁵ Quando foram criadas as primeiras declarações. Disponível em: <http://franespecial.blogspot.com/>. Acesso em: 15/05/2010.

³⁴⁶ Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acesso em: 15/05/2010.

³⁴⁷ Declaração de Genebra.
http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Internacional_sobre_os_Direitos_da_Crian%C3%A7a
Acesso em: 23/03/2009

Em 20 de novembro de 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou os dez princípios da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que são válidos até hoje³⁴⁸.

1.6.1.2. Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF: 1946

Ao consagrar direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

Todos sabem que as crianças fazem parte do grupo mais vulnerável da sociedade, sendo muitas vezes abusada e explorada sexualmente, algumas das quais por pessoas incumbidas de protegê-las, como pais e demais familiares; outras vezes são obrigadas a trabalhar desde cedo para ajudar no sustento da família, sofrem todos os tipos de violência não apenas física como também psicológica e moral, são abandonadas e vivem em condições desumanas e de miséria total. Milhares não conseguem resistir e morrem na primeira infância. Preocupada com esta situação, argumenta António José Fernandes³⁴⁹ a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou instrumentos e criou instâncias e mecanismos destinados a consagrar e proteger os direitos das crianças.

Depois da Segunda Guerra Mundial, que terminou em 1945, muitas crianças na Europa, no Oriente Médio e na China não tinham quem cuidasse delas. Ficavam sem casa, sem família, sem saúde, sem comida, às vezes sem tudo isso de uma vez. Dizem que a união faz a força. Então, um grupo de países reunidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) resolveu empenhar-se seriamente e, em conjunto, avançarem na busca de respostas para a resolução da situação precária em que se encontravam as crianças. Nasceu, então e sob a égide da ONU, a UNICEF, que foi fundada em 11 de dezembro de 1946, e foi criada visando apoiar as crianças vivendo na Europa e que sofreram as mazelas da II Guerra Mundial. Sua sede é em Nova Iorque, nos Estados Unidos. Conforme afirmado, o conceito por detrás da fundação do UNICEF foi o de trazer ajuda e amparo às crianças europeias que, devido à II Grande Guerra mundial se viam desprovidas dos elementos básicos à sua sobrevivência, nomeadamente estarem, muitas delas, órfãs de pais, sem abrigo, sem alimentos, sem terem,

³⁴⁸ *Ibid, ibidem.*

³⁴⁹ FERNANDES, António José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia. (Fundamentos e Dimensões)*. Coimbra: Almedina, 2004, p.64.

enfim, um guia que as pudesse conduzir em rumo certo, procurando protegê-las da fome e de doenças advindas de uma catástrofe como a que atingiu o planeta entre 1939 a 1945. No entanto, alguns anos após a fundação do Fundo das Nações Unidas para a Infância haviam milhões de crianças na Europa e fora deste Continente que continuavam vivendo situação de miséria, de desamparo, de sofrimento. Não era mais possível ignorar esta realidade e, portanto, se tornava necessário e urgente as nações agirem. Em 1953, o UNICEF tornou-se uma instituição permanente de ajuda e proteção a crianças de todo o mundo, e é a única organização mundial que se dedica especificamente às crianças. “Em termos genéricos, trabalha com os governos nacionais e organizações locais em programas de desenvolvimento a longo prazo nos setores da saúde, educação, nutrição, água e saneamento e também em situações de emergência, ajudar a dar resposta às suas necessidades básicas e contribuir para o seu pleno desenvolvimento³⁵⁰”.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (em inglês *United Nations Children's Fund* - UNICEF) é uma agência das Nações Unidas que tem como objetivo promover a defesa dos direitos das crianças, ajudar a dar resposta às suas necessidades básicas e contribuir para o seu pleno desenvolvimento. Rege-se pela Convenção sobre os Direitos da Criança e trabalha para que esses direitos se convertam em princípios éticos permanentes e em códigos de conduta internacionais para as crianças. Está presente em 191 países e territórios de todo o mundo. Desde 1950, o UNICEF trabalha no Brasil, em parceria com governos municipais, estaduais e federal, sociedade civil, grupos religiosos, mídia, setor privado e organizações internacionais, incluindo outras agências das Nações Unidas, para defender os direitos de meninas e meninos brasileiros. Atua na articulação, no monitoramento e avaliação e na promoção de políticas públicas na área da infância e da adolescência.

Entre 2007 e 2011, a atuação do UNICEF no Brasil tem como objetivo garantir a cada criança e adolescente os seus direitos a: sobreviver e se desenvolver; aprender; proteger e ser protegido do HIV/aids; crescer sem violência; ser prioridade absoluta nas políticas públicas³⁵¹.

³⁵⁰ *Fundo das Nações Unidas para a Infância*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_a_Inf%C3%A2ncia. Acesso em: 15/05/2010.

³⁵¹ *Ibid.* Acesso em: 29/09/2009.

“O Comité Português para a UNICEF, que foi criado em abril de 1979, é uma organização não governamental com o Estatuto de Associação de Utilidade Pública. Mantém contatos regulares com os meios de comunicação, dando conta das preocupações e objectivos da UNICEF e do trabalho que realiza no mundo. Participam de debates e acções de sensibilização com crianças e jovens em escolas e associações e estabelecem parcerias com empresas e outras entidades que querem apoiar a causa das crianças e trabalho da UNICEF³⁵²”.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) foi criado no dia 11 de dezembro de 1946, por decisão unânime, durante a primeira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Os primeiros programas do UNICEF forneceram assistência emergencial a milhões de crianças no período pós-guerra na Europa, no Oriente Médio e na China. Tem como princípio básico promover o bem-estar da criança e do adolescente, com base em sua necessidade, sem discriminação de raça, credo, nacionalidade, condição social ou opinião pública³⁵³.

Como vimos, a UNICEF é uma instituição mundial que apoia projetos desenvolvidos por entidades governamentais e não governamentais que proporcionem o bem-estar das crianças, solucionando problemas existentes, oferecendo-lhes oportunidades para uma vida melhor. É a única organização mundial que se dedica especificamente às crianças. No Brasil, tem atuado bastante visando garantir às crianças e aos adolescentes os direitos que necessitam para terem uma vida digna, atentando para as disparidades regionais, como a econômica, a social e a ética que ocorrem.

A dignidade da pessoa humana é um preceito fundamental na medida em que qualquer ser humano, esteja onde estiver, seja quem for, pouco importando suas condições físicas, psicológicas e financeiras, necessite que o outro lhe respeite, reconhecendo naquele suas dificuldades e necessidades, as quais devem servir de alento para que este o ampare da melhor forma possível³⁵⁴. É um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art.1º, III) constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais³⁵⁵.

Neste contexto, eis o que diz Ricardo Maurício:

³⁵² *A Unicef em Portugal*. Disponível em: www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101110&m=1&sid=1810111013. Acesso em: 29/09/2009.

³⁵³ LOBO. *Op. cit.*

³⁵⁴ D'ANGELO, Suzi e Élcio. *Direito de Família*. 1ª ed. Leme/SP: Anhanguera, 2010, p. 139.

³⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 408.

“O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante³⁵⁶”.

1.6.1.3. Declaração universal dos direitos humanos: 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os seres humanos, em situação de igualdade. Ao prescrever em seu art.1º que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, consolidou uma visão contemporânea de direitos humanos marcada pela universalidade, ao reconhecer que todos os indivíduos são titulares de direitos; pela indivisibilidade, por implicar na percepção de que a dignidade humana pode ser buscada pela satisfação dos direitos civis e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais e pela interdependência, que aponta para a dependência de direitos civis e políticos sobre os econômicos. O conceito contemporâneo de direitos humanos foi confirmado quando da realização da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993. Não obstante tais fundamentos e objetivos, os Direitos Humanos nem sempre são respeitados, observados e analisados com critério, justiça e equidade. Constantemente são violados, razão porque uma boa parcela da população neles não acredita, tendo inclusive a ideia de que servem apenas para defender bandidos, criminosos. A posição de Norberto Bobbio, em “A Era dos Direitos”, ainda hoje é por muitos defendida. Segundo ele,

“O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos humanos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados³⁵⁷”.

Lembra ainda que sem direitos reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Para ele “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos

³⁵⁶ SOARES. *Op. cit.*, p.210.

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos (nacionais) e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais³⁵⁸”.

A meta do ser humano, já dizia Kant, é a paz e o meio para atingi-la é o direito, que deve garantir os direitos humanos, investir nas políticas sociais básicas, concretizar o ideal da dignidade, da liberdade e da igualdade; e por fim, cumprir na sua totalidade as exigências previstas na Constituição Federal Brasileira e na Constituição da República Portuguesa. São históricos; evoluíram e continuam evoluindo no tempo e no espaço. Devem estar sempre presentes em uma sociedade justa, igualitária, que mantém a sua chama sempre acesa por um ideal de justiça e luta no cumprimento dos seus direitos e deveres.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 contemplava as crianças como pessoas humanas ao reconhecer que a dignidade é inerente a todos os membros da família, que os direitos sejam iguais e inalienáveis, tenham como fundamento a liberdade, a justiça e a paz no mundo e que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. “Foi delineada pela Carta das Nações Unidas e teve como uma de suas principais preocupações a positivação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos, em complementação aos propósitos das Nações de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, credo, língua ou religião³⁵⁹”.

Foi proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução 217 A-III, da Assembleia - Geral da ONU. Dos cinquenta países representados na sessão da Assembleia, quarenta e oito votaram a favor e nenhum contra, com oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética). Tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal nasce como um código de conduta mundial para dizer a todo o planeta que os direitos humanos são universais, bastando a condição de ser pessoa para que se possa vindicar e exigir a proteção dos direitos humanos, em qualquer ocasião e em qualquer circunstância. Consubstancia-se na

³⁵⁸ BOBBIO, Norberto, *apud* MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 99.

³⁵⁹ ALVES, José Augusto, *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 786.

busca de um padrão mínimo para a proteção dos direitos humanos em âmbito mundial, servindo como paradigma ético e suporte axiológico desses mesmos direitos³⁶⁰.

É composta por trinta artigos, os quais abrangem os direitos e garantias individuais; os direitos sociais, econômicos e culturais e os deveres da pessoa para com a comunidade. Logo no início do preâmbulo declara que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade. Segundo esta Declaração, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, devem ser tratados dignamente com igualdade, protegidos contra qualquer forma de discriminação e asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa, quando necessário.

Obviamente que contempla as crianças como pessoas humanas ao reconhecer que a dignidade é inerente a todos os membros da família. “A dignidade em si não é um direito, mas um atributo inerente a todo ser humano independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna³⁶¹”. O impacto da Declaração Universal de 1948 tornou-se ainda mais considerável pelo lapso de tempo prolongado (dezoito anos) entre a sua adoção e proclamação e a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (em 1996), o que contribuiu para florescer a tese de que alguns dos princípios da Declaração cedo se afiguravam como parte do direito internacional consuetudinário, ou como expressão dos princípios gerais do direito, invocados em processos nacionais e internacionais³⁶².

³⁶⁰ *Ibid, ibidem.*

³⁶¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 372.

³⁶² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Sérgio Antônio Fabris Editor: 2ª ed. Porto Alegre, 1997, p. 59.

A referida Declaração, consoante Alexandre de Moraes³⁶³, prevê somente normas de direito material, não estabelecendo nenhum órgão jurisdicional internacional com a finalidade de garantir a eficácia dos princípios e direitos nela previstos. O Brasil assinou esta Declaração na própria data de sua adoção e proclamação, 10/12/1948.

Assiste razão a Celso Lafer³⁶⁴ quando afirma que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que agrega em si todos os direitos humanos e constitui seu principal fundamento. O homem, enquanto ser, é sagrado, sendo a pessoa humana o “valor-fonte” de todos os direitos. Siqueira Júnior mantém a mesma linha de entendimento quando ao referir-se a tal temática assevera que a “pessoa possui um valor em si, que é absoluto, que constitui sua dignidade e se exterioriza pelos direitos humanos. Com muita precisão destaca em seguida: a vida humana é o axioma básico de qualquer sociedade; sempre existiu uma sanção para a violação da vida humana e que a dignidade da pessoa humana é o pressuposto axiológico de todos os outros bens e direitos³⁶⁵”. Sem dúvida, o respeito aos valores, aos sentimentos, à honra, à forma de agir e pensar, aos direitos e ao caráter do ser humano são requisitos essenciais ao desenvolvimento de uma vida plena, feliz e harmoniosa.

Segundo Penteado Filho³⁶⁶, tecnicamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui uma recomendação às nações integrantes da ONU, e também um certificado de princípios humanitários que devem ser seguidos.

Dispensou cuidados especiais às crianças e aos jovens, como podemos observar no art. 25, inciso II, que diz: “II-A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social³⁶⁷”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo pai espiritual e redator de seu anteprojeto é o jurista e Prêmio Nobel da Paz René Cassin, que alça todo o ser humano e não mais apenas os cidadãos à categoria de sujeitos de direito, que nessa condição é não apenas

³⁶³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 19.

³⁶⁴ LAFER, Celso, *apud* SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania*. Paulo Hamilton Siqueira Júnior/Miguel Augusto Machado de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.65.

³⁶⁵ *Op.cit.* p. 66.

³⁶⁶ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora: Método, 2006, p 19.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 140.

titular de direitos, mas primordialmente de deveres diante de toda a coletividade e dos demais membros da sociedade em que vive³⁶⁸.

1.6.1.4. Convenção de Roma: 1950

A Convenção de Roma, em 4 de Novembro de 1950, deliberou que a privação da liberdade de um menor somente será admitida se tiver por objetivo educá-lo. A Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 21 de Março de 1950, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 6, de 1958 e promulgada pelo Decreto Executivo nº. 46.981, de 8 de Outubro de 1959, recomendou no art. 17, item 1, proteção especial às mulheres e às crianças³⁶⁹.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, modificada nos termos das disposições do Protocolo nº11, foi adotada em Roma, em 4 de Novembro de 1950 e entrou em vigor na esfera internacional em 3 de Setembro de 1953. A assinatura por Portugal ocorreu em 22 de Setembro de 1976, que ratificou alguns artigos através da Lei nº. 65/78, tendo efetivamente entrado em vigor neste país em 9 de Novembro de 1978.

Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, convencionaram sobre a obrigação de respeitar os direitos do homem; sobre direitos e liberdades; a proibição da tortura; a proibição da escravatura e do trabalho forçado; o direito à liberdade e à segurança; o direito a um processo equitativo; o princípio da legalidade; o direito ao respeito pela vida privada e familiar; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de expressão; a liberdade de reunião e de associação; o direito ao casamento; direito a um recurso efetivo; a proibição de discriminação; a derrogação em caso de estado de necessidade; a restrições à atividade política dos estrangeiros; a proibição do abuso de direito; a limitação da aplicação de restrições aos direitos, dentre outros assuntos relacionados aos Governos de Estados Europeus.

³⁶⁸ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 97.

³⁶⁹ TAVARES. *Op. cit.*, p. 56.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 sob a égide do Conselho da Europa, instituiu um sistema original de protecção internacional dos Direitos do Homem, proporcionando às pessoas o benefício de um controlo judicial do respeito dos seus direitos. A Convenção, ratificada por todos os Estados-Membros da União, instituiu diversos órgãos de controlo sediados em Estrasburgo: uma Comissão encarregada de examinar previamente os pedidos apresentados por um Estado ou, eventualmente, uma pessoa; um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao qual a Comissão ou um Estado-Membro podem recorrer na sequência de um relatório da Comissão (em caso de decisão judicial); um Comité dos Ministros do Conselho da Europa, que desempenha o papel de "guardião" da CEDH, ao qual se pode recorrer a fim de obter uma resolução política do diferendo, sempre que um processo não tenha sido submetido ao Tribunal³⁷⁰.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e entrou em vigor em 1953. O nome oficial da Convenção é “Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais”. Ela tem por objetivo proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, permitindo um controle judiciário do respeito desses direitos individuais. Ela faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. A fim de permitir o controle do respeito efetivo dos direitos humanos, a Convenção instituiu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (ou Corte Europeia dos Direitos Humanos), efetivo em 1954, e o Comitê de ministros do Conselho da Europa³⁷¹. O Conselho da Europa não deve ser confundido com o Conselho da União Europeia, que não é parte envolvida na Convenção (apesar de ter aderido à Convenção pelo Tratado de Roma de 2004) e não tem nenhum papel na administração do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No entanto, a Convenção exerce uma certa influência sobre o Direito na União: por exemplo, a carta dos direitos fundamentais da União, no seu preâmbulo, “reafirma...os direitos que resultam notadamente...da jurisprudência...do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³⁷²”.

³⁷⁰ *Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)*. Disponível em:

http://europa.eu/scadplus/glossary/eu_human_rights_convention_pt.htm. Acesso em: 15/05/2010.

³⁷¹ *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Europeia_dos_Direitos_Humanos. Acesso em: 12/08/2010

³⁷² *Ibid, Ibidem*.

A Convenção evoluiu com o passar do tempo e compreende diversos protocolos. Por exemplo, o protocolo nº 6 proíbe a pena de morte, com exceção de caso de guerra³⁷³. Em 4 de Novembro de 1950, em Roma, firmou-se a “Convenção Europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”, conhecida também como Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)². Esta convenção sofreu alterações protocolares até 1970, tendo sido aprovada pelo Conselho da União Europeia em 1.12.2000 e ratificada pelos países integrantes da União Europeia em 22 de Julho de 2007. Foi adotada também pelo Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (art. 14, “c”)³⁷⁴.

1.6.1.5. Declaração universal dos direitos das crianças: 1959

A Declaração Universal dos Direitos da Criança foi aprovada por unanimidade, pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. “O primeiro instrumento específico a surgir com real importância dentro da nova ordem internacional que se estabelecia foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, no ano de 1959. Essa Declaração tornou-se um guia para a atuação, tanto privada como pública, em favor da criança. Ao afirmar que “a Humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços” a Declaração passou a constituir-se, no mínimo, num marco moral para os direitos da criança³⁷⁵”.

Esta Declaração consta de dez princípios, os quais estabelecem os direitos da criança, dentre eles, destacamos: o direito de ser compreendida e protegida, o direito a um nome e a uma nacionalidade, o direito à igualdade, o direito à alimentação, moradia e assistência médica adequadas, o direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade, o direito à educação, ao lazer e ao de ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho.

“É integralmente fiscalizada pela UNICEF. Organismo unicelular da ONU, criada com o fim de integrar as crianças na sociedade e zelar pelo seu

³⁷³ *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Europeia_dos_Direitos_Humanos. Acesso em: 15/05/2010.

³⁷⁴ NASSIF, Elaine. *Sobre a duração razoável do processo*. Disponível em: <http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa/?p=1657>. Acesso em: 15/05/2010.

³⁷⁵ SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. *A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: doutrina 26 maio 2008.

convívio e interação social, cultural e até financeiro conforme o caso, dando-lhes condições de sobrevivência até a sua adolescência³⁷⁶”.

Neste contexto assevera Maria Clara Sottomayor:

“foi em 20/11/1959 que as Nações Unidas declararam, pela primeira vez, os direitos das crianças, na Declaração de 1959, em cujo documento a criança era vista como objeto de preocupação e de uma política social de proteção, mas não como uma pessoa autônoma capaz de decidir o seu próprio destino. A elas são asseguradas todos os direitos fundamentais necessários a uma vida digna e humana”³⁷⁷.

Muitos países comemoram o “dia das crianças” em diferentes dias do ano. Na Índia é em 15 de novembro; em Portugal e Moçambique é em 1º de Junho; na China, em 5 de maio e no Japão é comemorado no dia 5 de maio para os meninos e no dia 3 de março para as meninas. No Brasil, a iniciativa de criar um dia especialmente dedicado às crianças foi na década de 1920. Depois de aprovado, o dia 12 de outubro foi oficializado como “Dia da Criança” pelo presidente Arthur Bernardes, por meio do decreto nº. 4867, de 5 de novembro de 1924. Mas, somente em 1960, quando a fábrica de brinquedos Estrela fez uma promoção conjunta com a Johnson & Johnson para lançar a “Semana do Bebê Robusto” e aumentar suas vendas, é que a data passou a ser comemorada. Foi uma estratégia bem sucedida e, desde então, o “dia das crianças” é comemorado com muitos presentes. Logo depois, outras empresas decidiram criar a “semana da criança” para aumentar as vendas. No ano seguinte, os fabricantes de brinquedos decidiram escolher um único dia para a promoção e fizeram ressurgir o antigo decreto. A partir daí, o dia 12 de outubro se tornou uma data importante para o setor de brinquedos³⁷⁸.

O segundo princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança trata do direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social. Dispõe que “a criança gozará de protecção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade.

³⁷⁶ *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a. Acesso em: 14/09/2010.

³⁷⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: O Poder Paternal como cuidado parental e dos direitos da criança. A função social dos Juízes Sociais. Actas do Encontro*. Porto, Almedina, 2003, p.12.

³⁷⁸ *Dia das Crianças*. Disponível em:

http://www.colecaoegusto.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=153:outubro&catid=75:datas-comemorativas&Itemid=5. Acesso em: 14/09/2010.

Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança³⁷⁹.

Resumidamente destaca Catarina Tomás:

“a Declaração dos Direitos da Criança (1959) é adoptada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Este texto não é de cumprimento obrigatório. Em 1979 celebrou-se o Ano Internacional da Criança. São realizadas actividades comemorativas ao vigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança. Celebra-se o Ano Internacional da Criança. Um grupo de trabalho das Nações Unidas, por proposta do governo polaco, começou a preparar uma Convenção dos Direitos da Infância³⁸⁰”.

1.6.1.6. Convenção Americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica): 1969

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, aprovada e promulgada no Brasil em 1992 ressalta o respeito à vida humana, desde a concepção e recomenda um tratamento especial às crianças e aos adolescentes. “O objetivo do Pacto de São José foi garantir a todos os nacionais e aos estrangeiros que vivem no território americano, direitos que assegurem o respeito à vida, à integridade física, existência do juiz natural, entre outros³⁸¹”.

Esta Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica e sigla CADH) é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, e entrou em vigência a 18 de julho de 1978. É uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Os Estados signatários desta Convenção se “comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação”. Se o exercício de tais direitos e liberdades não estiverem ainda assegurados na legislação ou outras disposições, os Estados membros estão obrigados a adotar as medidas legais ou de outro caráter para que venham a tornar-se efetivas. Estabelece, ainda, a obrigação dos Estados

³⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*/ Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 465.

³⁸⁰ TOMÁS, Catarina Almeida. *Dia Mundial da Criança: um percurso difícil*. Disponível em: <http://www.portaldacrianca.com.pt/artigosa.php?id=84>. Acesso em: 12/09/2010.

³⁸¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>>. Acesso em: 26/05/2008.

para o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais contidos na Carta da OEA, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados. Como meios de proteção dos direitos e liberdades, estabelece dois órgãos para conhecer dos assuntos relativos ao cumprimento da Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta Convenção consagra diversos direitos civis e políticos, entre outros: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal e garantias judiciais, direito à proteção da honra e reconhecimento à dignidade, à liberdade religiosa e de consciência, à liberdade de pensamento e de expressão, e o direito de livre associação³⁸².

O artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, que trata dos direitos da criança assim dispõe: toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado³⁸³. No que se refere à proteção da família, declara ser esta o núcleo natural e fundamental da sociedade, devendo ser protegida pela sociedade e pelo Estado. E em seguida, que a lei reconheça iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento. Conforme já afirmamos foi adotada em 22/11/1969 e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992, através de Decreto assinado pelo Presidente Itamar Franco.

A convenção internacional procura consolidar entre os países americanos (da OEA) um regime de liberdade pessoal e de Justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país em que a pessoa resida ou tenha nascido. O documento é composto por 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana. Criada pelo Pacto de São José, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a finalidade de julgar casos de violação dos direitos humanos ocorridos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA), que reconheçam sua competência. A Corte é composta por sete juízes eleitos pela Assembleia-Geral da OEA. Os candidatos integram uma lista de nomes propostos pelos governos dos Estados-membros. Não pode fazer parte da Corte mais de um nacional de um mesmo país. No

³⁸² *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_de_Direitos_Humanos. Acesso em: 10/08/2010.

³⁸³ *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <http://reservadejustica.wordpress.com/2009/05/18/convencao-americana-sobre-direitos-humanos>. Acesso em: 10/08/2010.

caso do Brasil, o país passou a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. A Corte é um órgão judicial autônomo, com sede na Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de direitos humanos. Não se confunde com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem sede em Washington. A Corte, basicamente, analisa os casos de suspeita de que os Estados-membros tenham violado um direito ou liberdade protegido pela Convenção. O artigo 44 do Pacto de San José permite que qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados-membros da Organização apresentem à Comissão (sediada em Washington) petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-parte³⁸⁴.

Informações da Assessoria de Imprensa do STF dão conta de que, em 2008, "o Supremo Tribunal Federal concedeu 27 Habeas Corpus por inconstitucionalidade da prisão civil para depositário infiel. Neste ano de 2009, até outubro, 36 Habeas Corpus foram concedidos (nessa mesma área). Um terço deles é de relatoria do ministro Cezar Peluso. Para afastar a prisão civil do depositário infiel, os ministros têm aplicado o Pacto de São José da Costa Rica. Com base no Pacto de São José e na Constituição (ainda segundo a informação da Assessoria de Imprensa do STF), os ministros da 2ª Turma do Supremo concederam o Habeas Corpus 83.096 em favor de um acusado que não queria ser submetido a teste de perícia de voz. Ele foi denunciado pela prática de associação para o tráfico de drogas, após escuta telefônica. A defesa alegou ofensa ao artigo 8º, inciso II, alínea g, do Pacto São José, segundo o qual ninguém será obrigado a depor, fazer prova contra si mesmo ou se auto-incriminar. Ao julgar o caso, a Turma acompanhou o voto da relatora da matéria, ministra Ellen Gracie, para assegurar ao paciente o exercício do direito ao silêncio³⁸⁵".

1.6.1.7. Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança: 1989

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução nº. 44 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 20/11/1989, assinada pelo Governo brasileiro em 26/01/1990, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº. 28,

³⁸⁴GOMES, Luiz Flávio. *Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF*. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2027808/pacto-de-san-jose-e-cada-vez-mais-aplicado-no-stf>. Acesso em: 07/09/2010.

³⁸⁵GOMES, Luiz Flávio. *Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 07/12/2009.

de 14/09/1990, e promulgada pelo Decreto Executivo nº. 99.710, de 21/11/1990, segundo José Tavares constitui um documento marcante na nova concepção do Direito Infanto-juvenil. Foi o primeiro diploma que considerou a criança e o adolescente sujeito de direitos individuais civis, sociais e culturais³⁸⁶. O art. 1º desta Convenção considera criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Dentre os princípios consagrados pela Convenção estão o direito à vida, à liberdade, as obrigações dos pais, sociedade e do estado em relação à criança e adolescente. Os estados signatários ainda comprometem-se a assegurar a proteção dos menores contra as agressões, ressaltando em seu artigo 19 o combate à sevícia, exploração e violência sexual. Esta convenção foi ratificada pela quase totalidade dos estados membros das Nações Unidas com a exceção da Somália e dos Estados Unidos da América³⁸⁷.

A Convenção sobre os Direitos da Criança tem como meta incentivar os países membros a implementarem o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, preparando-as plenamente para viverem uma vida individual em sociedade e serem educadas no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, em espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Foi inspirada nas normas internacionais que a antecederam e com a finalidade de particularizá-las em razão do sujeito de direito que tem como alvo - a criança -, bem como desenvolvê-las a partir da criação de mecanismos de aplicabilidade e fiscalização desses princípios e normas³⁸⁸. Destaca-se como o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações, contando em 2008 com 193 Estados-partes, que se comprometem a proteger a criança de todas as formas de discriminação e assegurar-lhe assistência apropriada. A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade³⁸⁹. Estabelece

³⁸⁶ TAVARES. *Op. Cit.*, p. 32 à 58

³⁸⁷ *Sítio cit.*

³⁸⁸ *Ibidem.*

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>. Acesso em 25/06/09.

³⁸⁹ STEINER, Henry; Philip, ALSTON, *apud* PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282. “A primeira menção a “direitos da criança como tais em um texto reconhecidamente data de 1924, quando a Assembleia da Liga das Nações aprovou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano anterior pelo Conselho da organização não governamental “Save the Children

que os Estados Partes respeitarão os direitos nela enunciados e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais, bem como adotarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Na opinião de Henry Steiner e Philip Henry Steiner e Philip Alston, “a Convenção dos Direitos da Criança é extraordinariamente abrangente em escopo. Ela abarca todas as áreas tradicionalmente definidas como direitos humanos - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ao fazê-lo, contudo, a Convenção evitou a distinção entre essas áreas e, contrariamente, assumiu a tendência de enfatizar a indivisibilidade, a implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos³⁹⁰”.

Assegura Maria Clara Sottomayor³⁹¹ que foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989 que, pela primeira vez, reconheceu à criança capacidade de auto-determinação e direito a participar e a ser ouvida em todos os processos que lhe digam respeito. Trata-se de um tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes e foi ratificada por quase todos os estados membros das Nações Unidas, com exceção, como afirmado anteriormente, da Somália e dos Estados Unidos da América. Destaca ainda que a Convenção assume uma perspectiva centrada na criança, em que as responsabilidades dos pais, da sociedade e do Estado são abordadas e definidas em razão da criança e da forma como seus direitos devem ser protegidos e respeitados, considerando-se que tal perspectiva, ao enunciar o valor da criança como sujeito de direitos fundamentais inerentes à sua dignidade humana, deve ser mesmo determinante no quadro específico da justiça de menores, impondo e implicando alterações legislativas em conformidade³⁹².

International Union”. Em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgava a Declaração dos Direitos da Criança cujo texto iria impulsionar a elaboração da Convenção”.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 283.

³⁹¹ SOTTOMAYOR. *Op. cit.*, p.12

³⁹² *Ibidem*, p.142-143.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990³⁹³ prevê vários direitos, dentre os quais o direito à vida, a um nome desde o nascimento, de adquirir uma nacionalidade, de conhecer os seus pais e de ser educada por eles; a criança tem também o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração, de exprimir os seus pontos de vista, obter informações, dar e conhecer ideias e informações, sem considerações de fronteiras, de ser protegida contra qualquer outra forma de exploração, de beneficiar-se da segurança social, incluindo prestações sociais, direito à educação, direito de ser protegida contra qualquer trabalho que ponha em perigo a sua saúde, a sua educação ou o seu desenvolvimento.

Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, foi ratificada pelo Brasil em 24/11/1990 e por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

Tanto a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 quanto a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 ressaltam sobre a importância do princípio do melhor interesse da criança, o qual em sintonia com o da dignidade humana deverá sempre ser observado, ressaltado e cumprido. “Dada a importância desses acordos internacionais, para Heloisa Helena Barboza, com eles “foram reconhecidos no âmbito internacional direitos próprios da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante de um complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes, quanto após o seu nascimento”³⁹⁴.

1.6.1.8. Convenção 138 da OIT: 1973

A Convenção 138 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) dispõe sobre a idade mínima de admissão no trabalho. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra; 1973), entrou em vigor no plano internacional em 19.6.76. Através do decreto legislativo nº. 179, de 1999, o Brasil aprovou os textos da convenção 138 e da

³⁹³ STEINER e ALSTON, *apud* PIOVESAN. *Op. cit.*, p.282.

³⁹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena, *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*/ Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 465.

recomendação 146 da organização internacional do trabalho (OIT) sobre idade mínima de admissão ao emprego, adotadas em Junho de 1973, em Genebra. O decreto nº. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002 promulgou as referidas Convenção e Reconvênção da organização internacional do trabalho (OIT) sobre idade mínima de admissão ao emprego³⁹⁵. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 2000.

A Convenção 138 e a Recomendação 146 sobre idade mínima para admissão a emprego foram adotadas em 1973 pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), todavia somente foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação e publicação do Decreto Presidencial nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, que estabeleceu no seu art. 2º, a idade mínima para admissão a emprego ou trabalho de dezesseis anos. Segundo esta Convenção todo Estado-membro que ratificá-la especificará, em declaração anexa à sua ratificação, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território. Os três primeiros artigos asseguram o seguinte³⁹⁶:

A OIT é “uma agência multilateral ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), especializada nas questões do trabalho, que tem representação paritária de governos

³⁹⁵ *Convenção 138 da OIT*. Disponível em:

http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id105.htm. Acesso em: 25/05/09.

³⁹⁶ *Convenção 138. Sobre a idade mínima para admissão a emprego*. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_138.pdf. Acesso em: 30/09/2010.

Artigo 1º: Todo Estado-membro, no qual vigore esta Convenção, compromete-se a seguir uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e leve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem. *Artigo 2º*: 1. Todo Estado-membro que ratificar esta Convenção especificará, em declaração anexa à sua ratificação, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território e em meios de transporte registrados em seu território; ressalvado o disposto nos artigos 4º a 8º desta Convenção, nenhuma pessoa com idade inferior a essa idade será admitida a emprego ou trabalho em qualquer ocupação. 2. Todo País-membro que ratificar esta Convenção poderá notificar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, por declarações subsequentes, que estabelece uma idade mínima superior à anteriormente definida. 3. A idade mínima fixada nos termos do parágrafo 1º deste Artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos. 4. Não obstante o disposto no Parágrafo 3º deste Artigo, o País-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos. 5. Todo País-membro que definir uma idade mínima de quatorze anos, de conformidade com o disposto no parágrafo anterior, incluirá em seus relatórios a serem apresentados sobre a aplicação desta Convenção, nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, declaração: a) de que subsistem os motivos dessa providência ou b) de que renuncia ao direito de se valer da disposição em questão a partir de uma determinada data. *Artigo 3º*: 1. Não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do adolescente. 2. Serão definidos por lei ou regulamentos nacionais ou pela autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, as categorias de emprego ou trabalho às quais se aplica o parágrafo 1 deste Artigo. 3. Não obstante o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, a lei ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente poderá, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, autorizar emprego ou trabalho a partir da idade de dezesseis anos, desde que estejam plenamente protegidas a saúde, a segurança e a moral dos adolescentes envolvidos e lhes seja proporcionada instrução ou treinamento adequado e específico no setor da atividade pertinente.

dos 182 Estados-Membros e de organizações de empregadores e de trabalhadores e sede em Genebra, Suíça desde a data da sua fundação em 1919, e tem uma rede de escritórios em todos os continentes. A OIT foi criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial. A sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes³⁹⁷.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, XXXIII, alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. O art. 227 § 3º, inciso I, também admite a idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no artigo supracitado.

A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 sofreu várias alterações. O Capítulo V, que abrange os artigos 402 a 410, trata da proteção do trabalho do menor, o qual considera para os efeitos da mesma o trabalhador de 14 a 18 anos. Proíbe, tal como a Constituição Federal, qualquer trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos. O trabalho não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola. Proíbe também ao menor de 18 anos o trabalho noturno, executado no período compreendido entre as 22h: 00m (vinte e duas) e às 5h: 00m (cinco) horas.

Em Portugal, o trabalho infantil é considerado uma grave ofensa à integridade de uma criança e punido severamente, com prisão e multas altíssimas. O artigo 152 do Código Penal Português define os casos específicos em que actualmente o trabalho infantil é crime - maus tratos a menores implicando em trabalho em actividades perigosas, desumanas ou proibidas ou trabalho excessivo. Os casos de trabalho infantil em Portugal são residuais, registrando-se em média anualmente apenas 1 ou 2 casos³⁹⁸. Em 2010 foram realizadas 202 visitas inspectivas direccionadas às condições de emprego e trabalho de menores, tendo-se procedido ao levantamento de autos de notícia por detecção de 20 infracções no referido âmbito pelos

³⁹⁷ *Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Internacional_do_Trabalho. Acesso em: 30/09/2010.

³⁹⁸ *Trabalho infantil*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/trabalho infantil>. Acesso em: 28/09/2010.

inspetores do trabalho a que correspondeu a aplicação de coimas compreendidas no valor de mais de 33.000€³⁹⁹.

Portugal ratificou a Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à idade mínima de admissão ao emprego através do Decreto do Presidente da República n.º 11/98 de 19 de Março. Adotou a idade mínima de 16 anos para admissão ao emprego, conforme pode ser observado no teor do Decreto⁴⁰⁰.

1.6.1.9. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - (Regras de Beijing) - 1985

Regras de Beijing: são regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e da juventude. Assembleia Geral da ONU - 20 de novembro de 1985. Normas aplicáveis aos jovens em conflito com a lei, assim como aos órgãos e instituições encarregadas da administração da Justiça especializada. As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos. O sistema de Justiça da Infância e da Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração⁴⁰¹. Foram recomendadas no 7.º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão em 26.08 a 06.09.85 e adotada pela Assembleia Geral em 29.11.85.

Tem como fundamento geral promover o bem-estar da criança, do jovem e de sua família. Todos os recursos viáveis e possíveis devem ser utilizados visando esta finalidade;

³⁹⁹ *Trabalho Infantil em Portugal*. Sexta feira, 3 de Junho de 2011. Disponível em: <http://bestrabalho.blogspot.com/2011/06/trabalho-infantil-em-portugal-e.html>. Acesso em: 19/11/2011.

⁴⁰⁰ *Decreto do Presidente da República n.º 11/98 de 19 de Março*. Disponível em: http://www.dgert.mtss.gov.pt/conteudos%20de%20ambito%20geral/oit/legislacao_oit/conv_138_dpr_11_98.htm. Acesso em: 30/09/2010. “O Presidente da República decreta, nos termos do artigo 135º, alínea b), da Constituição, o seguinte: *Artigo 1º*: É ratificada a Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à idade mínima de admissão ao emprego, adoptada pela Conferência Internacional do Trabalho em 26 de Junho de 1973, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/98, em 22 de de 1998. *Artigo 2º*: Em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 2º da Convenção, Portugal declara que: a) No seu território, o ensino básico, universal e obrigatório, tem a duração de nove anos e a obrigatoriedade de frequência do ensino básico termina aos 15 anos; b) A idade mínima geral de admissão ao emprego de trabalhadores abrangidos pelo regime jurídico do contrato individual é de 16 anos e, nas relações de emprego público, é de 18 anos. Assinado em 9 de Março de 1998. Publique-se. O Presidente da República, Jorge Sampaio. Referendado em 10 de Março de 1998. O Primeiro-Ministro, António Manuel de Oliveira Guterres”.

⁴⁰¹ *Regras de Beijing*. Disponível em: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalhe.asp?campo=3154. Acesso em: 25/05/09.

sendo essencial a contribuição da escola e de outras instituições antes de ser requerida a intervenção legal e o tratamento de forma igualitária e humana aos jovens que se encontram em conflito com a lei. Sendo necessária a adoção de uma medida judicial deverão ser observados alguns princípios, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, da reserva legal, da brevidade, da intervenção mínima, respeitadas as garantias processuais.

A prisão preventiva só deverá ser aplicada como último recurso e pelo menor prazo possível, quando a adoção de outras medidas não surtirem efeito e a infração praticada exigir a adoção da mesma. O apoio da família e de outras instituições poderá contribuir bastante com todo o processo educacional do infrator. Com efeito, deve sempre ser lembrado que a internação de um jovem em uma instituição, como consagram as legislações nacionais e internacionais, deverá ser empregada como última medida e pelo mais breve período possível.

Tais regras, nos termos do item 2, deverão ser aplicadas aos jovens infratores com imparcialidade, sem distinção de cor, raça, sexo, religião, opinião pública ou de qualquer outra natureza, como condição social, econômica, financeira. Eis o que institui o inciso 2.2.

“Para os fins das presentes regras, os Estados Membros aplicarão as definições seguintes, de forma compatível com seus respectivos sistemas e conceitos jurídicos: a) *Jovem* é toda criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente do adulto. b) *Infração* é todo comportamento (ação ou omissão) penalizado com a lei, de acordo com o respectivo sistema jurídico. c) *Jovem Infrator* é aquele a quem se tenha imputado o cometimento de uma infração ou que seja considerado culpado do cometimento de uma infração⁴⁰²”.

No que se refere à pluralidade das medidas aplicáveis e os objetivos do tratamento institucional⁴⁰³, prescrevem regras que deverão ser aplicadas dentro do contexto de cada um dos Estados, considerando, se for o caso, suas condições econômicas, sociais e culturais.

⁴⁰² *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. Regras de Beijing*. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/regras%20minimas%20das%20nacoes%20unidas%20para%20a%20administracao%20da%20justica%20da%20infancia%20e%20da%20juventude%20\(regras%20de%20beijingpdf](http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/regras%20minimas%20das%20nacoes%20unidas%20para%20a%20administracao%20da%20justica%20da%20infancia%20e%20da%20juventude%20(regras%20de%20beijingpdf). Acesso em: 05/10/2010.

⁴⁰³ Regras de Beijing. *Idem*.

18) *Pluralidade das medidas aplicáveis: 18.1.* Uma ampla variedade de medidas deve estar à disposição da autoridade competente, permitindo a flexibilidade e evitando ao máximo a institucionalização. Tais medidas, que podem algumas vezes ser aplicadas simultaneamente, incluem: a) Determinações de assistência, orientação e supervisão; b) Liberdade assistida; c) Prestação de serviços à comunidade; d) Multas, indenizações e restituições; e) Determinação de tratamento institucional ou outras formas de tratamento; f) Determinação de participar em sessões de grupo e atividades similares; g) Determinação de colocação em lar substituto, centro de convivência ou outros estabelecimentos educativos; h) Outras determinações pertinentes.

1.6.1.10. Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad): 1990

Os principais princípios estabelecem: 1. A prevenção da delinquência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas e socialmente úteis, orientados rumo à sociedade e considerando a vida com critérios humanistas, os jovens podem desenvolver atitudes não criminais. 2. Para ter êxito, a prevenção da delinquência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância 3. Na aplicação das presentes Diretrizes, os programas preventivos devem estar centralizados no bem-estar dos jovens desde sua primeira infância, de acordo com os ordenamentos jurídicos nacionais. 4. Devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinquência juvenil. Só em último caso recorrer-se-á a organismos mais formais de controle social⁴⁰⁴.

1990: ONU - Regras Mínimas para proteção dos jovens privados de liberdade - Direito de participar de atividades e programas para o desenvolvimento com dignidade. Assegura como perspectivas fundamentais, *ipsis litteris*: 1. O sistema de justiça de menores deve respeitar os direitos e a segurança dos menores e promover o seu bem-estar físico e mental. A prisão deverá constituir uma medida de último recurso. 2. Os menores só devem ser privados de liberdade de acordo com os princípios e processos estabelecidos nestas Regras e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing). A privação de liberdade de um menor deve ser uma medida de último recurso e pelo período mínimo necessário e deve ser limitada a casos excepcionais. A duração da sanção deve ser determinada por uma autoridade judicial, sem excluir a possibilidade de uma

26) Objetivos do tratamento institucional:

26.1. A capacitação e o tratamento dos jovens colocados em instituições têm por objetivo assegurar seu cuidado, proteção, educação e formação profissional para permitir-lhes que desempenhem um papel construtivo e produtivo na sociedade. 26.2. Os jovens institucionalizados receberão os cuidados, a proteção e toda a assistência necessária - social, educacional, profissional, psicológica, médica e física que requeiram devido à sua idade, sexo e personalidade e no interesse do desenvolvimento sadio. 26.3. Os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimentos separados ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos. 26.4. A jovem infratora institucionalizada merece especial atenção no que diz respeito às suas necessidades e problemas pessoais. Em nenhum caso receberá menos cuidado, proteção, assistência, tratamento e capacitação que o jovem do sexo masculino. Será garantido seu tratamento equitativo.

⁴⁰⁴ Diretrizes de Riad. Disponível em:

<http://www.mp.ap.gov.br/infancia%20e%20juventudelegislacao/Diretrizes%20da%20ONU%20para%20a%20prevencao%20de%20delinquencia%20juvenil.htm>. Acesso em: 25/05/09.

libertação antecipada. 3. As Regras têm como objetivo estabelecer um conjunto de regras mínimas aceitáveis pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade sob qualquer forma, compatíveis com os direitos humanos e liberdades fundamentais, tendo em vista combater os efeitos nocivos de qualquer tipo de detenção e promover a integração na sociedade. 4. As Regras devem ser aplicadas com imparcialidade, sem discriminação de qualquer espécie quanto à raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social e incapacidade. As crenças religiosas, as práticas culturais e os conceitos morais dos jovens devem ser respeitados. 5. As Regras têm por fim servir como padrões de fácil referência, encorajar e guiar os profissionais envolvidos na gestão do sistema da justiça juvenil⁴⁰⁵.

A detenção só deverá ocorrer como último recurso, em circunstâncias especiais. Antes, porém, devem ser tentadas outras medidas substitutivas. Os princípios da excepcionalidade, brevidade e o de respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, obrigatoriamente devem ser considerados. Ele terá direito a um atendimento diferenciado, com acompanhamento de profissionais, como psicólogo, assistente social, médico, bem como assistência jurídica gratuita. Também, poderá, caso queira, ter oportunidade de efetuar um trabalho remunerado e de continuar estudos ou capacitação; ter acesso a lazer e outros direitos como ser humano.

Na verdade, todas as medidas possíveis e lícitas devem se concebidas visando a sua reintegração na sociedade. Eis o que diz uma das regras: “Todos os jovens deverão ser beneficiados com medidas concebidas para ajudar sua reintegração na sociedade, na vida familiar, na educação ou no trabalho depois de postos em liberdade. Para tal fim, deverão ser estabelecidos certos procedimentos, inclusive a liberdade antecipada, e cursos especiais⁴⁰⁶”.

1.6.1.11. Convenção relativa à proteção e à cooperação em matéria de Adoção Internacional: 1993

⁴⁰⁵*Regras mínimas para proteção dos jovens privados de liberdade.* Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 24/05/09.

⁴⁰⁶*Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade.* Disponível em: <http://www.cfappm.ma.gov.br/pagina.php?IdPagina=816>. Acesso em: 08/10/2010.

Trata-se da Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, assinada em Haia em 1993 e em vigor internacional entre uma série de Estados. No caso de adoção internacional, esta deve se revestir de todas as garantias de uma adoção interna, impedindo-se que qualquer envolvido nesse processo obtenha qualquer benefício material⁴⁰⁷. Foi ratificada por vários países, dentre estes, Brasil e Portugal.

Como afirma Gustavo Mônaco⁴⁰⁸, a Convenção de 1993 institui a figura das autoridades centrais que desempenham um papel de controle extremamente importante no que concerne à lisura do procedimento, garantindo que eventuais intermediários não obtenham benefícios materiais na adoção; estabelece a necessidade de relatórios psicossociais que indiquem a situação dos pretensos adotantes e sua disponibilidade para o acolhimento de quantas crianças, com quais características etc.; além de não se permitir que os Estados aponham reservas a seu texto.

Segundo Tarcísio Costa, a Convenção de Haia, de 1993, subscrita inicialmente por 67 países, procurou evitar o tráfico e o sequestro de crianças. Com o objetivo de preservar a adoção internacional, instituiu mecanismos efetivos de cooperação entre os países, estabelecendo, numa série de considerações bastante pormenorizadas, efetivas garantias para as crianças adotivas, sendo a mais relevante o sistema de Autoridades Centrais a ser estabelecido em cada país, as quais deterão a responsabilidade última de vigiar todos os aspectos de uma adoção internacional, nas suas diversas fases. As autoridades judiciais ou administrativas de cada país exercem uma função tutelar e de proteção sobre os menores domiciliados em seu território e, por via de consequência, somente elas poderão decidir se a criança, sob sua jurisdição, está ou não em condições de ser adotada. É o que preceitua o artigo 4º da Convenção de Haia de 1993, ao estabelecer que as adoções regidas pela Convenção só serão realizadas se as autoridades competentes do país de origem "estabelecerem que a criança é adotável"⁴⁰⁹. Segundo ele, o princípio da excepcionalidade da adoção internacional, acolhido no artigo 21-b da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1990, e no artigo 4-b da Convenção de Haia de 1993, é também consagrado no Direito interno de um grande número de Estados, em especial nas legislações

⁴⁰⁷ MONACO. *Op. cit.*, p.262

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, p. 264.

⁴⁰⁹ COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção internacional: aspectos jurídicos, políticos e socioculturais*; (In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 265/282). Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/tarcisio/AdocaoInter.pdf. Acesso em: 08/10/2010.

dos países tradicionalmente provedores de menores, no caso do Brasil, no art. 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz: “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

A Convenção sobre Cooperação Internacional em matéria de Adoção Internacional de 1993 permite o acesso a informações e o acompanhamento das adoções por estrangeiros. Esta Convenção tem por objetivo a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional; b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças; c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

Em relação ao âmbito de aplicação desta Convenção preceituam os artigos, 2º e 3º o seguinte: Artigo 2º: 1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado Contratante ("o Estado de origem") tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado Contratante ("o Estado de acolhida"), quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada, no Estado de acolhida ou no Estado de origem. 2. A Convenção somente abrange as Adoções que estabeleçam um vínculo de filiação. Art. 3º: A Convenção deixará de ser aplicável se as aprovações previstas no artigo 17, alínea "c", não forem concedidas antes que a criança atinja a idade de 18 (dezoito) anos⁴¹⁰.

O Decreto Legislativo nº 79, de 1999 aprovou o texto da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com vistas à adesão pelo Governo brasileiro⁴¹¹. E o Decreto nº. 5.491, de 18/07/2005 regulamentou a atuação de organismos estrangeiros e nacionais de adoção internacional⁴¹².

⁴¹⁰ *Convenção sobre Cooperação Internacional em matéria de Adoção Internacional*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm. Acesso em: 26/05/09.

⁴¹¹ *Convenção sobre Cooperação Internacional em matéria de Adoção Internacional*. *Sítio cit.*

⁴¹² *Decreto Federal nº 5.491, de 18-07-2005*. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=17047&AnoMes=20057h.

1.6.1.12. Convenção Interamericana sobre tráfico internacional de menores: 1994

A Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Crianças de 1994 assegura a integral e eficaz proteção internacional da infância através da cooperação entre os países signatários. Foi aprovada pelo Congresso em 1996. O objetivo desta Convenção, com vistas à proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, é a prevenção e sanção do tráfico internacional de menores, bem como a regulamentação de seus aspectos civis e penais⁴¹³.

Na opinião de Tarcísio Costa⁴¹⁴, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, realizada no México em 1994, informada pelo princípio da proteção integral e efetiva do menor, representa, indubitavelmente, o mais importante documento internacional sobre o tormentoso tema. Conforme demonstrado, estabeleceu minuciosas normas de prevenção e sanção do tráfico, nos aspectos civis e penais, visando à proteção dos direitos fundamentais e dos superiores interesses do menor. Sua importância ainda mais se avulta em razão das obrigações assumidas pelos Estados-partes, que se comprometeram a adotar medidas eficazes, conforme seu Direito interno, para sancionar o malsinado tráfico internacional de menores e estabelecer mecanismos de assistência mútua, intercâmbio e cooperação. Dentre eles, o referido sistema de cooperação internacional entre autoridades (Autoridades Centrais), já consagrado na Convenção de Haia, de 1993. O que se espera é que não só os Estados signatários integrantes do sistema interamericano promovam o quanto antes a ratificação do expressivo instrumento, mas também que recebam a adesão dos países dos demais continentes, conforme o permissu contido em seu artigo 30.

Esta Convenção será aplicada a qualquer menor que resida habitualmente em um Estado Parte ou nele se encontre no momento em que ocorra um ato de tráfico internacional de menores que o afete, conforme menciona o art. 2º, que considera menor o ser humano com idade inferior a 18 anos de idade. Poderá ser ajuizada ação civil contra as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelo tráfico internacional do menor pela autoridade competente ou por qualquer parte prejudicada.

⁴¹³*Convenção Interamericana sobre o tráfico internacional de crianças*. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id98.htm. Acesso em: 26/05/09.

⁴¹⁴COSTA, Tarcísio. *Op. cit.*

O Brasil, que já havia depositado o instrumento de ratificação, em 8 de julho de 1997, promulgou a referida Convenção, através do Decreto nº 2.740, de 20/08/1998, que nos seus dois artigos asseveram: “Art. 1º: A Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México, em 18 de março de 1994, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém. Art. 2º: O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação⁴¹⁵”.

1.6.1.13. Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança: 1997

A Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança foi assinada por Portugal em 06/03/1997. “Convenção aberta à assinatura dos Estados - Membros do Conselho da Europa e dos Estados não membros que participaram na sua elaboração em Estrasburgo, a 25 de Janeiro de 1996, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de Julho de 2000, após as três ratificações necessárias, incluído as de dois Estados membros. Esta Convenção pretende proteger os mais altos interesses das crianças. Contem um determinado número de medidas processuais com o objectivo de permitir às crianças fazer valer os seus direitos, prevendo ainda a constituição de um Comité Permanente encarregado de tratar dos problemas suscitados por esta Convenção. O texto prevê medidas destinadas a promover os direitos das crianças, particularmente em processos familiares que decorram perante um tribunal. O tribunal ou qualquer pessoa nomeada para representar a criança tem uma série de deveres que cumprem o objectivo de facilitar o exercício dos direitos da criança. Deve ser permitido às crianças o exercício dos seus direitos (por exemplo, de estarem informadas e expressarem a sua opinião), quer por si próprias, quer através de outra pessoa ou entidade⁴¹⁶. “Os princípios gerais do Direito, que no Direito Internacional apresentam uma influência reduzida, no âmbito da União Europeia figuram como norte nos labores de interpretação e aplicação do Direito por parte do Tribunal de Justiça. Esses princípios gerais utilizados pelo Tribunal de Justiça cumprem, basicamente, tres funções no Direito da União Europeia: a) interpretar o Direito originário e derivado, de forma a preservar a coerência do ordenamento; b) preencher as lacunas desse esquema juridico novo, em constante evolução, portanto inacabado, c) estabelecer critérios para confrontar a validade de determinada norma

⁴¹⁵ Decreto nº 2.740, de 20 de Agosto de 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm. Acesso em: 09/10/2010.

⁴¹⁶ Convenção Europeia sobre o Exercício dos direitos das Crianças. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-europeia-sobre7628/. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php. Acesso em: 03/10/2009.

derivada⁴¹⁷”. Os artigos 7º, 8º e 9º⁴¹⁸ discorrem sobre o dever de atuar e a designação de um representante, arguindo o seguinte:

Artigo 7.º - Dever de agir com prontidão: Nos processos que afectem a criança, a autoridade judicial deverá agir com prontidão a fim de evitar qualquer atraso desnecessário e deverão existir procedimentos capazes de garantir uma execução rápida das suas decisões. Nos casos urgentes, a autoridade judicial deverá dispor, sempre que necessário, de competência para proferir decisões com força executória imediata.

Artigo 8.º - Actuação oficiosa: Nos processos que afectem a criança, a autoridade judicial deverá dispor de competência para agir oficiosamente, nas situações determinadas pelo direito interno, caso o bem-estar da criança esteja em grave risco.

Artigo 9.º - Nomeação de representante: 1. Nos processos que afectem a criança, caso, nos termos do direito interno, os detentores de responsabilidades parentais estejam impedidos de representar a criança em resultado de um conflito de interesses entre si e esta última, a autoridade judicial deverá dispor de competência para nomear um representante especial para a criança no âmbito desses processos. 2. As Partes deverão considerar a possibilidade de prever que, nos processos que afectem a criança, a autoridade judicial disponha de competência para nomear um outro representante, se necessário advogado, para representar a criança.

Esta Convenção é aplicada às crianças com idade inferior a 18 anos, observando o princípio do melhor interesse das mesmas, no que se refere à promoção e garantia dos seus direitos, concedendo-lhes direitos processuais e facilitando o exercício destes direitos, como por exemplo, participando nos processos que lhes digam respeito perante uma autoridade judicial, sendo informadas de todos os atos praticados. Em tais processos, a autoridade judiciária pode tomar todas as providências, que entender necessárias, respaldadas nas leis internas dos países, visando o bem-estar delas, afastando-as, por conseguinte, do perigo, de qualquer forma de violência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

Ao tratar da autonomia e princípios do Direito da União Europeia, Fernando Horta Tavares tece as seguintes considerações:

“as razões de aplicabilidade direta do direito comunitário decorrem igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) ou simplesmente Tribunal de Justiça Europeia, segundo o qual o

⁴¹⁷ SILVA, Karine de Souza. *Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Ed. Unijui, 2005, p. 152/153.

⁴¹⁸ *Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças*. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_10.htm. Acesso em: 02/08/2012

Tratado da Comunidade Europeia (CE) instituiu uma ordem jurídica própria, concebida como instrumentos de integração de Estados participantes que, ao concluírem esse Tratado, exercitaram os seus direitos soberanos criando um corpo de direito aplicável tanto a eles próprios - Estados Membros, quanto aos seus cidadãos, corpo de normas que se impõe às suas jurisdições. Qualquer tratado internacional clássico se limita a criar obrigações recíprocas entre os Estados contratantes, não atingindo, pois, os particulares⁴¹⁹.

1.6.2. Ordenamento Jurídico Português

O ordenamento jurídico português, assim como o brasileiro e outros, consagra uma série de leis, princípios, normas, regulamentos, institutos e procedimentos em relação a defesa e promoção dos direitos das crianças e dos jovens, alguns dos quais analisaremos a seguir.

1.6.2.1. Constituição da República Portuguesa de 1976

Nos últimos anos, o impacto de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos têm-se feito sentir em algumas Constituições. Ilustração pertinente é fornecida pela Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece que os direitos fundamentais nela consagrados “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e acrescenta: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴²⁰”.

A Constituição portuguesa de 1976 dedica sessenta e oito artigos, que integram a sua primeira parte, à proclamação dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos portugueses, enumerando os direitos pessoais, civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais; e contempla a criação de um Provedor de Justiça, com vista a receber queixas relativas ao desrespeito dos direitos constitucionalmente consagrados, examiná-las e agir em conformidade, a fim de que os direitos sejam protegidos e salvaguardados⁴²¹.

Segundo Diogo Campos, a Constituição da República Portuguesa de 1976 contém um catálogo relativamente extenso de direitos fundamentais, agrupando estes, porém, em dois

⁴¹⁹ TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 168.

⁴²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2ª ed. Porto Alegre, 1997, p. 509.

⁴²¹ FERNANDES, António José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia. (Fundamentos e Dimensões)*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 210.

grandes conjuntos, correspondentes, grosso modo, às categorias que costumam ser referidas com as duas ditas primeiras “gerações” de direitos fundamentais: os direitos, liberdades e garantias, por um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, por outro⁴²². Trata da Infância e da Juventude nos artigos 69º e 70º, mencionando o seguinte:

Art. 69º Infância: 1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

Art. 70º Juventude: 1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: a) no ensino, na formação profissional e na cultura; b) no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social; c) no acesso à habitação; d) na educação física e no desporto; e) no aproveitamento dos tempos livres. 2. A política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade. 3. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude⁴²³.

O reconhecimento da criança como sujeito autónomo de direito, conforme Armando Leandro, encontra consagração e reflexo na Constituição da República Portuguesa, em dois níveis diferentes, mas complementares, dos direitos fundamentais: a) ao nível dos direitos, liberdades e garantias pessoais, designadamente nas seguintes normas: art. 24º: (inviolabilidade do direito à vida); art. 25º (inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas); art. 26º (direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar e à protecção legal contra todas as formas de discriminação); art. 36º (família, casamento e filiação); art. 43 (liberdade de aprender e ensinar); b) o reconhecimento da criança como sujeito autónomo de direito encontra consagração constitucional também ao nível dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais: art. 67º (família); art. 68º (paternidade e maternidade); art. 69º

⁴²² MARTINS, Ives Gandra e CAMPOS, Diogo Leite de. (Coords.). *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.552.

⁴²³ *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:

[http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema Político/Constituição/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema%20Pol%C3%ADtico/Constitui%C3%A7%C3%A3o/) Acesso em: 06.08.2010.

(infância) e art. 70º (juventude) ⁴²⁴. Os artigos da referida Constituição, ora mencionados, assim dispõem⁴²⁵:

1.6.2.2. Código Civil Português

⁴²⁴LEANDRO, Armando Gomes e MONTEIRO, A. Reis, *et al. Direito das Crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.106-107.

⁴²⁵*Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:

<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema Político/Constituição/> Acesso em: 06.08.2010.

Artigo 24º Direito à vida: 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte.

Artigo 25º Direito à integridade pessoal: 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 26º Outros direitos pessoais: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

Artigo 36º Família, casamento e filiação: 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.

Artigo 43º Liberdade de aprender e ensinar: 1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar. 2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. 3. O ensino público não será confessional. 4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.

Artigo 67º Família: 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

Artigo 68º Paternidade e maternidade: 1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. 2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes. 3. As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias. 4. A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar. Art. 69º e Art. 70º já foram acima destacados.

O Código Civil Português foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966 e consoante o mesmo, entrou em vigor no continente e ilhas adjacentes no dia 1 de Junho de 1967, à exceção do disposto nos artigos 1841º a 1850º, que começou a vigorar somente em 1 de janeiro de 1968⁴²⁶. Já está na sua 61ª versão, a mais recente, Lei nº 32/2012, de 14/08. Segundo este diploma legal, a pessoa adquire a plena capacidade de exercício de direitos aos dezoito anos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens; até esta idade, caso não tenham sido emancipados, os filhos estão sujeitos às responsabilidades dos pais, aos quais compete assegurar-lhes os direitos fundamentais, como, o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à convivência familiar e comunitária, dentre outros, propiciando-lhes uma vida digna.

O art. 1874º ressalta sobre os deveres de pais e filhos, asseverando o seguinte: “1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência; 2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar”.

Os pais têm o dever de contribuir com o indispensável para o filho ter uma vida digna, no sustento, habitação, instrução, educação, vestuário, saúde e lazer deste. Todavia, conforme infere o art.2004º “1. Os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los. 2. Na fixação dos alimentos atender-se-á, outrossim, à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência⁴²⁷”.

O art. 2019º que dispõe sobre a cessação da obrigação alimentar afirmava que em todos os casos referidos nos artigos anteriores, cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral. Com a alteração ocorrida pela Lei nº 23/2010, de 30/08, passou a estatuir o seguinte: “em todos os casos referidos nos artigos anteriores, cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento, iniciar união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral⁴²⁸”.

⁴²⁶ ROCHA, Isabel (Coord.). *Código Civil*. Coleção Legislação, 11ª edição. Portugal: Porto Editora, 2009, p. 21.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ ⁴²⁸ *Fundo das Nações Unidas para a Infância*. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_a_Inf%C3%A2ncia. Acesso em: 29/09/2009.

⁴²⁸ *A Unicef em Portugal*. Disponível em: www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101110&m=1&sid=1810111013. Acesso em: 29/09/2009.

Outros artigos referentes ao direito de família dispõem sobre o conteúdo das responsabilidades parentais, as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação dos filhos, o poder de representação, a irrenunciabilidade, o abandono do lar pelos filhos, o convívio com os irmãos e descendentes, sobre tutela, interdições, adoção, e outros relativos à área, os quais serão apreciados em outros capítulos deste trabalho.

1.6.2.3. Estatuto do Ministério Público: Lei n.º 47/86

A Lei Orgânica do Ministério Público, aprovada pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, foi sucessivamente alterada pelas Leis números 2/90, de 20 de Janeiro, 23/92, de 20 de Agosto, 10/94, de 5 de Maio e, finalmente, pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, passando a denominar-se “Estatuto do Ministério Público”, art. 2.º, desta última Lei, publicada sem qualquer preâmbulo ou justificação do seu sentido⁴²⁹. Posteriormente, o Estatuto sofreu várias alterações, com a Lei n.º 20/98, de 2 de Novembro; Lei n.º 42/2005, de 29 Agosto; Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro; Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto; Lei n.º 37/2009, de 20 de Julho, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro e pela Lei n.º 9/2011, de 12 de Abril, que é a versão mais recente, sendo a 12ª Versão⁴³⁰.

O Ministério Público representa o Estado, fiscaliza a fiel aplicação da lei, defende os interesses da sociedade, a legalidade democrática, como bem descreve o art. 1º do Estatuto e o art. 219 da Constituição da República Portuguesa, que declara:

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. 2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei. 3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares. 4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei. 5. A nomeação, colocação, transferência e

⁴²⁸ LOBO. *Op. cit.*

⁴²⁹ LOPES-CARDOSO, Álvaro. *Estatuto do Ministério Público*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 7.

⁴³⁰ *Estatuto do Ministério Público Atualizado*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=6&tabela=leis. Acesso em: 19/11/2011.

promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República⁴³¹. Sendo um Órgão essencial na defesa dos interesses da coletividade, deve ser notificado de todos os atos, diligências e decisões prolatadas no processo; podendo, se entender necessário recorrer, em benefício de uma das partes.

Eis o que reza o art. 334º inciso II do Código de Processo Civil Português: “competem ao Ministério Público, como interveniente acessório, zelar pelos interesses que lhe estão confiados, exercendo os poderes que a lei processual confere à parte acessória e promovendo o que tiver por conveniente à defesa dos interesses da parte assistida⁴³². Este artigo permaneceu intacto, com as novas mudanças ocorridas no referido Código, na sua 43ª versão, Lei nº 31/2012, de 14/08.⁴³³

A intervenção principal em relação ao Ministério Público ocorre quando este representa ou é o principal representante da parte, como faz alusão o art. 5º⁴³⁴ do seu Estatuto.

1.6.2.4. Lei Tutelar Educativa - lei 166/99

Ao referir-se a esta Lei, Tomé Ramião fez uma síntese no prefácio da primeira edição de sua obra sobre a mesma, nos seguintes termos: “a Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei nº 166/99, de 14 de setembro, em vigor desde o dia 1 de Janeiro de 2001, concretizando um dos objectivos do apelidado programa de reforma do direito de menores, deu corpo a um novo modelo de intervenção do Estado relativamente aos menores com idades compreendidas entre

⁴³¹ *Constituição da República Portuguesa, Sítio cit.*

⁴³² *Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação. PORTUGAL. Leis, decretos, etc. Código de Processo Civil. 16ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 229.*

⁴³³ *Código de Processo Civil (versão actualizada). 43ª versão - a mais recente.* Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=570&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 16/10/2012.

⁴³⁴ *Estatuto do Ministério Público de Portugal Lei nº 47/86, de 15 de Outubro, atualizado pela Lei nº 9/2011, de 12 de abril: Artigo 5º Intervenção principal e acessória: 1 - O Ministério Público tem intervenção principal nos processos:*
a) Quando representa o Estado;
b) Quando representa as Regiões Autónomas e as autarquias locais;
c) Quando representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta;
d) Quando exerce o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social;
e) Quando representa interesses colectivos ou difusos;
f) Nos inventários exigidos por lei;
g) Nos demais casos em que a lei lhe atribua competência para intervir nessa qualidade.
 2 - Em caso de representação de região autónoma ou de autarquia local, a intervenção principal cessa quando for constituído mandatário próprio.
 3 - Em caso de representação de incapazes ou de ausentes em parte incerta, a intervenção principal cessa se os respectivos representantes legais a ela se opuserem por requerimento no processo.
 4 - O Ministério Público intervém nos processos acessoriamente: *a) Quando, não se verificando nenhum dos casos do nº 1, sejam interessados na causa as Regiões Autónomas, as autarquias locais, outras pessoas colectivas públicas, pessoas colectivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a acção vise a realização de interesses colectivos ou difusos;*
b) Nos demais casos previstos na lei.

os 12 e os 16 anos de idade que praticam factos qualificados pela lei como crimes, a cargo do sistema de justiça, assumindo uma profunda ruptura com o então vigente sistema de direito e de justiça de menores, incorporado na Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo Dec.-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro. Inspirado no Código de Processo Penal e dele importando alguns institutos, devidamente adaptados, o novo modelo de intervenção tutelar tem como finalidade primeira educar o menor para o direito e para os valores fundamentais na vida em sociedade, cuja realização garante simultaneamente a defesa e protecção dos bens jurídicos essenciais da comunidade e, em consequência, a defesa da colectividade e a pacificação social⁴³⁵”.

A Lei Tutelar Educativa - Lei nº 166/99 é aplicada aos menores com idades compreendidas entre 12 e os 16 anos que praticaram fatos qualificados pela lei penal como crimes. Segundo o Código Penal Português, os menores de 16 são inimputáveis. Caso um menor de 12 anos cometa um fato ilícito tipificado na lei penal não responderá por esta Lei. O Estado deve adotar meios que possibilite a sua ressocialização, com apoio da família, de Órgãos que desenvolvem trabalhos na área, de uma equipe interdisciplinar e da sociedade de um modo geral. “Pode, eventualmente, carecer de protecção no âmbito do regime da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei nº 147/99) ⁴³⁶”.

O modelo adotado por esta Lei oferece meios viáveis para que o menor possua prioridade absoluta, possa ser reinserido na sua comunidade, tenha outra maneira de pensar, de analisar os fatos, aprenda a conviver com as pessoas, respeite os valores, as normas estabelecidas na sociedade, de forma digna e responsável porque baseia-se principalmente nos direitos fundamentais, como por exemplo, no direito a educação, a qual deve ser assegurada a todas as crianças e jovens, de modo indiscriminado e universal. Esta Lei não é aplicada aos processos iniciados antes de sua vigência e a medida tutelar só é aplicada se o fato praticado pelo menor já era tipificado como crime por lei anterior à sua prática; pois como sabemos, a lei penal não retroage para prejudicar.

Nos casos sujeitos à Lei Tutelar Educativa, afirma Armando Leandro, não é atualmente possível a intervenção decisória de instituições não judiciárias como as Comissões de Protecção, competindo essa intervenção exclusivamente ao Tribunal de Família e Menores,

⁴³⁵ RAMIÃO, Tomé. *Lei Tutelar Educativa*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 5.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 33.

como tribunal especializado ou, fora das áreas abrangidas pela sua jurisdição, pelos Tribunais de Família e de Menores⁴³⁷.

O art. 4º especifica as medidas tutelares⁴³⁸, como afirma Tomé Ramião, consagra-se o princípio tipicidade ou taxatividade das medidas tutelares educativas passíveis de aplicação, enquanto corolário do princípio da legalidade. No seu entendimento, só podem ser aplicadas as medidas previstas neste preceito, não lhe podendo ser aplicáveis medidas quer quanto à espécie, quer quanto à modalidade de execução em contrário ao previsto no diploma⁴³⁹.

Os princípios da brevidade, do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, da excepcionalidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da adequação e suficiência na aplicação da medida devem sempre ser observados, analisados, obedecidos. Por sua vez, a duração da medida de internamento em centro educativo em nenhuma hipótese poderá ser superior ao limite máximo da pena de prisão prevista para o crime correspondente ao fato.

Embora aplicáveis aos menores com idades compreendidas entre 12 e 16 anos, a execução das medidas tutelares, segundo o art. 5º da Lei, pode estender-se até o jovem completar 21 anos, quando então, cessa obrigatoriamente.

Além de dispor sobre as medidas tutelares educativas, ressaltando o seu conteúdo, regime, interatividade entre penas e medidas tutelares estabelece ainda sobre as competências e atribuições do Tribunal, do Ministério Público e em seguida, de forma bastante didática trata do processo tutelar, da execução das medidas e do registro das medidas tutelares educativas.

1.6.2.5. Lei de proteção de crianças e jovens em perigo: Lei 147/1999

⁴³⁷ LEANDRO, Armando Gomes e MONTEIRO, A. Reis, *et al. Direito das Crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.106, 107 e 113.

⁴³⁸ *Lei Tutelar Educativa*, “art. 4º. 1. São medidas tutelares: a) a admoestação, b) a privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores, c) a reparação ao ofendido, d) a realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade, e) a imposição de regras de conduta, f) a imposição de obrigações, g) a frequência de programas formativos, h) o acompanhamento educativo, i) o internamento em centro educativo; 2. Considera-se medida institucional a prevista na alínea i) do número anterior e não institucionais as restantes; 3. A medida de internamento em centro educativo aplica-se segundo um dos seguintes regimes de execução: a) regime aberto, b) regime semiaberto, c) regime fechado”.

⁴³⁹ RAMIÃO. *Op. cit.*, p.39.

A proposta de Lei nº 265/VII, que originou a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, foi publicada in II Série A, do Diário da Assembleia da República nº 54, de 17 de Abril de 1999.

“A presente proposta de lei estrutura a intervenção social e administrativa e a intervenção judiciária, concebendo esta como subsidiária daquela. Assim, a promoção dos direitos e a protecção da criança e do jovem em perigo competem, em primeira linha, as entidades públicas e privadas com atribuições em matéria de infância e juventude e às comissões de protecção e, em última instância, aos tribunais, quando a intervenção das comissões de protecção não possa ter lugar por falta de consentimento dos pais, do representante legal ou de quem tem a guarda de facto da criança ou do jovem ou por não dispor dos meios para aplicar ou executar a medida adequada. Em obediência às normas constitucionais e da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelecem-se, como princípios orientadores, os princípios superiores da criança e do jovem, da privacidade, da intervenção precoce, mínima, proporcional e actual, da responsabilidade parental, da prevalência da família, da obrigatoriedade da informação, da audição obrigatória e da participação e subsidiariedade. Consagra-se um particular cuidado na previsão do regime das comunicações entre os vários intervenientes e o Ministério Público, evitando-se repetição de actuações ou a sua descoordenação e permitindo ao Ministério Público a apreciação da legalidade, tempestividade e adequação das medidas adoptadas pelas comissões de protecção⁴⁴⁰”.

Em relação ao Ministério Público, faz as seguintes ponderações:

“A posição do Ministério Público é recentrada de acordo com o seu estatuto e funções de controlo da legalidade e de defesa dos interesses das crianças e jovens em perigo. Assim, deixa de ser membro das comissões de protecção, mas deve acompanhar a actividade destas e apreciar a legalidade e o mérito das deliberações, suscitando, quando entender necessário, a respectiva apreciação judicial, podendo ainda estar presente nas reuniões e dar pareceres quando entender oportuno. O Ministério Público é ainda o garantidor da boa articulação das comissões de protecção com os tribunais e do funcionamento harmónico do regime de promoção de direitos e protecção das crianças e jovens em perigo e do processo tutelar educativo, nomeadamente de modo a que as crianças e jovens que pratiquem factos qualificados pela lei como crimes que estejam em situação de perigo beneficiem das necessárias medidas de protecção e promoção de direitos. A par de normas gerais comuns, os processos regulam-se por regras próprias nas comissões de protecção e nos tribunais. Cria-se um procedimento para situações de urgência quando exista perigo actual ou eminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem, de modo a garantir-se a celeridade e a tempestividade das intervenções. A intervenção judicial deverá privilegiar as decisões negociadas, mas, quando o acordo não seja possível, haverá lugar a um debate judicial em tribunal composto pelo juiz do processo e por dois juízes sociais. Tendo em vista a coerência e a eficácia da aplicação do novo direito de menores, seja no que se refere ao processo tutelar educativo, seja em matéria de promoção de direitos e protecção de crianças ou jovens em perigo, a competência para os respectivos processos judiciais e atribuída a

⁴⁴⁰ *Exposição de motivos da proposta de lei nº 265/VII.* Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1268&m=PDF. Acesso em: 29/09/2010.

tribunais de família e menores e, fora das áreas abrangidas por esta jurisdição especializada, a tribunais de comarca, que passam a funcionar como tribunais de família e menores⁴⁴¹.

A Lei de proteção de crianças e jovens em perigo entrou em vigor em Janeiro de 2001. Tem como finalidade conforme sustenta Tomé Ramião⁴⁴², regular a intervenção social do Estado e da comunidade nas situações de menores em perigo e carecidos de proteção, dando finalmente corpo a um novo sistema de direito e de justiça de menores, até então regulamentado na Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 314/78, de 27 de outubro, e inserida num vasto programa da reforma do direito de menores. Esta lei foi alterada pela Lei nº. 31/2003, de 22 de Agosto.

Ao tratar dos instrumentos legais e mecanismos comunitários concebidos em função da efetivação dos direitos da criança, Armando Leandro afirma *ipsis litteris*: “no domínio da actual legislação, o sistema de protecção de crianças e jovens em situação de perigo e o tutelar educativo, respeitante a crianças e jovens que cometem factos qualificados como crimes, são separados, ainda que necessariamente comunicantes, visando-se com essa separação o tratamento marcadamente distinto dos dois tipos de situações⁴⁴³”. Sem dúvida, assiste razão ao mesmo quando assegura “que na aplicação das Leis de Protecção e Tutelar Educativa apela-se fortemente à cooperação e responsabilização da família, das pessoas que têm a representação legal da criança ou do jovem e, bem assim, das instituições comunitárias, estas naturalmente de forma mais significativa nos casos contemplados pela Lei de Protecção⁴⁴⁴”.

O capítulo I, que refere às disposições transitórias, menciona de início algumas generalidades desta lei, em relação ao seu objetivo, campo de aplicação, princípios, bem como traz algumas definições, para efeito desta. “No que respeita ao seu campo de aplicação a lei pretende sujeitar à sua esfera todas as crianças e jovens que estando numa situação susceptível de lhes ser causado dano no seu desenvolvimento residam em território nacional, quer essa residência ou permanência se verifique ocasionalmente, quer de portugueses e estrangeiros que residam ou se encontrem em Portugal⁴⁴⁵”. Tem por objeto promover os direitos e proteger

⁴⁴¹ *Ibid.*, *ibidem*.

⁴⁴² RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 7.

⁴⁴³ LEANDRO, Armando Gomes e MONTEIRO, A. Reis, *et al. Direito das Crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 115.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, *ibidem*.

⁴⁴⁵ BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de crianças e jovens em perigo*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p.25.

as crianças e os jovens em perigo, garantindo-lhe o seu bem-estar e desenvolvimento integral, o que pode ser feito por entidades públicas, privadas, pessoas singulares ou coletivas que desenvolvam trabalhos na área e em última instância pelos tribunais. Sempre que possível, a intervenção destas entidades deve ser feita de forma consensual com os pais, representantes legais das crianças ou com as pessoas que tenham suas guardas.

O Capítulo III descreve as medidas de promoção dos direitos e de proteção. De início, o art. 34º menciona sua finalidade e no artigo seguinte as medidas⁴⁴⁶. Quando as crianças e os jovens encontrarem-se em perigo tanto a família, quanto o Estado e a sociedade devem procurar meios para afastá-los desta situação. Após o diagnóstico e constatados os problemas, pode ser requerido acompanhamento de órgãos que trabalhem na área visando recupera-los física e psicologicamente de qualquer forma de exploração ou abuso. Todos os meios lícitos devem ser buscados para protegê-los e promove-los segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral. Na verdade, quando a criança, de um modo geral, encontra-se em situação de perigo, perde o equilíbrio físico, psicológico e emocional, o que prejudica ou atrapalha o seu desenvolvimento natural, o seu raciocínio, a sua conduta, o seu aprendizado, a sua saúde. Beatriz Borges faz menção as finalidades das medidas de forma bastante coerente nos seguintes termos:

“O objectivo das medidas a tomar, era, então, o de zelar para que, afastada a situação que conduziu a qualquer diminuição dos direitos e prerrogativas da criança/jovem, se possa não só evitar a repetição de tais comportamentos em relação à criança/jovem, como permitir-lhe superar situações idênticas evitando-se a reiteração de atitudes, comportamentos, incômodos, ou a violação de quaisquer regras, que deveriam ter sido adoptadas por quem lide ou contacte com a criança/jovem⁴⁴⁷”.

⁴⁴⁶ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 64 a 66.

“LPCJP: Art. 34º Finalidades: As medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo, adiante designadas por medidas de promoção e protecção, visam: a) Afastar o perigo em que estes se encontram; b) Proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral; c) Garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso. Art. 35º: Medidas: 1 - As medidas de promoção e protecção são as seguintes: a) Apoio junto dos pais; b) Apoio junto de outro familiar; c) Confiança a pessoa idónea; d) Apoio para a autonomia de vida; e) Acolhimento familiar; f) Acolhimento em instituição. 2 - As medidas de promoção e de protecção são executadas no meio natural de vida ou em regime de colocação, consoante a sua natureza, e podem ser decididas a título provisório. 3 - Consideram-se medidas a executar no meio natural de vida as previstas nas alíneas a), b), c) e d) e medidas de colocação as previstas nas alíneas e) e f). 4- O regime de execução das medidas consta de legislação própria.

⁴⁴⁷ BORGES. *Op. cit.*, p.140

As medidas de promoção e proteção especificadas no art. 35.º devem sempre ser utilizadas com base nos princípios orientadores da prevenção mencionados no art. 4.º, já por nós analisados anteriormente, dentre estes: o do superior interesse da criança e do jovem, o da intervenção precoce, o da intervenção mínima, o da responsabilidade parental e o da prevalência da família. Tais medidas serão mais discutidas no decorrer deste trabalho, quando estivermos debatendo determinado tópico mencionado no sumário.

1.6.2.6. Lei n.º 31, de 22 de Agosto de 2003.

A Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, alterou o Código Civil, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, o DL n.º 185/93, de 22/5, a Organização Tutelar de Menores e o Regime Jurídico da Adoção. O Capítulo I trata das mudanças ocorridas no Código Civil, o II refere às ocorridas na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, o III apresenta o Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio, o IV apresenta as mudanças ocorridas na Organização Tutelar de Menores e o V descreve as disposições finais⁴⁴⁸.

Em relação ao Código Civil foram alterados os artigos 1974.º, 1978.º, 1979.º, 1980.º, 1981.º, 1983.º e 1992.º. Na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo ocorreram mudanças nos artigos 11.º, 21.º, 35.º, 38.º, 63.º, 65.º, 68.º, 88.º, 91.º, 104.º e 114.º Os artigos 3.º a 9.º, 11.º, 12.º, 14.º, 15.º, 19.º, 20.º, 22.º e 26.º do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, foram alterados pelo Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio. Sofreram mudanças ainda os artigos 166.º, 167.º, 173.º-B, 173.º-D e 173.º-F da Organização Tutelar de Menores. O último capítulo que relata sobre as disposições transitórias dispõe sobre o relatório a apresentar à Assembleia da República, a formação de magistrados e a republicação⁴⁴⁹.

1.6.2.7. Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro de 2008.

O Decreto Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro de 2008, que entrou em vigor no dia seguinte, tem como objetivo, consoante o seu art. 1º estabelecer o regime de execução das medidas de promoção e proteção das crianças e jovens em perigo em meio natural de vida, previstas nos artigos 39.º, 40.º, 43.º e 45.º do anexo à Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, Lei de

⁴⁴⁸ Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=546&tabela=leis&nversao. Acesso em: 30/09/2010.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. “Os artigos 2º prescreve as medidas a executar em meio aberto; o 3º os objetivos das medidas; o 4º apresenta algumas definições, como a de pais, de família acolhedora, de pessoa idônea e de agregado familiar⁴⁵⁰”.

O referido Decreto é muito importante para a proteção das crianças e jovens em perigo por abranger normas que lhes contemplam e garantam uma vida mais segura, sem danos aos seus desenvolvimentos psíquicos e físicos. Discorre nos artigos seguintes sobre as entidades que asseguram a execução das medidas; o plano de intervenção; as fases de execução das medidas; a revisão das medidas; a natureza e caracterização dos apoios, dentre estes, o psicopedagógico; o social e o económico. Posteriormente define a intervenção das entidades que disciplinam os atos materiais de execução das medidas; as equipas técnicas das entidades que asseguram os atos materiais de execução das mesmas; as finalidades e fases de execução; os direitos e as obrigações da criança ou jovem, bem como os de seus pais, das famílias acolhedoras ou pessoas idôneas, dentre outros dados relativos às suas proteções.

1.6.3. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Principais documentos nacionais

Ao tratar a temática da história das crianças abandonadas no Brasil, Ligia Costa Leite declara ter esta começado por volta de 1550, pouco depois do início da colonização. Segundo ela, as crianças eram denominadas pelos juizes e autoridades de desvalidas, cujo termo significa desprotegidas, sem valor. Em 1551 foram fundados os primeiros colégios internos no Brasil. Foram construídas duas casas: uma para meninas e outra para meninos.

⁴⁵⁰ Decreto-Lei nº 12/2008, de 17 de Janeiro. Disponível em:

http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1226&m=PDF. Acesso em: 01/10/2010.

Artigo 2º: Medidas a executar em meio natural de vida. Constituem medidas a executar em meio natural de vida o apoio junto dos pais, o apoio junto de outro familiar, a confiança a pessoa idônea e o apoio para a autonomia de vida, adiante designadas por medidas.

Artigo 3º: Objectivos das medidas. As medidas visam manter a criança ou o jovem no seu meio natural, proporcionando condições adequadas ao seu desenvolvimento integral, através de apoio psicopedagógico e social e, quando necessário, de apoio económico.

Artigo 4º: Definições. Para efeitos do presente decreto-lei, considera-se: a) «Pais», os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto da criança ou do jovem; b) «Familiar acolhedor», a pessoa da família da criança ou do jovem com quem estes residam ou à qual sejam entregues para efeitos de execução da medida de apoio junto de outro familiar; c) «Pessoa idônea», a pessoa que, não tendo qualquer relação familiar com a criança ou o jovem, com ela tenha estabelecido relação de afectividade recíproca e possua capacidade educativa e correspondente disponibilidade para lhe assegurar as condições necessárias ao seu desenvolvimento integral; d) «Agregado familiar», o conjunto das pessoas que nos termos do presente artigo são «pais», «familiar acolhedor» e «pessoa idônea», bem como os familiares destes e as pessoas que com eles vivam em economia comum.

“Inaugurava-se, assim, uma política do recolhimento e internamento de menores que vigorou até 1990, por quase cinco séculos, portanto⁴⁵¹”.

1.6.3.1. Brasil Colônia e Brasil Império

Antes da independência, as leis provinham das Ordenações do Reino de Portugal, as quais impunham medidas punitivas bárbaras. Desde o direito romano, ser menor de idade significava atenuante para a aplicação da pena (*infans = furiosus*). No entanto, no Brasil anterior a 1830, as crianças e jovens eram punidos de forma igual aos adultos. No Brasil colônia, as crianças eram consideradas mercadorias, mãos de obra. No Brasil império houve ampliação de instituições destinadas a atender crianças e adolescentes órfãos, pobres e abandonados. O ordenamento jurídico passa a se ocupar mais dos “menores⁴⁵²”.

Em 1738, por ter aumentado o número de meninos abandonados nas ruas, fato este noticiado pela imprensa, foi criado a “Roda dos Expostos”, conhecida também por Casa da Roda. O nome Roda dos Expostos foi por muito tempo sinônimo de lugar dos abandonados pela família, rejeitados, desvalidos, ingênuos ou enfeitados, nomes também empregados para designar essas crianças. “A Casa da Roda” foi uma instituição muito conhecida até o século XIX. Inventada na Europa, no século XVII, servia de asilo de crianças abandonadas ou órfãs. Estas eram depositadas, geralmente à noite, numa espécie de caixa giratória, instalada numa das paredes do edifício para impedir que se soubesse quem havia abandonado a criança. O portador colocava o “exposto” na roda, girava-a, tocava uma companhia para que uma ama viesse apanhar o bebê e partia incógnito⁴⁵³. A Casa de Roda no Brasil, que era mantida pela Santa Casa de Misericórdia, existiu em várias cidades; inicialmente foram instituídas em Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo. Sua criação teve como propósito prestar assistência às crianças órfãs ou abandonadas; cujas origens eram ignoradas. “O objetivo formal da Roda era “salvar a vida de crianças que eram deixadas nas portas das igrejas”, oferecendo-as para adoção de famílias bem como constituídas; só bebês ou crianças muito pequenas poderiam ir para lá, e os que atingissem os sete anos sem serem adotados eram removidos para outros lugares⁴⁵⁴”.

⁴⁵¹ LEITE, Ligia Costa. *Meninos de rua: a infância excluída no Brasil*. São Paulo: Atual, 2001, p. 10.

⁴⁵² FORTES, Cristina Lazzarotto. *Aspectos histórico-jurídicos sobre a infância brasileira*. Disponível em: http://www.direito.unisinos.br/~sandra/arquivos/A_Crianca_na_Antiguidade.ppt. Acesso em: 24/05/09.

⁴⁵³ LEITE, Ligia Costa. *Op. cit.*, p.10.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 11.

Na época em que a Roda foi instituída e começou a ser utilizada no Brasil, a família brasileira carregava consigo de forma rígida os valores morais, patriarcal e hierarquizada. A figura do pai funcionava como lei a ser seguida; era superior; suas ordens deveriam ser cumpridas, sem questionamentos. Os senhores escravagistas utilizavam a Roda com o objetivo de alugar as mães das crianças expostas, no caso, suas escravas como amas de leite de lá, com o fim de auferir lucros. O número de Casas de Roda no Brasil aumentou muito após a Independência do Brasil em 1822; muitas crianças morriam antes de atingirem um ano de vida, o que chamava atenção das autoridades e das pessoas de um modo geral, principalmente os médicos higienistas que alertavam para a necessidade de mudar as formas de acolhimento das crianças. “Como eram rejeitadas também pelo Estado, que não investia na sua educação e formação profissional, cabia geralmente às instituições de caridade tomar a si a tarefa de cuidar delas. Entretanto, as instituições eram poucas, e muitas crianças acabavam indo parar nas ruas⁴⁵⁵”.

No Brasil, 30% ou mais dos bebês colocados nas Rodas dos Expostos morria antes de completar seu primeiro ano de existência; apenas 20 a 30% dos que foram lançados nas Rodas chegaram à idade adulta⁴⁵⁶. Na segunda metade do século 19 já se observava que as instituições criadas no período colonial para a proteção à infância desvalida e conhecidas como "rodas dos expostos", por permitir que as crianças fossem abandonadas de forma a preservar o anonimato dos responsáveis não mais respondiam às novas realidades e exigências de um Brasil independente e que se urbanizava⁴⁵⁷.

Posteriormente, segundo Ligia Costa⁴⁵⁸, os estudiosos começaram a se dedicar ao tema dos meninos de rua. Eles foram definidos, em 1876, por Manuel Francisco Correia como “órfãos ou abandonados por pais indigentes e entregues à sua própria sorte, propensos a formar um núcleo de futuros criminosos. Por isso, a necessidade de se ocupar deles, evitando que se tornem elementos de desordem e perturbação da vida social, mas que sejam operários do progresso nacional”.

⁴⁵⁵ LEITE, Ligia Costa. *Op. cit.*, p. 16.

⁴⁵⁶ MARCÍLIO, Maria Luíza. *História Social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 57.

⁴⁵⁷ GUADAGNIN, Ângela. *Da Roda aos Expostos ao ECA*. Disponível em: <http://jornal.valeparaibano.com.br/2002/04/24/pag02/artigao.html>. Acesso em: 27/03/2009.

⁴⁵⁸ LEITE, Ligia Costa. *Op. cit.*, p. 16.

Para amenizar o problema do aumento constante de crianças e jovens abandonados surgiram, no decorrer deste período, outros locais de internação, como o Recolhimento de Órfãos; Asilos, Orfanatos, a Escola de Aprendizizes de Marinheiro, no Rio de Janeiro, e o Instituto de Educandos Artífices em São Paulo.

O Código Criminal do Império de 1830 afirmava que poderiam ser responsabilizados os menores de 14 anos, “desde que houvessem agido com discernimento”, reservando-se a esses o recolhimento às denominadas casas de correção. O tempo que o menor ficaria recolhido era fixado arbitrariamente pelo juiz, mas não podia ficar o adolescente internado após completar a idade de 17 anos. Aos jovens de idade entre 14 e 17 anos era reservada pena de internação correspondente a 2/3 da pena aplicada ao adulto na mesma situação, a critério da autoridade judiciária⁴⁵⁹.

1.6.3.1.1. Lei do Ventre livre (n. 2.040 de 28/09/1871)

A Lei do Ventre Livre, também conhecida como “Lei Rio Branco” foi uma lei abolicionista, promulgada em 28 de setembro de 1871 (assinada pela Princesa Isabel). Esta lei considerava livre todos os filhos de mulheres escravas nascidos a partir da data da lei. Como seus pais continuariam escravos (a abolição total da escravidão só ocorreu em 1888 com a Lei Áurea), a lei estabelecia duas possibilidades para as crianças que nasciam livres. Poderiam ficar aos cuidados dos senhores até aos 21 anos de idade ou entregues ao governo. O primeiro caso foi o mais comum e beneficiaria os senhores que poderiam usar a mão-de-obra destes “livres” até aos 21 anos de idade. A Lei do Ventre Livre tinha por objetivo principal possibilitar a transição, lenta e gradual, no Brasil do sistema de escravidão para o de mão-de-obra livre. Vale lembrar que o Brasil, desde meados do século XIX, vinha sofrendo fortes pressões da Inglaterra para abolir a escravidão. Junto com a Lei dos Sexagenários, A Lei do Ventre Livre (1887), serviu também para dar uma resposta, embora fraca, aos anseios do movimento abolicionista⁴⁶⁰. Eis o que estatuem alguns artigos desta Lei⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ CERQUEIRA, Fernanda D’Aquino Mafra. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Noções Gerais*. Brasília: Fortium, 2005, p. 11-12.

⁴⁶⁰ *Lei do Ventre Livre*. Disponível em:

http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/lei_ventre_livre.htm. Acesso em: 01/10/2010.

⁴⁶¹ *Lei do Ventre Livre*. Disponível em: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/escravidao-no-brasil/lei-do-ventre-livre.php>. Acesso em: 01/10/2010. Art. 1º: Os filhos da mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre. §1º: Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a

1.6.3.2. Brasil República - 1889

Associação entre infância carente e delinquência: Crescimento das cidades; aumento de crianças sem acesso à escola (mercado de trabalho exploratório); contexto de exclusão social que aproximou crianças e adolescentes da criminalidade juvenil. A questão da infância sai paulatinamente da esfera religiosa para ingressar na seara jurídica: inicialmente, ainda

autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de trinta anos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de trinta dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor. §2º: Qualquer desses menores poderá remir-se do ônus de servir, mediante prévia indenização pecuniária, que por si ou por outrem ofereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se à avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver acordo sobre o quantum da mesma indenização. §3º: Cabe também aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquelas estiverem prestando serviço. Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mães. Se estas falecerem dentro daquele prazo, seus filhos poderão ser postos à disposição do governo. §4º: Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito anos que estejam em poder do senhor dela, por virtude do §1º, lhe serão entregues, exceto se preferir deixá-los e o senhor anuir a ficar com eles. §5º: No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de doze anos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava sub-rogado nos direitos e obrigações do antecessor. §6º: Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no §1º, se, por sentença do juízo criminal, reconhecer-se que os senhores das mães os maltratam, infligindo-lhes castigos excessivos. §7º: O direito conferido aos senhores no §1º transfere-se nos casos de sucessão necessária, devendo o filho da escrava prestar serviços à pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava. Art. 4º: É permitido ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias. O governo providenciará nos regulamentos sobre a colocação e segurança do mesmo pecúlio. §1º: Por morte do escravo, metade do seu pecúlio pertencerá ao cônjuge sobrevivente, se o houver, e a outra metade se transmitirá aos seus herdeiros, na forma de lei civil. Na falta de herdeiros, o pecúlio será adjudicado ao fundo de emancipação de que trata o art. 3º. §2º: O escravo que, por meio de seu pecúlio, obtiver meios para indenização de seu valor, tem direito à alforria. Se a indenização não for fixada por acordo, o será por arbitramento. Nas vendas judiciais ou nos inventários o preço da alforria será o da avaliação. §3º: É, outrossim, permitido ao escravo, em favor da sua liberdade, contratar com terceiro a prestação de futuros serviços por tempo que não exceda de sete anos, mediante o consentimento do senhor e aprovação do juiz de órfãos. §4º: O escravo que pertencer a condôminos, e for libertado por um destes, terá direito à sua alforria, indenizando os outros senhores da quota do valor que lhes pertencer. Esta indenização poderá ser paga com serviços prestados por prazo não maior de sete anos, em conformidade do parágrafo antecedente. §5º: A alforria com a cláusula de serviços durante certo tempo não ficará anulada pela falta de implemento da mesma cláusula, mas o liberto será compelido a cumpri-la por meio de trabalho nos estabelecimentos públicos ou por contratos de serviços a particulares. §6º: As alforrias, quer gratuitas, quer a título oneroso, serão isentas de quaisquer direitos, emolumentos ou despesas. §7º: Em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos é proibido, sob pena de nulidade, separar os cônjuges, e os filhos menores de doze anos, do pai ou mãe. §8º: Se a divisão de bens entre herdeiros ou sócios não comportar a reunião de uma família, e nenhum deles preferir conservá-la sob o seu domínio, mediante reposição da quinta parte dos outros interessados, será a mesma família vendida e o seu produto rateado. §9º: Fica derogada a ord. liv. 4º, tit. 63, na parte que revoga as alforrias por ingratidão. Art. 6º: Serão declarados libertos: § 1º - Os escravos pertencentes à nação, dando-lhes o governo a ocupação que julgar conveniente. § 2º - Os escravos dados em usufruto à Coroa. § 3º - Os escravos das heranças vagas. § 4º - Os escravos abandonados por seus senhores. Se estes os abandonarem por inválidos, serão obrigados a alimentá-los, salvo o caso de penúria, sendo os alimentos taxados pelo juiz de órfãos. § 5º - Em geral, os escravos libertados em virtude desta lei ficam durante 5 anos sob a inspeção do governo. Eles são obrigados a contratar seus serviços sob pena de serem constrangidos, se viverem vadios, a trabalhar nos estabelecimentos públicos. Cessará, porém, o constrangimento do trabalho, sempre que o liberto exigir contrato de serviço.

havia o entendimento de assistência pública à infância como uma espécie de “caridade oficial”. O Código Penal de 1890: altera a idade de imputabilidade relativa de sete para nove anos⁴⁶².

Em seguida, no ano de 1898, também no Rio de Janeiro surgiu como uma grande inovação da República, a Escola XV de Novembro; considerada na época como o modelo brasileiro na área da educação e assistência social pública; tinha como finalidade ministrar assistência e educação física profissional e moral aos menores abandonados e recolhidos, até à idade de dezessete anos. Recebeu por quase cem anos crianças e adolescentes abandonados e em situação de rua. Declara Ligia Costa que esta escola ainda existe, embora com outro perfil, oferecendo escolaridade e iniciação profissional, nas diversas oficinas existentes na escola, a crianças e jovens moradores do bairro e dos arredores. Segundo ela, em 1907 foi inaugurado o Instituto Disciplinar de São Paulo, o qual adotava um método de regeneração dos jovens viciados, mais rígido que o aplicado na Escola XV⁴⁶³.

O Código Penal da República, de 1890 estendeu a responsabilização para maiores de 9 anos até à idade de 14 anos, mantendo o critério do “discernimento”, caso agissem conscientes de suas condutas ilícitas eram internados em estabelecimentos industriais disciplinares, até completarem 17 anos, no máximo. A lei 4.242, de 04/01/1921, voltou a fixar a idade da responsabilidade penal em 14 anos de idade, eliminando o critério biopsicológico adotado até então (critério do discernimento)⁴⁶⁴. O Código Penal de 1940, já alterado por algumas leis, estabelece a idade de 18 anos como limite da maioridade penal.

O início do século XX foi marcado, no Brasil pelo surgimento das lutas sociais do proletariado nascente. Liderado por trabalhadores urbanos, o Comitê de Defesa Proletária foi criado durante a greve geral de 1917. O Comitê reivindicava, entre outras coisas, a proibição do trabalho de menores de 14 anos e a abolição do trabalho noturno de mulheres e de menores de 18 anos.

Em 1923, foi criado o Juizado de Menores, tendo Mello Mattos como o primeiro Juiz de Menores da América Latina. No ano de 1927, foi promulgado o primeiro documento legal

⁴⁶² FORTES, Cristina Lazzarotto. *Aspectos histórico-jurídicos sobre a infância brasileira*. Disponível em: http://www.direito.unisinos.br/~sandra/arquivos/A_Crianca_na_Antiguidade.ppt. Acesso em: 24/05/09.

⁴⁶³ LEITE, Ligia Costa. *Op. cit.*, p.28.

⁴⁶⁴ CERQUEIRA. *Op. cit.*, p.12.

para a população menor de 18 anos: o Código de Menores, que ficou popularmente conhecido como Código Mello Mattos. Ele era endereçado não a todas as crianças, mas apenas às aquelas tidas como estando em "situação irregular". O Código definia já em seu Artigo 1º, a quem a lei se aplicava: "O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código." (grafia original) Código de Menores - Decreto N. 17.943 A - de 12 de outubro de 1927. O Código de Menores visava estabelecer diretrizes claras para o trato da infância e juventude excluídas, regulamentando questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada. Revestia a figura do juiz de grande poder, sendo que o destino de muitas crianças e adolescentes ficava a mercê do julgamento e da ética do juiz⁴⁶⁵. Tinha como meta consolidar e unificar as leis de assistência e proteção a menores de dezoito anos, abandonados ou delinquentes, sob responsabilidade de um Juizado de Menores.

Num país de mentalidade fortemente conservadora, sem dúvida, o Código Mello Mattos era uma notável lei. Embora usando terminologias que hoje nos soam estranhas (como "expostos", "vadios", "transviados", "libertinos"), ou adotando institutos que hoje repudiamos (guarda "mediante soldada"), efetivamente avançava. Exemplos: permitia-se a intervenção do Estado no pátrio poder de quem submetesse os filhos a abusos, negligência e crueldades (art. 31); garantia-se que o 'menor delinquente' de até quatorze anos não fosse "submetido a processo penal de espécie alguma" (art. 68), devendo aquele, entre quatorze e dezoito anos merecer "processo especial" (art. 69); proibia-se o recolhimento do menor à prisão comum (art. 86); vedava-se o trabalho aos menores de doze anos (art. 101) e, aos que tinham menos de quatorze anos, sem que tivessem instrução primária, assim, impulsionando sua escolarização. Instituiu a grande legislação, assim, a primeira estrutura de proteção aos menores, com a definição ideal para os Juizados e Conselhos de Assistência, trazendo clara a primeira orientação para que a questão fosse tratada sob enfoque multidisciplinar⁴⁶⁶. Dos 14 aos 18 anos se estabelecia um tratamento especial aos menores que fossem classificados como abandonados ou delinquentes. Para os abandonados eram previstas medidas de entrega ao responsável, tratamento, suspensão ou perda do poder familiar ou alguma outra, a critério do

⁴⁶⁵ LORENZI, Gisella Werneck. *Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. Acesso em: 27/03/2009.

⁴⁶⁶ ARAÚJO, Denilson Cardoso de e COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos. *80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10879>. Acesso em: 16/10/2010.

juiz (art. 55). Os vadios não habituais podiam ser entregues a pessoa idônea; e os habituais, ou que estivessem envolvidos em jogo, tráfico, prostituição ou libertinagem, eram internados até à maioridade em escola de preservação (art. 61). Aos delinquentes abandonados a lei reservava internação de um a cinco anos; e aos pervertidos, internação de três a sete anos (art. 69, §§ 2º e 3º). O processo sob a presidência de um juiz único incluía acusação do Ministério Público e defesa técnica por advogado⁴⁶⁷.

Segundo o professor Roberto Alves⁴⁶⁸, após longo período de vigência, o Código de Menores de 1927 já era obsoleto. A doutrina entendia necessário rejeitar as designações menor delinquente e menor abandonado, e propunha a criação de fórmulas gerais dentro das quais o menor deveria ser assistido. Faltava ao Código, segundo ele, estabelecer a possibilidade de uma assistência educativa, quer pela família do menor, quer por instituições especializadas. Além do mais, a vigência do Código Penal de 1940 impunha ao legislador uma adaptação do Código de Menores ao princípio da irresponsabilidade penal dos menores infratores.

O Código de Menores de 1979 constituiu-se em uma revisão do Código de Menores de 27, não rompendo, no entanto, com sua linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil. Esta lei introduziu o conceito de "menor em situação irregular", que reunia o conjunto de meninos e meninas que estavam dentro do que alguns autores denominam infância em "perigo" e infância "perigosa". Esta população era colocada como objeto potencial da administração da Justiça de Menores. É interessante que o termo "autoridade judiciária" aparece no Código de Menores de 1979 e na Lei da Fundação do Bem-Estar do Menor, respectivamente, 75 e 81 vezes, conferindo a esta figura poderes ilimitados quanto ao tratamento e destino desta população⁴⁶⁹.

O Código de Menores de 1979, promulgado no Ano Internacional da Criança, em 10 de outubro de 1979/Lei 6.697 e fundamentado na doutrina da "situação irregular" preconizava que o Juiz de Menores estava autorizado a aplicar as medidas cabíveis se o menor de 18 anos estivesse classificado em alguma destas situações de irregularidade⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4-5.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p.5

⁴⁶⁹ LORENZI, Gisella Werneck. *Op. cit.*

⁴⁷⁰ *Código de Menores de 1979*. Disponível em: <http://gramadosite.com/cultura/variedades/id:9765>. Acesso em: 24/05/08. Art.2º - Para efeitos deste código, considera-se em situação irregular o menor: I- Privado de condições

O Código de Menores de 1979 dispunha sobre assistência, vigilância e proteção aos menores de 18 anos, que se encontrassem em situação irregular, ou entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei. Eram previstas seis situações irregulares, que determinavam a competência da Justiça de Menores, graduadas desde o abandono até à infração penal. O Código propunha para elas seis diferentes medidas de assistência e proteção, desde a advertência ou entrega do menor a seus pais até a internação⁴⁷¹.

Foi criado, na década de 1940, o SAM (Serviço de Assistência aos Menores), com a finalidade essencial de organizar e normatizar os internatos e instituições públicas que desenvolviam ações com os menores; todavia não cumpriu sua função; como afirma Ligia Costa *ipsis litteris*, “o SAM não conseguiu cumprir a função para a qual fora criado, como acabou se tornando conhecido como “o internato dos horrores”, descrito no livro “Sangue, corrupção e vergonha”, de Paulo Nogueira Filho, diretor do internato na década de 1950, que decidiu denunciar os fatos graves que testemunhou”⁴⁷².

Além do SAM, assevera Gisella Lorenzi, algumas entidades federais de atenção à criança e ao adolescente ligadas à figura da primeira dama (esposas de governadores) foram criadas. Alguns destes programas visavam o campo do trabalho, sendo todos eles atravessados pela prática assistencialista:

LBA - Legião Brasileira de Assistência - agência nacional de assistência social criada por Dona Darcy Vargas. *Casa do Pequeno Jornaleiro*: programa de apoio a jovens de baixa renda baseado no trabalho informal e no apoio assistencial e socioeducativo. *Casa do Pequeno Lavrador*: programa de assistência e aprendizagem rural para crianças e adolescentes filhos de camponeses. *Casa do Pequeno trabalhador*: Programa de capacitação e encaminhamento ao trabalho de crianças e adolescentes urbanos de baixa renda. Casa das

essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis provê-las; *II*- Vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; *III*- Em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; *IV*- Privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; *V*- Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; *VI*- Autor de infração penal.

⁴⁷¹ ALVES, Roberto Barbosa. *Op. cit.*, p.6.

⁴⁷² LEITE, Ligia Costa. *Op. cit.*, p. 32.

Meninas: programa de apoio assistencial e socioeducativo a adolescentes do sexo feminino com problemas de conduta⁴⁷³.

A Casa do Pequeno Jornaleiro (CPJ) é uma instituição que tem como objetivo acolher, formar e orientar crianças e jovens (entre 11 e 18 anos de idade) das camadas sociais mais pobres. Foi criada em 8 de setembro de 1940, pela ex-primeira dama brasileira, Darcy Vargas. Inicialmente o seu objetivo era o de prestar assistência aos menores que trabalhavam como vendedores de jornais no centro do Rio de Janeiro⁴⁷⁴.

A LBA - Legião Brasileira de Assistência foi um órgão brasileiro fundado em 1942 pela então primeira dama, Darcy Vargas, com o objetivo de ajudar as famílias dos soldados enviados à Segunda Guerra Mundial. Com o final da guerra, se tornou um órgão de assistência a famílias necessitadas em geral. Era presidida pelas primeiras-damas. Em 1991, sob a gestão de Rosane Collor, foram feitas denúncias de esquemas de desvios de verbas da LBA. A LBA foi extinta durante o governo de Fernando Henrique Cardoso.

Desde meados da década de 1950, autoridades públicas, políticos e diretores do SAM condenavam o órgão e propunham a criação de um novo instituto. Em 1964, surge a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), instalada no primeiro ano da “revolução” de 31 de março, a qual instaurou uma ditadura militar que perduraria por vinte anos no Brasil. A Fundação tinha por missão oficial instituir o “Anti-SAM”, com diretrizes que se opunham àquelas criticadas no SAM. As propostas que surgem para a instauração de um novo órgão nacional centram-se na autonomia financeira e administrativa da instituição e na rejeição aos “depósitos de menores”, nos quais se transformaram os internatos para crianças e adolescentes das camadas populares⁴⁷⁵. A FUNABEM surgiu como gestora da política nacional e as FEBENS (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) como executoras. Adveio então, a doutrina da situação irregular.

⁴⁷³. LORENZI, Gisella Werneck. *Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/b5b6e570-9774-41f8-aed1-0f6505086ac6/Default.aspx>. Acesso em: 23/03/2009.

⁴⁷⁴ Casa do pequeno jornaleiro. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Casa_do_Pequeno_Jornaleiro. Acesso em: 01/05/2010.

⁴⁷⁵ RIZZINI, Irene. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*/Irene Rizzili e Irma Rizzili. Rio de Janeiro: Ed. PUC - Rio; Saraiva: Loyola, 2004, p. 35.

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tinha como objetivo formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, herdando do SAM prédio e pessoal e, com isso, toda a sua cultura organizacional. A FUNABEM propunha-se a ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação tinha na internação, tanto dos abandonados e carentes, como dos infratores, seu principal foco⁴⁷⁶.

“1950 - UNICEF no Brasil. Instalado em João Pessoa (PB) o primeiro escritório do UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) no Brasil com programas de proteção à saúde da criança e da gestante nos estados do nordeste brasileiro. 1979 - Instituição do Ano Internacional da Criança: definido pela ONU o ano internacional da criança⁴⁷⁷”.

Em 1983 foi fundada, em nome da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) a Pastoral da Criança, a qual vem, desde então desenvolvendo trabalho, de forma solidária, com diferentes parceiros, em torno da proteção da criança e do adolescente.

Em 1985 foi fundado o MNMMR - Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, em São Bernardo do Campo - São Paulo. Trata-se de uma organização sem fins lucrativos que tem como objetivo defender os direitos das crianças e dos adolescentes de rua, pertencentes quase sempre às camadas sociais baixas, transformá-los em sujeitos políticos e agentes de defesas de seus próprios direitos e da cidadania. Tem uma proposta pedagógica.

Segundo Maria Filomena Gregori, dentre os objetivos do MNMMR (Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua “está a organização de uma rede de educadores e programas de atendimento e a participação na elaboração de leis e políticas públicas que tenham relação direta com a qualidade de vida de crianças e adolescentes; este movimento esteve no centro de todas as mobilizações que cercaram a nova legislação da infância⁴⁷⁸”.

É composto por educadores, ativistas e colaboradores voluntários e tem atuação em praticamente todos os estados brasileiros. Seus operadores trabalham em prol dos direitos das

⁴⁷⁶ LORENZI, Gisella Werneck. *Op. cit.*

⁴⁷⁷ LORENZI, Gisella Werneck. *Marcos Históricos*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/22c53769-abb5-4377-81a8-2beb4301a927/Default.aspx>. Acesso em: 01/06/09.

⁴⁷⁸ GREGORI, Maria Filomena. *Meninos de rua e instituições: tramas, disputas e desmanche*/ Maria Filomena Gregori, Cátia Aínda Pereira da Silva. São Paulo: Contexto, 2000, p. 125.

crianças e adolescente, sobretudo dos que pertencem quase sempre às camadas sociais baixas, excluídas do contexto social, com o objetivo de transformá-los em sujeitos políticos, agentes de defesa de seus próprios direitos e da cidadania e garanti-los, como sujeitos de direitos, proteção integral, que consiste sem nenhuma distinção os direitos relativos à sobrevivência, ao desenvolvimento pessoal e social e a integridade física, psicológica e moral. Em 1990 foi criada a Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente com a finalidade de promover a defesa dos direitos e o exercício da cidadania da criança e do adolescente.

A Fundação Abrinq é uma organização social que, desde 1990, trabalha para que os direitos de crianças e adolescentes sejam respeitados. Ela luta para que todas as crianças nasçam e cresçam com saúde, possam estudar e brincar ao invés de trabalhar, tenham acesso à educação de qualidade e sejam protegidas de qualquer tipo de violência e exploração. Pautada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1989), Constituição Federal Brasileira (1988) e Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a Fundação tem como estratégias: estímulo e pressão para a implementação de ações públicas, fortalecimento de organizações não governamentais e governamentais para prestação de serviços ou defesa de direitos, estímulo à responsabilidade social, articulação política e social na construção e defesa dos direitos e conhecimento da realidade brasileira quanto aos direitos da criança e do adolescente. Os programas, projetos e ações da Fundação inserem-se em três eixos: Educação, Saúde e Proteção. Em 19 anos de atuação, beneficiou 6.226.698 crianças e adolescentes por todo o país. A atuação da Fundação Abrinq, centrada em resultados sociais, gestão por resultado e fundamentada em fatos e dados, está direcionando suas ações, programas e projetos para maximizar estes resultados em favor das crianças e adolescentes, para potencializá-los, principalmente em regiões com maiores vulnerabilidades sociais. A governança tem como objetivo aumentar a eficiência e eficácia dos programas e processos operacionais administrativos, ampliando os impactos das ações da Fundação Abrinq⁴⁷⁹.

Através da Lei nº. 8.242/1991, de 12 de outubro foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Criança (CONANDA), que juntamente com outros órgãos do sistema de garantia de direitos, do governo e da sociedade civil têm como incumbência elaborar, no âmbito do

⁴⁷⁹ PALÁCIOS, Marcos Pili. Fundação Abrinq e Save The Children unidas pelas crianças: Cooperação para a operação de programas e projetos em prol da criança. Disponível em: <http://www.rumosustentavel.com.br/fundacao-abrinq-e-save-the-children-unidas-pelas-criancas-cooperacao-para-a-operacao-de-programas-e-projetos-em-prol-da-crianca>. Acesso em: 01/10/2010.

Conselho as diretrizes e as linhas de ação definidas nos artigos 87 e 88⁴⁸⁰ da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para a Política Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

O Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança) exerce várias atribuições dentre estas: fiscalizar as ações de promoção dos direitos da infância e adolescência executadas por organismos governamentais e não-governamentais; definir as diretrizes para a criação e o funcionamento dos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares; estimular, apoiar e promover a manutenção de bancos de dados com informações sobre a infância e a adolescência; acompanhar a elaboração e a execução do orçamento da União, verificando se estão assegurados os recursos necessários para a execução das políticas de promoção e defesa dos direitos da população infanto-juvenil; convocar, a cada dois anos, a Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; gerir o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (FNCA)⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: *I* - políticas sociais básicas; *II* - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem; *III* - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; *IV* - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; *V* - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. *VI* - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; *VII* - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: *I* - municipalização do atendimento; *II* - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; *III* - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; *IV* - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente; *V* - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; *VI* - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei; *VII* - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

⁴⁸¹ Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança). Disponível em: <http://www.direitosdacrianca.org.br/conselhos/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 04/10/2010.

Em 1995 foi realizada a 1ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança. Com a ideia de ampliar a discussão relativa aos direitos da criança e do adolescente, o CONANDA propôs a realização da primeira Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. As conferências passariam a acontecer a cada dois anos, de maneira sequencial nos níveis regionais (no caso das metrópoles), municipais, estaduais e nacional⁴⁸².

“A década de 80 permitiu que a abertura democrática se tornasse uma realidade. Isto se materializou com a promulgação, em 1988, da Constituição Federal, considerada a Constituição Cidadã. Para os movimentos sociais pela infância brasileira, a década de 80 representou também importantes e decisivas conquistas. A organização dos grupos em torno do tema da infância era basicamente de dois tipos: os menoristas e os estatutistas. Os primeiros defendiam a manutenção do Código de Menores, que se propunha a regulamentar a situação das crianças e adolescentes que estivessem em situação irregular (Doutrina da Situação Irregular). Já os estatutistas defendiam uma grande mudança no código, instituindo novos e amplos direitos às crianças e aos adolescentes, que passariam a ser sujeito de direitos e a contar com uma Política de Proteção Integral. O grupo dos estatutistas era articulado, tendo representação e capacidade de atuação importantes. Formada em 1987, a Assembleia Nacional Constituinte, presidida pelo deputado Ulysses Guimarães, membro do PMDB, era composta por 559 congressistas e durou 18 meses. Em 5 de outubro de 1988, foi então promulgada a Constituição Brasileira que, marcada por avanços na área social, introduz um novo modelo de gestão das políticas sociais - que conta com a participação ativa das comunidades através dos conselhos deliberativos e consultivos. Na Assembleia Constituinte organizou-se um grupo de trabalho comprometido com o tema da criança e do adolescente, cujo resultado concretizou-se no artigo 227, que introduz conteúdo e enfoque próprios da Doutrina de Proteção Integral da Organização das Nações Unidas, trazendo os avanços da normativa internacional para a população infante-juvenil brasileira. Este artigo garante às crianças e adolescentes os direitos fundamentais de sobrevivência, desenvolvimento pessoal, social, integridade física, psicológica e moral, além de protegê-los de forma especial, ou seja, através de dispositivos legais diferenciados, contra negligência, maus tratos, violência, exploração, crueldade e opressão. Estavam lançadas, portanto, as bases do Estatuto da Criança e do Adolescente. É interessante notar que a Comissão de Redação do ECA teve representação de três grupos expressivos: o dos movimentos da sociedade civil, o dos juristas (principalmente ligados ao Ministério Público) e o de técnicos de órgãos governamentais (notadamente funcionários da própria Funabem). Muitas das entidades vindas dos movimentos da sociedade civil surgiram em meados da década de 80 e tiveram uma participação fundamental na construção deste arcabouço legal que temos hoje. Como exemplos, destaca-se o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), que surgiu em 1985 em São Bernardo do Campo, um importante centro sindical do país, e a Pastoral da Criança, criada em 1983, em nome da CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, envolvendo forte militância proveniente dos movimentos sociais da igreja católica⁴⁸³”.

⁴⁸² LORENZI. *Op. cit.*

⁴⁸³ LORENZI, Gisella Werneck. *Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. Acesso em: 07/10/2010.

É importante ressaltar que o Movimento Pró-Constituinte contou com a confecção e assinatura das Emendas Populares referentes aos direitos das crianças e dos adolescentes. Exemplo disso foi a apresentação de emendas resultantes da fusão de dois textos, “Crianças e Adolescentes” e “Crianças, Prioridade Nacional”, acompanhadas das assinaturas de 200.000 adultos e de 1.400.000 crianças e adolescentes. Tais emendas materializaram-se nos artigos 204 e 227 da Constituição Federal, expressão inequívoca do elenco de conquistas em favor de crianças e adolescentes (art. 227), assim como normatização das ações governamentais na área da assistência social, obedecendo a duas diretrizes fundamentais: descentralização e participação da sociedade (art. 204).

Após a conquista destes artigos, a concentração de forças em nível nacional, no Brasil, intensificou-se para desencadear o processo de elaboração e aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. A sociedade civil continuava voltada para um único objeto nacional; o desafio era, então, elaborar e aprovar o estatuto, o que definiria, efetivamente, a doutrina da proteção integral como norteadora da política para a Infância⁴⁸⁴.

A Constituição Federal definiu e assegurou os direitos das crianças e dos adolescentes, que passaram a ser vistos como sujeitos de direitos e como prioridade nacional, como pode ser observado no art. 227. O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou dispositivo legal, que assegura proteção integral e especial à criança, ao adolescente e ao jovem, até dezoito anos de idade e em alguns casos, até aos vinte e um anos.

Segundo Irene e Irma Rizzini⁴⁸⁵, os anos de 1990 foram marcados pelo esforço de implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Foram instituídas mudanças na lei em relação à questão da internação, dependendo da natureza da medida aplicada. O abrigo, como uma medida de caráter provisório e excepcional de proteção para crianças em situações consideradas de risco pessoal e social; e a internação, de adolescentes em instituições, como uma medida socioeducativa de privação de liberdade.

A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ocorreu em 13 de Julho de 1990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira: a produção de

⁴⁸⁴ Pró-Conselho. Instituto Telemig Celular. *Capacitação de Conselheiros de Direitos da Criança e do Adolescente e de Conselheiros Tutelares*. Gráfica e Editora: o Lutador, 2004, p.8/9.

⁴⁸⁵ RIZZINI, Irene. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*/Irene Rizzili e Irma Rizzili. Rio de Janeiro: Ed. PUC - Rio; Saraiva: Loyola, 2004, p. 48/49.

um documento de direitos humanos que contempla o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil. Este novo documento altera significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens. Como exemplo disto pode-se citar a restrição que o ECA impõe à medida de internação, aplicando-a como último recurso, restrito aos casos de cometimento de ato infracional⁴⁸⁶.

O Estatuto conta com 267 artigos, nos quais garante os direitos e deveres de cidadania a crianças e adolescentes, determinando ainda a responsabilidade dessa garantia aos setores que compõem a sociedade, sejam estes a família, o Estado ou a comunidade.

1.6.3.3. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988, que nos seus dispositivos enfatiza os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito, consagra no Título II, os direitos e garantias fundamentais, dividindo em cinco capítulos: o primeiro trata dos direitos e garantias individuais e coletivos; o segundo dos direitos sociais; o terceiro da nacionalidade; o quarto dos direitos políticos e o quinto dos partidos políticos. Portanto, a expressão “direitos fundamentais”, nesta dicotomia é gênero, incluindo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos. O estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios dos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltados, também, para torná-los compreensíveis pelas várias camadas sociais.

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos⁴⁸⁷”. Segundo o art. 3º, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o

⁴⁸⁶ LORENZI. *Op. cit.*

⁴⁸⁷ STEINER e ALSTON, *apud* PIOVESAN. *Op. cit.*, p.26.

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição inaugurou um verdadeiro sistema de proteção de direitos fundamentais que é próprio de crianças e de adolescentes. Assim, estabeleceu princípios que viriam a se converter em diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente: o reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e a garantia de prioridade absoluta no atendimento de seus direitos⁴⁸⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais. No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais⁴⁸⁹.

O título VIII, que trata da Ordem Social abrange: a seguridade social, a saúde, a previdência social, a assistência social, a educação, a cultura, o desporto, a ciência e tecnologia, a comunicação social, o meio ambiente, a família, o adolescente, o idoso e os índios. O Capítulo VII, faz alusão a Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso, nos artigos 226 ao 230. Os dois primeiros já transcrevemos na Parte II, Capítulo I e dos três restantes, devemos fazer referência àqueles que se referem à família, à criança e ao adolescente, no caso os artigos 228 e 229, que declaram o seguinte:

*Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*⁴⁹⁰.

O art. 227, que contempla os direitos das crianças e dos adolescentes, originou-se em razão da luta de organizações governamentais e não governamentais, sociedade civil, sindicatos e várias outras entidades representativas. Tal artigo, conforme já referimos anteriormente, atribui à família, à sociedade e ao Estado, a obrigação de assegurar à criança,

⁴⁸⁸ ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10.

⁴⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*/ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

⁴⁹⁰ BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. *Op.cit.*, p. 132.

ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, seus direitos pessoais e sociais, concebendo-os como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários da proteção integral. Celso Antônio Bandeira de Melo a define da seguinte forma:

“A Constituição é um mero feixe de leis, iguais a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico⁴⁹¹.”

A Constituição de cada país constitui sua lei fundamental, suprema, sua Magna Carta, devendo por todos ser fielmente cumprida. Sobre o tema, destaca Paulo Bonavides:

“Salvaguardar a Constituição figura, ao meu ver, como o princípio dos deveres do cidadão e do governante. Se os códigos foram, outrora, a expressão da legalidade, as Constituições são, agora, a essência da legitimidade. Sem legitimidade não há democracia, e sem democracia não prevalece o Estado de Direito. Faltando uma e outra, falta tudo a um povo para ser livre e digno. Todas as crises de legitimidade são crises constituintes⁴⁹².”

1.6.3.4. Código Civil Brasileiro

Os direitos fundamentais devem ser aplicados a leis de direito privado como direito imediatamente vigente; eles valem também para a aplicação e desenvolvimento judiciais do direito privado⁴⁹³. Sendo também fonte do direito relativo às crianças e aos adolescentes, o Código Civil abrange várias questões de interesse dos mesmos.

O novo Código Civil Brasileiro foi instituído pela Lei nº. 10.406/2002, de 10 de Janeiro, tendo revogado o Código de 1916, até então vigente e a primeira parte do Código Comercial de 1950. Está dividido em duas partes: geral e especial.

A parte geral discorre sobre as pessoas naturais, personalidade, capacidade; ausência, pessoas jurídicas, associações, fundações, domicílio, bens de todas as modalidades, fatos e

⁴⁹¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 12.

⁴⁹² BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.59.

⁴⁹³ Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação
CANARIS, Claus-Wilhelm, 1937. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª reimp. (Monografias). Coimbra: Edições Almedina, SA, 2009, p. 129/130.

negócios jurídicos, representação, dos defeitos e invalidade do negócio jurídico, dos atos jurídicos lícitos e ilícitos, prescrição e decadência.

A parte especial abrange alguns livros: o livro I trata do direito das obrigações; o II do direito de empresas; o III do direito das coisas, o IV do direito de família, o V do direito das sucessões e por último, o livro complementar, que dispõe sobre as disposições finais e transitórias. O direito de família, objeto da nossa pesquisa, versa sobre o casamento, a proteção da pessoa dos filhos, as relações de parentesco, a adoção, o poder familiar, o direito patrimonial, os alimentos, a união estável, a tutela e a curatela.

Sofreu algumas mudanças, sendo as mais importantes na área do Direito da Infância e da Juventude às ocorridas através da Lei nº. 11.698/2008, de 13 de Junho, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 para instituir e disciplinar a guarda compartilhada; a Lei nº. 12.010/2009, de 03 de agosto, que dispõe sobre adoção, tendo alterado as Leis números 8.069, de 13/07/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29/12/1992. A Lei nº. 12.010/2010, que revogou alguns dispositivos do Código Civil Brasileiro, da Consolidação das Leis do Trabalho e alterou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº. 10.406/2002, de 10 de janeiro revogou também alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 01/05/1943. Observamos que o art. 1.596 do Código Civil é idêntico ao art. 227 § 6.º da Constituição Federal/88, estatuinto o seguinte: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. A Lei nº 12.398/2011, de 28 de Março, incluiu ao art. 1.589, que diz: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”, o parágrafo único, que assim estabelece: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”. A Lei nº 12.647/2012, de 16 de Maio instituiu o Dia Nacional de Valorização da Família. A Lei nº 12.650/2012, de 17 de Maio, alterou o Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes. A Lei nº 12.685/2012, de 18 de Junho instituiu o Dia Nacional do Compromisso com a Criança, o Adolescente e a Educação. A Lei nº 12.696/2012, de 25 de Julho, alterou os artigos 132, 134 135 e 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre os Conselhos Tutelares.

Na Parte III deste trabalho, ao relatarmos sobre o direito à convivência familiar e comunitária abordaremos, de forma genérica, sobre a família, o poder familiar, a família substituta, as instituições de acolhimento e sobre outros dados relativos à matéria tanto no Brasil, quanto em Portugal.

1.6.3.5. Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)

Com o processo de redemocratização do Brasil a partir dos anos 80, o Direito do Menor foi duramente criticado e questionado por seu caráter estigmatizante e parcial. Essas críticas tornaram cada vez mais límpida a urgência em alterar os rumos das políticas públicas e da legislação concernente à realidade infanto-juvenil. Estava construído o quadro para o surgimento da Doutrina da Proteção Integral como novo modelo de atuação do Estado e da sociedade no que se referia à regulação jurídico-social da infância e adolescência. Surge o Estatuto tentando finalizar a discriminação existente à época do Código de Menores para igualar todos os sujeitos considerados crianças ou adolescentes, sejam negros, brancos, ricos, pobres, saudáveis ou portadores de deficiência⁴⁹⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei Federal nº. 8.069 e promulgada em julho de 1990, regulamentou o art. 227 da Constituição Federal de 1988, procurando assegurar e garantir a todas as crianças e adolescente, sem nenhuma discriminação de raça, religião, origem, classe social ou econômica todos os direitos fundamentais, protegendo-os de forma ampla e absoluta. O art. 4.º do Estatuto, já descrito anteriormente, também assegura e garante tais direitos, reconhecendo o princípio da proteção integral como suporte para a atuação da família, do Estado e da sociedade. Segundo o art. 15.º, a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Susi D'Angelo e Élcio D'Angelo lembram que: “O princípio da dignidade é um preceito, infelizmente, vem sendo relativizado em alguns países, desconsiderando as

⁴⁹⁴ SANTOS, Danielle Maria Espezim. *Dos Direito da criança e do adolescente*: livro didático / Danielle Maria Espezim dos Santos, Josiane Rose Petry Veronense; design instrucional Viviane Bastos. – Palhoça: UnisulVirtual, 2007, p. 35.

convenções internacionais a respeito deste importante fundamento basilar de qualquer Estado de Direito, ainda que não Democrático”⁴⁹⁵.

A Lei Federal nº. 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente. Determina que a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente deve ser feita "por um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios". Esta lei está dividida em dois livros. O primeiro livro versa sobre as disposições preliminares e os direitos fundamentais da infância e adolescência; podendo também ser denominada parte geral, que inclui: o direito à vida e à saúde; o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; o direito à convivência familiar e comunitária (da família natural, da família substituta, da guarda, da tutela, da adoção,); o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; o direito à profissionalização e à proteção no trabalho; a prevenção geral e a prevenção especial (da informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos, dos produtos e serviços, da autorização para viajar).

Em seu segundo livro, também denominada “*Parte especial*”, o Estatuto discorre sobre a política e as entidades de atendimento; a fiscalização das entidades; as medidas de proteção gerais e especiais; a prática de ato infracional; os direitos individuais; as garantias processuais; as medidas socioeducativas; a remissão; as medidas pertinentes aos pais ou responsável; o conselho tutelar (escolha, atribuições, competência, impedimento); o acesso à justiça; a justiça da infância e da juventude (disposições gerais, do juiz, dos serviços auxiliares); os procedimentos (disposições gerais, da perda e da suspensão do pátrio poder, da destituição da tutela, da colocação em família substituta, da apuração de ato infracional atribuído a adolescente, da apuração de irregularidades em entidade de atendimento, da apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente). Refere ainda sobre recursos; ministério público; advogado; proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos; crimes e infrações administrativas.

1.6.3.6. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993

⁴⁹⁵ D’ANGELO, Suzi e Élcio. *Direito de Família*. 1ª ed. Leme/SP: Anhanguera, 2010, p.134.

A Lei Complementar nº. 75/1993, de 20 de maio dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, que consoante o art. 1º é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis. Exercerá o Ministério Público da União, nos termos do art. 3º, o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública. Segundo o art. 4º são princípios institucionais do Ministério Público da União a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional⁴⁹⁶. O art. 5º estipula as suas funções institucionais e o seguinte as suas atribuições e competência.⁴⁹⁷ O art. 7º trata de outras incumbências do Ministério Público da União.

⁴⁹⁶ Lei Complementar nº. 75, de 20 de Maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em: 10/10/2010.

⁴⁹⁷ Lei Complementar nº. 75, de 20 de Maio de 1993. Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: a) a soberania e a representatividade popular; b) os direitos políticos; c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; d) a indissolubilidade da União; e) a independência e a harmonia dos Poderes da União; f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União; II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; b) às finanças públicas; c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; e) à segurança pública; III - a defesa dos seguintes bens e interesses: a) o patrimônio nacional; b) o patrimônio público e social; c) o patrimônio cultural brasileiro; d) o meio ambiente; e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação; b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade; VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei. § 1º Os órgãos do Ministério Público da União devem zelar pela observância dos princípios e competências da Instituição, bem como pelo livre exercício de suas funções. § 2º Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nelas estabelecidos.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: I - promover a ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar; II - promover a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; III - promover a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal; IV - promover a representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal; V - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; VI - impetrar habeas corpus e mandado de segurança; VII -

Sua estrutura compreende: o Ministério Público Federal; o Ministério Público do Trabalho; o Ministério Público Militar; e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A lei destaca ainda sobre a defesa dos direitos constitucionais; as garantias e as prerrogativas que têm os membros do Ministério Público da União; sobre a autonomia do Ministério Público; as atribuições, competências e funções dos Órgãos; as carreiras; os serviços auxiliares; as promoções; os afastamentos; os direitos; as designações; os vencimentos e vantagens; a aposentadoria e pensão; os deveres e vedações; os impedimentos e suspeições; as sanções; a prescrição; a sindicância; o inquérito administrativo e o processo administrativo.

promover o inquérito civil e a ação civil pública para: *a)* a proteção dos direitos constitucionais; *b)* a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; *c)* a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; *d)* outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; *VIII* - promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos; *IX* - promover ação visando ao cancelamento de naturalização, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; *X* - promover a responsabilidade dos executores ou agentes do estado de defesa ou do estado de sítio, pelos ilícitos cometidos no período de sua duração; *XI* - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis; *XII* - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; *XIII* - propor ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços; *XIV* - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: *a)* ao Estado de Direito e às instituições democráticas; *b)* à ordem econômica e financeira; *c)* à ordem social; *d)* ao patrimônio cultural brasileiro; *e)* à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação; *f)* à probidade administrativa; *g)* ao meio ambiente; *XV* - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção; *XVI* - (Vetado); *XVII* - propor as ações cabíveis para: *a)* perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal; *b)* declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças; *c)* dissolução compulsória de associações, inclusive de partidos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal; *d)* cancelamento de concessão ou de permissão, nos casos previstos na Constituição Federal; *e)* declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie direito do consumidor; *XVIII* - representar; *a)* ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins; *b)* ao Congresso Nacional, visando ao exercício das competências deste ou de qualquer de suas Casas ou comissões; *c)* ao Tribunal de Contas da União, visando ao exercício das competências deste; *d)* ao órgão judicial competente, visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível; *XIX* - promover a responsabilidade: *a)* da autoridade competente, pelo não exercício das incumbências, constitucional e legalmente impostas ao Poder Público da União, em defesa do meio ambiente, de sua preservação e de sua recuperação; *b)* de pessoas físicas ou jurídicas, em razão da prática de atividade lesiva ao meio ambiente, tendo em vista a aplicação de sanções penais e a reparação dos danos causados; *XX* - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis. § 1º Será assegurada a participação do Ministério Público da União, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, em qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional da União, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição. § 2º A lei assegurará a participação do Ministério Público da União nos órgãos colegiados estatais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição.

1.6.3.7. Lei nº. 12.010/2009

Com o advento da Lei nº. 12.010, que dispõe sobre adoção, “sancionada em 03/08/2009 e publicada no dia seguinte no Diário Oficial da União, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90 sofreu várias alterações; além de ter revogado alguns dispositivos do Código Civil Brasileiro, Lei nº. 10.406/2002 e da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452/43. Esta lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

Dentre as mudanças ocorridas pela Lei nº. 12.010, destacaremos algumas neste tópico, deixando para nos aprofundarmos um pouco mais no capítulo referente ao direito a convivência familiar e comunitária.

Substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, devendo este ser exercido pelos pais em igualdade de condições, possibilitando em caso de discordância entre ambos o direito de recorrerem à autoridade judiciária competente para solucionar a divergência.

Esta lei apresenta dados por demais importantes com relação ao direito fundamental à convivência familiar no seio da família natural, que é formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Esgotadas todas as possibilidades relacionadas à mesma deve ser buscado auxílio na família substituta. Acrescentou ao parágrafo único⁴⁹⁸ do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente o conceito de família extensa ou ampliada, consistindo esta na que se estende para além da unidade pais e filhos. Portanto, os parentes mais próximos, como por exemplo, tios, primos e cunhados terão prioridade na adoção.

Assegurou no art. 48 o direito do adotado conhecer a sua origem biológica bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar dezoito anos. Anteriormente, este direito era concedido judicialmente. O acesso ao reconhecimento das origens ou identidade genética é um direito da criança e do jovem, não devendo ser condicionado a qualquer fato e pode ajudá-lo em algum

⁴⁹⁸ Art. 25 do ECA: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. *Parágrafo único.* Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

tratamento médico, na cura ou na prevenção de alguma doença por exemplo. Assiste, em nossa opinião, razão a Stela Barbas quando, ao manifestar-se sobre a identidade genômica adota os seguintes posicionamentos:

“o ser humano tem direito à identidade genómica. Não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer suas raízes genómicas. A afirmação de que a paternidade genética não tem valor porque superada pela social é susceptível de críticas. Uma coisa é o reconhecimento da relevância da paternidade social, outra é sacrificar, postergar, em função da ênfase da paternidade social, o direito à identidade, mesmo que não tenha qualquer efeito patrimonial. Além do mais, se a paternidade social estiver despojada de efeitos patrimoniais, que consequências pejorativas teria essa identificação para o doador ao ponto de inviabilizar as doações? Se se considera que a doação prejudica o dador, significa que, pelo menos do ponto de vista psicológico, o genoma está a ser visto na perspectiva de um objecto susceptível de manipulação e de transferência⁴⁹⁹”.

Segundo a autora, o conhecimento das raízes genômicas permite realizar determinadas necessidades da criança: necessidades físicas, por um lado, uma vez que sabendo quem é o progenitor pode aceder à informação médica que precisa; necessidades psicológicas, por outro lado, na medida em que o desejo de saber as origens é um elemento fundamental do desenvolvimento psicossocial. O conhecimento das características genômicas do dador é fundamental para diagnosticar eventuais doenças genéticas e outras anomalias graves. Caso contrário, não é possível definir, em situações concretas, o meio de transmissão hereditária de certas enfermidades para os descendentes⁵⁰⁰.

A Lei nº. 12.010/2009, de 03 de agosto revogou vários artigos do Código Civil que se referiam sobre “adoção” e modificou dois, os quais passaram a ter as seguintes redações: “Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁰¹”.

⁴⁹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2007, p. 519.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p.520.

⁵⁰¹ BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz e Livia Céspedes. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

Fixa prazos para permanência e avaliação periódica de criança ou adolescente em acolhimento institucional, o que trará benefícios tanto na agilização dos processos de adoção quanto para a pessoa a ser adotada, podendo ocorrer exceções. Antes da lei 12.010/2009, o termo utilizado era “abrigo”.

Determinou atenção especial à gestante que pretende entregar o bebê, garantindo-lhe, através do Estado, assistência psicológica, médica e jurídica. Ela será encaminhada ao Juizado da Infância e terá todo acompanhamento necessário. Esta medida poderá evitar consequências negativas no futuro, como o abandono e maus tratos aos recém-nascidos.

Na opinião de Maria Berenice Dias, talvez o primeiro percalço esteja em impor à gestante ou à mãe que deseje entregar os filhos à adoção a necessidade de ser encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude (ECA 13, parágrafo único). O consentimento para a adoção precisa ser precedido de esclarecimento prestado por equipe interprofissional, em especial, sobre a irrevogabilidade da medida (ECA 166, § 2º). O consentimento precisa ser colhido em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público, e isso depois de esgotados os esforços para a manutenção do filho junto à família natural ou extensa (ECA 166, § 3º) ⁵⁰².

Sob a sua ótica, a adoção internacional, de fato, carecia de regulamentação. Mas foi tão exaustivamente disciplinada, impondo-se tantos entraves e exigências que, dificilmente, conseguirá alguém obtê-la. Até porque, o laudo de habilitação tem validade de, no máximo, um ano (ECA 52, VII). E, como só se dará a adoção internacional depois de esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros nacionais (ECA 51, II), havendo a preferência de brasileiros residentes no exterior (ECA 51, § 2º), parece que a intenção foi de vetá-la ⁵⁰³.

A referida lei criou o Cadastro Nacional de Adoção, o qual menciona os dados das pessoas que pretendem adotar e das crianças ou jovens que estão aptos para adoção; evitando assim, a adoção direta, que ocorre quando o interessado comparece no Juizado da Infância e da Juventude com a pessoa que quer adotar. As pessoas que pretendem adotar devem ser submetidas a uma preparação prévia, tanto psicossocial quanto jurídica; o que contribuirá

⁵⁰² DIAS, Maria Berenice. *Esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção?* Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_esvaziar_os_abrigos_ou_esvaziar_a_ado%27%E3o.pdf. Acesso em: 27/11/2010.

⁵⁰³ *Ibid.*, *Ibidem*.

positivamente com o processo de adaptação da criança e da família. A Resolução nº. 54, de 29 de Abril de 2008, que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção assevera em seu art. 1º⁵⁰⁴ que o Conselho Nacional de Justiça implantará o Banco Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados. O Banco Nacional de Adoção, conforme o art. 2º, ficará hospedado no Conselho Nacional de Justiça, assegurando o acesso aos dados nele contidos exclusivamente pelos órgãos autorizados.

Ao analisar esta lei, Murillo José Digíacomo ressalta que esta também procura acabar com práticas arbitrárias ainda hoje verificadas, como o afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem por simples decisão (administrativa) do Conselho Tutelar ou em sede de procedimento judicial inominado, instaurado nos moldes do art. 153, da Lei nº 8.069/90, passando a exigir a deflagração, em tais casos, de processo judicial contencioso, no qual seja assegurado aos pais ou responsável o indispensável exercício do contraditório e da ampla defesa (Artigos 101, §2º, 136, inciso XI e par. único e 153, par. único, da Lei nº 8.069/90⁵⁰⁵). Com muita precisão e sensível à matéria assevera o seguinte:

O controle judicial sobre a situação das crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar não deve ser exercido apenas no plano individual, pois também abrange a fiscalização das entidades que executam os programas respectivos, de modo a assegurar o efetivo respeito às normas e princípios estabelecidos na lei, o cumprimento das resoluções dos Conselhos de Direitos e a eficiência do trabalho por elas desenvolvido, tanto junto às

⁵⁰⁴ Resolução nº. 54, de 29 de abril de 2008. Disponível em:

<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id3855.htm>. Acesso em: 10/10/2010.

⁵⁰⁵ DIGÍACOMO, Murillo José. *Breves considerações sobre a nova “Lei Nacional de Adoção*. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>. Acesso em: 27/11/2010. “Lei nº 8.069/90. Art. 101: Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) *Parágrafo único*. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público. *Parágrafo único*. O disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)”.

crianças e adolescentes acolhidos quanto junto às suas respectivas famílias (cf. artigos 90, §3º, 92 e 95, da Lei nº 8.069/1990). Ao exigir mais controle, critério e responsabilidade para o acolhimento institucional, portanto, a Lei nº 12.010/2009 também reclama uma maior reflexão acerca do papel da Justiça da Infância e da Juventude na defesa dos direitos infanto-juvenis, procurando romper, em definitivo, com a concepção "menorista" que não raro ainda se faz presente entre os integrantes do "Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente", e tantos prejuízos têm causado a um número cada vez maior de crianças, adolescentes e famílias, que acabam sendo indevidamente separadas e fragmentadas, sem que seja realizado qualquer trabalho (sério e eficaz) voltado à sua reunificação, ante a injustificável omissão do Estado (lato sensu) em desenvolver políticas públicas capazes de prevenir semelhante situação e assegurar que o afastamento do convívio familiar se estenda pelo menor período de tempo possível⁵⁰⁶.

A lei nº. 12.010/2009⁵⁰⁷ incluiu alguns tópicos referentes à criança e ao adolescente indígenas, acrescentando ao art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os seguintes dispositivos: § 6º em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

1.7. Política Pública de Assistência Social do Brasil

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, de 1993, e consequentemente a formulação da PNAS/2004 (Plano Nacional de Assistência Social) e a construção e regulação do Sistema Único de Assistência Social - SUAS e da sua Norma Operacional Básica - NOB/SUAS tornam-se necessária a reflexão da política de gestão do trabalho no âmbito da Assistência Social, visto que a mesma surge como

⁵⁰⁶ DIGIÁCOMO, Murillo José. *A nova "Lei de Adoção" e a judicialização do acolhimento institucional*. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=925>. Acesso em: 27/11/2010.

⁵⁰⁷ SOUSA, Evaldo Sebastião de. (Coord.). *Lei da convivência familiar e comunitária: comentários*. Goiânia: MP/GO, 2010, p. 15/16.

eixo delimitador e imprescindível à qualidade da prestação de serviços da rede socioassistencial⁵⁰⁸.

A Constituição Federal de 1988 definiu que a Assistência Social, junto com a Saúde e a Previdência, formariam a Seguridade Social para que todos tivessem acesso à proteção social. A partir disto, a Assistência Social passou a ser uma política pública. No dia 15 de outubro de 2004, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) aprovou a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), que define o funcionamento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), responsável pela organização e aplicação da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) em todos os 5.561 municípios brasileiros. Para proteger a família das situações de risco, o SUAS criou os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS). Os CRAS são instalados conforme o número de habitantes por área nos municípios e são responsáveis pela oferta de serviços continuados de Proteção Social Básica⁵⁰⁹.

Conforme assegura Evaldo Vieira⁵¹⁰, na democracia totalitária, a política social persegue o valor supremo da igualdade real entre os homens que vivem em sociedade; por isso a política econômica normalmente não lhe rouba a cena, situando-se ao lado da política social porque esta é o fim superior daquela, ao menos enquanto ideologia. A política social nasce assim da crítica à desigualdade social e espelha em suas origens vigorosa pretensão humana da igualdade. No interior da democracia totalitária a denúncia radical à iniquidade entre os homens constitui o suporte indispensável da política social.

Declara ainda, com muita precisão que a noção de democracia, que constitui a base da democracia liberal, se vincula à igualdade de oportunidade segundo a capacidade de cada indivíduo, e não à igualdade real na sociedade. E que no âmbito da democracia liberal, a desigualdade social, a dominação de uma classe social sobre outra pode ser admitida desde que esteja assegurada a igualdade de cidadania, a qual representa um princípio de igualdade, desdobrado em diversos direitos que se foram acrescentando aos poucos⁵¹¹.

⁵⁰⁸ *Sistema Único de Assistência Social – SUAS. Compromissos e responsabilidades para assegurar proteção social pelo Sistema Único de Assistência Social. Brasília, Dezembro de 2006, p. 20.*

⁵⁰⁹ *Centros de Referência de Assistência Social.*

Disponível em: <http://www.recria.org.br/quemcompoe/governamentais/fas/creas>. Acesso em: 19/10/2010.

⁵¹⁰ VIEIRA, Evaldo. *Os direitos e a política social*. São Paulo: Cortez, 2004, p.176.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 190.

Um novo Estado requer mudanças de atitudes dos municípios; requer programas e projetos pontuais, universalidade do direito aos desassistidos de todas as formas etc. Deve haver política pública e não assistencialismo das primeiras damas; a desigualdade é grande. A pobreza, o desemprego e a violência têm aumentado de forma considerável nestes últimos anos, sobretudo nos países subdesenvolvidos. “O termo exclusão social confunde-se, comumente, com desigualdade, miséria, indigência, pobreza (relativa ou absoluta), apartação social, dentre outras. Entretanto, diferentemente de pobreza, miséria, desigualdade e indigência, que são situações, a exclusão social é um processo que pode levar ao acirramento da desigualdade e da pobreza e, enquanto tal apresenta-se heterogênea no tempo e no espaço⁵¹²”.

Segundo Paulo Bonavides, “em países subdesenvolvidos, nominalmente democráticos, há um círculo *minimum* constitucional, onde operam as instituições que o poder oficializou, ao passo que nos países desenvolvidos esse *minimum* se converte em *maximum*⁵¹³”.

Acerca desta temática, destaca ainda:

“O drama dos países subdesenvolvidos em presença do problema populacional decorre do fato de que o aumento da produção econômica não acompanha o aumento muito mais veloz da população, produzindo assim um fosso onde se despenham todas as esperanças de uma partida efetiva para o desenvolvimento. A taxa de incremento demográfico absorve toda a taxa de acréscimo da produtividade. As consequências dolorosas são o rebaixamento contínuo das condições de vida dos povos subdesenvolvidos, impotentes para satisfazer sequer as necessidades primárias de pão, roupa e teto, do mesmo passo que as demais necessidades secundárias do conforto proporcionado pela sociedade tecnológica ficam para eles como uma quimera ou esperança cada vez mais remota⁵¹⁴”.

Vimos no Brasil muitas desigualdades; pessoas sem acesso aos principais direitos essenciais a uma vida digna, vivendo em favelas, debaixo de pontes, nas ruas, sem nenhuma perspectiva de melhoria de vida. Todas as ações assistencialistas contribuem, amenizam os problemas momentâneos, de alimentação, moradia, vestuário, saúde, como em casos de enchentes, terremotos, secas, dentre outros, no entanto, não proporcionam segurança, tranquilidade; é preciso que haja ações que promovam a cidadania, uma intervenção efetiva

⁵¹² Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004. Norma Operacional Básica - NOB/SUAS*. Brasília, Novembro/2005; reimpresso em maio/2009, p. 36.

⁵¹³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 49.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 76.

do Estado, um compromisso maior dos governantes. O Brasil, nessa perspectiva, continua sendo um país subdesenvolvido.

E esse *Subdesenvolvimento*, revela Marcio Pochmann, Presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em entrevista à revista Visão Classista, em 09/03/2012 “*não expressa apenas à desigualdade de renda, mas também a forma como a classe trabalhadora é inserida no mercado de trabalho*”. Sustenta ainda que:

“no Brasil de hoje, 70% dos empregos gerados são vinculados ao setor de serviços. Mas o futuro dos serviços depende da estrutura produtiva industrial e da agropecuária. Somente o enfrentamento do subdesenvolvimento, com uma política baseada em um projeto nacional de crescimento e de transformação de sua estrutura produtiva, poderá nos criar condições favoráveis para fazer com que parcela significativa dos brasileiros deixe de ser prisioneira de uma situação tão primária⁵¹⁵”.

A assistência tem se constituído o instrumento privilegiado do Estado para enfrentar a questão social sob a aparência de ação compensatória das desigualdades sociais. O assistencial, como mecanismo presente nas políticas sociais, revela-se, ao mesmo tempo, como exclusão e inclusão aos bens e serviços prestados direta ou indiretamente pelo Estado⁵¹⁶.

Sendo a adolescência um momento da vida humana caracterizado por profundas mudanças tanto físicas quanto emocionais, mentais e sociais, o adolescente precisa de apoio, orientação e atenção constantes.

A assistência social, política pública não contributiva, é dever do Estado e direito de todo cidadão que dela necessitar. Entre os principais pilares da assistência social no Brasil estão a Constituição Federal de 1988, que dá as diretrizes para a gestão das políticas públicas, e a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), de 1993, que estabelece os objetivos, princípios e diretrizes das ações.

1.7.1. Loas: Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)

⁵¹⁵ POCHMANN, Marcio. *O Brasil ainda é um país subdesenvolvido*. Visão Classista, Revista dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil. São Paulo, nº 09, Março/2012, p. 10/14.

⁵¹⁶ SPOSATI, Adaiza de Oliveira... *et. al.* A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 30.

A Lei Orgânica de Assistência Social, Lei nº. 8.742/1993, de 07 de Dezembro, que dispõe sobre a Organização da Assistência Social, reconhece a Assistência Social como direito do cidadão e dever do Estado e tem como propósito garantir às necessidades básicas, foi alterada pelas Leis números 11. 259/2005, de 30 de Dezembro; 10.684/2003, de 30 de Maio; 9.711/1998, de 20 de Novembro; 9.720/1998, de 30 de Novembro. A Lei nº. 12.101/2009, de 27 de Novembro, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social também revogou alguns dispositivos da Lei nº. 8.742/93. “A assistência social, através de seus programas, torna-se, assim o conjunto de práticas que o Estado desenvolve direta ou indiretamente, junto às classes subalternizadas, com aparente caráter compensatório das desigualdades sociais geradas pelo modo de produção⁵¹⁷”.

Dentre os direitos assegurados pela Lei Orgânica de Assistência Social destacamos os seguintes serviços essenciais; os auxílios eventuais, como auxílio natalidade, auxílio funeral, ações assistenciais, emergenciais; benefício de prestação continuada para as pessoas com deficiência e idosos, obedecendo aos critérios nela estipulados; enfim, institui programas e projetos destinados àqueles que se encontram excluídos, vulneráveis e têm seus direitos ameaçados ou violados.

Os princípios que regem a assistência social estão especificados no art. 4º da Lei nº. 8.742/93⁵¹⁸, os quais estão em perfeita sintonia com os preceitos constitucionais. Nos termos do art. 11º “as ações das três esferas de governo na área de assistência social realizam-se de forma articulada, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos programas, em suas respectivas esferas, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”. Neste último dispositivo legal observamos que as responsabilidades são divididas entre os entes federativos (federal, estadual, Distrito Federal e municipal); dentro da competência de cada um, devidamente estipuladas por esta lei.

⁵¹⁷ *Ibid, ibidem.*

⁵¹⁸ Lei nº. 8.742 - de 7 de Dezembro de 1993 - DOU de 08/12/93 – alterada. Disponível em: http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/index.html?lei_8_742___07121993.htm. Acesso em: 19/10/1010. Art. 4º *A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.*

Respalhada na Constituição Federal Brasileira/1988 e na Lei Orgânica de Assistência Social, a Organização da Assistência Social obedece algumas diretrizes, tais como: a descentralização político-administrativa, a participação da população através de organizações representativas na formulação das políticas e no controle das ações, sendo cada esfera de governo responsável pela condução e fiscalização; ter como meta a implementação de serviços, benefícios, programas, projetos e ações destinadas às famílias que efetivamente necessitem; que preencham os critérios essenciais para serem incluídas nos mesmos.

A Loas (Lei Orgânica de Assistência Social) determina que a assistência social seja organizada em um sistema descentralizado e participativo, composto pelo poder público e pela sociedade civil. A IV Conferência Nacional de Assistência Social deliberou, então, a implantação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Cumprindo essa deliberação, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) implantou o SUAS (Sistema Único de Assistência Social), que passou a articular meios, esforços e recursos para a execução dos programas, serviços e benefícios socioassistenciais. O SUAS organiza a oferta da assistência social em todo o Brasil, promovendo bem-estar e proteção social a famílias, crianças, adolescentes e jovens, pessoas com deficiência, idosos e todos que dela necessitarem. As ações são baseadas nas orientações da nova Política Nacional de Assistência Social (PNAS), aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) em 2004. A gestão das ações socioassistenciais segue o previsto na Norma Operacional Básica do SUAS (NOB/SUAS) que disciplina a descentralização administrativa do Sistema, a relação entre as três esferas do Governo e as formas de aplicação dos recursos públicos. Entre outras determinações, a NOB reforça o papel dos fundos de assistência social como as principais instâncias para o financiamento da PNAS⁵¹⁹.

1.7.2. Norma Operacional Básica (NOB)

A Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde/NOB-SUS 96, como instrumento de regulação do SUS, além de incluir as orientações operacionais propriamente ditas, explícita e dá consequência prática, em sua totalidade, aos princípios e às diretrizes do Sistema, consubstanciados na Constituição Federal e nas Leis nº. 8.080/90 e nº. 8.142/90, favorecendo, ainda, mudanças essenciais no modelo de atenção à saúde no Brasil. Tem por

⁵¹⁹ *Assistência Social*. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial>. Acesso em: 19/10/2010.

finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a consequente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS (Sistema Único de Saúde). A Norma Operacional Básica 2005 disciplina a operacionalização da gestão da política de assistência social, conforme a Constituição Federal de 1988, a LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social) e legislação complementar aplicável nos termos da Política Nacional de Assistência Social de 2004, sob a égide de construção do SUAS (Sistema Único de Assistência Social), abordando, dentre outras coisas: a divisão de competências e responsabilidades entre as três esferas de governo; os níveis de gestão de cada uma dessas esferas; as instâncias que compõem o processo de gestão e controle dessa política e como elas se relacionam; a nova relação com as entidades e organizações governamentais e não governamentais; os principais instrumentos de gestão a serem utilizados; e a forma da gestão financeira, que considera os mecanismos de transferência, os critérios de partilha e de transferência de recursos. Busca-se, dessa forma, a plena responsabilidade do poder público municipal. Assim, esse poder se responsabiliza como também pode ser responsabilizado, ainda que não isoladamente. Os poderes públicos estadual e federal são sempre corresponsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal (inciso II do Artigo 23, da Constituição Federal). Essa responsabilidade, no entanto, não exclui o papel da família, da comunidade e dos próprios indivíduos, na promoção, proteção e recuperação da saúde⁵²⁰.

A Resolução nº. 269, de 13 de Dezembro de 2006 aprovou a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social - NOB-RH/SUAS e a Resolução nº. 01, de 25 de Janeiro de 2007 publicou o texto da Norma Operacional básica de Recursos Humanos - NOBRH/SUAS.

Integra a NOB-RH/SUAS uma Política de Capacitação dos trabalhadores públicos e da rede prestadora de serviços, gestores e conselheiros da área, de forma sistemática, continuada, sustentável, participativa, nacionalizada e descentralizada, respeitadas as diversidades regionais e locais, e fundamentada na concepção da educação permanente. Os

⁵²⁰ *Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde - SUS* (Publicada no D.O.U.de 6/11/1996). Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NOB%2096.pdf>. Acesso em: 10/10/2010.

princípios e diretrizes contidos na presente NOB/RH-SUAS têm por finalidade primordial estabelecer parâmetros gerais para a gestão do trabalho a ser implementada na área da Assistência Social, englobando todos os trabalhadores do SUAS, órgãos gestores e executores de ações, serviços, programas, projetos e benefícios da Assistência Social, inclusive quando se tratar de consórcios públicos e entidades e organizações da assistência social⁵²¹.

NOB (Norma Operacional Básica): é o instrumento normativo que definirá o modo de operacionalizar os preceitos da legislação que rege o Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Enquanto que NOB/RH-SUAS é o instrumento normativo responsável pela definição de diretrizes e responsabilidades no âmbito da política do trabalho na área da assistência social. O mesmo está previsto como Meta 2 na Deliberação da V Conferência Nacional da Assistência Social, a seguir descrita: “Construir e implementar a política de gestão de pessoas, mediante a elaboração e aprovação de Norma Operacional Básica específica à criação de plano de carreira, cargos e salários, com a participação dos trabalhadores sociais e suas entidades de classes representativas⁵²²”.

A revisão da Norma Operacional Básica NOB/SUAS foi pactuada em reunião do Conselho Nacional de Assistência Social, por meio da Comissão Intergestora Tripartite (CIT), entre os representantes dos três níveis de Governo. A NOB/SUAS 2010 reconhece o esforço de habilitação e adesão de municípios e estados ao instituir Conselho, Plano e Fundo e de implantar os serviços socioassistenciais. Reconhece, também, a necessidade de instruir novas práticas, mecanismos e instrumentos que favoreçam o aperfeiçoamento do sistema. A Norma Operacional Básica 2010 do SUAS disciplina a gestão pública da Política de Assistência Social no território brasileiro, exercida de modo sistêmico pelos entes federativos, em consonância com a Constituição da República de 1988, a LOAS e as legislações complementares a ela aplicáveis. Reafirma os aspectos da NOB SUAS 2005 que permanecem atuais e aplicáveis nesse novo 10º estágio do SUAS e revê aspectos que foram superados a partir do processo de desenvolvimento do sistema. Os aspectos da revisão da NOB SUAS de 2005 são: a) ênfase no aprimoramento da gestão e qualificação de serviços e benefícios; b) valorização do planejamento e o acompanhamento como estratégias para o aprimoramento da gestão e qualificação de serviços e benefícios; c) definição dos níveis de gestão dos

⁵²¹ *Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS-NOB-RH/SUAS. Sistema Único de Assistência Social - SUAS*. Brasília-DF, 2006.

⁵²² *Ibid.*, *ibidem*.

municípios com base em indicadores mensurados a partir da realização de diagnóstico socioterritorial e de responsabilidades contidas em matriz de responsabilidades, refletindo o estágio de organização da gestão e dos serviços. d) definição de patamares de aprimoramento da gestão e qualificação de serviços e benefícios a serem planejados e alcançados; e) celebração de pacto de aprimoramento da gestão nas instâncias de pactuação, como a tradução das responsabilidades contidas no plano de assistência social; f) a instituição dos blocos de financiamento para o cofinanciamento dos serviços de proteção social básica e especial e para o cofinanciamento da gestão e de investimentos, como incentivos; g) a articulação entre os processos de planejamento, monitoramento e o financiamento; h) o planejamento das responsabilidades dos conselhos de assistência social; i) regras de transição⁵²³.

Além de regulamentar as ações socioassistenciais, disciplinar a descentralização administrativa do Sistema Único de Assistência Social e as formas de aplicação dos recursos públicos valoriza e incentiva as finalidades dos fundos de assistência social, os quais são muito importantes para o financiamento da Política Nacional de Assistência Social (PNAS).

1.7.3. Política Nacional de Assistência Social (PNAS)

A Política Nacional de Assistência Social - PNAS é uma política que junto com as políticas setoriais, considera as desigualdades sócio-territoriais, visando seu enfrentamento, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender à sociedade e à universalização dos direitos sociais. O público dessa política são os cidadãos e grupos que se encontram em situações de risco. Ela significa garantir a todos, que dela necessitam, e sem contribuição prévia a provisão dessa proteção; permite a padronização, melhoria e ampliação dos serviços de assistência no país, respeitando as diferenças locais⁵²⁴. Também é regida pelos princípios mencionados no art. 4º da Lei Orgânica de Assistência Social, já acima descrito.

Esta política tem como meta melhorar e ampliar os serviços assistenciais no país nas zonas urbana e rural; trabalhar em prol do direito a convivência familiar e comunitária; contribuir com a inclusão das pessoas a programas, projetos, ações e benefícios que deles

⁵²³ *NOB/SUAS 2010: Norma Operacional Básica já está disponível para consulta pública.* Disponível em: <http://www.amac.org.br/noticias/216-nobsuas-2010-norma-operacional-basica-para-consulta-publica>. Acesso em: 19/10/2010.

⁵²⁴ *Política Nacional de Assistência Social (PNAS).* Disponível em: <http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/assistencia-social/usuario/pnas-politica-nacional-de-assistencia-social-institucional>. Acesso em: 19/10/2010.

necessitarem; sem discriminação de qualquer ordem e sem contra partida, respeitando o direito à dignidade humana, a igualdade e a promoção da equidade no sentido de reduzir as desigualdades sociais, econômicas e financeiras.

O SUAS foi a principal deliberação da IV Conferência Nacional de Assistência Social, realizada em Brasília (DF), em 2003; requisito essencial da LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS) para dar efetividade à assistência social como política pública.

A Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004 foi aprovada após decisão do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS, por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social - SUAS e do Conselho Nacional de Assistência Social - SNAS. Esta política propõe um pacto federativo nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal, dentro de suas atribuições e competências. “Propõe ainda uma rede prestadora de serviços, com a participação e mobilização da sociedade civil, por meio dos movimentos sociais, e dos organismos governamentais e não governamentais, os quais têm, em conjunto, papel efetivo na sua implantação e implementação⁵²⁵”.

A base desta nova sistemática prima pelo cumprimento dos dispositivos do inciso IX do art. 18 da LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social) e do preconizado na PNAS/2004 (Política Nacional de Assistência Social), propondo que a partilha dos recursos dos fundos de Assistência Social nacional, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios siga critérios pautados em diagnósticos e indicadores socioterritoriais locais e regionais que deem conta de contemplar as demandas e prioridades apresentadas de forma específica, a partir das diversidades apresentadas pelas diferentes realidades que convivem no país, bem como em pactos nacionais e em critérios de equalização e correção de desigualdades⁵²⁶.

1.7.4. Sistema Único de Assistência Social (SUAS)

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS) é o modelo de gestão utilizado no Brasil para operacionalizar as ações de assistência social. O SUAS foi criado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome a partir do previsto na Lei Federal nº 8.742, de

⁵²⁵ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004. Norma Operacional Básica - NOB/SUAS*. Brasília, Novembro/2005; reimpresso em maio/2009, p. 39.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 130.

7 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)⁵²⁷. É um dos três componentes do sistema de Seguridade Social no Brasil. Sua descrição e diretrizes básicas estão contidas na Constituição brasileira nos artigos 203 e 204, sendo que sua regulamentação está sistematizada pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS). Seguridade social no Brasil ou segurança social em Portugal consiste num conjunto de políticas sociais cujo fim é amparar e assistir o cidadão e a sua família em situações como a velhice, a doença e o desemprego. Em Portugal, a segurança social é de responsabilidade do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social por meio da Segurança Social⁵²⁸. Trata-se de um organismo criado pelo estado para prover condições de provisionamento e condições de vida a todos os cidadãos portugueses. Para tal, é retirada uma comissão percentual em todos os rendimentos ou proveitos de trabalhadores dependentes, independentes ou pessoa colectiva, de modo a criar um fundo comunitário. Esse fundo existe para situações de desemprego, reformas pensionárias, salário mínimo garantido, abonos familiares, cuidados de saúde e outras regalias sociais⁵²⁹. A Previdência Social (no Brasil) ou Segurança Social (em Portugal) consiste num conjunto de políticas sociais cujo fim é amparar e assistir o cidadão e à sua família em situações como a velhice, a doença e o desemprego.

A seguridade social, no entendimento de Beatriz Paiva, é uma das principais conquistas sociais da Constituição Federal de 1988, institucionalizando uma forma inovadora de organizar as iniciativas dos Poderes Públicas e da sociedade no acesso aos direitos da previdência social, saúde e assistência social. Sua materialização, contudo, é profundamente dependente da capacidade estatal de garantir os recursos necessários à sua sustentabilidade orçamentária e financeira⁵³⁰. O SUAS materializa o conteúdo da LOAS cumprindo as exigências para a realização dos objetivos e resultados esperados que devem consagrar direitos de cidadania e inclusão social.

Pressupõe uma gestão compartilhada, co-financiamento da política nas três esferas de governo e definição clara das competências técnico-políticas da União, Estados, Distrito

⁵²⁷ *Sistema Único de Assistência Social (SUAS)*.

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_%C3%AAnico_de_Assist%C3%AAncia_Social. Acesso em: 20/10/2010.

⁵²⁸ *Seguridade social*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Seguridade_social. Acesso em: 06/02/2011.

⁵²⁹ *Segurança Social Portuguesa*.

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Seguran%C3%A7a_Social_Portuguesa. Acesso em: 06/02/2011.

⁵³⁰ PAIVA, Beatriz Augusto. *O Suas e os direitos sociassistenciais: a universalização da seguridade social em debate*. Revista Quadrimestral de Serviço Social. São Paulo: Cortez editora, nº. 87, Setembro/2006, p. 6.

Federal e Municípios, com a participação e mobilização da sociedade civil, e estes têm o papel efetivo na sua implantação e implementação⁵³¹.

Com a implantação do SUAS (Sistema Único de Assistência Social), a assistência social sai do campo do assistencialismo e do clientelismo para o âmbito das políticas públicas e das ações normatizadas. A presença do SUAS nos municípios é marcada pelo CRAS, que presta apoio as famílias através de uma equipe constituída por um psicólogo, uma assistente social além de outras pessoas de apoio. Os dois polos de referências que integram o Suas são: o CRAS (Centro de Referência da Assistência Social) e o CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social).

“O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) aprovou empréstimo de US\$ 66 milhões ao Governo Brasileiro para melhorar a qualidade dos serviços socioassistenciais oferecidos pelas unidades de atendimento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), a partir de ações do fortalecimento da capacidade institucional do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), gestor e regulador do sistema. Ainda que o Brasil tenha avançado exponencialmente em seus índices sociais, existem cerca de 16 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza; 75% destas nas regiões Norte e Nordeste”⁵³².

A Assistência Social, considerada como dever do Estado e direito do cidadão, nos termos do art. 203 da Constituição Federal de 1988⁵³³ será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Logo, a Assistência não é um programa de governo e sim uma política pública, que deve ser executada pelos governos federal, estadual e municipal.

⁵³¹ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004. Norma Operacional Básica - NOB/SUAS*. Brasília, Novembro/2005; reimpresso em maio/2009, p.39.

⁵³² Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Sistema Único de Assistência Social do Brasil receberá US\$ 66 milhões do BID*. Notícias de 17/05/2012. Disponível em: <http://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2012-05-17/reforco-sistema-unico-de-assistencia-social-no-brasil,9987.html>. Acesso em 14/8/2012.

⁵³³ SILVA, Alfredo Canellas da. (Organizador= Org.). *Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais: constituição da República Federativa do Brasil*. por Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 570.

Estes mesmos objetivos estão contemplados no art. 2º da Lei Orgânica de Assistência Social, Lei nº. 8742/1993, de 7 de Dezembro, que segundo seu parágrafo único a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.

Pedro Demo, na sua obra “Política Social, Educação e Cidadania” ao comentar sobre “Assistência” e “Assistencialismo” faz a seguinte distinção⁵³⁴: O “assistencialismo” significa sempre o cultivo do problema social sob a aparência da ajuda; humilha a pessoa que recebe benefícios, reservando-lhe apenas sobras, esmolas, provocando a dependência diante do doador, desmobilizando o potencial de cidadania no assistido. Enquanto o assistencialismo é estratégia de manutenção das desigualdades sociais, a assistência corresponde a um direito humano; cabe ao Estado cumprir adequadamente esse dever, sobretudo não rebaixar assistência a assistencialismo.

O Sistema Único da Assistência Social - SUAS - é um sistema não contributivo, descentralizado e participativo que tem por função a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social brasileira. Configura-se como o novo reordenamento da Política de Assistência Social na perspectiva de promover maior efetividade de suas ações. No Sistema Único de Assistência Social, os serviços, programas, projetos e benefícios da Assistência Social são reorganizados por níveis de Proteção Social Básica e Proteção Social Especial⁵³⁵. Os serviços socioassistenciais no SUAS são organizados segundo as seguintes referências: vigilância social, proteção social e defesa social e institucional⁵³⁶.

1.7.5. Proteção Social Básica

No SUAS (Sistema Único de Assistência Social) os serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social são reorganizados por níveis de proteção, em Proteção Social

⁵³⁴ DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. Campinas, São Paulo: Papirus, 1994, p. 30.

⁵³⁵ *Sistema Único de Assistência Social-SUAS*. Disponível em:

http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1053&Itemid=322. Acesso em: 19/10/2010.

⁵³⁶ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004. Norma Operacional Básica - NOB/SUAS*. Brasília, Novembro/2005; reimpresso em maio/2009, p.39.

Básica (voltada à prevenção de situações de riscos pessoal e social, fortalecendo a potencialidade das famílias e dos indivíduos) e Proteção Social Especial (voltada à proteção de famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social), tendo por base o território, de acordo com sua complexidade, respeitada a diversidade regional e local. A proteção social especial deve afiançar acolhimento e desenvolver atenções socioassistenciais a famílias e indivíduos para possibilitar a reconstrução de vínculos sociais e conquistar maior grau de independência individual e social. Deve ainda, defender a dignidade e os direitos humanos e monitorar a ocorrência dos riscos e do seu agravamento⁵³⁷. A proteção social deve garantir as seguintes seguranças: segurança de sobrevivência (de rendimentos e de autonomia); de acolhida; de convívio ou vivência familiar. O CRAS executa as ações de proteção social básica e o CREAS as ações de proteção social especial.

A segurança de sobrevivência trata-se de uma garantia destinada àqueles que efetivamente necessitam para suas sobrevivências, como as pessoas com deficiência, os idosos, os desempregados, as famílias desprovidas de condições financeiras e essenciais a uma vida digna. A segurança de acolhida é analisada com bastante critério pela política de assistência social, que deve ter cuidado de verificar as necessidades humanas básicas, tais como, alimentação, vestuário, habitação, em suma, o essencial para uma vida tranquila, segura e digna.

1.7.5.1. Centros de Referência: CRAS e CREAS

CRAS: O Centro de referência de assistência social, que tem como finalidade primordial a prevenção, presta serviços e executa ações no âmbito da Proteção Social Básica com o propósito de atingir as famílias, seus membros e indivíduos que estão em situação de vulnerabilidade social nos municípios, através de medidas preventivas, objetivando fortalecer os laços familiares e comunitários, prevenir situações de risco. “Os Cras são estruturados de acordo com o porte do município, em áreas de maior vulnerabilidade social, para gerenciar e executar ações de proteção básica no território referenciado⁵³⁸”.

⁵³⁷ *Centro de Referência Especializado de Assistência Social - Creas. Guia de Orientação Nº. 1.* Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_geral/leg_geral_federal/creas.doc Acesso em: 19/10/2010.

⁵³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para conselhos da área de assistência social*. 2ª ed. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2009, p. 41.

Têm como principais atribuições orientar e informar a população sobre os seus direitos, sobre os serviços, programas e projetos existentes nos seus municípios; articular-se com a rede de proteção social local; promover a inserção das famílias nos serviços de assistência social; mapear e organizar a rede socioassistencial de proteção básica; promover ações intersetoriais; realizar encaminhamentos para outras políticas; trabalhar as famílias e os indivíduos em seu contexto comunitário, visando a orientação e o convívio sociofamiliar e comunitário.

São considerados serviços de proteção social básica: programa de atenção integral às famílias - PAIF; programa de inclusão produtiva, projetos de enfrentamento da pobreza; centros de convivência para idosos; serviços para crianças de 0 a 6 anos que visem o fortalecimento dos vínculos familiares, com ações de socialização e de sensibilização para a defesa dos direitos da criança; serviços socioeducativos para crianças e adolescentes na faixa etária de 6 a 14 anos, visando a sua proteção, socialização, o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários; programas de incentivo ao protagonismo juvenil; centros de informação e de educação para trabalho para jovens e adultos⁵³⁹.

CREAS: O Centro de referência especializado de Assistência Social, que é integrante do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) tem como meta primordial proteger, orientar e apoiar famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e/ou social, ameaça ou violação de direitos, de acordo com sua complexidade, respeitando as diversidades regionais e locais, através de um trabalho conjunto, envolvendo vários profissionais, interdisciplinar e de um acompanhamento especializado. “São implantados com abrangência local ou regional, de acordo com o porte, nível de gestão e demanda dos municípios, além do grau de incidência e complexidade das situações de risco e violação de direitos⁵⁴⁰”.

A proteção social especial de média complexidade abrange os serviços de atendimento às famílias e indivíduos que têm seus direitos violados, cujos vínculos familiares, embora fragilizados, ainda não foram rompidos. Por sua vez, os serviços de proteção social especial de alta complexidade têm como propósito garantir proteção integral àqueles que se encontram

⁵³⁹ *Centro de Referência da Assistência Social*. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1053&Itemid=322. Acesso em: 20/10/2010.

⁵⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para conselhos da área de assistência social*. 2ª ed. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2009, p. 41.

abandonados, sem referência familiar e/ou comunitária ou ameaçados, não dispendo assim de condições para permanecerem em seus núcleos familiares ou comunitários, devendo deles ser retirados com urgência, não somente para garantia dos seus direitos, mas também por questão de segurança, e encaminhados, por exemplo, para um acolhimento familiar e institucional. Além do atendimento psicossocial, sistemático, individual e/ou em grupo, os CREAS fazem encaminhamentos à rede de serviços sócio assistenciais e a outros serviços públicos.

Logo, o público alvo será: os indivíduos e as famílias que estão sendo afetadas por situações de vulnerabilidade e risco pessoal, social, por ocorrência de abandono, maus tratos físicos, psíquicos, abusos e explorações sexuais; violações de direitos, drogas, vítimas de abandono, ameaças, trabalho infantil, violência nas suas diferentes formas: física, sexual, psicológica, social, discriminações e os adolescentes que estão cumprindo medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida. Todas as situações devem ser resolvidas pacificamente, em sintonia com a lei, com a ordem jurídica. Adotamos o mesmo entendimento de Zamira de Assis quando assim assevera:

“o uso da força para garantir a autoridade da lei é a forma primitiva de manutenção da ordem, atuando como um círculo vicioso de resistência-coação-resistência, incapaz de garantir efetividade enquanto se conceber a democracia como um lugar a ser ocupado por pessoas investidas em cargos de poder, absolvendo o descaso dos agentes governativos na implementação dos direitos fundamentais⁵⁴¹”.

A proteção especial transcende o marco das políticas sociais (combate à pobreza), abrangendo a defesa da integridade física, psicológica e moral de todas as crianças e adolescentes, independentemente de sua condição econômica e social. Trata-se de uma política cuja natureza essencial é a promoção e defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes em circunstâncias especialmente difíceis⁵⁴². Tem a família como foco de suas ações, na perspectiva de potencializar sua capacidade de proteção a seus membros; superar as dificuldades e problemas existentes.

SEÇÃO III

⁵⁴¹ ASSIS, Zamira e TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. 1ª ed. (ano 2007), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 187/188.

⁵⁴² *Parâmetros para formação do socioeducador: uma proposta inicial para reflexão e debate*. Coordenação técnica Antônio Carlos Gomes da Costa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006, p.40.

1.8. Relevância Jurídica: perspectiva crítica comparada

A Temática “Infância e Juventude” tem despertado mais atenção da sociedade, dos organismos nacionais e internacionais nestas últimas décadas. Consideráveis avanços ocorreram. No Brasil, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 foram os marcos na construção de um sistema de garantias de direitos, porque atribuem à família, à sociedade e ao Estado, a responsabilidade de assegurar às crianças e aos jovens seus direitos individuais, sociais e políticos. Apesar de representar uma grande conquista da sociedade brasileira, o Estatuto ainda precisa ser implementado de forma integral.

Vários documentos internacionais contribuíram para a promoção e para o reconhecimento dos direitos das crianças e dos jovens das diferentes Nações, como por exemplo, a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992, cujo documento em seu art. 19, declara que toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Tais Declarações não têm força cogente, coercitiva, todavia representam compromissos morais e princípios entre as Nações. De muita relevância foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.1989, ratificada por 193 países, dentre os quais, Portugal e Brasil, ambos no ano de 1990. Diferentemente das Declarações, tem força de lei interna entre os países signatários, atribuindo-lhes deveres, responsabilidades e compromissos. Os Estados Partes, ao aderirem à Convenção, comprometem-se a respeitar todos os direitos e princípios nela enunciados, garantir sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem nenhuma distinção; tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação, castigo ou injustiça; respeitando seus direitos civis, econômicos, sociais, culturais e políticos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 reconhece a criança como sujeito de direitos e adota dentre outros, os seguintes princípios: proteção integral, prioridade absoluta, superior interesse, prevalência da família. Ela teve grande importância no direito infante juvenil de várias Nações, como Brasil e Portugal. Destaca a importância da família,

como elemento fundamental para a sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e em especial das crianças.

Urge ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os seres humanos, em situação de igualdade não fazendo assim, nenhuma distinção entre homens e mulheres. Prescreve em seu art. 1º o seguinte: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A Doutrina da Proteção Integral tem como respaldo maior, no âmbito internacional, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que além de destacar os direitos das crianças, protege seus interesses, com prioridade absoluta na formulação de políticas sociais e na destinação de recursos públicos. Esta doutrina requer para um melhor atendimento à criança, ao adolescente e ao jovem, uma ação conjunta do Estado e da sociedade no sentido de implementarem políticas públicas em favor dos que necessitam, dos que não têm acesso aos direitos fundamentais, assegurados nas Leis nacionais e internacionais que regem a matéria. Embora sejam consideradas como sujeitos de direitos em documentos internacionais e nacionais, muitas vezes na prática a situação é bem diferente, vivem sem proteção, amparo, sendo algumas vezes ignoradas, desprezadas.

O Ministério Público, como órgão representativo e de defesa da sociedade prima por uma sociedade mais justa, igualitária, solidária e humana, que assegure a cada um dos seus membros o mínimo necessário de que ele precisa, individual e socialmente, não apenas para sobreviver, mas para viver condignamente, dispondo de todos os direitos fundamentais, mencionados de forma repetitiva em várias legislações internacionais e nacionais, como: direito à vida, à saúde, à liberdade, à habitação, à educação, ao trabalho, ao lazer, à eleição e à segurança, devendo contribuir com a problemática das crianças e jovens que têm seus direitos violados e muitas vezes negados por se encontrarem em situações de risco pessoal e social em razão de vários fatores, tais como: abandono, maus tratos, violências físicas, psicológicas e sexuais, em situação de rua, trabalho infantil, ameaçados e quando correm risco de serem privados de bens materiais ou imateriais. Logo, são expostos a todos os tipos de violência. Tem como meta a edificação de um Estado social de direito, a preservação dos princípios, dos interesses protegidos por lei, dos valores constitucionais.

O Ministério Público no Brasil não surgiu repentinamente, por força de algum dispositivo legal e sim lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas, tendo adquirido, com a evolução social, considerável importância. Teve profunda influência do Ministério Público Português. Este Órgão tem um papel muito importante na área da infância e da juventude; tanto na defesa dos interesses da sociedade quanto na fiscalização dos programas, projetos e ações, na luta pela garantia dos direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05/10/1988 estendeu ao Ministério Público semelhantes garantias e prerrogativas que foram conferidas aos demais Poderes, dotando-o de independência funcional e administrativa, considerando-o como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Passou a ocupar uma posição de destaque como Órgão de defesa da sociedade, com incumbência para representar os interesses dos seus membros; promover o que for conveniente e necessário para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É um agente transformador da sociedade, que às vezes no cumprimento de suas atribuições contraria interesses de algumas classes, poderes, práticas poderosas e até costumes utilizados com frequência na sociedade, com a qual deve manter estreita ligação, verificando os problemas dos seus membros, angústias, aflições e em seguida, adotando posições que mais convierem aos seus interesses.

O Ministério Público em Portugal também é um órgão de suma importância para a Nação, por representar o Estado, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses estipulados em lei. Possui um Estatuto (Lei nº 47/86, de 15 de outubro) próprio e autonomia orgânica e funcional; o qual, atendendo os anseios da população, já sofreu várias alterações, a última delas através da Lei nº 9/2011, de 12/04.

Os órgãos responsáveis pela defesa dos direitos da sociedade, como o Ministério Público, os Conselhos, que deliberam, avaliam, monitoram e controlam a política de atendimento, o Judiciário, as autoridades policiais, dentre outros, deveriam fazer uma fiscalização mais rigorosa, dentro do contexto legal, utilizando inclusive mecanismos de defesa e proteção dos interesses difusos e coletivos em casos de omissão, descumprimento e transgressões das normas estabelecidas. No caso do Brasil, caso os membros do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão formado por representantes da sociedade e do governo, não deliberem sobre as políticas de interesse da criança e do

adolescente, poderão responder por improbidade administrativa ou crime de prevaricação, nos termos da Lei nº 8.429/92 e do Código Penal.

Assim, para identificar um interesse ou um direito difuso ou coletivo, é necessário examinar se os respectivos titulares são indeterminados ou determinados e se o liame que os une é de fato ou de direito. Caso não haja vínculo jurídico entre os interessados ou entre esses e a parte contrária, o interesse é difuso; em caso contrário, é coletivo. Ao atuar na defesa dos interesses difusos, o Ministério Público deve diferenciar com precisão, estes dos outros tipos de interesses, sob pena de se criar obstáculos à utilização da ação civil pública.

Muitos outros documentos importantes para a conquista e proteção dos direitos das crianças e dos jovens surgiram posteriormente, dentre estes, as Diretrizes de Ryad, em 1990, a Convenção sobre cooperação internacional em matéria de adoção em 1993, a Convenção interamericana sobre o tráfico internacional de crianças, em 1994; a OIT (Organização Internacional do Trabalho) que tem como propósito eliminar o trabalho infantil visando uma melhor formação educacional das crianças e jovens, um desenvolvimento saudável, uma vida equilibrada, distante de drogas, trabalhos desumanos, perigosos, violência sexual e outras formas de exploração, tendo os Estados Partes o dever de declarar qual a idade mínima para admissão ao trabalho ou emprego em vigor no país.

O ordenamento jurídico de Portugal prescreve de forma categórica em muitos dos seus diplomas legais os direitos da população infanto juvenil, como a Constituição da República, os Códigos. Entretanto, no nosso entendimento, duas leis de cunho especial, são de extrema relevância para as crianças e jovens daquele país. A primeira, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, por apresentar normas sobre a intervenção social do Estado e da sociedade quando os menores estiverem passando por situações de perigo, de violência, e necessitarem, com urgência desta intervenção e a segunda, a Lei Tutelar Educativa, por regular a intervenção do Estado nos casos em que eles praticarem atos infracionais, qualificados pela lei como crimes. No Brasil, várias leis também contribuíram com o aprofundamento da defesa e promoção dos direitos das crianças, procurando buscar meios para a efetivação destes direitos conferidos à Infância e à Juventude, dentre estas, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com efeito, é através da garantia destes direitos e das políticas sociais básicas que podem ter um desenvolvimento sadio e harmonioso, receberem um tratamento afetuoso e respeitoso.

Para um trabalho mais aprimorado, sempre que possível e necessário, o menor deve ser ouvido, acompanhado de forma individualizada e aplicada pelo juiz do Tribunal de menores a medida tutelar educativa que melhor lhe convier, que melhor lhe instrui e orienta a adotar posições corretas com base nas normas e valores da sociedade ou pelas comissões de proteção ou em processo judicial, as medidas de promoção dos direitos e de proteção das crianças e jovens que estiverem em perigo. É importante também que impulse a integração e o intercâmbio entre outros Órgãos, promova o levantamento periódico das necessidades da sociedade, especialmente das crianças e jovens, adote as providências essenciais para supri-las e estabeleça intercâmbio permanente com entidades ou Órgãos públicos ou privados que atuam na área.

Para a Lei Portuguesa nº 147/1999, as crianças e os jovens encontram-se em perigo quando são abandonados, sofrem maus tratos, são vítimas de abusos sexuais, não recebem os cuidados ou afeições adequados às suas idades e situações pessoais, são obrigados a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados às suas formações ou desenvolvimentos, estão sujeitos a comportamentos que afetem gravemente as suas seguranças ou os seus equilíbrios emocionais, assumem comportamentos ou se entregam a atividades ou consumos que atinjam com gravidade as suas saúdes, seguranças, formações, educação, ou desenvolvimentos sem que os pais, os representantes legais ou quem tenha a guarda de fato se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

Observamos constantemente que nem todos têm as mesmas oportunidades, os mesmos tratamentos e acompanhamentos, a mesma qualidade de vida. Como não têm maturidade física e mental necessitam de proteção, amparo e cuidados especiais. O Estado, que é um dos responsáveis pela regulamentação e garantia dos direitos dos cidadãos, muitas vezes não assume uma atuação rígida, integrada, agregadora, transparente, articulada com a sociedade civil, com a comunidade, com os outros órgãos governamentais e não governamentais na busca de soluções efetivas, que atendam as necessidades das pessoas na prestação de serviços e necessidades prioritárias e no desenvolvimento das cidades, dos municípios. É necessário que sejam estabelecidos princípios, diretrizes, competências e atribuições na política de atendimento, que envolvam prioritariamente crianças e jovens. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 86 determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações

governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Verificamos que, tanto no Brasil, quanto em Portugal, neste último, em menor escala, a existência de crianças e jovens carentes, oriundos de famílias pobres, desprovidos de condições econômicas, abandonados, que não têm suas necessidades básicas atendidas, que não são bem assistidos pela família, pelos órgãos responsáveis, pela sociedade como um todo, muitas vezes por falta de apoio do Estado. A sociedade civil deve agir e exigir a atuação do Estado. Se todas as decisões sobre as crianças e os jovens levassem em conta o princípio do interesse superior da criança, se o Estado garantisse a todos cuidados adequados quando os pais ou outras pessoas por eles responsáveis não fizessem, a situação estaria bem diferente; não teríamos tantos problemas desta natureza.

1.

Como os diplomas legais das duas Nações, ora analisadas, garantem prioridade absoluta às ações destinadas à proteção e recuperação dos direitos, devemos lutar pela garantia desses direitos, com o propósito maior de proteger as crianças, adolescentes e jovens; bem como em prol de ações de proteção em rede que proporcionem à construção de políticas de atendimento mais efetivas e eficazes que garantam o acesso dessa população a seus direitos, tanto no que tange as agressões sofridas no seio familiar quanto na sociedade em que vivem.

No Brasil, antes da vigência da atual Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, era possível observar que havia uma preocupação muito grande com relação à política de cunho assistencialista, cuja função geralmente era ocupada pelas mulheres dos governantes, o que gerava um aumento de entidades, algumas delas beneficentes, outras destinadas a idosos, crianças, adolescentes e jovens que funcionavam sem darem fiel cumprimento aos direitos assegurados nas legislações, sem estrutura funcional, administrativa. Este tipo de política diminuiu bastante após a vigência dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso e de várias outras legislações surgidas posteriormente. Ações paliativas abrandam momentaneamente as situações, mas não devem ser vistas como essenciais para a solução dos problemas sociais; é necessário que ocorra um esforço concentrado de todos os Órgãos, para que não haja exclusões, diferenças de classes, desigualdades regionais, étnicas, culturais. A atuação do representante do Ministério Público pode contribuir de forma efetiva com tais questões, como por exemplo, acionando os poderes

na busca de políticas públicas que contemplem a todos indistintamente. “*Sem o respeito à Constituição, sem o acatamento aos direitos fundamentais, sem a fé nas instituições, não há Direito justo, não há legitimidade, não há ordem constitucional digna desse nome*”⁵⁴³.

Geralmente os excluídos pertencem a uma classe social baixa, não têm fonte de renda, vivem abandonados, desprotegidos, em situação de extrema pobreza, vulnerabilidade e risco social, sem meios de subsistência e acesso aos direitos que lhes permitam viver, embora de forma simples e humilde. Sabemos, pois, que todos têm direitos e deveres, devendo, dentro do contexto, serem respeitadas as diversidades social, cultural, pessoal, regional.

Na opinião de Paulo Bonavides, “socialmente, o Brasil é o País mais injusto do mundo; por um paradoxo, sua riqueza fez seu povo mais pobre e suas elites mais ricas numa proporção de desigualdade que assombra cientistas sociais e juristas de todos os países”⁵⁴⁴.

No artigo 227, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atribui à família, à sociedade e ao Estado, a obrigação de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, seus Direitos Pessoais e Sociais, destacando desta maneira o caráter de responsabilidade conjunta de todo o país com o zelo pela população infanto juvenil. A família e a escola constituem as bases da formação de uma criança, de um adolescente e de um jovem. A função pedagógica do Ministério Público objetiva educar cidadãos para a defesa dos seus direitos. É através da educação que ensinamos os jovens a pensar e melhor refletir, preparando-os também para a vida. Quando ambos não assumem seus compromissos, não cumprem seus direitos e deveres, os jovens são excluídos, marginalizados. Há muitos adolescentes excluídos do processo de cidadania, sendo a pobreza uma das causas dessa exclusão. De acordo com o referido dispositivo constitucional, as crianças, os adolescentes e os jovens são concebidos, como: pessoas em desenvolvimento; sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral.

Dentre as várias atribuições que o Ministério Público executa na área da infância e juventude estão: assegurar o acesso das crianças e adolescentes à educação, combatendo a

⁵⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 292.

⁵⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.

evasão escolar; zelar pelo direito à convivência familiar e comunitária; defendê-las contra todo tipo de violência e negligência, mesmo quando praticadas pelos próprios pais; atuar quando um adolescente comete ato infracional; garantir às crianças e adolescentes o atendimento à saúde que necessitarem, incluindo medicamentos; lutar pela implantação do Conselho Tutelar e do Conselho de Direitos nos municípios, no caso de Portugal, das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens; zelar pelo respeito aos direitos constitucionais; impetrar ações como meio de defesa dos direitos fundamentais das crianças, adolescentes e jovens, na medida em que os órgãos governamentais e não governamentais não desempenhem suas obrigações, seus papéis nas implementações dos mesmos, em todos os níveis: federal, estadual e municipal. Modernamente, é considerado o defensor dos valores fundamentais da sociedade, o ouvidor do povo.

Seu perfil permite chamá-lo de guardião da sociedade. A busca constante do Ministério Público, por meio da atuação dos Promotores e Procuradores de Justiça, é no sentido de fazer com que os direitos das crianças, adolescentes e jovens sejam sempre concretizados, e com a preferência que merecem, que a lei assegura.

O Ministério Público de Portugal também tem várias atribuições, dentre estas, intervir na promoção e defesa das crianças e jovens em perigo, acompanhar as atividades das comissões de proteção e representar as crianças e jovens em perigo, propondo ações, requerendo providências tutelares cíveis, utilizando, caso haja necessidade, de meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e a sua proteção.

A atuação do Ministério Público em dar concretude, ou seja, vida e eficácia ao princípio constitucional da prioridade absoluta para a área da infância e juventude importará efetivo cumprimento ao dever institucional prioritário e possibilidade de que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico tornem realidade nas suas vidas cotidianas, universalizando-se os direitos da população infanto-juvenil.

Várias crianças, adolescentes e jovens encontram-se trabalhando, usando e traficando drogas, se prostituindo porque de uma forma ou de outra houve falhas por parte da sociedade, do Estado, que a eles não concederam oportunidades para terem uma vida digna, há ausência de políticas sociais e protetivas em vários setores e omissões em outros, embora seus direitos estejam amplamente assegurados por organismos nacionais e internacionais.

Recomenda a Doutrina das Nações Unidas que na ordem jurídica interna de cada país existam normas legais capazes de garantir todos os direitos, como: vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e proteção no trabalho. Para tornar efetivos os direitos individuais, difusos ou coletivos, principalmente à saúde, à educação, à recreação, à profissionalização, à integração sociofamiliar, inclusive contra o Estado, as novas legislações baseadas na Doutrina da Proteção Integral vêm introduzindo modernas ações judiciais, como por exemplo: ações cíveis públicas.

As crianças e os jovens que demonstrassem discernimento deveriam ser ouvidos na implantação de projetos, programas e ações destinadas a eles e de forma generalizada, as suas famílias, a sociedade, para que fossem detectadas suas prioridades, suas aflições em relação a determinados temas, áreas, situações, atentando para os princípios proclamados nas Declarações e Convenções. É importante que haja também integração e articulação entre as diferentes áreas, como a de educação, a de saúde, a de assistência social, implementação em ambas as Nações políticas públicas em sintonia com as normas internacionais e nacionais. A pobreza infantil continua sendo um problema na sociedade atual, apesar da igualdade de direitos e de oportunidades serem defendidas pelas Nações.

No plano internacional, o marco jurídico foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, em cujo preâmbulo pode ser observada a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento, nos quais se concentram um grande número de crianças social e economicamente marginalizadas. As crianças e jovens deixam suas casas e vão para a rua movidos por diversas causas, como: exclusão social, má distribuição de rendas, desigualdade social, falta de políticas de atendimento destinados a esta camada da população.

É importante que o Estado, através da “União, dos estados e dos municípios”, a sociedade e instituições que lidam na área, no caso de Portugal, também as Comissões de Proteção de crianças e jovens adotem, nas suas agendas políticas ações em benefício desta categoria da população, tão sofrida, às vezes abandonada, que carece de uma maior atenção, de um olhar diferenciado, de prioridade absoluta.

A Constituição Brasileira de 1988 destinou ao Ministério Público a função de guardião do regime democrático e a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, fazendo dele então corresponsável pela formação de cidadãos, já que impossível a defesa daqueles que sequer conhecem os direitos que possuem. A atuação do Ministério Público em dar concretude, ou seja, vida e eficácia ao princípio constitucional da prioridade absoluta para a área da infância e juventude importará efetivo cumprimento ao dever institucional prioritário e possibilidade de que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico tornem realidade nas suas vidas cotidianas, universalizando-se os direitos da população infanto-juvenil. Interagindo articuladamente com os seguimentos organizados da sociedade civil e cumprindo prioritariamente a tarefa de promoção dos direitos das crianças e adolescentes, o Ministério Público estará colaborando decisivamente para que as Nações brasileira e portuguesa alcancem um dos seus objetivos primordiais que é o de contribuir para a construção de uma sociedade justa, livre, igualitária, solidária e fraterna.

Portanto, no âmbito do Sistema de Garantias Jurídicas da Infância e da Juventude e integrante da Rede de Proteção Especial, o Ministério Público vem se firmando como instrumento primordial na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, ao defender com imparcialidade os seus interesses; pois os interesses sociais e individuais indisponíveis representam a soma dos elementos materiais e culturais que o ser humano pode dispor no decorrer de sua vida, assegurados pelo Estado por meio de políticas sociais básicas, como salário, alimentação, habitação, saúde, educação, desenvolvidas sob a égide da democracia e da liberdade.

O Ministério Público tem um papel muito importante na área da infância e da juventude, tanto na defesa dos interesses da sociedade, quanto na fiscalização dos programas, projetos, ações, nos gastos públicos. Deve fiscalizar o Fundo da Infância e da Adolescência, que no Brasil foi criado por lei com o objetivo específico de financiar programas, projetos e ações destinados à promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, cujos recursos são oriundos de diversas fontes, através de diversos segmentos da sociedade, do orçamento público, de destinações do Poder Judiciário, de contribuições e transferências de rendas, de doações. Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 260 que os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda, obedecidos os seguintes limites: I - 1% (um por

cento) do imposto sobre a renda devido apurado pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real; e; II - 6% (seis por cento) do imposto sobre a renda apurado pelas pessoas físicas na Declaração de Ajuste Anual, observado o disposto no art. 22 da Lei nº. 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (Redação dada pela Lei nº 12.594/ 2012, de 18 de Janeiro).

Trata-se de melhorar e aumentar a redistribuição da riqueza, com incidência em particular no subsistema de proteção familiar, melhorando a eficácia das transferências sociais, uma vez que é concebida a sua importância no combate à pobreza.

O Brasil apresenta elevados índices de pobreza, de desigualdade social, de trabalho infantil sendo os mais vulneráveis as crianças e jovens, os idosos e as pessoas com deficiência. Tem procurado encontrar mecanismos no combate a estas problemáticas; no entanto, no nosso entendimento, de forma acanhada, tímida. Temos convicção de que se a luta não for contínua, duradoura, efetiva, com análise e comparação de dados, fatos e situações as mudanças não acontecem, os quadros continuam os mesmos.

Portugal esteve há vários anos com índices bastante elevados de exploração do trabalho infantil; todavia, esta situação tem melhorado consideravelmente, tendo reduzido seus índices de forma significativa; em razão de ações implantadas pelo governo, da contribuição da sociedade em relação à matéria.

Em ambas as Nações, seus textos constitucionais destacam o direito que as crianças têm à proteção integral visando seus desenvolvimentos integrais principalmente no que se refere às formas de abandono, negligência, discriminação, violência, opressão; bem como contra o exercício abusivo da autoridade na família e em todas as instituições. Vários princípios contribuem para a promoção e proteção dos direitos das crianças e jovens. Caso eles fossem cumpridos pela família, pelos governantes e pela sociedade, não teríamos tanta desigualdade, tantas crianças e jovens fora da escola, sem acesso à educação e a outros direitos fundamentais. Certamente a violência, o desemprego, os crimes diminuiriam e as pessoas viveriam de forma mais pacífica na sociedade. Seus textos constitucionais têm como fundamento a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais, a cidadania, o respeito, a igualdade, a harmonia social e a justiça. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados, em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A meta do ser humano, já dizia Kant, é a paz e o meio para atingi-la é o direito, que deve garantir os direitos humanos, investir nas políticas sociais básicas, concretizar o ideal da dignidade, da liberdade e da igualdade; e por fim, cumprir na sua totalidade as exigências previstas nas Constituições das Repúblicas Portuguesa e Brasileira. Tais direitos são históricos; evoluíram e continuam evoluindo no tempo e no espaço. Devem estar sempre presentes o ideal de justiça, a luta no cumprimento dos seus direitos e deveres.

Um grande desafio de imediato seria amenizar a exclusão social, diminuir os índices de pobreza, de desemprego que assolam as Nações; a partir de então, os outros índices sociais absorveriam reflexos positivos. Em Portugal, segundo Edmundo Martinho, Presidente do Conselho Diretivo da Segurança Social, os dados de 2010 mostram que 18% da população vive em situação de risco de pobreza, sendo as crianças o grupo mais afetado. Destaca ainda *ipsis litteris*:

Há também quem, não estando privado de rendimentos, viva em risco ou situação de exclusão social. A pobreza e a exclusão vão para além da dimensão económica, tocando outras áreas como a social, a cultural, a ambiental, a informativa e a que releva da participação cívica⁵⁴⁵.

Desde setembro de 2009 que Portugal tem um novo Programa, o PIEC - Programa para a Inclusão e Cidadania, nova estrutura de missão que sucede ao PETI, criado pela Resolução de Conselho de Ministros nº 79/2009. O PIEC tem como principal objetivo favorecer o cumprimento da escolaridade obrigatória de crianças e jovens e também a certificação escolar e profissional de jovens que estejam em situação ou em risco de exclusão social. Na opinião de Fátima Matos, Coordenadora Nacional do referido programa “Com a criação do PIEC procurou-se garantir uma eficiente e eficaz execução da política de combate à exclusão social em Portugal, programa que, em conjunto com o Instituto da Segurança Social, promoverá as respostas necessárias com vista à prevenção e ao combate das situações indiciadas ou sinalizadas de risco de exclusão social⁵⁴⁶”.

Segundo relatório da AMI (Assistência Médica Internacional), que é uma Organização Não Governamental (ONG) portuguesa, privada, independente, com atuação em vários países, inclusive no Brasil, apolítica, que vive ou sobrevive com doações de empresas e particulares e

⁵⁴⁵ MARTINHO, Edmundo. *2010 Contra a Pobreza: Não fique indiferente*. Pretextos: Revista Trimestral do Instituto da Segurança Social I.P. Lisboa, nº. 36, p.1, Dezembro de 2009.

⁵⁴⁶ MATOS, Fátima. *Prevenção e Combate ao Trabalho Infantil*. Pretextos: Revista Trimestral do Instituto da Segurança Social I.P. Lisboa, nº. 36, p. 36, Dezembro de 2009.

sem fins lucrativos em 2010, Portugal teve o maior aumento de pobreza dos últimos anos. A pobreza aumentou 24% em relação a 2009; “é em Lisboa e no Porto que se sente mais a pobreza. Das pessoas que a AMI ajuda, 45% vivem na Grande Lisboa e 40% no Grande Porto⁵⁴⁷”.

Desde a sua fundação, a 5 de Dezembro de 1984, pelo médico cirurgião urologista Fernando Nobre, “a AMI assumiu-se como uma organização humanitária inovadora em Portugal, destinada a intervir rapidamente em situações de crise e emergência e a combater o subdesenvolvimento, a fome, a pobreza, a exclusão social e as sequelas de guerra em qualquer parte do Mundo. Com o Homem no centro de todas as suas preocupações, a AMI criou doze equipamentos Sociais em Portugal e já actuou em dezenas de países de todo o Mundo, para onde enviou toneladas de ajuda (medicamentos e equipamento médico, alimentos, roupas, viaturas, geradores, etc.) e centenas de voluntários⁵⁴⁸”.

Em razão do elevado número de crianças e jovens vítimas de abandono, negligência e maus-tratos registrados em Portugal, a Fundação Calouste Gulbenkian criou no ano de 2007, o Programa “Crianças e Jovens em Risco”, que pretende atingir, dentre outras, as seguintes metas:

“alternativas à institucionalização de crianças vítimas de maus tratos ou negligência; apoiar o desenvolvimento equilibrado de crianças com atrasos de desenvolvimento (bem como as suas famílias); prevenir a maternidade adolescente; evitar comportamentos desviantes; valorizar e incentivar o trabalho em rede entre instituições⁵⁴⁹”.

Crianças, adolescentes e jovens encontram-se em situação de risco, de perigo, de ameaça quando ocorrer falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, têm seus direitos fundamentais negados, sofrem maus tratos, são abandonados, negligenciados pelos pais, em situação de rua.

O risco apresenta-se, para as crianças e jovens das sociedades modernas, incluindo Portugal, como uma situação de precariedade material e relacional que se estabelece a vários níveis. Se está abandonada, e vive entregue às

⁵⁴⁷ SILVA, Ana Rita. *AMI denuncia números elevados de pobreza em Portugal*. Disponível em: http://jpn.icicom.up.pt/2011/04/02/ami_denuncia_numeros_elevados_de_pobreza_em_portugal.html. Acesso em: 4/12/2011.

⁵⁴⁸ *O que é a AMI*. Disponível em: <http://www.ami.org.pt/default.asp?id=p1p5p18>. Acesso em: 05/12/2011.

⁵⁴⁹ *Programa “Crianças e Jovens em Risco”*. Disponível em: <http://www.gulbenkian.pt/section154artId1878langId1.html>. Acesso em: 5/12/2011.

condicionantes da vida de rua ou dos lares de acolhimento, se sofre de maus tratos físicos ou abusos sexuais, não recebe cuidados adequados à sua idade e situação pessoal, quando é obrigada a exercer trabalhos excessivos, assume comportamentos que afectam a sua saúde, desenvolvimento, formação, se, em síntese, a sua segurança e equilíbrio emocional estão ameaçados, o jovem vive em situação de risco⁵⁵⁰.

De acordo com o relatório apresentado pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH), feito através de dados coletados entre 10 de maio a 30 de Junho de 2010 e apresentados ao Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda):

“a violência doméstica e o uso de drogas são os principais motivos que levam crianças e adolescentes às ruas; cerca de 70% das crianças e adolescentes que dormem na rua foram violentados dentro de casa. Além disso, 30,4% são usuários de drogas ou álcool; 32,2% das crianças e adolescentes tiveram brigas verbais com pais e irmãos, 30,6% foram vítimas de violência física e 8,8% sofreram violência e abuso sexual; cerca de 76% das crianças e adolescentes em situação de rua declararam não ter problemas de saúde. A educação também é um problema grave entre os jovens em situação de rua. A maioria não sabe ler e escrever (76,7%) e 12,3% sabem apenas assinar o nome. A maior parte das crianças e adolescentes em idade escolar que se encontra em situação de rua não estuda atualmente (56,3%)⁵⁵¹”.

Na palestra proferida no Seminário “Direito à Convivência Familiar e Comunitária em Foco”, em Maio de 2011, promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Secretária Nacional de Promoção dos Direitos da Infância e da Adolescência da Secretaria de Direitos Humanos, Carmem Silveira de Oliveira afirmou que “o Brasil tem cinquenta mil crianças e adolescentes na rede de acolhimento e quase vinte e quatro mil em situação de rua, podendo na sua visão tal situação ser enfrentada, em função dos avanços na área⁵⁵²”.

Há causas estruturais que contribuem com os índices de pobreza e desigualdade no Brasil. As desigualdades sociais, culturais e de gênero são grandes, o que contribui para o aumento dos índices de pobreza e miséria. O quadro pode ser atenuado, de forma positiva, através da mudança de valores, de políticas públicas, de um trabalho conjunto do governo, do estado e da sociedade, por meio de representantes, a exemplo do Ministério Público, que

⁵⁵⁰ CAPUCHA, Luís, *apud* DURÃO, Eliana. *A Pobreza e a Exclusão Social*. Faculdade de Economia: Coimbra 2010, p. 11.

⁵⁵¹ *Violência doméstica e drogas levam crianças e adolescentes às ruas*. Jornal: *Correio Brasileiro*. Brasília, 25/03/2011. Disponível em: <http://correiodobrasil.com.br/violencia-domestica-e-principal-motivo-que-leva-criancas-e-adolescentes-as-ruas/222601/> Acesso em 04/12/2011.

⁵⁵² OLIVEIRA, Carmem Silveira de. *Palestra realizada no Seminário “Direito à Convivência Familiar e Comunitária em Foco*, Brasília-DF, Maio de 2011.

trabalha em prol da autonomia econômica, da formação profissional, da ampliação do mercado de trabalho, da capacitação de mão de obra qualificada.

No Brasil, a pobreza e a pobreza extrema têm rosto de criança e de adolescente. Dados preliminares do Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), indicam que quatro em cada dez brasileiros (40%) que vivem na miséria são meninas e meninos de até 14 anos. Depois das crianças, o segundo grupo etário com maior percentual de pessoas vivendo em famílias pobres são os adolescentes. Romper o ciclo da pobreza não é simples, mas fundamental para reduzir outras vulnerabilidades. O número de adolescentes brasileiros de 12 a 17 anos de idade que vivem em famílias com renda inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo per capita é 7,9 milhões. Isso significa dizer que 38% dos adolescentes brasileiros estão em condição de pobreza. Praticamente um a cada três adolescentes brasileiros pertence ao quintil mais pobre da população brasileira (ou seja, os 20% mais pobres do País): 28,9% dos garotos e garotas entre 15 e 17 anos estão nesse grupo de renda. A desigualdade por raça e etnia no País mostra-se da forma mais cruel⁵⁵³.

No Brasil, a Assistência Social tem passado por várias mudanças. Foi implantado o Sistema Único de Assistência Social, cuja execução ficou ao encargo dos governos federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, em parceria com a sociedade civil. Este Sistema originou-se com a Constituição de 1988, aglutinando a assistência social, a saúde e a previdência social. Tem que haver política social; a desigualdade é grande. A assistência social deve ser assegurada a todos que dela necessitarem. Como dispõe o mencionado texto legal, no seu art. 6º, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Assistência Social é política pública e não assistencialismo; deve ser assegurada a todos que dela necessitarem. Tem que haver política social. A desigualdade social, o desemprego, a pobreza continuam presentes em todas as regiões brasileiras, algumas em maiores proporções, como por exemplo, no Nordeste. “Para a maior parte da população brasileira, desemprego e falta de acesso à educação são as principais causas da pobreza. Essa constatação está no Sistema de Indicadores de Percepção Social (Sips): Assistência Social - percepção sobre a pobreza: causas e soluções, divulgado em dezembro de 2011, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)⁵⁵⁴”.

⁵⁵³ O direito de ser adolescente: *Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades* / Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF: UNICEF, 2011.

⁵⁵⁴ *Brasil: Sistema de Indicadores de Percepção Social revela visão sobre pobreza*. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/materia/?origem=1&matid=29108#.TxW-TUaBQAI.facebook>. Acesso em: 12/04/2012.

O Sistema Único de Saúde, através de várias ações, projetos, programas e centros de referência tem contribuído bastante com apoio, orientação, acompanhamento de crianças, jovens e das suas respectivas famílias, com prestação de serviços aos que têm seus direitos violados, ameaçados ou se encontrem em situação de risco pessoal e social.

A política de assistência social é organizada conforme o nível de proteção, de complexidade, dependendo do caso, em proteção social básica e em proteção social especial; a primeira, destinada a prevenção de situações de risco pessoal e social, fortalecendo a potencialidade das famílias e dos indivíduos e a segunda a proteção de famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social, como no caso, de violência sexual, drogadição, abandono material e intelectual.

A seguridade social no Brasil ou segurança social em Portugal refere-se às políticas sociais que têm como finalidade precípua amparar e assistir a todos que dela necessitem, que estejam desempregados, vulneráveis, excluídos socialmente, doentes e em idade avançada.

Como afirmamos anteriormente, as crianças, os adolescentes e os jovens devem ser reconhecidos como sujeitos de direito, receberem a devida proteção da família, do Estado e da sociedade, tratados com prioridade absoluta. As Constituições do Brasil e de Portugal asseguram uma série de direitos, dentre eles: o direito à vida, à educação, à saúde, ao lazer, à alimentação e à convivência familiar e comunitária. A Justiça tem obrigação de proteger os mais frágeis, os que efetivamente necessitam de proteção, a todos deve ser dado igualdade de oportunidades. A sociedade é extremamente desigual, fato este agravado por vários fatores histórico culturais, sociais. As Declarações, Convenções, Constituições e demais leis que asseguram direitos às crianças e jovens não vêm sendo cumpridas devidamente.

Muitas famílias não assumem devidamente suas responsabilidades no que tange à proteção e assistência necessárias aos filhos para que vivam dignamente, desenvolvam bem suas personalidades, crescendo em um ambiente familiar propício, no qual haja amor, harmonia e compreensão.

Segundo o UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), mais da metade dos 7 bilhões de pessoas do mundo - dentre as quais mais de 1 bilhão de crianças - vive atualmente em áreas urbanas. O relatório sobre a situação mundial da Infância 2012: Crianças no Mundo Urbano, lançado em 28/02/2012, investiga o que o aumento da urbanização significa para as crianças e constata que, em cidades de todo o mundo, violações dos direitos à saúde, à nutrição, à educação e à proteção são constantes. Segundo o referido relatório:

“no mundo inteiro crianças e jovens são responsáveis por diferentes tipos de crimes; assevera que embora as causas da violência sejam muitas e complexas, as principais delas são a pobreza e a desigualdade; que as altas taxas de crimes e violência surgem quando a provisão de serviços públicos, escolas e áreas de recreação são inadequadas. Para diminuir a desigualdade e construir um futuro mais próspero propõe como uma das recomendações, o melhor entendimento da escola, da natureza da pobreza e da exclusão social que afetem as crianças em todo o mundo, a necessidade da identificação e da remoção de quaisquer barreiras para a inclusão das crianças”⁵⁵⁵.

O jornal “esquerda net” publicou em 10/7/2012 uma reportagem com o título “Em Portugal: uma em cada cinco pessoas não tem trabalho” na qual afirma que “o desemprego real, incluindo o subemprego e pessoas que já desistiram de procurar trabalho, já ultrapassa os 20% em Portugal. Os números constam do mais recente Relatório para o Emprego, divulgado nesta terça-feira (dia 10/07) pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)⁵⁵⁶.” Este índice diverge do apresentado pelo Instituto Nacional de Estatística, cujo percentual é de 15,2%.

“A taxa de desemprego estimada para o 2º trimestre de 2012 foi de 15,0%. Este valor é superior em 2,9 pontos percentuais ao do trimestre homólogo de 2011 e em 0,1 pontos percentuais ao do trimestre anterior. A população desempregada foi de 826,9 mil pessoas, o que representa um aumento homólogo de 22,5% e trimestral de 0,9% (mais 151,9 mil e 7,6 mil pessoas, respetivamente). A população empregada foi de 4 688,2 mil pessoas, o que representa uma diminuição homóloga de 4,2% e um aumento trimestral de 0,6% (menos 204,8 mil e mais 25,7 mil pessoas, respetivamente)”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ UNICEF dedica relatório Situação Mundial da Infância 2012 às crianças das áreas urbanas. Disponível em: <http://www.viablog.org.br/unicef-dedica-relatorio-situacao-mundial-da-infancia-2012-as-criancas-das-areas-urbanas/> Acesso em: 17/04/2012.

⁵⁵⁶ MATOS, Paulete. Portugal: uma em cada cinco pessoas não tem trabalho. Disponível em: <http://esquerda.net/artigo/portugal-uma-em-cada-cinco-pessoas-nao-tem-trabalho/23878>. Acesso em: 14/8/2012.

⁵⁵⁷ Instituto Nacional de Estatística. Taxa de desemprego de 15,0% - 2.º Trimestre de 2012. Disponível em: http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=133401868&DESTAQUESmodo=2. Acesso em: 14/8/2012.

O Plano de Ação 2012, do Observatório de Luta contra a Pobreza na Cidade de Lisboa apresentou os seguintes objetivos estratégicos a serem cumpridos no decorrer do ano: *“aprofundar o conhecimento sobre a pobreza e exclusão social, suas causas e formas de combater; reforçar os mecanismos de participação daqueles que vivem em situação de pobreza ou em risco de pobreza; reforçar a ligação com outras entidades, públicas e privadas, que permitam conhecer de modo mais aprofundado a pobreza e o combate às suas causas, reforçando diversas formas de cooperação e dinamizando espaços de debate e reflexão; continuar a assegurar a partilha constante de informação actualizada, de modo acessível a todos; reforçar os mecanismos de influência sobre os decisores no sentido de promover práticas mais eficazes e eficientes no combate à pobreza, tanto numa lógica correctiva como preventiva⁵⁵⁸”*.

O processo de globalização está associado a uma aceleração do tempo que traz constantes e profundas transformações às sociedades contemporâneas. Se, por um lado, nas últimas décadas as transformações tenham acontecido de modo rápido na ordem política e econômica mundial, causando, com isso, avanços e trazendo desafios no que tange à uniformização de padrões econômicos e culturais, não está, por outro, isento de originar consequências negativas, nomeadamente: o desemprego; maior concentração de renda em determinados espaços geográficos, levando a que as nações ricas fiquem ainda mais ricas e, as pobres, ainda mais pobres; a rejeição de mão de obra menos qualificada; o aumento das desigualdades sociais; a exclusão social.

Reconhecemos que a globalização trouxe avanços significantes para a sociedade terceirizando serviços públicos, substituindo trabalho humano pelas novas tecnologias, envolvendo diversos países em diversos tipos de trocas: financeiras, comerciais, culturais ou técnicas. Por outro lado, os índices de pobreza e miséria não têm diminuído; surgem então diversos problemas sociais, tais como: índices elevados de violência, de corrupção e de descaso com o ser humano, com a sua dignidade. Com a globalização as mudanças têm ocorrido com mais celeridade e de forma desigual tanto no tempo quanto no espaço. Continuam ocorrendo nas Nações as desigualdades sociais, a exclusão social, o desemprego. O mercado de trabalho está mais competitivo e exigindo uma mão de obra mais qualificada.

⁵⁵⁸ Plano de Acção 2012. Observatório. Luta contra a pobreza na cidade de Lisboa. Disponível em: http://observatorio-lisboa.eapn.pt/noticias_visualizar.php?ID=438. Acesso em: 05/05/2012.

No âmbito familiar, são de suma relevância os seguintes princípios: dignidade humana, afetividade, solidariedade, responsabilidade. Ao ser abandonada, a criança, adolescente ou jovem pode ficar revoltada, mudar seus pensamentos, sentimentos, sua forma de agir, de comportar-se e tornar-se violento. “Vários são os corresponsáveis pela efetivação e o respeito aos direitos fundamentais infanto-juvenis: o Estado, a sociedade e a família, enfim, toda uma rede de proteção interligada para suportar a concretização desses direitos. Note-se que o Ministério Público é um coobrigado e, por estar inserido no sistema de garantias, tem o dever de exercer as suas atribuições de forma eficaz, sob pena de ser responsabilizado⁵⁵⁹”.

⁵⁵⁹ CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ROSENVALD, Nelson *et al.* *Temas Atuais do Ministério Público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 328.

PARTE III

CAPÍTULO I. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

SEÇÃO I:

1.1. Aspectos Gerais:

1.1.1. Família

A família é a célula *mater* da sociedade, devendo desta e do Estado receber atenção e proteção especial. Tanto os documentos internacionais, quanto os nacionais a consagram como uma instituição de notável importância para o desenvolvimento sadio e harmonioso de crianças, adolescentes e jovens, por ser o primeiro órgão de socialização destes. Tem passado ao longo da história por profundas transformações e abordada sob diferentes ângulos, como: econômica, socializadora, reprodutiva, ideológica, constitucional, afetiva, dentre outros. O afeto ultimamente tem sido bastante valorizado neste ramo do direito, tanto pela doutrina, quanto pelas jurisprudências dos tribunais superiores.

Os valores mudaram bastante. Atualmente, a afetividade tem incorporado muito a família moderna, acompanhado da solidariedade, do respeito, da igualdade dos cônjuges e dos filhos como um elemento de suma importância em uma entidade familiar seja ela oriunda, ou não, do casamento. Com muita precisão assevera Paulo Lobo:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua⁵⁶⁰.

Família é um grupo de pessoas provenientes, ou não, de um mesmo tronco comum, ligadas entre si através de vários vínculos, dentre eles, matrimonial, de filiação, afetivo, de adoção. Para Dimas Carvalho, o conceito moderno de família é a comunidade formada pelo

⁵⁶⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.20.

afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como entes familiares, independente da opção sexual ⁵⁶¹.

O art. 1576º do Código Civil Português aborda nas concepções de Francisco Coelho e Guilherme Oliveira⁵⁶² a noção jurídica de família, ao considerar como fontes das relações familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Portanto, a família abrange os cônjuges, os filhos, os parentes, os afins, os adotandos e adotados.

A família é muito importante para o desenvolvimento do ser humano, desde o seu nascimento, devendo a este ser assegurado todos os direitos fundamentais, individuais e sociais, os valores essenciais a uma vida em sociedade, dentre estes, o de justiça, equidade, honestidade, liberdade, respeito, solidariedade.

Antes de enumerar os elementos constitutivos da família, Marco Túlio Rocha⁵⁶³ destaca inicialmente que todo conceito de família faz referência a um grupo ou rede social; a noção de família refere-se sempre a uma pluralidade de pessoas; uma só pessoa não é família. Segundo ele, os elementos que caracterizam a família são: coabitação, estabilidade, vínculo cultural, intuito de constituir família, vínculo afetivo (psicológico), vínculo genético (biológico), vínculo econômico e vínculo jurídico. Adverte, porém, que nenhum desses elementos é essencial à conformação da família; a ausência de algum deles, por si só, não a descaracteriza.

O vínculo jurídico, conforme salienta Marco Túlio Rocha⁵⁶⁴, traduz o principal complexo de direitos e deveres que ligam, entre si, os membros da família. É essencial na caracterização da família ampliada, a qual, além deste, com frequência possui apenas o elemento genético.

⁵⁶¹CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 8.

⁵⁶² COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família; Volume I. Introdução ao Direito Matrimonial*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 31.

⁵⁶³ ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 64.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p.72.

A Constituição da República Portuguesa reconhece a proteção da sociedade e do Estado, e estabelece as formas dessa proteção, no art. 67º⁵⁶⁵. “Destaca-se no texto constitucional português a referência exclusiva a relações de Direito Público, pois todos os deveres relacionados ao dispositivo transcrito são direcionados ao Estado⁵⁶⁶”.

Da antiguidade aos nossos dias o conceito de família evoluiu muito. Ao acompanhar as sistemáticas mudanças na sociedade, o Direito tem adotado novos entendimentos e novas formas de família; como a oriunda de vínculo de parentesco; a que se origina do casamento, formada entre os pais e os filhos; a que vive em união estável, reconhecida no Brasil pela Constituição de 1988; a proveniente do afeto, dentre outras.

O direito de família não é estático, é dinâmico; é um dos ramos do direito que mais sofre mutações, sejam elas sociais, econômicas, culturais, políticas; que mais evolui em razão das exigências da sociedade, em função do tempo, das novas conquistas, da tecnologia, da globalização. A decisão do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo de jurisdição no Brasil, por exemplo, em 5 de Maio de 2011, que por unanimidade reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo; passando a partir de então, os companheiros em relação homoafetiva duradoura e pública terem os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres é um exemplo claro desta evolução, de uma grande conquista da classe que há muito tempo lutava pela garantia dos seus direitos. Como afirmou no dia do julgamento a ex-ministra Ellen Gracie “O reconhecimento, portanto, pelo tribunal, desses direitos, responde a um grupo de pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida”. Pela decisão do STF, os homossexuais passam a ter reconhecido o direito de receber pensão alimentícia, ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte e

⁵⁶⁵ *Constituição da República Portuguesa. Artigo 67º Família: 1.* A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

⁵⁶⁶ ROCHA, Marco Túlio. *Op. cit.*, p. 91.

podem ser incluídos como dependentes nos planos de saúde. Poderão adotar filhos e registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

A família atual, encontrada na moderna doutrina, busca sua identificação na solidariedade e na afetividade deixando para trás o aspecto econômico, político, religioso e procracional que marcou a família ao longo da história. A procriação não é mais imprescindível e, justamente por isso, ressalta-se o favorecimento constitucional da adoção para fortalecer a natureza socioafetiva da família⁵⁶⁷.

Efetivamente que, a convivência familiar e comunitária sadia e harmoniosa, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da proporcionalidade, dos objetivos essenciais do Estado Democrático de Direito, que são: construir uma sociedade livre, justa, solidária, reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e de outras formas de discriminação fortalece os vínculos afetivos. Como lembra Vitaglian: “a compreensão das diferenças para a harmonia da vida social é que induz o legislador a editar normas especiais voltadas ao equilíbrio das relações humanas e que não pode se desenvolver plenamente se qualquer de seus irmãos não receberem a justiça de um tratamento pertinente a cada singular situação. Desta forma a justiça social se realiza quando se consegue por meio do Estado, da sociedade civil e de cada um por si, a materialização de tratamento equânime para todas as pessoas⁵⁶⁸”.

A Lei nº 11.924/2009, de 17 de Abril, que alterou o art. 57 da Lei dos Registros Públicos também foi um exemplo desta evolução, por ter autorizado o enteado e a enteada, se assim o desejar, a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. Neste sentido, acentua Rolf Madaleno:

“A Lei 11.924/2009 representa um bom avanço no âmbito da filiação socioeducativa, especialmente quando a adoção de sobrenome do padrasto ou da madrasta advém de uma situação fática de completo abandono material e psicológico do genitor biológico, e o enteado se encontra totalmente integrado na nova comunidade familiar⁵⁶⁹”.

⁵⁶⁷ D'ANGELO, Suzi e Élcio. *Direito de Família*. 1ª ed. Leme/SP: Anhanguera, 2010, p. 307.

⁵⁶⁸ VITAGLIANO, Roberto. *Equidade e justiça social*. In: Revista Pestalozzi. Fenap. V2, Rio de , dez. 1997.

⁵⁶⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

Este ramo do direito abrange normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, as relações conjugais, a dissolução e a extinção do vínculo matrimonial, a união estável, os vínculos consanguíneos, de parentesco e afetivos, as obrigações alimentícias e os institutos da adoção, tutela e curatela. Integra as relações oriundas do matrimônio, da união estável, dos vínculos de parentesco, de afinidade, de afetividade. Maria Helena Diniz define este direito como:

“o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela⁵⁷⁰”.

Embora o direito de família pertença ao ramo do direito privado, muitos dos seus preceitos e normas são públicos, devendo ter proteção especial da sociedade e do Estado. Os direitos oriundos deste ramo do direito são personalíssimos e irrenunciáveis; logo, os representantes das crianças e dos jovens não podem deles dispor. A família é o local no qual a criança deveria sentir-se resguardada, protegida, a base fundamental da sociedade, no entanto, nem sempre é o que ocorre; muitas crianças vivem em situação de risco, de perigo, de insegurança, de incerteza, excluídas da comunidade, da escola. “No direito civil, as normas concernentes à família consideram-se de ordem pública, isto é, acima das convenções entre os particulares. Em última análise, é o interesse coletivo à preservação e sobrevivência da *gens* e de seus valores maiores que se encontra aglutinado na família⁵⁷¹”. Quanto à natureza deste direito, pondera Maria Helena Diniz:

“é direito extrapatrimonial ou personalíssimo, irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo ou exercício por meio de procurador. Suas normas são cogentes ou de ordem pública. Suas instituições jurídicas são direitos - deveres. É ramo do direito privado, apesar de sofrer intervenção estatal devido à importância⁵⁷²”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 considerou a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, para fins de proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. No nosso entendimento, esta Magna Carta foi um marco na história do Direito de Família do Brasil não somente por ter estabelecido a igualdade de direitos e

⁵⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume. 5*, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

⁵⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

⁵⁷² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 27/31.

deveres dos pais na sociedade conjugal, por ter concedido um tratamento prioritário para todos os filhos, vedando qualquer forma de discriminação, mas também por ter ampliado o conceito de família, considerando para sua constituição além do casamento, a união estável, a família monoparental.

Inicialmente a família possuía várias finalidades, tinha várias funções, como: matrimonial, assistencial, social, de procriação. Com o decorrer do tempo, passa constantemente por grandes mudanças de acordo com o período histórico, com os costumes, com os valores, com a cultura, com as civilizações, em função da dinâmica evolutiva da sociedade, de sua constante mutação sob todos os aspectos. Embora as funções de assistência mútua e procriação continuem existindo, foram inseridos ao conceito alguns outros, como: a igualdade, a afetividade. Passou, então, por diversas inovações e modificações ao longo dos séculos. “A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988⁵⁷³”.

Normalmente, o Direito de Família é dividido em três segmentos: a. Direito Matrimonial e Convivencial - cuida dos principais aspectos do casamento e da união estável; b. Direito Parental - envolve as relações de parentesco em linhas retas e colateral (esta até o 4º grau - art. 1.592 do Código Civil); c. Direito Assistencial ou Protetivo - trata dos institutos da autoridade parental e dos alimentos, além daqueles com finalidades afins aos familiares (tutela, curatela, guarda)⁵⁷⁴.

Os elementos da família, sintetiza Ana Carolina Brochado⁵⁷⁵ são: reciprocidade, alteridade, respeito e afetividade. A alteridade significa a aceitação das diferenças, o aprender com os outros, amar e ser responsável pelo outro, aceitando suas diferenças de maneira fraterna, sem críticas, julgamentos e agressões.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 alterou consideravelmente o conceito de família, ao reconhecer como entidade familiar, além do casamento, a união estável e a família

⁵⁷³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.17

⁵⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p.57-58.

⁵⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, *apud* CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.15.

monoparental, a igualdade entre os filhos. Como refere Paulo Luiz Lobo, *apud* Ana Cecília Ribeiro, “consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada⁵⁷⁶”.

De acordo com o art. 226 da CF/88, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Eis o que diz o art. 226⁵⁷⁷:

A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Emenda Constitucional nº 66/2010, de 13 de julho deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O Direito de Família, como acentua Dimas Carvalho, tem por objeto a própria família, abrangendo os cônjuges, conviventes, pais, filhos, parentes naturais, cíveis, socioafetivos ou afins, além de conter normas referentes à tutela e à curatela. Segundo Carvalho, as espécies de família são⁵⁷⁸:

1. Família matrimonial: é formada com base no casamento pelos cônjuges e prole, natural ou socioafetiva.

⁵⁷⁶ RIBEIRO, Ana Cecília e MELLO, Marcos Bernades ... *et al.* *Famílias no direito contemporâneo. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 308.

⁵⁷⁷ ANGHER, Anne Joyce. (Org.). *Vade Mecum: acadêmico de Direito*. 12ª. ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.78.

⁵⁷⁸ CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-6.

2. Família não matrimonial: é constituída fora do casamento por união estável ou relações extraconjugais, podendo incluir aqui as famílias monoparentais e as diversas outras formas de família.
3. Família monoparental: é a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, natural ou socioafetivos. (art. 226 § 4º CF/88⁵⁷⁹). Podem ser exemplos deste tipo de família o divórcio, a adoção, a viuvez. Por sua vez, há uma maior predominância da mulher, que muitas vezes assume sozinha todos os deveres em relação aos filhos, inclusive arcando com todos os gastos e despesas da família.
4. Família natural: é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, como expressa o art. 25⁵⁸⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
5. Família substituta: é a que configura pela guarda, tutela, adoção (art. 28 do ECA)⁵⁸¹. Na adoção, o adotado passa a integrar totalmente a família adotiva, desvinculando-se da biológica.
6. Família adotiva: é a família constituída pelo vínculo da adoção
7. Família constitucional e família não-constitucional: sendo a primeira as mencionadas na CF/88 (art. 226), as instituídas pelo casamento, união estável e monoparental e a segunda são as demais não lembradas na constituição, podendo ser incluídas as formadas entre pessoas do mesmo sexo.
8. Família homoafetiva: é constituída por pessoas do mesmo sexo e que tem por base o afeto, ainda que não prevista na CF/88, não pode ser excluída do status de família e ser merecedora da proteção do Estado. “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição de 1988, no seu art. 1º, inciso III, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade humana; necessário é encarar a realidade sem discriminação; pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre.”

⁵⁷⁹ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 78. Art. 226 da Constituição Federal de 1988: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵⁸⁰ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11^{aa} ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48. Art. 25: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. *Parágrafo único*. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

⁵⁸¹ ISHIDA, Válter Kenji. *Op. cit.*, p. 54; Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

9. Família anaparental ou parental: é conceituada como a entidade em que convivem parentes sem diversidade de gerações, sem verticalidade dos vínculos parentais, como duas irmãs, ou entre pessoas não parentais, dentro de uma estruturação com identidade de propósitos. Podemos dizer ainda que é a família constituída por parentes sem hierarquia, sem interesse sexual, como no caso, a convivência entre irmãos, no mesmo lar, após a morte dos pais. Segundo Maria Berenice Dias⁵⁸², a convivência pode ocorrer entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar.

10. Família pluriparental ou mosaico: são as famílias complexas e reconstituídas ou recompostas, na qual um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores, resultando pluralidade das relações parentais, multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência. Os casais trazem para as novas famílias filhos de relações anteriores, que se juntam aos filhos comuns, materializando-se as expressões os teus, os meus, os nossos. Caracteriza-se pela pluralidade de vínculos.

11. A família paralela são as relações desprovidas de efeitos positivos na esfera jurídica, por não configurar união estável, como as ligações afetivas, livres, eventuais, transitórias e adulterinas.

12. Família eudemonista: é o conceito mais inovador de família, identificando-a pelo seu envolvimento afetivo, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade.

A Lei nº. 12.010/ 2010, de 03 de Agosto acrescentou ao artigo 25⁵⁸³ do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990 um parágrafo, criando o conceito de família extensa, que abrange além dos pais e filhos, os parentes próximos com os quais a criança, adolescente ou jovem mantenha vínculos de afinidade e afetividade; cujo conceito baseia-se no princípio do pluralismo das entidades familiares.

Depreende-se do texto constitucional que, pouco importando o modelo familiar

⁵⁸²DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁸³ISHIDA, Válder Kenji. *Op. cit.*, p.48 Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. *Parágrafo único.* Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

adotado pelos agentes da instituição da família, hetero ou homossexual, monoparental ou pluriparental, é dever do Estado assegurar o afeto como direito e garantia de cada integrante da comunidade familiar e prover *ex officio* seus direitos fundamentais (art. 226 § 8º da CF/88⁵⁸⁴) exigindo-se do MP (art. 129, II) em caso de inadimplência do Estado instauração de ações mandamentais ao cumprimento desses direitos (art. 5º 1º e 2º)⁵⁸⁵. Boliero e Paulo Guerra defendem que:

“A família, hoje, longe de corresponder a uma função reprodutiva da espécie, à finalidade da educação das crianças ou apenas, ainda, à garantia de uma relação duradoura entre sexos diferentes, é multidimensional, plurilocal, multigeracional, transgressora das imposições do gênero, extremamente exigente do ponto de vista afectivo, e os laços que gera ou pode gerar estão longe de se poderem reduzir a uma determinação fixa ou conjunto de determinações. Assim sendo, o que se torna relevante quando hodiernamente se fala em família é a principal e decisiva questão da determinação dos novos deveres familiares, tanto no plano privado como no público⁵⁸⁶”.

“A tendência para a assimilação da parentalidade sócio-afectiva à parentalidade biológica pairará a ideia de que não basta a concepção e o registro para se inferir uma boa progenitura, exigindo-se que as melhores práticas estejam comprovadamente aliadas, no melhor interesse da criança, o qual “certificado de origem” que, tantas vezes, redundava em histórias de maltrato infantil e de vergonha parental⁵⁸⁷”.

O Brasil sancionou em 5 de novembro de 2008, a Lei nº 11.804⁵⁸⁸, que tem como objetivos disciplinar os alimentos à mulher gestante e a forma como este direito será exercido. Os alimentos gravídicos, assim denominados pela lei compreendem nos termos do art. 2º, que assim dispõe: “os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

⁵⁸⁴ *Constituição Federal Brasileira*; art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁵⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*/ Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 602.

⁵⁸⁶ BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito. Visão prática dos principais institutos do direito de família e das crianças e jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 533.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p.555.

⁵⁸⁸ *Lei nº 11.804, de 5 de Novembro de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm. Acesso em: 18/04/2012.

Esta lei, no nosso entendimento, é de suma importância para as mulheres pobres, carentes, desempregadas, de classes sociais menos favorecidas porque ajudam a terem uma gravidez saudável, com acompanhamento médico, psicológico, nutricional, contribui com as despesas indispensáveis na gravidez conforme a disponibilidade financeira do pai.

Ocorreram outras mudanças no Ordenamento Jurídico brasileiro neste ramo do Direito. Dentre estas, destacamos as seguintes Leis e Emendas: 1. *Lei nº 12.133, de 17 de Dezembro de 2009*⁵⁸⁹, que deu nova redação ao art. 1.526 do Código Civil, ao determinar que a habilitação para o casamento seja feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil; 2. *Lei nº 12.398*⁵⁹⁰, de 28 de Março de 2011, que acrescentou parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil e deu nova redação ao inciso VII do art. 888 do Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos; 3. *Lei 12.344, de 9 de Dezembro de 2010*, que alterou a redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime de separação de bens no casamento; 4. *Emenda Constitucional nº 65, de 13 de Julho*⁵⁹¹, que alterou a denominação do Capítulo VII do Título VIII da CF/88, passando a designar-se “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Jovem e modificou o art. 227, acrescentando ao mesmo a palavra “jovem”; 5. *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010*⁵⁹², que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal/88, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

1.1.2. União Estável

União estável é a convivência fática, duradoura, pública e continua estabelecida entre duas pessoas não impedidas de casarem-se, que têm como objetivo constituírem uma família. Adquiriu a categoria de entidade familiar no Brasil com a Constituição Federal de 1988. “É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres;

⁵⁸⁹ *Lei nº 12.133, de 17 de Dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12133.htm. Acesso em: 18/04/2012.

⁵⁹⁰ *Lei nº 12.398, de 28 de Março de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm. Acesso em: 18/04/2012.

⁵⁹¹ *Emenda Constitucional nº 65, de 13 de Julho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm. Acesso em: 18/04/2012.

⁵⁹² *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 18/04/2012.

ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto próprio, sem hierarquia ou primazia⁵⁹³”. No Brasil, após a Constituição Federal de 1988, foi institucionalizada como união de direitos. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. São aplicados à união estável os mesmos impedimentos para o casamento. A união estável tem seu começo quando se inicia a convivência dos companheiros. O regime de bens para os companheiros em união estável é o da comunhão parcial de bens quando eles não tiverem adotado outro regime. Foi reconhecida na Constituição de 1988 como formas de constituição regular da família, cujos efeitos, conforme destaca Daniela Rodrigues⁵⁹⁴, somente passaram a ser percebidos com o advento de duas leis ordinárias que lhe seguiram para regular a matéria: Lei nº. 8.971/1994, de 29 de Dezembro, que reconheceu o direito sucessório e o direito a alimentos entre os companheiros, e a Lei nº. 9.278/1996, de 10 de Maio, que regulou a previsão constitucional da união estável como entidade familiar, retirando-lhe o prazo previsto na lei anterior para a configuração. Rodrigo Pereira, *apud* Rolf Madaleno define como “a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adulterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil⁵⁹⁵”.

A união estável necessitava para a sua comprovação de alguns requisitos: convivência pública e duradoura de um homem e uma mulher, que não sejam casados, salvo se separados judicialmente ou de fato; nem parentes em grau proibido de casar e seja estabelecida com o propósito de constituir uma família. Neste sentido estabelecem os artigos 1.723 a 1.727⁵⁹⁶ do Código Civil Brasileiro.

⁵⁹³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.168.

⁵⁹⁴ RODRIGUES, Daniela Rosário. *Direito civil: família e sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 98/99.

⁵⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo, *apud* MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1017.

⁵⁹⁶ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 212. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Por sua vez, conforme já referimos, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu no dia 5/5/2011 a relação entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Neste contexto, entendemos que como a Constituição Federal de 1988 não discrimina, ao afirmar textualmente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, este tipo de união merece proteção do Estado.

Segundo Marcos Mello⁵⁹⁷, já não se pode ter como estável a união sujeita a seguidas interrupções que afetem os laços da afetividade. Cada vez que a existência desses laços é interrompida, quebrada está a estabilidade da convivência e descaracterizada a união estável por ausência de continuidade. A continuidade não se desfaz, embora os conviventes se separem por algum motivo justificável, sem prejuízo da afetividade que os levem a estabelecer a união. Não importa o tempo da separação, desde que permaneça intacta a relação de afeto.

A união estável pode originar-se do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade. O § 4º do art. 226 da CF/88 reconhece a família monoparental. “A Carta Política brasileira promove no § 4º do art. 226 da CF/88 o reconhecimento da família monoparental como outra espécie de entidade familiar, fruto, sobretudo, das uniões desfeitas pelo divórcio, pela separação judicial, pelo abandono, morte, pela dissolução de uma estável união, quando decorrente da adoção unilateral, ou ainda da opção de mães ou pais solteiros que decidem criar sua prole apartada da convivência com o outro genitor⁵⁹⁸”.

“A monoparentalidade também pode ter uma causa accidental com o falecimento de um dos cônjuges ou parceiros, ou fatores de ordem econômica, temor pela perda de benefícios previdenciários e descrença em novos relacionamentos, mães solteiras que assumem a produção independente e ainda as relações de concubinato⁵⁹⁹”.

Portugal distingue dois tipos de relações no campo do direito de família: as relações familiares, que derivam do casamento, do parentesco, da afinidade e da adoção e as relações parafamiliares, estando nesta incluídas, as uniões de fato, no Brasil denominadas de uniões estáveis. Assim como no Brasil, a união de fato requer que seja comprovada a vida em

⁵⁹⁷ RIBEIRO, Ana Cecília e MELLO, Marcos Bernades... *et al. Famílias no direito contemporâneo. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 159-160.

⁵⁹⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 28.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p.30.

comum de pessoas desimpedidas, notoriedade, convivência pública, continua e duradoura. Se tiverem filhos, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos; caso não haja consenso, podem recorrer ao Tribunal visando solucionar alguma pendência, quer seja em relação à guarda, a alimentos, a direito de visitas ou a um outro direito fundamental do filho, o qual poderá ser ouvido antes da decisão, se tiver discernimento. O Código Civil Português, nos artigos 2020º e 2019º⁶⁰⁰ assim dispõe *ipsis litteris*:

“Art. 2020º: 1. o membro sobrevivente da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido; 2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão; 3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior”.

Art. 2019º: “Em todos os casos referidos nos artigos anteriores, cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento, iniciar união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral.”

A união de fato entre pessoas do mesmo sexo que foi equiparada à união de fato com as pessoas de sexo diferente têm a mesma proteção jurídica, de conformidade com os artigos 1º e 7º da Lei nº 7/2001⁶⁰¹, alterada pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto, salvo para efeitos de adoção. Aliás, o Código Civil Português já havia referido acerca desta proibição ao declarar no art. 1979º que só podem adotar plenamente duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separados judicialmente de pessoas e bens ou de fato, se ambos tiverem mais de vinte e cinco anos. Ela pode ser rompida por morte, pela ruptura da relação por ambos consensualmente ou por iniciativa de um deles; os bens por eles adquiridos serão partilhados, bem como as dívidas.

Vários princípios regem o direito de família; todavia o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o de maior representatividade, por ser a base de todos os outros, o núcleo dos direitos fundamentais, o princípio máximo do Estado democrático de direito, um valor moral, espiritual, inalienável, irrenunciável, inerente a todo

⁶⁰⁰ Código Civil (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

⁶⁰¹ Lei nº 7/2000, de 11 de maio: Artigo 1º - Objecto: 1 - A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos. 2 - Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum. Artigo 7º - Adopção: Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas. Disponível em: <http://portugalgay.pt/politica/parlamento03.asp>. Acesso em: 25/06/2011.

ser humano. Os direitos e garantias fundamentais defendidos nas declarações, convenções, constituições e demais leis que disciplinam o direito são instrumentos de realização da pessoa humana, aqui, em particular, do direito da família e do direito da infância e da juventude, em cujas áreas também se destacam outros, como: princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da responsabilidade parental, princípio da prevalência da família, princípio da paternidade responsável, princípio da consagração do poder familiar, princípio do superior interesse da criança e do jovem, princípio do pluralismo familiar, princípio da liberdade de constituir uma comunhão familiar pelo casamento ou pela união estável e princípio da afetividade. “Os afetos são espaços de vivência da ética, pois qualificam as ações e as relações humanas; impulsionados pelos afetos é que decidimos se algo é bom ou não e que determinada ação deve ser evitada⁶⁰²”.

Paulo Lôbo⁶⁰³ descreve os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares em dois grupos: 1º: Princípios Fundamentais: dignidade da pessoa humana; solidariedade e 2º: Princípios Gerais: igualdade; liberdade; afetividade; convivência familiar; melhor interesse da criança. Dentre os princípios destacamos:

1. Princípio da dignidade da pessoa humana: as pessoas devem ser tratadas dignamente independentemente de classe social, gênero, preferência sexual. Diz o art. 1º, inciso III da Constituição Brasileira de 1988: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. É um princípio de muita importância para o Estado democrático de direito.
2. Princípio da convivência familiar: a convivência familiar refere-se aos laços que ocorrem no ambiente familiar, que unem a família, sejam eles oriundos do parentesco ou não; é um princípio de suma importância para o direito de família; mesmo em caso de separação dos cônjuges, deve ser respeitado no que se refere aos filhos, que continuam com seus direitos resguardados, direito esses, de visita, de alimentos, dentre outros.

⁶⁰² ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amália. (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 4ª. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 47.

⁶⁰³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.60.

2. Princípio da igualdade: embora a Constituição Federal ressalte que todos são iguais perante a lei, sem discriminação e distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sabemos que este preceito nem sempre é cumprido; pois os seres humanos nem sempre são iguais, muitos apresentam condições distintas, sejam elas sociais, materiais, financeiras e psicológicas, razão porque devem ser tratados em consonância com as suas diferenças. No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio pode ser observado nos artigos 226 § 6º da Constituição Federal, já mencionado e 1.511 do Código Civil⁶⁰⁴ que tratam da igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal. Esta Constituição foi muito significativa em relação a este princípio, no que se refere à igualdade entre os cônjuges, os companheiros, os filhos, quer de origem biológica ou não.

3. Princípio da afetividade: tem como elemento básico o afeto, a afeição, a amizade, valores que deveriam estar presentes em qualquer relacionamento, seja ele de filiação oriunda de casamento, união estável, de família monoparental, de relações empregatícias e outras. Rolf Madaleno⁶⁰⁵ é enfático ao dizer: “a afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles”. Sérgio Barros⁶⁰⁶ afirma que o afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar. Foi definido por Paulo Lôbo⁶⁰⁷ como o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológica. Como exemplos do princípio da afetividade, destacamos: a igualdade entre os filhos, a adoção, a igualdade entre cônjuges e companheiros, a convivência familiar. “A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade

⁶⁰⁴ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 203. Art. 1.511: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁶⁰⁵ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁰⁶ *Ibid*, *ibidem*.

⁶⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.70.

responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar⁶⁰⁸”. Daí a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo⁶⁰⁹.

4. Princípio do melhor interesse da criança: por ter proteção integral, ser sujeito de direitos, pessoa em desenvolvimento e em condição peculiar de desenvolvimento seus interesses devem ser tratados com prioridade absoluta, tanto pela família quanto pelo Estado, pela sociedade.

5. Princípio da liberdade. Antigamente o direito era mais tradicional; não flexível; a mulher era totalmente dependente do marido; o casamento era indissolúvel, as uniões estáveis e os filhos oriundos de relações extraconjugais não tinham proteção do Estado. “Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar⁶¹⁰”.

6. Princípio da solidariedade familiar: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. "O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade”⁶¹¹. Ao referir-se a este princípio, Maria Berenice Dias tece as seguintes considerações: “solidariedade é o que cada um deve ao outro; este princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade⁶¹²”.

7. Princípio do pluralismo das entidades familiares: surgiu em razão de inclusão e da valorização de outros tipos de família, além da oriunda do casamento, como a decorrente de união estável, da família monoparental, das uniões socioafetivas, das

⁶⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 418.

⁶⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 418.

⁶¹⁰ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 70.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 63.

⁶¹² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.66.

uniões homoafetivas. “O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares⁶¹³”.

8. Princípio da paternidade responsável: está previsto no art. 226 § 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que assim estabelece: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. § 7º: No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

No que respeita a este princípio Rodrigo Pereira declara⁶¹⁴ que a paternidade responsável é um desdobramento da responsabilidade; significa que os pais devem arcar com o ônus e o bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não.

O ordenamento jurídico português também reconhece vários princípios constitucionais do Direito de Família, muitos deles admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, alguns deles, de forma implícita. Os princípios abordados pelos doutrinadores, dentre eles, Francisco Coelho, Francisco Oliveira e José João Proença são os seguintes: direito à celebração do casamento; direito de constituir família; competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração; admissibilidade do divórcio, para quaisquer casamentos; igualdade dos cônjuges; atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos; inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores; não discriminação entre filhos nascidos no e fora do casamento; proteção da adoção; proteção da família; proteção da paternidade e da maternidade e proteção da infância.

1.1.3. Poder Familiar

⁶¹³ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7^{aa} ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 67

⁶¹⁴ PAREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3^a ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011, p. 86.

O Poder familiar constitui um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, unidos pelo matrimônio ou que vivem em união estável em igualdade de condições, de maneira equilibrada, na condução das responsabilidades, compromissos e obrigações; todavia, caso não seja possível, em situações diversas, como por exemplo: morte, ausência ou destituição, a lei determina que uma outra pessoa assuma as funções de cuidar, zelar pelos filhos menores, administrar seus bens. O Brasil utiliza esta nomenclatura enquanto que Portugal usa o termo “poder paternal”. Deve ser exercido em benefício e no interesse dos filhos, os quais precisam da proteção, da atenção, dos cuidados dos pais até adquirirem independência, condições de discernirem para tomarem suas próprias iniciativas, suas próprias decisões; geralmente isto acontece quando atingem a maioridade, quando são emancipados, quando casam. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90 em seu art. 21 preceitua o seguinte:

“O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência⁶¹⁵”.

No Brasil, o poder familiar é mencionado em várias leis. No ordenamento jurídico brasileiro ele é abordado e objeto de atenção tanto pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 229⁶¹⁶, quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 21 e 22⁶¹⁷ e pelo Código Civil⁶¹⁸. O Poder Familiar abrange os direitos e deveres dos pais em relação à criação, acompanhamento e educação dos filhos. “Faz parte do estado das pessoas e por isso não pode

⁶¹⁵ ISHIDA, Válder Kenji. *Op. cit.*, p.29

⁶¹⁶ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 79. Art. 229 CF/88. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁶¹⁷ ISHIDA, Válder Kenji. *Op. cit.*, p. 29 e 31. Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 209. Art. 1. Do Código Civil Brasileiro, Lei nº. 10.406/2002, que diz: compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: *I* - dirigir-lhes a criação e educação; *II* - tê-los em sua companhia e guarda; *III* - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; *IV* - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; *V* - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; *VI* - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; *VII* - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicuem desse poder, será nula⁶¹⁹”.

Como ressalta Carlos Roberto Gonçalves, o poder familiar é também imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei. É ainda incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar⁶²⁰.

Consoante o Código Civil Brasileiro, o poder familiar será extinto pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção; por decisão judicial, caso o pai ou a mãe castigue imoderadamente o filho, abandone-o, pratique atos contrários à moral e aos bons costumes. Poderá ser suspenso nos casos previstos em lei⁶²¹. No tocante à perda e à suspensão do poder familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que estas serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. Dispõe o art. 1.635⁶²² do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A esta extinção pode ser acrescentada outras causas, como as referidas no art. 5º deste mesmo diploma legal, que assim assevera, *ipsis litteris*: Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de

⁶¹⁹ CUNHA GONÇALVES, Luis, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume VI: direito de família*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374.

⁶²⁰ CUNHA GONÇALVES, Luis, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 374.

⁶²¹ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 209. Art. 1.637: Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. *Parágrafo único*. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

⁶²² *Ibid*, *Ibidem*.

homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. Por sua vez, o art. 1.637 ressalta que: “se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

Conforme preleciona Carlos Alberto Bittar, “vicissitudes” podem afetar o poder familiar, decorrendo daí a destituição e a suspensão do pátrio poder. Ele diferencia Destituição/Extinção da seguinte forma: “a destituição é o afastamento definitivo do genitor do poder, em virtude de fundamento previsto, por expresse em lei; a extinção é a cessação definitiva do poder, ditada por fenômenos naturais ou jurídicos elencados pela lei⁶²³.”

Os pais que privam os filhos do direito a eles assegurados da convivência familiar, que não procuram protegê-los, educá-los, assisti-los devidamente em todos os aspectos, sejam eles materiais ou intelectuais poderão ser responsabilizados criminalmente por crimes de abandono material, intelectual, abandono de incapaz e de recém-nascido, omissão de socorro e maus tratos, conforme determinações expressas no Código Penal Brasileiro⁶²⁴. Nos termos

⁶²³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto, *apud* ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11^ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31.

⁶²⁴ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 371/380: Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos. Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos. Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º - Se do fato resulta

do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente aos pais incumbem o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais; caso descumpram, estarão sujeitos à perda e a suspensão do poder familiar, conforme estabelece o art. 24 deste mesmo diploma legal: “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”. Com relação a perda e suspensão do poder familiar esclarece Guilherme Barros:

“o processo de perda ou suspensão do poder familiar é, no mais das vezes, proposto pelo Ministério Público, cabendo à Defensoria Pública a defesa dos hipossuficientes; a perda e a suspensão do poder familiar podem surgir também no bojo de uma ação de adoção ou de tutela, proposto por particulares, patrocinados pela Defensoria Pública ou por advogado particular - o Ministério Público não fica afastado desse processo, atua como *custos legis*⁶²⁵”.

Os pais podem ser destituídos do poder familiar se não assumirem uma postura responsável em relação aos filhos, seja através de cuidados afetivos seja assumindo atitudes firmes no que tange as obrigações relativas aos seus interesses de cunho material, social, protetivo, visando o melhor interesse destes e harmonia no lar. Devem se envolver com as tarefas escolares dos filhos, o que ajudará no seu crescimento, na realização profissional destes, no aumento de suas resistências, dos seus potenciais, procurar conhecer o círculo de

lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. Art. 244 (*Abandono Material*) Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. Art. 246 (*Abandono Intelectual*) Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: *I* - frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; *II* - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; *III* - resida ou trabalhe em casa de prostituição; *IV* - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

⁶²⁵ BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 43.

amizade deles, conhecer os amigos com os quais saem, para onde vão e o que fazem; enfim, educarem os filhos com limites, ensinando-lhes a terem responsabilidades desde cedo.

Como vimos, os filhos estão sujeitos ao poder familiar até atingirem a maioridade ou serem emancipados. Tal poder é exercido pelos pais de forma equânime e de comum acordo. Todavia, conforme o art. 1905º do Código Civil Português, nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e a forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito à homologação do tribunal; a homologação será recusada no interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiada uma relação de grande proximidade. Na falta de acordo, o Tribunal decidirá em harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiada, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º⁶²⁶, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência.

Além da obrigação que têm os pais de cuidar, zelar pela saúde, sustentar e educar seus filhos, bem como promover os seus desenvolvimentos físico, intelectual e moral são obrigados a representar os seus bens. Quando não assumem devidamente tais obrigações, podem ser processados civil e penalmente, podendo inclusive ser extinto o poder familiar. Para Paulo Lobo, é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura-se uma autoridade temporária, exercida até à maioridade ou emancipação dos filhos⁶²⁷.

O exercício do poder familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. No caso de nova família, a lei põe a salvo qualquer espécie de interferência do novo parceiro à relação entre pais e filhos, exatamente porque o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. O

⁶²⁶ *Código Civil* (versão actualizada); *61ª versão - a mais recente* (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012. *Artigo 1.918º*: (Perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho): Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no nº 1 do artigo 1915º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência.

⁶²⁷ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.295

conteúdo do instituto do poder familiar se traduz nas hipóteses conferidas ao art. 1634 do Código Civil Brasileiro⁶²⁸.

Poder familiar é o poder conferido aos pais para, juntos assumirem as devidas responsabilidades em relação aos filhos, no tocante aos cuidados necessários com a educação, saúde, com seus bens e interesses, com seus sustentos, com a garantia de outros direitos a eles assegurados por lei ou determinados judicialmente. Deve ser exercido com cautela, limite e restrição; todavia, quando deixarem de cumprir os deveres deste poder, o Estado não pode abster-se do dever de intervir.

Ressalta Fernanda Cerqueira ser este poder irrenunciável, indelegável e imprescritível, que só pode ser suspenso ou extinto mediante procedimento judicial. Afirmar ainda, ser uma forma de sanção aos pais, sem dúvida, mas com vistas à preservação dos interesses dos filhos⁶²⁹.

Na visão de Edilene Balbino, a gestão familiar no Direito é realizada mediante o exercício do poder familiar (Direito brasileiro) e poder paternal (Direito português); pois ambos os institutos outorgam “poder” aos pais e responsáveis de cunho educativo, que consiste no dever de oferecer todos os direitos aos seus filhos; mas também exigir a contrapartida, que é o cumprimento dos deveres⁶³⁰.

O Código Civil Português explica bem quais são as responsabilidades parentais; demonstra que no respectivo exercício ocorrem limitações quanto à pessoa e aos bens do filho, dentre outras. Assim como no Brasil, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa, no seu art. 36º, inciso 6, afirma que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. O Poder Paternal, conforme o art.1882º do Código Civil Português, não pode ser renunciado pelos pais e nem os direitos que lhes confere. Em relação aos deveres de pais e filhos, a duração e o

⁶²⁸ ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*/ Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.169.

⁶²⁹ CERQUEIRA, Fernanda D'Aquino Mafra. *Estatuto da criança e do adolescente. Noções Gerais*. Brasília: Fortium, 2005, p. 46/47.

⁶³⁰ BALBINO, Edilene Dias Virmeiro. *Gestão familiar e delinquência juvenil: ensaio criminológico no direito brasileiro e português*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p. 44.

conteúdo das responsabilidades, ao poder de representação e a irrenunciabilidade, assim destacam os seguintes artigos⁶³¹:

O Poder Familiar é tão somente um meio de cumprimento de um dever paternal. Aos pais é concedido o direito de impor limites, pelo exercício da função paternal, que lhe dá o poder para cumprir o dever de educá-los⁶³². Constituem os direitos e deveres que os pais têm na criação, guarda, educação e no desenvolvimento dos filhos, todavia, caso não assumam devidamente suas responsabilidades, compromissos e obrigações este poder poderá ser suspenso e até extinto com base nas legislações que regulam a matéria, em especial, no caso do Brasil, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A perda do poder familiar deve se dar, sempre, quando o titular for condenado, seja como autor, seja como coautor, por crime ou delito cometido sobre a pessoa do filho, ou

⁶³¹ *Código Civil* (versão actualizada). *Op. cit.* Artigo 1874º (*Deveres de pais e filhos*): 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência. 2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar. Artigo 1877º (*Duração do poder paternal*): Os filhos estão sujeitos ao poder paternal até à maioridade ou emancipação. Artigo 1878º (*Conteúdo do poder paternal*): 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida. Artigo 1879º (*Despesas com o sustento, segurança, saúde e educação dos filhos*): Os pais ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação na medida em que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos. Artigo 1880º (*Despesas com os filhos maiores ou emancipados*): Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação a que se refere o número anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete. Artigo 1881º (*Poder de representação*): 1. O poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais. 2. Se houver conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito ao poder paternal, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal. Artigo 1882º (*Irrenunciabilidade*): Os pais não podem renunciar ao poder paternal nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção. Artigo 1881º (*Poder de representação*): 1. O poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais. 2. Se houver conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito ao poder paternal, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal. Artigo 1882º (*Irrenunciabilidade*): Os pais não podem renunciar ao poder paternal nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção.

⁶³² ARDIGÓ, Maria Inês França. *Estatuto da criança e do adolescente: direitos e deveres*. Leme: Editora Cronus, 2009, p. 191.

como cúmplice de crime ou delito cometido pelo filho menor. Por força do art. 93⁶³³ do Código Penal Brasileiro, está vedada a volta ao exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela em relação ao filho, tutelado ou curatelado contra o qual o crime tenha sido cometido. No mesmo sentido, e por lesão aos deveres de manutenção, segurança e saúde do filho, perde o poder familiar quem for consumidor contumaz de bebidas alcoólicas ou viciado em drogas, que levam a condutas contrárias à moral e aos bons costumes⁶³⁴.

1.2.4. Família Substituta

Ocorrendo impedimento para o exercício do poder familiar pelos pais ou responsáveis, a justiça concede a oportunidade deste ser exercido por uma família substituta, que é uma família que substitui a família natural em virtude da impossibilidade desta assumir a guarda, cuidado e responsabilidade dos filhos e quando estes não estiverem seguros com os responsáveis em decorrência de maus tratos, falta de proteção, lesão aos seus direitos fundamentais. Há três modalidades de família substituta consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente; guarda, tutela e adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente trata desta modalidade de família nos artigos 28 ao 32⁶³⁵. É medida a ser aplicada para a proteção do

⁶³³ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 355/356. Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. *Parágrafo único* - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. Art. 92 - São também efeitos da condenação: *I* - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. *II* - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; *III* - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. *Parágrafo único* - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

⁶³⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 309.

⁶³⁵ ISHIDA, Válder Kenji. *Op. cit.*, p. 54 à 59. Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º 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. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. § 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. § 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: *I* - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; *II*

infante, independentemente de sua situação jurídica, podendo ser acautelados os interesses do menor com as medidas provisórias de guarda ou de tutela, porquanto a adoção depende da inexistência ou destituição do poder familiar⁶³⁶.

Para Guilherme Strenger, *apud* Wilson Liberati⁶³⁷, a guarda é um *manus*. Sustenta que guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.

Os pais são titulares do poder familiar; têm o dever de cuidar bem dos filhos, orientando-os, educando-os da melhor maneira possível, preparando-os para a vida. Quando ocorrer a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial ou divórcio, a guarda dos filhos deve ser concedida ao cônjuge que tiver melhores condições, sejam elas: psicológicas, afetivas, morais ou financeiras, devendo ser levado em conta o interesse do filho; que tendo discernimento poderá ajudar no processo de concessão da guarda. Todavia, é melhor e menos traumático para os filhos se for acordado entre os pais, em processos de separação e divórcio a guarda compartilhada; no entanto, esta espécie de guarda só surte o efeito desejado se os pais mantiverem um bom relacionamento, ponderação, diálogo e tiverem como objetivo primordial o bem-estar dos filhos. Ao analisar o pedido, o juiz deve observar todos os critérios, sejam eles subjetivos ou objetivos, valorizar o interesse dos filhos, os vínculos de parentesco e de afetividade.

Conforme já afirmamos, o poder familiar no Brasil ou poder paternal em Portugal é o poder conferido por lei aos pais ou responsáveis pelo menor, os quais devem assumir com responsabilidade as funções inerentes a este encargo, que incluem direitos e obrigações. Na falta dos pais, o Poder Paternal passa a ser exercido por outras pessoas conforme confere a

- que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; *III* - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. *Art. 29.* Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. *Art. 30.* A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial. *Art. 31.* A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção. *Art. 32.* Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.

⁶³⁶ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 613.

⁶³⁷ STRENGER, Guilherme, *apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p.31.

lei, através dos institutos da guarda, da tutela, e da adoção, designados em Portugal como “meios de suprir o poder paternal”. Na tutela, o poder paternal, nos termos do art. 1927º do mesmo diploma legal recairá sobre a pessoa designada pelos pais ou pelo Tribunal de Menores, mediante algumas regras estipuladas no artigo seguinte⁶³⁸. As funções tutelares são exercidas conjuntamente pelo “Tutor” e pelo Conselho de Família, o qual nos termos do art. 1951º é constituído por dois vogais, e pelo agente do Ministério Público, que preside. Os vogais, por sua vez, são escolhidos entre os parentes ou afins do menor e na sua falta, entre os amigos dos pais ou vizinhos, cuja escolha é feita pelo Tribunal.

1.2.4.1. Guarda

A guarda tem como meta regularizar a situação da criança ou jovem, que muitas vezes já se encontra sob os cuidados de uma determinada pessoa para a qual foi transferida de fato a obrigação e responsabilidade de proporcionar-lhe todos os cuidados necessários e educá-lo; podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Quando houver necessidade de colocar a criança em uma família substituta, inicialmente devem ser avaliados vários critérios, como o grau de parentesco, os vínculos de afinidade e de afetividade, a solidariedade, o teor do laudo interdisciplinar, o perfil da pessoa ou da família disposta a assumir tal encargo. A pessoa que está com a guarda de uma criança deve zelar pela sua integridade física e psíquica; pode ocorrer em caráter provisório e não exige que os pais biológicos tenham sido destituídos do poder familiar. Às vezes a justiça concede esta guarda na expectativa de que os pais amadureçam suas posturas, seus comportamentos, pela falta de cumprimento dos seus deveres, sobre seus atos, sejam acompanhados por uma equipe técnica e adquiram condições de novamente assumirem suas responsabilidades e receberem seus filhos de volta ao convívio familiar.

⁶³⁸*Código Civil* (versão actualizada); *61ª versão - a mais recente* (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

Artigo 1928.º (Tutor designado pelos pais): 1. Os pais podem nomear tutor ao filho menor para o caso de virem a falecer ou se tornarem incapazes; se apenas um dos progenitores exercer o poder paternal, a ele pertencerá esse poder. 2. Quando, falecido um dos progenitores que houver nomeado tutor ao filho menor, lhe sobreviver o outro, a designação considera-se eficaz se não for revogada por este no exercício do poder paternal. 3. A designação do tutor e respectiva revogação só têm validade sendo feitas em testamento ou em documento autêntico ou autenticado

Ao assumir a guarda de uma criança, adolescente ou jovem, o responsável é obrigado a cuidar, administrar, prestar-lhe todo tipo de assistência material, moral, intelectual. A guarda pode ser provisória quando objetiva suprir eventual falta dos pais ou responsáveis em razão de determinada situação.

A guarda é um dos atributos do poder familiar, eis que na constância da sociedade conjugal, núcleo da família por excelência, é exercida em conjunto pelos genitores, inobstante também possa ser desempenhada abstraindo-se do poder familiar, hipótese em que estará a cargo de um terceiro, na forma compatível aos princípios do melhor interesse da criança e da prioridade no seu atendimento⁶³⁹.

É oportuno lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a guarda unilateral ou dividida e a guarda compartilhada⁶⁴⁰. Ela pode ser deferida a outra pessoa, sem que haja a suspensão ou a perda da autoridade parental, conforme demonstram os artigos⁶⁴¹

⁶³⁹ MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 58.

⁶⁴⁰ ANGHER, Anne Joyce. *Op cit.*, p. 207. *Código Civil: Art. 1.583*. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. *Art. 1.584*. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

⁶⁴¹ *Lei nº 6.515/1977, de 26 de Dezembro: Art. 10* - Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que não houver dado causa. § 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. *Lei nº 8.069/1990, de 13 de Julho: Art. 33*. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 2º: Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. *Código Civil Brasileiro, Lei nº 19.406/2002, de 10 de Janeiro: Art. 1.584*. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 5º Se o juiz verificar que o filho não

10 § 2º da Lei nº 6.515 /77, 33 § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 1. 584 § 5º do Código Civil Brasileiro.

Portanto, embora a guarda compartilhada já estivesse sendo adotada por muitos operadores do direito e pela sociedade acatada quando fosse possível a sua aplicação, apenas foi regulamentada em 2008, através da Lei nº 11.698, de 13 de Junho, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584, já destacados, do Código Civil Brasileiro, da Lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro. Conforme demonstram tais dispositivos, a guarda compartilhada é a possibilidade dos pais, que não vivem sob o mesmo teto, exercerem conjuntamente os direitos e deveres dos filhos; é a possibilidade dos dois genitores permanecerem unidos nas principais decisões da vida do filho, mantendo, ainda, uma convivência cotidiana com a criança, diferente dos finais de semanas alternados. Na opinião de Maria Berenice Dias, compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere⁶⁴².

Ocorre a guarda unilateral quando ela é confiada a um dos genitores, ficando o outro com o direito de visitas e o dever de contribuir com uma pensão alimentícia, segundo suas possibilidades financeiras e de acompanhar os filhos nos seus interesses. Geralmente é estabelecida consensualmente por ambos; entretanto, na falta de acordo é fixada pelo juiz.

A guarda alternada se caracteriza pelo exercício da guarda alternadamente, um período com o pai e outro com a mãe, que pode ser de dias, semanas e/ou meses. Este tipo de guarda é bastante criticado por impedir a consolidação de hábitos, valores, estabilidade emocional, psíquica e social na criança e no adolescente, em razão de constantes mudanças de referências às quais ficam submetidos aqueles que estão sob guarda⁶⁴³. Na guarda compartilhada os pais participam ativamente da vida dos filhos, compartilhando a criação, a educação, as decisões em favor dos mesmos. Segundo Guilherme Gama⁶⁴⁴ o modelo de guarda compartilhada assume importante papel, tomando em consideração que estimula o convívio dos filhos com ambos os pais, bem como respeita o princípio da parentalidade responsável, incitando a

deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

⁶⁴²DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 434.

⁶⁴³MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 64.

⁶⁴⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238.

responsabilidade de ambos os pais. Todavia, é importante destacar que, embora compartilhada, a criança tem uma referência, ou seja, uma residência fixa.

Na guarda é atribuída aos pais a obrigação de ter os filhos em sua companhia, cuidar deles, protegê-los, defendê-los, sustentá-los, educá-los e assisti-los; é um dos atributos do poder familiar. O sentido da unidade familiar encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os membros de uma família⁶⁴⁵. Segundo Fabíola Albuquerque, a guarda compartilhada aparece como o instrumento de realização dos princípios do melhor interesse da criança, da realização pessoal dos cônjuges e, por conseguinte, da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A decisão judicial sobre guarda nunca transita em julgado, a qualquer época poderá ser modificada caso ocorra um fato novo que autorize tal modificação, levando-se sempre em consideração o interesse superior da criança; muitas vezes, é solicitado um parecer técnico de uma equipe multidisciplinar, antes do Ministério Público e do Magistrado adotarem seus posicionamentos, o qual pode ou não auxiliá-los. Diz o art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público⁶⁴⁶”. O detentor da guarda é responsável pela assistência moral, educacional, material da criança ou do adolescente. “Tem como finalidade regularizar a posse de fato da criança e do adolescente para atender a casos urgentes, situações peculiares, ou para suprir a eventual falta dos pais⁶⁴⁷”. Conforme aduz o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Efetivamente que, consoante afirma Suzana Marques⁶⁴⁸, somente com a Lei nº 11.698/2008, dando nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil é que a guarda compartilhada, ali disciplinada, passou a ter explícita referência legal, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, inobstante este não a proibisse, porque a regra do art. 1.583, na sua antiga redação, admitia a guarda compartilhada, de forma implícita, desde que

⁶⁴⁵ ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*/ Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.171

⁶⁴⁶ ISHIDA, Valter Kenji. *Op. cit.*, p. p. 67.

⁶⁴⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p.36.

⁶⁴⁸ MARQUEZ, Susana Oliveira. *Op. cit.*, p.105

acordada pelos pais. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza, também, de forma implícita, a adoção da guarda compartilhada, ao exteriorizar a ideia de que a guarda, em qualquer de suas formas, tem por objetivo maior atender aos interesses e às necessidades da criança, por ser pessoa em desenvolvimento.

Guarda compartilhada é a guarda que é exercida conjuntamente pelos pais separados; que exercem o poder familiar em todos os aspectos, participando de modo efetivo da vida dos filhos, de todas suas atividades, buscando sempre seus interesses; sem dúvida, é menos traumática e dolorosa. Ocorre quando os pais assumem conjuntamente os cuidados, a educação, a criação dos filhos, decidindo o que for melhor para o desenvolvimento destes. “Como a guarda compartilhada só é possível quando não há a destituição ou a suspensão do poder familiar, está claro que a convivência plena com ambos os pais não contraria o interesse da criança⁶⁴⁹”.

A experiência nos mostra, conforme nos referimos anteriormente, que a guarda compartilhada só surte efeito quando há consenso entre os pais, diálogo, respeito, uma relação harmoniosa, para que consigam tomar civilizadamente a decisão que melhor convier para o filho, observando sempre seu interesse sob todos os aspectos. No Brasil, ela tem como um dos seus fundamentos o § 5º do art. 226 da Constituição Federal que diz: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

“A guarda compartilhada busca resgatar esse ambiente de harmonização e de coparticipação ou cooperação dos pais na educação e formação de seus filhos comuns, no salutar propósito de não dar qualquer solução de continuidade no exercício efetivo do poder familiar, tão relevante no que respeita à educação e formação dos filhos e, desse modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos pais⁶⁵⁰”.

Como frisa Paulo Lobo⁶⁵¹, a guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais.

⁶⁴⁹ BRUNO, Denise Duarte. *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister, IBFAM, 2010, p.222.

⁶⁵⁰ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p.423.

⁶⁵¹ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.200.

Em Portugal, desde que a filiação esteja estabelecida em relação a ambos os pais, em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, separação de fato e término da união de facto por vontade de um dos partícipes, as responsabilidades parentais poderão ser exercidas em comum por ambos os pais, desde que tenha havido acordo entre eles, como dispõem os artigos 1906º n. 1, 1909º e 1912º do Diploma Civil português. Note-se, no entanto, que em virtude da Lei nº 61/2008, mesmo sem acordo, as questões de particular importância são exercidas em comum por ambos os progenitores, a não ser que o Tribunal entenda ser contrário ao melhor interesse da criança⁶⁵².

Com o advento da Nova Lei do Divórcio em Portugal, Lei nº 61/2008, esse parece ser o critério adotado pelo legislador, uma vez que dispõe o nº 5 do art. 1906º do CCP que, "o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro"⁶⁵³.

Segundo Paulo Lobo, em Portugal, a principal razão apontada para introduzir o que se chamou guarda compartilhada foi o interesse da criança, especialmente as necessidades afetiva e emocionais⁶⁵⁴. Destaca Maria Clara Sottomayor⁶⁵⁵ que, em 1995, a Lei nº. 84/95, de 31 de Agosto, alterou o Código Civil no que diz respeito ao exercício do poder paternal após o divórcio. A lei especifica que o conceito de interesse do menor inclui o interesse deste em manter com o progenitor a quem não foi confiado uma relação de grande proximidade e permite expressamente que os pais acordem exercer em comum o poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoravam para tal efeito na constância do matrimônio. Em vez do exercício conjunto do poder paternal, os pais podem, ainda, acordar que determinados assuntos sejam resolvidos por acordo de ambos".

Com a Lei nº 12.010/2009, de 3 de Agosto, foram incluídos alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na parte referente à guarda o que afirma que mesmo após o deferimento da mesma a uma determinada pessoa, os pais biológicos poderão ter

⁶⁵² CHAVES, Marianna. *Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17985>>. Acesso em: 26/02/2011.

⁶⁵³ *Ibid.* Acesso em 26/02/2011.

⁶⁵⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 178

⁶⁵⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *apud* LOBO, Paulo. *Op. cit.*, p.178.

direito de visitas e obrigações de prestar alimentos, se necessário for, a pedido do interessado ou do Ministério Público. De suma importância foi a modificação ocorrida no art. 34⁶⁵⁶ deste mesmo diploma legal, com a inclusão de alguns parágrafos.

1.1.4.2. Tutela

A tutela é o poder conferido por lei a uma pessoa idônea, responsável, maior e capaz para cuidar, educar, proteger e resguardar os direitos de uma criança, adolescente ou jovem no caso de falecimento dos seus pais, ausência ou de destituição do poder familiar; devendo ao assumir esta incumbência administrar seus bens e representá-lo nos atos da vida civil. Caso ele seja adotado, a tutela será extinta. Os tutores têm as mesmas obrigações que os pais quanto à criação dos menores, tais como na condução da educação, no acompanhamento do seu desenvolvimento físico, psicológico, afetivo; nos cuidados com sua saúde, segurança, lazer, crescimento moral e espiritual; como também, caso possua bens, na administração dos mesmos, devendo ao final prestar contas.

A tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais falecerem, foram declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar⁶⁵⁷. Neste sentido, dispõe o art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação dada pela Lei nº 12.010/2009: “a tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda⁶⁵⁸”.

Segundo o Código Civil Brasileiro, os menores são postos em tutela com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes e em caso de os pais decaírem do poder familiar. O tutor pode ser nomeado por testamento ou por qualquer documento

⁶⁵⁶ ISHIDA, Valter Kenji. *Op. cit.*, p.65. Art. 34 ECA: O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. § 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

⁶⁵⁷ RODRIGUES, Silvio *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 5. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 626.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 71.

autêntico, nos termos da legislação em vigor. Entretanto, caso não haja tutor testamentário ou legítimo, como também, quando forem excluídos, escusados ou removidos da tutela, o tutor será nomeado pelo juiz.

Há dois tipos de tutela: legítima e dativa. Legítima, quando não ocorre a nomeação pelos pais, sendo chamados para assumir o encargo os parentes consanguíneos e os dativos, nomeada pelo juiz quando não há nenhum tutor legítimo ou testamentário e nem parentes aptos a assumir o encargo. Este tutor nomeado é um estranho, mas que assumiu o compromisso de bem e fielmente desempenhar tais funções.

O Código Civil Brasileiro estabelece estes dois tipos de tutela, nos seguintes dispositivos legais. A legítima está descrita no art. 1.731 que diz:

“em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor⁶⁵⁹”.

E a dativa no art. 1.732, que assim assevera: “o juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: I - na falta de tutor testamentário ou legítimo; II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela; III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário⁶⁶⁰”.

Maria Berenice Dias classifica a tutela em duas espécies: documental e testamentária. Documental: a tutela deve ser instituída através de documento autêntico, firmado por um ou ambos os pais, em conjunto ou separadamente. Assim, pode ser levada a efeito por escritura pública, escrito particular ou até mesmo por carta. Vale qualquer escrito que deixe clara, sem dar margem a dúvidas, tanto a nomeação como a identidade do signatário⁶⁶¹. Testamentária: Qualquer dos pais pode instituir a tutela por meio de testamento. Como é vedado testamento conjunto (*Código Civil Brasileiro: art. 1.862. São testamentos ordinários: I - o público; II - o cerrado; III - o particular; art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.*) cada um deve indicar o tutor em instrumentos distintos. Não há

⁶⁵⁹ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 213.

⁶⁶⁰ *Ibid, ibidem.*

⁶⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.691.

qualquer vedação a que a nomeação seja feita por meio de codicilo (CC 1881), que, afinal, nada mais é do que um escrito particular⁶⁶².

Ao teor do que descreve Rolf Madaleno ocorre a tutela dativa quando inexistente nomeação testamentária e tampouco seja possível nomear algum parente consanguíneo do menor, porque inexistente ou porque os existentes não são idôneos, foram excluídos, removidos da tutela, ou dela se escusaram⁶⁶³. Estipula esta citada lei ser nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.

Para Silvio Rodrigues, a tutela é um conjunto de poderes e de encargos conferidos por lei a um terceiro para que zele pela pessoa de um menor, que se encontre fora do pátrio poder, e lhe administre os bens. A administração de seus bens não pode prevalecer sobre sua criação e educação, frisando-se que o menor abandonado não tem bens, e a razão de ser de toda esta medida de proteção está na prevalência do interesse superior do menor e pleno desenvolvimento de sua personalidade⁶⁶⁴.

O art. 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.060/90, por sua vez, com a redação dada pela Lei nº. 12.010/2009, assim dispõe: “o tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro - Código Civil, deverá no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos artigos 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos artigos 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la⁶⁶⁵”.

O instituto da tutela tem como objetivo primordial proteger, amparar a criança ou o adolescente, resguardando os seus bens, zelando pelos seus interesses; atuando em substituição aos pais, que detinham o poder familiar e tinham como propósito assumir este

⁶⁶² *Ibid.*, p. 602

⁶⁶³ MADALENO, Rolf. *Op.cit.*, p. 1107.

⁶⁶⁴ RODRIGUES, Silvio, *apud* ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 72.

⁶⁶⁵ ISHIDA, Válter Kenji. *Op. cit.*, p.74.

encargo. Tratando-se de adolescente, ou seja, de maior de 12 anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência, como faz alusão o art. 28 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. “O tutor exerce um *múnus* público, delegado pelo Estado ao transferir a uma terceira pessoa o encargo de zelar pela criação, educação e pelos bens do menor posto sob tutela⁶⁶⁶”. A tutela não pode ser exercida indistintamente por todos que tiverem esta pretensão. O Código Civil Brasileiro, mais precisamente no seu art. 1.735⁶⁶⁷ apresenta algumas exceções, como pode ser observado.

O Código Civil Português também delimita os requisitos que devem ser cumpridos para a concessão da tutela, os quais estão estipulados no art.1921º, que diz *ipsis litteris*:

1. O menor está obrigatoriamente sujeito a tutela: a. se os pais houverem falecido; b. se estiverem inibidos do poder paternal quanto à regência da pessoa do filho; c. se estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer o poder paternal; d. se forem incógnitos. 2. Havendo impedimento de facto dos pais, deve o Ministério Público tomar as providências necessárias à defesa do menor, independentemente do decurso do prazo referido na alínea c) do número anterior, podendo para o efeito promover a nomeação de pessoa que, em nome do menor, celebre os negócios jurídicos que sejam urgentes ou de que resulte manifesto proveito para este; 3. O disposto no nº 1, não é aplicável quando se constituir o apadrinhamento civil⁶⁶⁸.

Diferentemente do Brasil, em Portugal a tutela é exercida por um tutor e pelo conselho de família, sendo a administração de bens exercida por um ou mais administradores e, se estiver instaurada a tutela, pelo conselho de família. E o cargo de tutor, consoante o Código Civil recairá sobre a pessoa designada pelos pais ou pelo tribunal de menores.

1.1.4.3. Adoção

Adoção é o vínculo que se estabelece entre duas pessoas independentemente de relações sanguíneas ou afins; é um ato de amor, de carinho, de ternura; é receber no seu lar

⁶⁶⁶ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 1101.

⁶⁶⁷ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p.213. Art. 1.735: não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: *I* - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; *II* - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; *III* - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; *IV* - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; *V* - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso de tutorias anteriores; *VI* - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

⁶⁶⁸ *Código Civil* (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

uma pessoa como filho, com os mesmos direitos dos filhos naturais, inclusive sucessórios, sem distinção e discriminação. Atribui à criança a condição de filho do adotando.

Tem como base o carinho, o afeto, a vontade, a dedicação. É um tipo de família substituta, que se diferencia das outras, no caso da guarda e da tutela, por ser definitiva. O Ministério Público deve interferir no feito sob pena de nulidade. “Para o direito brasileiro, um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas; um ato que faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa⁶⁶⁹”. A afetividade tem contribuído muito com as relações familiares, sejam elas oriundas dos diferentes tipos de família ou das provenientes de guarda, tutela e adoção. “É na adoção que os laços de afetos se visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos⁶⁷⁰”.

Maria Helena Diniz define adoção como o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, irrevogável e independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha⁶⁷¹.

No mesmo sentido conceitua Daniela Rodrigues, quando declara ser:

“o ato de receber uma pessoa, sob condição de filho, estabelecendo-se, a partir de então, vínculos de parentesco idênticos aos do parentesco natural, com a denominação de parentesco civil, cujos vínculos atribuem ao filho a mesma condição dos filhos biológicos⁶⁷²”.

Para Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷³, é um ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou de afinidade.

A adoção só deverá ocorrer em última hipótese, quando não for possível manter a criança em uma família natural ou extensa, quando apresentar vantagens para o adotando e

⁶⁶⁹ SOUSA, Evaldo Sebastião de (Coord.). *Lei da convivência familiar e comunitária: comentários*. Goiânia: MP/GO, 2010, p. 30.

⁶⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.238.

⁶⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548.

⁶⁷² RODRIGUES, Daniela Rosário. *Direito civil: família e sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 136.

⁶⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *apud* MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 603.

originar-se de motivos legítimos e necessários. Constitui-se por sentença judicial. É uma medida excepcional e irrevogável. Sendo medida irrevogável só deve ser pensada quando não existir possibilidade da criança retornar à sua família biológica ou a uma família extensa. A decisão deve ser amadurecida, bem avaliada. Conforme expressa o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Helena Bolieiro e Paulo Guerra conceituam adoção da seguinte forma:

“Adopção, em sentido lato, define-se como a inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram, são desconhecidas, não querem assumir o desempenho das suas funções parentais ou são pelo Tribunal considerados incapazes de as desempenhar⁶⁷⁴”.

De forma correta associam a “psicologia” e o “direito” ao instituto da adoção quando asseveram que a decisão de encaminhar a situação familiar de uma determinada criança para a “adopção” implica uma série e necessária ponderação de fatores de ordem psicológica, social e jurídica e que só deve ocorrer a separação da criança do seu meio familiar de origem quando realmente indispensável⁶⁷⁵.

Com a adoção espera-se que a criança adquira segurança, confiança, harmonia, tranquilidade, seja criada em um lar que lhe ofereça proteção, afeto, cuidado, atenção e todos os direitos necessários a um desenvolvimento sadio, o que na sua família de origem não conseguiria por circunstâncias diversas e alheias à sua vontade. Implica um rompimento total e definitivo com a família biológica sob todos os efeitos, devendo sempre ser levado em conta o interesse da criança.

A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer

⁶⁷⁴ BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito. Visão prática dos principais institutos do direito de família e das crianças e jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.311.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 322.

respeito ao estado de filiação, que é indispensável, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração⁶⁷⁶.

Conforme faz alusão o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando; contudo, o consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Por outro lado, tratando-se de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. A adoção por companheiros é possível se o relacionamento for estável.

Para Arnaldo Wald, *apud* Wilson Liberati, a “adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil; é um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente⁶⁷⁷”.

No Brasil, para ingressar com um pedido de adoção, os interessados necessitam cumprir alguns requisitos, dentre estes, os mencionados em alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁷⁸. Para os maiores de dezoito anos, dependerá, nos termos do art. 1.619 do Código Civil da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva,

⁶⁷⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 273.

⁶⁷⁷ WALD, Arnaldo, *apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 42.

⁶⁷⁸ ISHIDA, Válter Kenji. *Op. cit.* p. 79 a 90. *Art. 40.* O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. *Art. 41.* A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária. *Art. 42.* Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 - Código Civil. § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. *Art. 45.* A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. *Art. 49.* A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069/1990, de 13 de Julho - Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Agência CNJ (Conselho Nacional de Justiça) de notícias divulgou alguns dados sobre o Cadastro Nacional de Adoção, referentes ao primeiro semestre do ano de 2012, nos seguintes termos:

“O Brasil comemora nesta sexta-feira (25/5) o Dia Nacional da Adoção com 5.240 crianças e adolescentes ainda à espera de uma nova família. É o que mostra o Cadastro Nacional da Adoção (CNA), criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para reunir informações sobre crianças e jovens disponíveis para a adoção e pessoas interessadas em adotar. O banco de dados acelera procedimentos, facilitando o desenvolvimento de políticas públicas nesta área e também permite o conhecimento da realidade dessas crianças e adolescentes. Segundo levantamento da última terça-feira (22/5), o número de pretendentes continua cinco vezes maior que o de crianças e adolescentes aptos a serem adotados, com um total 28.041 inscritos em todo o país⁶⁷⁹”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com as modificações acrescentadas pela Lei nº 12.010/2009 ordena que seja mantida pela autoridade judiciária, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, outro de pessoas interessadas na adoção, criados e implementados cadastros estaduais com esta finalidade. Ressalta que a adoção internacional somente será deferida se, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil. Em relação a este tipo de adoção, preceitua o seguinte:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. § 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: I - que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto; II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei; III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado

⁶⁷⁹ Agência CNJ de notícias. *CNJ divulga balanço do Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em: <http://asmego.org.br/2012/05/25/cnj-divulga-balanco-do-cadastro-nacional-de-adocao/>. Acesso em: 14/8/2012.

para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. § 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro. § 3º A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional⁶⁸⁰.

A adoção internacional ocorre quando uma pessoa estrangeira, que reside e tem domicílio fora do Brasil ingressa em juízo com uma ação de adoção em favor de uma criança ou adolescente brasileiro, devendo ser cumprido os requisitos previstos no art. 52 do mesmo diploma legal *supra*⁶⁸¹.

Segundo o art. 1586º do Código Civil Português, adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos do art. 1973º e seguintes.

Antigamente, o ordenamento jurídico brasileiro adotava dois tipos de adoção: simples e plena. Desde 2002, com a entrada em vigor do atual Código Civil, Lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro, há apenas um tipo de adoção: adoção plena.

O Direito português admite duas modalidades: plena e restrita. Ambas podem ocorrer de forma conjunta ou singular; a primeira quando for requerida por duas pessoas casadas e a segunda, por uma só pessoa. Com a adoção plena, o adotado adquire a situação de filho do

⁶⁸⁰ ISHIDA, Válter Kenji. *Op. cit.*, p. 107.

⁶⁸¹ Art. 52 ECA: A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações: *I* - a pessoa ou casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, assim entendido aquele onde está situada sua residência habitual; *II* - se a Autoridade Central do país de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, emitirá um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional *III* - a Autoridade Central do país de acolhida enviará o relatório à Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira; *IV* - o relatório será instruído com toda a documentação necessária, incluindo estudo psicossocial elaborado por equipe interprofissional habilitada e cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência; *V* - os documentos em língua estrangeira serão devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado; *VI* - a Autoridade Central Estadual poderá fazer exigências e solicitar complementação sobre o estudo psicossocial do postulante estrangeiro à adoção, já realizado no país de acolhida; *VII* - verificada, após estudo realizado pela Autoridade Central Estadual, a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento por parte dos postulantes à medida dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, tanto à luz do que dispõe esta Lei como da legislação do país de acolhida, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por, no máximo, 1 (um) ano; *VIII* - de posse do laudo de habilitação, o interessado será autorizado a formalizar pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação efetuada pela Autoridade Central Estadual.

adotante para todos os efeitos, não podendo ser revogada. Sobre estes tipos de adoção, assim refere o art. 1977º do Código Civil⁶⁸²: “Espécies de Adopção: 1. A adoção é plena ou restrita, consoante a extensão dos seus efeitos. 2. A adoção restrita pode a todo o tempo, a requerimento dos adoptantes, ser convertida em adoção plena, desde que se verifiquem os requisitos para esta exigidos”.

No caso do adotante ser maior de doze anos, é necessário o seu consentimento, bem como o dos seus pais, exceto se tiverem problemas mentais e graves dificuldades de audição. A adoção plena, em Portugal como no Brasil, é irrevogável, mesmo havendo acordo entre o adotante e o adotado. Os efeitos produzidos por este tipo de adoção estão estabelecidos no art. 1986º⁶⁸³ do Código Civil Português. Quanto ao estabelecimento e prova da filiação natural, este mesmo diploma legal declara que, depois de decretada a adoção plena, não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de publicações.

Caso a pessoa adotada tenha interesse em conhecer a sua origem biológica, a lei não proíbe, desde que o pedido origine dela. Eis o que dispõe o art. 48º⁶⁸⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Segundo Maria Clara Sottomayor⁶⁸⁵, esta questão deve ser enquadrada na lei fundamental que prevê no art. 26º da CRP o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, o qual inclui, no seu conteúdo, um direito ao conhecimento da origem biológica, também imposto pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade perante a lei. Ademais, os incisos 2 e 3 do art. 18º deste mesmo diploma legal, assim asseveram:

⁶⁸² *Código Civil* (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

⁶⁸³ *Código Civil Português. Op.cit. Artigo 1986º (Efeitos):* 1. Pela adoção plena o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo do disposto quanto a impedimentos matrimoniais nos artigos 1602º a 1604º. 2. Se um dos cônjuges adopta o filho do outro mantêm-se as relações entre o adoptado e o cônjuge do adoptante e os respectivos parentes.

⁶⁸⁴ ISHIDA, Válder Kenji. *Op cit.* p. 99. Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

⁶⁸⁵ Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação. *Abandono e adoção*/ Eduardo Sá, et al. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 155.

“2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

O direito à identidade genética ou direito do ser humano de conhecer suas origens, suas raízes biológicas já constituiu tema de debate, de discórdia e de várias pesquisas, em diferentes ramos das ciências, como a psicologia, a sociologia e o direito. Não causará mudança em se tratando de adoção, por ser esta irrevogável; por outro lado, poderá surtir efeito no tratamento de alguma enfermidade genética, de uma possível união entre irmãos e no interesse no conhecimento dos seus ancestrais. Escreve Everaldo Sousa⁶⁸⁶.

“A sonegação da origem biológica, além das graves consequências que podem recair sobre a criança, hoje sujeito de direitos, levará, inclusive, a impossibilidade de examinar-se, por ocasião da habilitação, um dos mais severos impedimentos para o casamento (incesto). Trata-se de um princípio personalíssimo da criança e adolescente, não podendo ser condicionado a qualquer motivação”.

Consoante o artigo 1978⁶⁸⁷ do Código Civil Português o Tribunal, antes da concretização do processo de adoção, pode confiar o menor a casal, a uma determinada

⁶⁸⁶ SOUSA, Evaldo Sebastião de (Coord.). *Lei da convivência familiar e comunitária: comentários*. Goiânia: MP/GO, 2010, p. 25.

⁶⁸⁷ Código Civil Português. *Op. cit.*, Artigo 1978º: Confiança com vista a futura adopção: 1- Com vista a futura adopção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, pela verificação objectiva de qualquer das seguintes situações: a) Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; b) Se tiver havido consentimento prévio para a adopção; c) Se os pais tiverem abandonado o menor; d) Se os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor; e) Se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança. 2 - Na verificação das situações previstas no número anterior o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor. 3 - Considera-se que o menor se encontra em perigo quando se verificar alguma das situações assim qualificadas pela legislação relativa à protecção e à promoção dos direitos dos menores. 4 - A confiança com fundamento nas situações previstas nas alíneas a), c), d) e e) do número anterior não pode ser decidida se o menor se encontrar a viver com ascendente, colateral até ao 3º grau ou tutor e a seu cargo, salvo se aqueles familiares ou o tutor puserem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor ou se o tribunal concluir que a situação não é adequada a assegurar suficientemente o interesse do menor. 5 - Têm legitimidade para requerer a confiança judicial do menor o Ministério Público, o organismo de segurança social da área da residência do menor, a pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado e o director do estabelecimento público ou a direcção da instituição particular que o tenha acolhido. 6 - Têm ainda legitimidade para requerer a confiança judicial do menor: a) O candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, por virtude de anterior decisão judicial, tenha o menor a seu cargo;

b) O candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, tendo o menor a seu cargo e reunidas as condições para a atribuição da confiança administrativa, o organismo de segurança social não decida

pessoa ou instituição, observando o real interesse desta. Trata-se de um instituto que tem como meta primordial realizar os interesses da criança.

Na adoção restrita, o adotado conserva todos os direitos e deveres em relação à família natural, ressalvadas as restrições estabelecidas na lei, podendo conforme a lei substantiva civil, vir a ser estabelecida a filiação natural do adotado. Diferentemente da adoção plena, a adoção restrita é revogável a requerimento do adotante ou do adotado ou de outras pessoas, como fazem alusão os artigos 2002º-B e 2002º-C do Código Civil⁶⁸⁸. Na adoção restrita, o adotado não é herdeiro legítimo do adotando. No tocante aos direitos sucessórios, prestação dos bens do adotado e a prestação de alimentos, o ordenamento jurídico português cumpre o que se encontra estipulado nos artigos 1996º, 1998º e 1999º⁶⁸⁹ do citado Código.

SEÇÃO II:

1.2. Instituições de Acolhimento

Quando falamos que devemos acolher determinada pessoa estamos expressando nosso desejo em ampará-la, protegê-la, auxiliá-la, em razão de estar, naquele momento, necessitando de apoio, assistência, ajuda por prazo determinado ou não, dependendo do caso; motivado por fatores diversos. Sabemos, pois que, nenhuma instituição de acolhimento, seja ela familiar ou comunitária substitui a família, devendo sempre a esta ser dada condições para que possa cuidar e educar dignamente os seus filhos. Todavia, na impossibilidade da família

pela confirmação da permanência do menor, depois de efectuado o estudo da pretensão para a adopção ou decorrido o prazo para esse efeito.

⁶⁸⁸ *Código Civil Português. Op. cit. Artigo 2002º-B (Revogação):* A adopção é revogável a requerimento do adoptante ou do adoptado, quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserção dos herdeiros legítimos. *Artigo 2002º-C (Revogação a requerimento de outras pessoas):* Sendo o adoptado menor, a revogação da adopção pode ser decretada a pedido dos pais naturais, do Ministério Público ou da pessoa a cujo cuidado estava o adoptado antes da adopção, quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias: a) Deixar o adoptante de cumprir os deveres inerentes ao poder paternal. b) Tornar-se a adopção, por qualquer causa, inconveniente para a educação ou os interesses do adoptado.

⁶⁸⁹ *Ibidem, Artigo 1996º (Direitos sucessórios e prestação de alimentos):* O adoptado, ou seus descendentes, e os parentes do adoptante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros, nem ficam reciprocamente vinculados à prestação de alimentos. *Artigo 1998º (Rendimentos dos bens do adoptado):* O adoptante só poderá despende dos rendimentos dos bens do adoptado a quantia que o tribunal fixar para alimentos deste. *Artigo 1999º (Direitos sucessórios):* 1. O adoptado não é herdeiro legítimo do adoptante, nem este daquele. 2. O adoptado e, por direito de representação, os seus descendentes são chamados à sucessão como herdeiros legítimos do adoptante, na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes. 3. O adoptante é chamado à sucessão como herdeiro legítimo do adoptado ou de seus descendentes, na falta de cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do falecido.

natural continuar assumindo esta missão, a solução a ser priorizada inicialmente é a família substituta, nas três modalidades: guarda, tutela e adoção; pois embora constitua uma medida excepcional, na maioria das vezes, é melhor do que qualquer instituição de acolhimento, na qual os cuidados com a criança são assumidos por profissionais, às vezes de forma fria, automática, generalizada; por membros da equipe que não são estejam comprometidos com o trabalho, que não atuam com responsabilidade, critério e disciplina.

A pessoa designada para assumir a direção de uma instituição de acolhimento legalmente é o responsável pelas ações materiais, educacionais dos acolhidos, organiza seminários, palestras e eventos, nos quais destacam temas relevantes, que contribuam com a conscientização dos que lá se encontram; pela mudança de membros da equipe que não estejam comprometidos com o trabalho, que não atuam com responsabilidade, critério e disciplina. Consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente, o dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito e deve remeter à autoridade judiciária, no máximo a cada 6 (seis) meses, relatório circunstanciado sobre a situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família, para fins da reavaliação. Todos os profissionais são obrigados a cumprirem as normas e regras estipuladas nos regimentos, nos regulamentos. Além disso, deve propiciar apoio à equipe técnica e aos demais funcionários nas suas atividades diárias.

A adoção, conforme determinação expressa no art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, entretanto tal consentimento será dispensado em relação à criança, adolescente ou jovem cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Ressalta ainda o referido artigo que, em se tratando de maior de doze anos, será também necessário o seu consentimento.

Por sua vez, antes da criança ser encaminhada para adoção, todos os esforços devem ser feitos para mantê-la na sua família biológica, natural, ser esta trabalhada por uma equipe técnica para que tome consciência das suas obrigações, assuma seus filhos; seja ajudada, caso não disponha de condições financeiras. Entretanto, verificada a hipótese de maus tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária, nos termos do art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente, poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, na qual constará a fixação provisória

dos alimentos de que necessitem a criança, o adolescente ou o jovem que dependa do agressor.

No Brasil, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária e a Lei nº. 12.010/2009, de 3 de Agosto, que dispõe sobre adoção destacam e valorizam bastante a preservação dos vínculos, o aprimoramento dos laços familiares e afetivos. O Plano foi uma grande conquista e um documento muito importante para a efetivação e concretização do direito à convivência familiar e comunitária.

Embora tenha surgido de forma acanhada na década de 1990 em pouquíssimos estados da federação brasileira, tem se expandido mais nestes últimos anos. “Um dos primeiros passos nesse sentido pode ser exemplificado pela criação do Programa de Atenção Integral à Família (PAIF/portaria nº 78, Governo Federal, 2003) que, através do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), prevê uma rede de proteção social em que situa o *acolhimento familiar* como uma modalidade de Proteção Social Especial de Alta Complexidade⁶⁹⁰”.

Em relação a Portugal, apresentamos uma pequena síntese sobre os tribunais de família e menores:

A 27 de Maio de 1911 foi criada a Lei de Proteção da Infância e foi instituída a primeira Tutoria de Infância, que mais tarde veio a dar origem aos tribunais de família e menores. A Tutoria de Infância era um tribunal colectivo especial que se destinava a "guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes, mas sob a divisa educação e do trabalho". Em 1962 surge a primeira Organização Tutelar de Menores (OTM) baseada no modelo político autoritário vigente. Em 1978, já depois da revolução de Abril, a lei é reformulada e, em muitos aspectos ainda está em vigor. Em 1999 é feita a Reforma do Direito de Menores e elaborada a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo em vigor que consagra os mecanismos e recursos para a promoção e protecção dos direitos das crianças. Ao longo de 100 anos foi grande a evolução quanto à forma como o sistema judicial defende os direitos das crianças⁶⁹¹.

A instituição de acolhimento, criada com o propósito de receber crianças, adolescentes e jovens, cujos direitos encontram-se ameaçados ou violados por ação ou omissão da

⁶⁹⁰ *Compreendendo o Processo de Acolhimento Familiar*. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0410372_06_cap_03.pdf. Acesso em: 26/07/2011.

⁶⁹¹ Acorianooriental.pt . *Há 100 anos Portugal foi pioneiro na criação de tribunais de menores. Maio de 2011*. Disponível em: <http://www.asjp.pt/2011/05/26/ha-100-anos-portugal-foi-pioneiro-na-criacao-de-tribunais-de-menores>. Acesso em: 25/07/2011.

sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis e em razão de sua conduta, deverá adotar vários princípios visando seus retornos às suas famílias de origem. Quando estiverem em programas de acolhimento, deverão ser reavaliados de seis em seis meses. No entanto, eles só devem ser encaminhados para instituições de acolhimento quando não haja medidas protetivas suficientes que amenizem seu sofrimento e nem membros de sua família, incluindo todas as espécies de parentesco que queiram assumir, com responsabilidade, este encargo.

O acolhimento, seja ele familiar ou institucional, deve ter como objetivos primordiais a preservação dos vínculos familiares, afetivos e sociais, a garantia dos direitos fundamentais das crianças, adolescentes e jovens. A criança, o adolescente ou o jovem é encaminhado a uma instituição de acolhimento quando seus direitos fundamentais não são concedidos, direito ao lazer, à saúde, à educação, a uma convivência familiar e comunitária, dentre outros.

Conforme determina o art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar como meta de trabalho alguns princípios, como: I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa; III - atendimento personalizado e em pequenos grupos; IV - desenvolvimento de atividades em regime de coeducação; V - não desmembramento de grupos de irmãos; VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados; VII - participação na vida da comunidade local; VIII - preparação gradativa para o desligamento; IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo. Trata, ainda, este artigo, nos parágrafos seguintes⁶⁹², sobre as obrigações que elas devem assumir, bem como dados relativos ao recebimento de recursos públicos.

⁶⁹² ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 159. Art. 92. § 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito. § 2º Os dirigentes de entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional remeterão à autoridade judiciária, no máximo a cada 6 (seis) meses, relatório circunstanciado acerca da situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família, para fins da reavaliação prevista no § 1º do art. 19 desta Lei. § 3º Os entes federados, por intermédio dos Poderes Executivo e Judiciário, promoverão conjuntamente a permanente qualificação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente em programas de acolhimento institucional e destinados à colocação familiar de crianças e adolescentes, incluindo membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar. § 4º Salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, estimularão o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, em

As entidades de atendimento, nos termos deste diploma legal, são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças, adolescentes e jovens, em regime de orientação e apoio sociofamiliar; apoio socioeducativo em meio aberto; colocação familiar; acolhimento institucional; liberdade assistida; semiliberdade e internação. No Brasil, elas só podem funcionar depois de registradas no Conselho dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, sendo por este reavaliadas periodicamente quando poderão ser, ou não, renovados os respectivos registros. Devem trabalhar pela garantia de atendimento personalizado e de qualidade, respeitando o processo de crescimento da criança, promovendo o desenvolvimento de sua individualidade e personalidade; proporcionar uma alimentação saudável, carinho, cuidados essenciais, educação, assistência médica e odontológica, orientação psicológica; contribuir no desenvolvimento das aptidões dos institucionalizados, com vistas a uma independência no futuro, que propicie mudanças de valores éticos, morais, afetivos, comunitários e de comportamentos, de forma segura, estimulando, por conseguinte, a elevação de suas autoestimas; não esquecendo, que mesmo na condição de sujeitos de direito, conquistada após muitas lutas e desafios, têm deveres a observar e obedecer. A nova lei de adoção, Lei nº 12.010/2009, no art. 91, consoante afirma Ruy Ferreira⁶⁹³, alterou o texto anterior, passando o prazo de validade máxima do registro das entidades não governamentais a ser de quatro anos.

Os responsáveis pelas entidades deverão apresentar no prazo máximo de seis meses relatório circunstanciado referente à situação deles e de suas famílias, podendo, a partir destes dados, optarem pela reintegração familiar ou pela colocação em família substituta. Os atendimentos devem ser personalizados, em pequenos grupos, objetivando o restabelecimento e a preservação dos vínculos familiares, oferecendo todos os direitos fundamentais e cuidados necessários.

Sempre que possível, o acolhimento familiar ou institucional deverá ocorrer próximo à residência dos pais ou responsáveis, o que é correto, pois nem sempre eles dispõem de

cumprimento ao disposto nos incisos I e VIII do caput deste artigo. § 5º As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional somente poderão receber recursos públicos se comprovado o atendimento dos princípios, exigências e finalidades desta Lei. § 6º O descumprimento das disposições desta Lei pelo dirigente de entidade que desenvolva programas de acolhimento familiar ou institucional é causa de sua destituição, sem prejuízo da apuração de sua responsabilidade administrativa, civil e criminal.

⁶⁹³ FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. *Adoção: comentários a nova lei nº 12.010 de 03 de Agosto de 2009*. 1ª ed. Leme/SP: CL Edijur, 2009, p. 100.

condições físicas e financeiras para fazerem grandes deslocamentos e contribuir com os processos de reintegrações familiares quando for necessário, que constitui um dos objetivos das entidades que acolhem crianças, adolescentes e jovens.

Embora se comprometam a prestar um bom trabalho, tais entidades devem ser avaliadas pelos Órgãos da Justiça constantemente e pelos Conselhos Tutelares, que no Brasil são encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes e entidades imbuídas com o propósito de lutar pelos seus direitos.

A criança necessita desenvolver sua individualidade e ser engajada num contexto social que lhe promova segurança e estimule sua autoestima. O Plano de atendimento individualizado a ser elaborado logo após o acolhimento contribuirá bastante com o processo de reintegração familiar do acolhido à sua família natural, a qual, dependendo da necessidade, também deve ser chamada para participar do acompanhamento e de todas as atividades a serem desenvolvidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu uma série de inovações na área do Direito Infância Juvenil; tais como: articulação e descentralização de ações; a criança e o adolescente passaram a ser considerados sujeitos de direitos, devendo receber proteção integral e prioritária, de todas as formas, no que tange ao desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e cultural. Ademais, tal lei, diferentemente do antigo Código de Menores, menciona medidas de caráter socioeducativo; tendo como objetivo primordial a reabilitação da criança e do adolescente e sua reinserção na sociedade; desaparecendo assim, o modelo punitivo e coercitivo existente no antigo Código. A doutrina da proteção integral requer um conjunto articulado de ações, integrando políticas públicas e sociais, programas locais de atendimento realizados por entidades governamentais e não governamentais.

Tanto o acolhimento familiar, quanto o institucional devem obedecer, na medida do possível, aos princípios da excepcionalidade e da provisoriedade; trabalhar no sentido de manter as crianças e jovens protegidos de risco pessoal e social e procurar subsídios que viabilizem os seus retornos às suas famílias se não tiverem sido rompidos os vínculos familiares em definitivo; oferecer atividades culturais, esportivas e de lazer segundo as preferências e habilidades dos acolhidos; adequar a forma de atendimento de acordo com as características individuais de cada um.

Em Portugal, as medidas de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens em perigo têm como finalidades, nos termos do art. 34º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, afastar o perigo em que estes se encontram; proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral; garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso. A competência para aplicar tais medidas é das comissões de proteção e dos tribunais.

O art. 35º da citada lei destaca no primeiro item as medidas de promoção e proteção, sendo elas: 1. a) apoio junto aos pais, b) apoio junto de outro familiar; c) confiança a pessoa idônea; d) apoio para a autonomia de vida; e) acolhimento familiar; f) acolhimento em instituição; g) confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção; e nos itens seguintes⁶⁹⁴ a forma de execução.

Todas estas medidas devem ser adotadas em sintonia com os princípios orientadores da intervenção descritos no art. 4º desta lei, como: “interesse superior da criança e do jovem; privacidade; intervenção precoce; intervenção mínima; proporcionalidade e actualidade; responsabilidade parental; prevalência da família; obrigatoriedade da informação; audição obrigatória e participação e da subsidiariedade”; e quando efetivamente for necessário, no caso, por exemplo, de existir perigo para a vida ou para o desenvolvimento da criança e terem como pressuposto o seu retorno à sua família de origem.

A decisão sobre a medida a ser aplicada deve ser tomada de forma rápida, principalmente quando os motivos que ensejam a sua retirada brusca do lar referirem-se a abuso sexual, maus tratos, abandono ou qualquer tipo de violência, que comprometa o seu desenvolvimento normal. A partir de então, ter início a um acompanhamento visando o seu retorno ao lar ou não sendo possível, a um acolhimento familiar e, em última hipótese, a uma instituição de acolhimento. Como adverte Tomé Ramião *ipsis litteris*:

⁶⁹⁴ BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei nº. 147/99*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2007, p.140. *artigo 35º 2* - As medidas de promoção e de protecção são executadas no meio natural de vida ou em regime de colocação, consoante a sua natureza, e podem ser decididas a título provisório. 3 - Consideram-se medidas a executar no meio natural de vida as previstas nas alíneas a), b), c) e d) e medidas de colocação as previstas nas alíneas e) e f); a medida prevista na alínea g) é considerada a executar no meio natural de vida no primeiro caso e de colocação no segundo. 4- O regime de execução das medidas consta de legislação própria.

está na protecção e garantia de direitos básicos da criança ou do jovem, nomeadamente o direito à vida, ao desenvolvimento saudável, ter uma família, à privacidade, a condições de vida acima do limiar de pobreza, a cuidados primários de saúde, uma educação, a participar nas decisões que lhe dizem respeito, as garantias de sucesso na sua integração social e prevenir situações de perigo e de condutas desviantes ou de marginalidade⁶⁹⁵”.

Em relação a aplicação e a competência para a aplicação das medidas, eis o que diz a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo, nos seus artigos 36º ao 38º⁶⁹⁶.

Artigo 36º Acordo: As medidas aplicadas pelas comissões de protecção ou em processo judicial, por decisão negociada, integram um acordo de promoção e protecção.

Artigo 37º Medidas provisórias: As medidas provisórias são aplicáveis nas situações de emergência ou enquanto se procede ao diagnóstico da situação da criança e à definição do seu encaminhamento subsequente, não podendo a sua duração prolongar-se por mais de seis meses.

Artigo 38º Competência para aplicação das medidas: A aplicação das medidas de promoção dos direitos e de protecção é da competência exclusiva das comissões de protecção e dos tribunais; a aplicação da medida prevista na alínea g) do nº 1 do artigo 35º é da competência exclusiva dos tribunais.

A medida de protecção “apoio junto aos pais” é muito importante para o desenvolvimento sadio e salutar dos filhos; a qual deve ser de natureza psicopedagógica, com acompanhamento educativo, por meio de profissionais habilitados; social e quando necessário, ajuda económica, como adverte a lei. O apoio de natureza social visa restabelecer os laços familiares e sociais, os quais foram prejudicados em razão da situação de perigo que atravessa a criança ou o jovem. “A ajuda económica pretende contribuir com auxílio material para o restabelecimento do equilíbrio entre a criança ou o jovem e os titulares dos poderes parentais⁶⁹⁷”.

O “apoio junto de outro familiar” ocorre quando não há possibilidade da criança ou do jovem permanecer na companhia dos pais biológicos e a guarda ser transferida a outro ente familiar. Tal medida de protecção consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de um familiar com quem resida ou a quem seja entregue, acompanhada de apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica.

⁶⁹⁵ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 65.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 69 a 72.

⁶⁹⁷ BORGES, Beatriz Marques. *Op. cit.*, 171.

Segundo Beatriz Borges⁶⁹⁸, em Portugal esta medida é aplicada com a entrega da criança ou do jovem a tios, em razão de afastamento dos pais; quando um deles pretende, sem fundamento, exercer o poder paternal encontrando-se o filho em situação de perigo, emocionalmente perturbado; ou no caso de falecimento de um dos progenitores, em virtude de acidentes, quando não existirem outros familiares mais próximos em condições de assegurar o integral desenvolvimento da criança ou do jovem.

A medida de “confiança em pessoa idônea” tem origem quando há um rompimento temporário da criança com a sua família, ficando esta a receber apoio, carinho, atenção de outra pessoa que não integre seus laços familiares, mas que assume todas as responsabilidades, incluindo direitos e deveres em relação a ela e haja entre ambas relações recíprocas de afinidade, afetividade, comprovados através de relatórios sociais.

“Há que ponderar antes da confiança da criança ou do jovem a terceiro, as vantagens que resultarão para a criança ou jovem do afastamento da família biológica, perante as relações afectivo-emocionais” que o ligam para com um terceiro, alheio ao núcleo familiar⁶⁹⁹”.

A medida de “apoio para a autonomia de vida” está mencionada no art. 45º⁷⁰⁰ da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Concordamos com Beatriz Borges quando afirma que esta medida deve ser compreendida no âmbito do art. 29º⁷⁰¹ da Convenção sobre os Direitos da Criança, como sendo um das formas do Estado preparar o jovem para assumir as suas responsabilidades numa sociedade livre.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 145.

⁶⁹⁹ BORGES, Beatriz Marques. *Op. cit.*, p. 176.

⁷⁰⁰ *Idem.*, p. 176. *Artigo 45º* Apoio para a autonomia de vida: 1 - A medida de apoio para a autonomia de vida consiste em proporcionar directamente ao jovem com idade superior a 15 anos apoio económico e acompanhamento psicopedagógico e social, nomeadamente através do acesso a programas de formação, visando proporcionar-lhe condições que o habilitem e lhe permitam viver por si só e adquirir progressivamente autonomia de vida. 2 - A medida referida no número anterior pode ser aplicada a mães com idade inferior a 15 anos, quando se verifique que a situação aconselha a aplicação desta medida.

⁷⁰¹ *Convenção sobre os direitos das crianças*. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca1.php. Acesso em: 04/04/2011. *Artigo 29: 1.* Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente. 2. Nada do disposto no presente Artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

A Lei nº 31/2003 de 22 de Agosto, alterou o Código Civil, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, o Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, a Organização Tutelar de Menores e o Regime Jurídico da Adopção. Em relação às medidas de promoção e protecção catalogadas no art. 35º acrescentou mais uma, no caso, a “medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção”, já acima mencionada. Esta medida tem estreita ligação com o art. 1978º⁷⁰² do Código Civil. No entendimento de Beatriz Borges, “o legislador, ao intercalar a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, com todas as outras medidas previstas na lei de promoção e protecção, acabou por meter no mesmo “saco” medidas de objecto diferente⁷⁰³”.

As instituições de acolhimento devem trabalhar pela garantia de atendimento personalizado e de qualidade, respeitando o processo de crescimento da criança, proporcionando o desenvolvimento de sua individualidade e personalidade, a reintegração familiar, a ressocialização.

1.2.1. Acolhimento Familiar

⁷⁰² *Código Civil* (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

Artigo 1978º (Confiança com vista a futura adopção): 1. Com vista a futura adopção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição em qualquer das situações seguintes: a) Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; b) Se tiver havido consentimento prévio para a adopção; c) Se os pais tiverem abandonado o menor; d) Se os pais por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor; e) Se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, nos termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederem o pedido de confiança. 2 - Na verificação das situações previstas no número anterior o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor. 3 - Considera-se que o menor se encontra em perigo quando se verificar alguma das situações assim qualificadas pela legislação relativa à protecção e à promoção dos direitos dos menores. 4 - A confiança com fundamento nas situações previstas nas alíneas a), c), d) e e) do número anterior não pode ser decidida se o menor se encontrar a viver com ascendente, colateral até ao 3º grau ou tutor e a seu cargo, salvo se aqueles familiares ou o tutor puserem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor ou se o tribunal concluir que a situação não é adequada a assegurar suficientemente o interesse do menor. 5 - Têm legitimidade para requerer a confiança judicial do menor o Ministério Público, o organismo de segurança social da área da residência do menor, a pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado e o director do estabelecimento público ou a direcção da instituição particular que o tenha acolhido. 6 - Têm ainda legitimidade para requerer a confiança judicial do menor: a) O candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, por virtude de anterior decisão judicial, tenha o menor a seu cargo; b) O candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, tendo o menor a seu cargo e reunidas as condições para a atribuição da confiança administrativa, o organismo de segurança social não decida pela confirmação da permanência do menor, depois de efectuado o estudo da pretensão para a adopção ou decorrido o prazo para esse efeito.

⁷⁰³ BORGES, Beatriz Marques. *Op. cit.*, 150.

O acolhimento familiar é uma medida de proteção aplicada pelo juiz da infância e da juventude de forma provisória e excepcional quando as crianças, os adolescentes e os jovens não estiverem protegidos integralmente e impossibilitados de permanecerem em suas famílias naturais. É destinado a criança, adolescente ou jovem que passou por traumas psicológico, social, familiar, biológico e precisa dedicação, acompanhamento de outra família para superar a dor, o sofrimento, a angústia; para adquirir conforto, estabilidade emocional, confiança e em qualquer situação que lhe agrida, lhe cause transtornos, que prejudique o seu desenvolvimento normal, seja ele, biológico, psicológico. Ocorre também em situações peculiares, quando os pais encontram-se em situações que impeça a sua convivência com os filhos, quando, por exemplo, estão presos, estão respondendo por abusos sexuais, quando praticam crimes de abandono material e intelectual.

Em outras palavras, podemos dizer que este tipo de acolhimento, tem como propósito amparar uma criança, adolescente ou jovem que naquela oportunidade necessita ser afastada de sua família originária e inserida em outra, de forma provisória e excepcional, sendo durante tal período acompanhado por profissionais habilitados e experientes até que esteja apto a retornar ao seu lar.

Neste sentido, conforme destaca a Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, que no Brasil aprovou a tipificação nacional de serviços socioassistenciais, segundo a qual os serviços de proteção social especial de alta complexidade ocorrem nas seguintes modalidades: a) Serviço de Acolhimento Institucional: abrigo institucional; Casa-Lar; Casa de Passagem; Residência Inclusiva; b) Serviço de Acolhimento em República; c) Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora; d) Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências.

No acolhimento familiar existe um controle mais rigoroso da Vara da Infância e da Juventude e da própria entidade que realiza tal programa; a pessoa responsável ficará com o termo de guarda⁷⁰⁴. É necessário que a família de acolhimento receba todas as condições e apoio consistente para o exercício desta função. A interação desta família com a família biológica poderá surtir um grande efeito no processo de retorno da criança ou do jovem à mesma.

⁷⁰⁴ ISHIDA, Valter Kenji. *Op. cit.*, p. 67.

Neste tipo de acolhimento, a criança, adolescente ou jovem é encaminhado para uma outra família, em que fica sob os cuidados e proteção desta, por tempo determinado, até que adquira condições de ser reintegrado na sua família legítima, no caso a biológica, ou seja, adotada, após avaliação prévia por uma equipe interdisciplinar, em que deverá receber todos os cuidados indispensáveis ao seu desenvolvimento integral. A família que o acolhe assume em relação a ele todas as responsabilidades atinentes ao encargo, protege e cobra os seus direitos. Para surtir efeito, um fator importante é o trabalho a ser desenvolvido com o acolhido, respeitando a diversidade de raça, religião, gênero, opção sexual visando o seu retorno à sua família biológica, dentro da maior brevidade possível, podendo ser requerida a ajuda de técnicos, comissões e órgãos que lidam e têm experiência na área. O contato com as duas famílias facilita bastante no processo. Nesta mesma linha de pensamento, Válter Ishida define esta modalidade de acolhimento nos seguintes termos:

“O acolhimento familiar consiste na atribuição de confiança da criança ou do adolescente a uma pessoa singular ou a uma família, habilitadas para o efeito, e visa à integração da criança ou do jovem em meio familiar, a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral. Existe um acompanhamento por entidade que desenvolva esse tipo de programa e uma família acolhedora. Poderá haver auxílio financeiro do poder público e a característica deste acolhimento é a provisoriedade e transitoriedade⁷⁰⁵”.

A lei nº 12.010/2009, que dispõe sobre adoção e alterou alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo na parte referente às diretrizes da convivência familiar, teve como respaldo o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, aprovado em 2006, o qual estabelece ações para serem desenvolvidas pelo governo, nas suas três esferas: federal, estadual e municipal e tem como objetivo primordial a preservação dos vínculos familiares.

Muitas ações, consoante Válter Ishida, já estão em curso, devendo se constituir em um instrumento que possibilite a avaliação das políticas, programas e projetos executados, apontando as necessidades e demandas existentes para a implantação de políticas públicas prioritárias de proteção integral a crianças e adolescentes⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁷⁰⁶ *Ibid*, *Ibidem*.

O acolhimento familiar e comunitário requer o trabalho e o compromisso de uma equipe interdisciplinar para que possa apresentar resultados eficientes para as crianças, adolescentes e jovens e para a sociedade como um todo, resgatando as suas autoestimas, inserindo-os em programas, com objetivo de proporcionar-lhes um futuro melhor, uma vida com perspectivas positivas para o futuro. Pela leitura do art. 90, parágrafos 1º ao 3º⁷⁰⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluídos recentemente através da Lei 12.010/2009, as entidades governamentais e não governamentais não poderão alegar falta de recursos para implementarem projetos, programas e políticas públicas em prol dessa camada da população que requer, para um resultado mais efetivo e duradouro, participação e envolvimento de todos, seja por falta de condições econômicas e financeiras de suas famílias, seja por terem sido abandonadas, não terem lar e ninguém por eles responsáveis. A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo define-o no art. 46º⁷⁰⁸.

Tomé Ramião afirma que o acolhimento familiar só pode ser decidido quando se tenham esgotado as possibilidades da família natural desempenhar cabalmente a função educativa e esteja demonstrada a sua incapacidade de resposta imediata e construtiva aos apoios que lhe possam ser facultados ou a manifesta insuficiência destes, devendo a família natural participar no processo de decisão do acolhimento⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Art. 90 do ECA: § 1º As entidades governamentais e não governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária. § 2º Os recursos destinados à implementação e manutenção dos programas relacionados neste artigo serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social, dentre outros, observando-se o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente preconizado pelo caput do art. 227 da Constituição Federal e pelo caput e parágrafo único do art. 4º desta Lei. § 3º Os programas em execução serão reavaliados pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, no máximo, a cada 2 (dois) anos, constituindo-se critérios para renovação da autorização de funcionamento: *I* - o efetivo respeito às regras e princípios desta Lei, bem como às resoluções relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis; *II* - a qualidade e eficiência do trabalho desenvolvido, atestadas pelo Conselho Tutelar, pelo Ministério Público e pela Justiça da Infância e da Juventude; *III* - em se tratando de programas de acolhimento institucional ou familiar, serão considerados os índices de sucesso na reintegração familiar ou de adaptação à família substituta, conforme o caso.

⁷⁰⁸ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo. Op. cit.*, 90. Artigo 46º: 1 - O acolhimento familiar consiste na atribuição da confiança da criança ou do jovem a uma pessoa singular ou a uma família habilitadas para o efeito, visando a sua integração em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se que constituem uma família duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação.

⁷⁰⁹ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p. 91.

Temos o mesmo entendimento acerca deste tipo de acolhimento, que sem dúvida, apela para a solidariedade da comunidade, e depende da voluntariedade das famílias e das pessoas, mas a verdade é que são poucas as que se inscrevem nos organismos de segurança social para o efeito, o que, na prática, tem impedido a sua eficácia.

O art. 48º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo descreve sinteticamente as modalidades de acolhimento familiar, da seguinte forma: *1 - O acolhimento familiar é de curta duração ou prolongado. 2- O acolhimento de curta duração tem lugar quando seja previsível o retorno da criança ou do jovem à família natural em prazo não superior a seis meses. 3 - O acolhimento prolongado tem lugar nos casos em que, sendo previsível o retorno à família natural, circunstâncias relativas à criança ou ao jovem exijam um acolhimento de maior duração.* Para facilitar este retorno o contato com ambas as famílias e um acompanhamento técnico poderão contribuir de forma primorosa, peculiar e satisfatória com este processo.

Convém destacarmos que o art. 47º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo distingue a família de acolhimento em lar familiar e a de acolhimento em lar profissional. A família de acolhimento em lar familiar é constituída por pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de fato ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação enquanto que na família em lar profissional uma das pessoas deve ter formação técnica adequada, relacionada, por exemplo, com a psicologia, a sociologia, a pedagogia.

De acordo com Claudia Guimarães⁷¹⁰, o acolhimento familiar é uma das alternativas possíveis para que crianças e adolescentes não sejam órfãos de pais-vivos e tem como objetivo proteger a criança e o adolescente em situação de risco. Ela aponta várias razões que podem motivar o acolhimento: os pais podem estar cumprindo pena, hospitalizados, serem autores de violência doméstica. Esta última modalidade, no Brasil, é a mais conhecida.

A criança que sofreu algum risco, maus tratos deve ser afastada da sua família de origem e encaminhada a um programa de acolhimento; se possível, familiar, se não, institucional, no qual será trabalhada e paralelamente feito um acompanhamento com a sua

⁷¹⁰ GUIMARÃES, Cláudia. *Acolhimento Familiar*. Disponível em: <http://portaldovoluntario.v2v.net/blogs/46277/posts/336>. Acesso em: 18/07/2011.

família visando o seu retorno ao lar, o fortalecimento dos vínculos, obedecendo alguns princípios, no caso do Brasil, mencionados no Estatuto da Criança e do Adolescente, já referidos anteriormente.

O acolhimento familiar em Portugal pode ser de curta duração ou prolongado. No primeiro não poderá ultrapassar os seis meses, ocorrendo a partir de então o retorno da criança, jovem ou adolescente para a família de origem e no segundo, conforme o art. 61º, tem a duração estabelecida no acordo ou na decisão judicial. “Esta medida é subsidiária da adoção, já que não se verificando os requisitos legais desta, é a que mais se aproxima da família natural e melhor satisfaz as necessidades da criança ou do jovem e pressupõe o seu regresso à família natural. Por isso, o acolhimento familiar e a colocação institucional, constituem sempre o último recurso e são, muitas vezes, as medidas mais adequadas, nomeadamente quando o seu retorno à família natural não está definitivamente excluído⁷¹¹”.

Várias cidades brasileiras têm adotado programas de acolhimento familiar, como alternativa ao acolhimento institucional, a exemplo do denominado “famílias acolhedoras”.

A família acolhedora é uma família que acolhe em sua casa, por um período de tempo determinado, uma criança ou adolescente que vem sofrendo algum tipo de violência em sua própria família. Isto não significa que a criança vai passar a ser filho da família acolhedora, mas que vai receber afeto e convivência desta outra família até que possa ser reintegrado à sua família de origem⁷¹².

Portanto, família acolhedora é aquela que acolhe, que recebe em seu seio uma criança, adolescente ou jovem e lhe oferece os direitos, cuidados básicos, orientação, apoio, afeto que lhe foram negados, pelo período necessário ao seu desenvolvimento integral e retorno à família de origem. Esta também deve receber acompanhamento para lhe conceder o preparo necessário a poder lidar com o filho e a assumir suas responsabilidades e deveres. Para que uma família possa receber uma criança, adolescente ou jovem terá de se cadastrar. Uma vez selecionada, terá de ser capacitada e acompanhada por profissionais de reconhecida experiência na área. Para levar por diante o acolhimento, receberá auxílio financeiro e técnico durante o período em que estiver exercendo a guarda e a responsabilidade da criança. Há, até

⁷¹¹ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p. 91.

⁷¹² FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. *Adoção: comentários à nova lei nº. 12.010 de 03 de Agosto de 2009*. 1ª edição, CL EDIJUR: Leme/SP, 2009, p. 103.

mesmo, que haver todo um preparo psicológico para quando chegar o momento do desligamento, para que a família o saiba entender e aceitar.

Após o desligamento, a criança, adolescente ou jovem e a sua respectiva família são acompanhados através de visitas, relatórios. Quando esta etapa não é cumprida, a possibilidade de retorno à instituição é maior e torna-se mais difícil o restabelecimento dos vínculos familiares.

Entre os principais traços, na visão de Delgado⁷¹³, caracterizadores do acolhimento familiar em Portugal desde a sua institucionalização, em 1979, e ao longo de um período de quase trinta anos poderemos incluir, de forma genérica, os seguintes: *a)* previsibilidade do regresso à família biológica; *b)* transitoriedade da colocação; *c)* indefinição do conceito “família de acolhimento em lar profissional”; *d)* classificação restrita da família biológica nuclear, permitindo o acolhimento familiar na família (alargada) com laços de parentesco; *e)* celebração de contrato de prestação de serviço e retribuição pelo serviço de acolhimento prestado; *f)* falta de campanhas de promoção e divulgação da medida; *g)* carências ao nível da selecção e do acompanhamento técnico; *h)* inexistência de formação inicial para as famílias candidatas e de formação contínua para as famílias em actividade; *i)* baixo nível social e económico das famílias de acolhimento, associado aos baixos níveis de escolaridade; *j)* falta de associações que representem e apoiem as famílias de acolhimento. No sistema de protecção português predomina, de modo crescente, o acolhimento em instituição e o acolhimento familiar encontra-se bem distante da expressão que a principal medida de colocação assume.

O Acolhimento Familiar tem *pouca visibilidade* no sistema e na comunidade, quase passando despercebido se comparado com a informação e os dados disponibilizados sobre a adopção ou a colocação institucional. Não há campanhas de divulgação e de informação sobre a medida nos órgãos de comunicação social ou utilizando outros suportes publicitários, como a publicidade em *outdoors*, cartazes ou outro tipo de anúncios. Lentamente, todavia, começam a surgir em Portugal pequenos sinais de mudança. A entrada em vigor da nova Lei sobre o

⁷¹³ DELGADO, P. *O Acolhimento Familiar em Portugal. Conceitos, práticas e desafios*. (Psicologia & Sociedade, 22(2), 2010), p. 336-344.

Acolhimento Familiar (Decreto-Lei nº 11/2008) constitui, neste contexto, uma oportunidade para orientar uma ruptura com a teoria e a prática do Acolhimento Familiar⁷¹⁴.

1.2.2. Acolhimento Institucional

O termo acolhimento institucional foi adotado, no Brasil, pelo Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, aprovado em assembleia pelos Conselhos Nacionais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e de Assistência Social (CNAS) em dezembro de 2006; para designar os programas de abrigo em entidade, definidos no art. 90, Inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como aqueles que atendem crianças e adolescentes que se encontram sob medida protetiva de abrigo, aplicadas nas situações dispostas no Art. 98. A Lei nº 12.010, de 2009 substituiu a denominação da palavra “abrigo”, por “acolhimento institucional”.

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar, conforme o § 1º do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade; todavia, este artigo, no nosso entendimento, não deve ser obedecido na íntegra; pois há casos em que esta provisoriedade transforma-se em definitiva, quando os vínculos encontram-se extintos, os meninos não foram incluídos em família acolhedora ou substituta, nas modalidades de guarda, tutela ou adoção.

O acolhimento institucional pode ser um local oferecido às crianças e jovens privados da convivência familiar, que se encontram com seus direitos violados em situação de risco pessoal, social e psicológico, vulneráveis, sem proteção, em que recebem acompanhamento de equipe técnica, atendimento personalizado, assistência, dedicação especial, segurança e apoio. Os vínculos com a família biológica continuam diferentemente da ação de adoção, quando os pais biológicos são destituídos do poder familiar e os vínculos com estes extintos.

O Plano Nacional descreve o termo abrigo como acolhimento institucional ou programa de acolhimento. Podem ser geridos por instituição governamental e não

⁷¹⁴*Ibid, Ibidem.*

governamental. É um local de proteção, de carinho, de amor, de valores para sua formação, no entanto, não substitui o lugar da família. Deve ser destinado para crianças, adolescentes e jovens privados da convivência familiar, abandonados, vítimas de maus tratos, que tiveram seus direitos violados ou negados, com vínculos familiares desgastados ou extintos, vulneráveis, em situação de risco pessoal, social e psicológico, em que recebem acompanhamento de equipe técnica, atendimento personalizado, assistência, proteção, carinho e apoio, que precisam ser protegidos. Deve ser um local provisório, utilizado em situação extrema, excepcional; a família necessita ser orientada, trabalhada para que possa lidar com o filho no seu retorno para o lar.

As entidades governamentais e não governamentais que desenvolvem programas de acolhimento institucional serão fiscalizadas pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelos Conselhos Tutelares no Brasil; pelas Comissões de Proteção em Portugal e por outros órgãos encarregados de zelar pelos direitos das crianças, adolescentes e jovens. Quando descumprem as obrigações a eles destinadas, as entidades governamentais e não governamentais poderão sofrer penalidades.

A medida de acolhimento institucional nos termos do artigo 49º⁷¹⁵ da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo consiste na colocação da criança ou jovem aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações e equipamento de acolhimento permanente e de uma equipa técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades e lhes proporcionem condições que permitam a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral.

De acordo com o artigo 50º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, que trata das modalidades de acolhimento em instituição, o acolhimento em instituição pode ser de curta duração ou prolongado. Ressalta que o acolhimento de curta duração tem lugar em casa de acolhimento temporário por prazo não superior a seis meses, podendo este prazo ser excedido quando, por razões justificadas, seja previsível o retorno à família ou enquanto se procede ao diagnóstico da respectiva situação e à definição do encaminhamento subsequente e o acolhimento prolongado ocorre em lar de infância e juventude e destina-se à criança ou ao jovem quando as circunstâncias do caso aconselhem um acolhimento de duração superior a seis meses.

⁷¹⁵ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p. 93.

Não ocorrendo tais circunstâncias, não é legítimo o recurso ao acolhimento temporário. No caso de ser excedido o prazo de seis meses, a medida será obrigatoriamente reexaminada de três meses em três meses, art. 59º, nº 4. “As casas de acolhimentos de curta duração, em casa de acolhimento temporário, têm por objectivo estudar o projecto de vida da criança ou jovem, e têm aplicação nas situações referidas no art. 37º (medidas provisórias) e art. 91º (situações de urgência)⁷¹⁶”.

Este tipo de acolhimento consiste na colocação das crianças ou jovens aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações e equipamento de acolhimento permanente e de uma equipe técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades e lhes proporcionem condições que permitam a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral.

Quanto à natureza das instituições de acolhimento diz o art. 52º da LPCJP que elas podem ser públicas ou cooperativas, sociais ou privadas com acordo de cooperação com o Estado. Tais instituições de acolhimento funcionam em regime aberto de modo que favorecem uma integração com a família, com a comunidade. Como no Brasil, dispõem de uma equipe técnica de apoio às crianças e jovens que lá se encontram, nos termos da lei.

O art. 65º⁷¹⁷ da Lei de Protecção de crianças e jovens em perigo de Portugal, Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, alterada pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto trata das comunicações de perigo conhecidas pelas entidades com competência em matéria da infância e juventude. “O nº 3, obriga as instituições de acolhimento a comunicar ao Ministério Público, as crianças e jovens que acolham sem prévia decisão da comissão de protecção ou do tribunal, por forma a conhecer a sua situação e poder propor as providências adequadas à salvaguarda dos seus interesses, promover os seus direitos e a sua protecção⁷¹⁸”.

⁷¹⁶ *Ibidem, Ibid.*, p.94.

⁷¹⁷ Art. 65º LPCJP: 1 - As entidades com competência em matéria de infância e juventude comunicam às comissões de protecção as situações de perigo de que tenham conhecimento no exercício das suas funções sempre que não possam, no âmbito exclusivo da sua competência, assegurar em tempo a protecção suficiente que as circunstâncias do caso exigem. 2 - Caso a comissão de protecção não esteja instalada ou quando não tenha competência para aplicar a medida adequada, designadamente sempre que os pais da criança ou do jovem expressem a sua vontade quanto ao seu consentimento ou à não oposição para a futura adopção, as entidades devem comunicar a situação de perigo directamente ao Ministério Público. 3 - As instituições de acolhimento devem comunicar ao Ministério Público todas as situações de crianças e jovens que acolham sem prévia decisão da comissão de protecção ou judicial.

⁷¹⁸ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p. 120.

No que se refere à intervenção do Ministério Público, como Órgão de proteção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, que prima pela legalidade, pela ordem jurídica, pelos direitos sociais e individuais indisponíveis, o art. 72º⁷¹⁹ da citada Lei, especifica suas principais atribuições.

No Brasil, o Acolhimento Institucional para crianças e adolescentes, como já destacamos, pode ser oferecido em diferentes modalidades como: abrigo Institucional para pequenos grupos, Casa Lar, Casa de Passagem e República oferecidos e monitorados pela rede de atendimento municipal. Independentemente da nomenclatura, todas estas modalidades de acolhimento constituem “programas de abrigo”, prevista no artigo 101 do ECA, inciso VII, devendo cumprir as determinações legais expressas nos artigos 90 a 94 deste mesmo diploma legal; bem como na nova lei de adoção, Lei nº 12.010/2009, de 3 de agosto. Convém ressaltar que embora constantes do plano, estas modalidades de acolhimento institucional não existem em todos os municípios, o que é lamentável, em razão dos problemas que neles ocorrem com a população desassistida, desamparada; razão porque muitas vezes o acolhimento institucional é a única opção que a criança tem para viver.

“Das 39.383 crianças e adolescentes abrigadas atualmente no Brasil, apenas 5.215 estão habilitadas para adoção. Isso representa menos de 15% do total, ou apenas um em cada sete meninos e meninas nessa situação. Dos 28 mil candidatos a pais incluídos no Cadastro Nacional de Adoção, 35,2% aceitam apenas crianças brancas e 58,7% buscam alguma com até 3 anos. Enquanto isso, nas instituições de acolhimento, mais de 75% dos 5 mil abrigados têm entre 10 e 17 anos, faixa etária que apenas 1,31% dos candidatos está disposto a aceitar⁷²⁰”.

O acolhimento institucional ou, como também é conhecido, “programa de acolhimento”, é administrado por instituição governamental ou não governamental, a qual deve oferecer opções de cursos e lazer, podendo inclusive ser utilizados alguns serviços existentes na comunidade com o propósito de contribuir com a convivência familiar e

⁷¹⁹ Art. 72º LPCJP: 1 - O Ministério Público intervém na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, nos termos da presente lei, podendo exigir aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a sua guarda de facto os esclarecimentos necessários. 2 - O Ministério Público acompanha a actividade das comissões de protecção, tendo em vista apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados. 3 - Compete, ainda, de modo especial, ao Ministério Público representar as crianças e jovens em perigo, propondo acções, requerendo providências tutelares cíveis e usando de quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e à sua protecção.

⁷²⁰ AGÊNCIA BRASIL. *Só uma em cada 7 crianças em abrigos pode ser adotada. Atualizado em 25/05/2012.* Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/05/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1248801-so-uma-em-cada-7-criancas-em-abrigos-pode-ser-adotada.html. Acesso em 14/8/2012.

comunitária, resgatar valores, estimular a independência, apresentar estrutura física que atenda as necessidades e prioridades de cada um individualmente, fortalecer a família e lutar para que no futuro não haja reincidência.

A criança ou o jovem na instituição de acolhimento terá apoio, colaboração de uma equipe técnica, constituída de profissionais diversos, como psicólogos, assistentes sociais, educadores, e dependendo do caso, de outros profissionais como médicos, dentistas, enfermeiros e advogados. Ela deverá ser avaliada constantemente. Na instituição poderá receber visitas dos pais, de parentes, de pessoas com quem tenham afinidades em horários por esta estabelecidos, exceto se a justiça não permitir.

No entendimento de Maria Clara Sottomayor⁷²¹, Portugal tem utilizado muito as medidas de internamento em instituições para as crianças e jovens de classes sociais mais desfavoráveis, em casos de negligência econômica, deficiência na alimentação, falta de condições habitacionais. Segundo ela, investigações feitas neste domínio concluíram que as crianças e jovens institucionalizados revelam regressão no desenvolvimento e correm o risco de serem novamente vitimizadas por negligência emocional, violência e abusos sexuais dentro das instituições.

Caso isso efetivamente ocorra, os objetivos desta medida têm sido desviados, têm sido utilizados de formas errôneas, contraditórias. O Estado deveria promover políticas públicas que contemplassem essa parcela da população, não somente apoiando financeiramente as famílias, mas principalmente qualificando-as para que tenham condições de ingresso no mercado de trabalho e adquiram condições de assumirem as responsabilidades com os filhos. A pobreza não constitui causa de desligamento, de destituição do poder familiar. As instituições deveriam ser constantemente fiscalizadas pelo Ministério Público, por instituições governamentais e não governamentais, deveriam abrigar os que realmente necessitam serem abrigados, quando esgotarem todas as outras possibilidades, como a permanência na família, em lares acolhedores, deveriam dispor de uma equipe técnica comprometida, responsável, que trabalhe a autoestima das crianças, o restabelecimento de seus laços afetivos com suas famílias ou com as pessoas que tenham responsabilidade sobre elas, suas relações emocionais,

⁷²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: O Poder Paternal como cuidado parental e dos direitos da criança. A função social dos Juizes Sociais*. Actas do Encontro. Porto, Almedina, 2003, p. 55.

proporcionando além da educação e de outros direitos fundamentais, o direito ao lazer, deveriam oferecer oportunidades para as crianças crescerem e posteriormente terem uma vida saudável, sem traumas. As crianças e jovens devem ser tratados como seres humanos, de forma igualitária e não como objetos ou empecilhos da sociedade ou do Estado. Quando tiverem condições de discernimento eles devem ser ouvidos, participarem de todas as decisões de forma efetiva, serem constantemente avaliados por uma equipe psicossocial. Entendemos também que não deveriam ser mistas; deve haver instituições dirigidas somente para meninas e instituições somente para meninos.

Reiteramos o posicionamento de Ribeiro dos Santos⁷²² quando afirma: “O estado deve ter responsabilidade pelos internatos que estão directamente sob a sua tutela, por aqueles que têm acordos de cooperação, mas também por todos os outros, mesmo que não haja protocolo porque o Estado é responsável pelos seus cidadãos e tem que os defender. É preciso accionar mecanismos de controle social, de avaliação interna e externa que introduza perspectivas de transformação”.

A Resolução nº 109/2009, de 11 de Novembro dispõe sobre a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, organizados por níveis de complexidade do SUAS (Sistema Único de Assistência Social), classificando-os em: Proteção Social Básica, Proteção Social Especial de Média e Proteção Social Especial de Alta Complexidade.

Nos termos do Art. 1º da referida Resolução⁷²³, os *Serviços de Proteção Básica abrangem*: 1) Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF), 2) Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos e 3) Serviço de Proteção Social Básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosas. Os *Serviços de Proteção Social Especial de Média Complexidade constituem*: 1) Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAIF), 2) Serviço Especializado em Abordagem Social, c) Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida (LA) e de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC), d) Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosas e suas Famílias, e) Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua.

⁷²² MILICE, Ribeiro dos Santos, *apud* Sottomayor, Maria Clara. *Op. cit.*, p.80.

⁷²³ Resolução nº 109/2009. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/assistenciasocial/resolucoes/2009/Resolucao%20CNAS%20no%20109-%20de%2011%20de%20novembro%20de%202009.pdf>. Acesso em 15/8/2012.

Já os Serviços de Proteção Social Especial de Alta Complexidade, conforme a Resolução⁷²⁴ compreendem: 1) Abrigo Institucional, nas seguintes modalidades: a) Abrigo Institucional, b) Casa Lar, c) Casa de Passagem, d) Residência Inclusiva; 2) Serviço de Acolhimento em República, 3) Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, 4) Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências.

No estado do Piauí-Brasil, que tem duzentos e vinte e quatro municípios, os Serviços de Proteção Social Especial de Média e de Alta Complexidade só existem praticamente na Capital Teresina; portanto, não atendem as necessidades das crianças e jovens que se encontram em situação de ameaça ou violações de direitos, com vínculos familiares rompidos, fragilizados ou extintos.

As Entidades de Acolhimentos Institucionais de Alta Complexidade, destinadas às crianças, adolescentes e jovens que se encontram em situação de risco pessoal e social, cujas famílias ou responsáveis encontram-se temporariamente impossibilitados de cumprir suas funções educativas e protetivas, vítimas de violências físicas, sexuais e psicológicas, em situação de rua, abandonados pelos pais ou responsáveis ou com vínculos familiares fragilizados ou extintos são: Abrigo Masculino, Casa de Punaré (acolhem adolescentes do sexo masculino); Abrigo Feminino; Casa Savina Petrilli (acolhem a crianças e jovens do sexo feminino); Casa Dom Barreto e Lar Maria João de Deus (acolhem crianças e jovens de ambos os sexos). Além da rede de assistência à criança e ao jovem, dispõe ainda de uma entidade jurídica sem fins lucrativos constituída por assistentes sociais, psicólogos, pedagogos e outros profissionais liberais com interesse em ajudar, denominada CRIA - Centro de Reintegração Familiar e Incentivo à Adoção.

O Estado do Piauí dispõe de seis unidades de internação, quatro localizadas na cidade de Teresina, uma na cidade de Parnaíba e outra na cidade de Picos, destinadas aos atendimentos socioeducativos de adolescentes, aos quais são imputados práticas de atos infracionais e que cumprem “internação”, cuja medida privativa de liberdade, deve ser aplicada em sintonia com os princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

⁷²⁴ *Ibid, Ibidem.*

De acordo com o relatório de inspeção do Conselho Nacional de Justiça de 2010, das seis unidades de internações, ora citadas, apenas duas, o Centro Educacional Feminino e o Centro Educacional Masculino possuem atividades educativas e profissionalizantes. Nos dias 21 e 22 de agosto de 2012, duas juízas auxiliares do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Cristiana Cordeiro e Joelci Araújo estiveram no Piauí, com o propósito de fiscalizar a aplicação das medidas socieducativas e avaliar se foram cumpridas as mudanças sugeridas nas unidades de internação no relatório do Programa do CNJ “Justiça ao Jovem”, acima mencionado. Segundo elas, houve muitas melhorias, mas ainda existem alguns pontos que precisam de mais atenção por parte do Executivo e do Judiciário.

“No dia 21/08/2012, as Juízas realizaram visitas no Centro Educacional Masculino e Centro de Internação Provisória, analisando as Unidades de internação no âmbito de estrutura física e administrativa, caráter pedagógico, projetos que são desenvolvidos e aplicados com adolescentes infratores. A impressão das magistradas sobre as visitas às unidades de internação da capital será registrada em relatório a ser encaminhado ao Governo, Tribunal de Justiça e Ministério Público⁷²⁵.

De acordo com o modelo implantado no Brasil pelo Sistema Único de Assistência Social - SUAS, os programas de Acolhimento Institucional são classificados em ações de “alta complexidade”, quando os acolhidos têm seus direitos violados, são privados do convívio familiar, encontram-se inseguros, em razão de violências físicas e psicológicas sofridas, expostos a perigo atual e iminente. A situação de cada um deve ser analisada individualmente, uma vez que os problemas, a história de vida, as consequências e traumas psicológicos apresentados são peculiares, divergem. Em razão de tais fatos, a equipe técnica responsável pelo atendimento não pode generalizá-lo; fornecer o mesmo diagnóstico sem uma avaliação acurada do caso. As entidades de acolhimento além de assistência material devem propiciar meios que permitam suas socializações, desenvolvimentos, crescimentos, amadurecimentos, aprimoramentos.

1.2.2.1. Conceitos

Instituição de Acolhimento é um espaço de proteção, provisório e excepcional, destinado a crianças, adolescentes e jovens privados da convivência familiar e comunitária, que se encontram em situação de risco pessoal e social, vulneráveis, sem acesso aos direitos

⁷²⁵ BRITO, Aline. *Equipe do CNJ reúne-se com Magistrados no TJPI para discutir sobre Justiça ao Jovem*. Disponível em: <http://tj-pi.jusbrasil.com.br/noticias/100037313/equipe-do-cnj-reune-se-com-magistrados-no-tjpi-para-discutir-sobre-justica-ao-jovem>. Acesso em 24/08/2012.

fundamentais conquistados pela humanidade e ratificados ao longo da história, por diplomas internacionais e nacionais, e que necessitam de um atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos, privilegiando-se as ações descentralizadas. Tal espaço é eminentemente necessário para aqueles que têm seus direitos negados, especialmente, no presente caso, a convivência familiar e comunitária.

A medida de acolhimento em instituição, nos termos do art. 49º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo “consiste na colocação da criança ou jovem aos cuidados de uma entidade pública ou cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, que disponha de instalações e equipamento de acolhimento permanente e de uma equipe técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades e lhes proporcionem condições que permitam a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral⁷²⁶”.

É um espaço de proteção provisório e excepcional, destinado a crianças e adolescentes privados da convivência familiar e que se encontram em situação de risco pessoal ou social ou que tiveram seus direitos violados⁷²⁷.

As instituições de acolhimento podem ser definidas como “um arranjo de vida em grupo para crianças, em que o acolhimento é remunerado e realizado por adultos que não seriam considerados os responsáveis pelos cuidados tradicionais na sociedade mais ampla”. Entretanto, esta definição tem sido criticada, porque algumas instituições usam pessoas auto-remuneradas encarregadas, e outras, como os monastérios (por exemplo, os monastérios budistas no sudeste da Ásia) são consideradas como locais de acolhimento tradicionais⁷²⁸.

Nos termos do art. 101 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o acolhimento institucional e o acolhimento familiar, conforme já ressaltamos, são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

⁷²⁶ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo. Op. cit.*, p. 93.

⁷²⁷ *Orientações sobre acolhimento institucional.* Disponível em: http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=75830&folderId=97798&name=DLFE-44003.pdf. Acesso em: 01/08/2011.

⁷²⁸ *Crianças em Instituições de Acolhimento e Alternativas. Diretrizes para Crianças em Risco: Volume 5.* Disponível em: http://tilz.tearfund.org/webdocs/Tilz/Topics/Portuguese/Children%20in%20residential%20care_P_full%20doc.pdf. Acesso em: 01/08/2011.

Acolhimento institucional é uma medida de proteção, considerada um serviço de alta complexidade de caráter transitório, que acolhe crianças, adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade, vítimas de violência, que tem como objetivo primordial assegurar seus direitos, restabelecer os vínculos familiares e comunitários, contribuir com a inclusão social.

1.2.2.2. Causas

Crianças, adolescentes e jovens são encaminhados para instituições de acolhimento por vários motivos, dentre estes destacamos: os que são vítimas de maus tratos, violência doméstica e abandono; desigualdade social, má distribuição de rendas, relação conflituosa com os pais, negligência, pobreza, exclusão social, dependência química dos pais ou responsáveis, destituição do poder familiar, falta de vontade e compromisso de outros parentes assumirem o encargo, negação dos direitos essenciais à vida, como: alimentação, saúde e lazer; ausência de políticas públicas e de assistências para eles e suas famílias, abusos sexuais sofridos no âmbito doméstico, exploração através do trabalho infantil; violações de direito sob todas as modalidades, trabalho infantil, falta de oportunidades.

Geralmente, crianças, adolescentes e jovens procuram a rua como lugar de sobrevivência e vivência, trabalham, pedem esmolas, praticam atos infracionais. “Há outros fatores que dificultam a permanência da criança em casa, tais como a inexistência ou ineficácia das políticas públicas, a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades de gerar rendas e de inserção no mercado de trabalho e a insuficiência de creches e escolas públicas de qualidade em horário integral, com que os pais possam contar enquanto trabalham⁷²⁹”. “Em sua maioria, as famílias, mesmo quando fragilizadas, têm as potencialidades necessárias para criar seus filhos e receberem o apoio que precisam em tempo hábil”⁷³⁰. O trabalho infantil ocorre em detrimento do lazer e da educação, trazendo, prejuízos irreversíveis para o desenvolvimento físico, psíquico, moral e social da criança, uma flagrante violação de direitos da população infanto-juvenil.

Podemos destacar ainda a situação dos meninos e meninas que vivem nas ruas, que têm vínculos familiares rompidos, desgastados ou extintos, em que se prostituem, usam

⁷²⁹ *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*/ Irene Rizzini; Irmã Rizzini; Luciene Naiff e Rachel Baptista (Coords.). São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF; CIESPI; Rio de Janeiro, RJ: PUC-RIO, 2006, p. 23.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 43.

drogas e utilizam a mendicância para suprirem suas necessidades básicas. Alguns abandonam seus lares em razão de abusos sexuais sofridos por parte de pais, padrastos ou outros parentes e serem por eles ameaçados constantemente caso revelem tais agressões para suas genitoras ou responsáveis. Dentre as mães, algumas desconfiam, fingem não perceber as situações e até ficam irritadas quando são alertados por vizinhos, amigos ou outras pessoas. Outras ouvem as versões dos filhos e preferem não acreditar, muitas vezes originando nos jovens sentimentos de revolta, desejo de vingança e fuga. Há ainda as que afirmam não saberem que providências adotar por não terem fonte de renda e dependerem dos companheiros para viverem, o que é triste e lamentável. Por sua vez, há ainda, em pequena parcela, as que abandonam os companheiros, saem de casa com os filhos e os denunciam. Nestas situações deveriam receber apoio integral de órgãos governamentais e não governamentais, o que nem sempre ocorre.

“A pobreza infantil significa a existência de carências em áreas fulcrais do bem-estar das crianças. A existência de carências de várias ordens acentua o nível de pobreza ou privação da criança em consequência das interações estabelecidas entre as diferentes dimensões⁷³¹”.

Convém aqui salientarmos que muitos adolescentes e jovens vão para as ruas para suprir suas necessidades básicas e ajudarem na manutenção de suas famílias. Embora muitas vezes deixem os lares em razão de atos e/ou de omissões causados por seus pais, parentes ou responsáveis e procurem a rua como abrigo, terminam ficando frustrados ao observarem que esta não lhes proporciona segurança e condições mínimas de uma vida melhor; alguns praticam atos de violência, outros procuram desempenhar pequenas funções como forma de obtenção de dinheiro para alimentação ou para consumirem drogas. O crescimento contínuo das desigualdades sociais; a ausência de políticas públicas adequadas; o despreparo de alguns policiais em lidar com esta problemática, utilizando muitas vezes a força, a violência, a agressão como formas de solucionar os conflitos e pacificar a ordem social podem ser vistas como causas deste grande problema não só na cidade de Teresina-PI, mas em todos os estados brasileiros e, até, em nível mundial, mostrado quase diariamente pela mídia. Com o passar do tempo, muitos se envolvem em grupos criminosos e quadrilhas, aumentando, assim, a violência e a criminalidade. Observamos que os que pertencem a classes sociais diferentes e os negros são tratados de forma diferente.

⁷³¹ Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação. *Um olhar sobre a pobreza infantil: análise das condições de vida das crianças*/Amélia Bastos..., et al. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 24.

“Enquanto os pobres são criminalizados e violentados por policiais, os mais ricos são acobertados pela condição social e raramente acabam punidos. Essa situação é uma variável significativa para o processo de disseminação da violência entre grupos sociais médios⁷³²”.

Apesar da criança, do adolescente e do jovem terem direito a uma proteção especial, tendo em vista suas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, a prática nos mostra que nem sempre isso ocorre; e o mais grave é que, as entidades responsáveis por esta proteção e defesa, como Família, Estado e Sociedade, muitas vezes falham, são negligentes.

“De forma geral, a violência institucional contra a criança e o adolescente praticada pelo Estado está presente nos abrigos, nas unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei e no comportamento arbitrário de policiais militares e civis e de membros do Poder Judiciário⁷³³”.

1.2.2.3. Condições de acolhimento

Conforme já declaramos, as entidades governamentais e não governamentais que desenvolvem programas de acolhimento institucional serão fiscalizadas pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelos Conselhos Tutelares e por outros órgãos encarregados de zelar pelos direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens. Quando descumprem as obrigações a eles destinadas, elas poderão sofrer penalidades.

Sem dúvida, as instituições de acolhimento deveriam ser utilizadas como medidas de proteção provisória, em situações especiais, como locais protetores; todavia, observamos principalmente nos países subdesenvolvidos como o Brasil, carentes de políticas públicas e sociais, nos quais a pobreza, o desemprego, a fome, o trabalho infantil, a desigualdade social e econômica são características visíveis, que a realidade fática é bem diferente. Muitas crianças, adolescentes e jovens vivem em situação de abandono, nas ruas; algumas sem referência familiar ou com vínculos familiares fragilizados. Muitos são rejeitados pelas famílias, têm envolvimento com drogas. As entidades que desenvolvem programas de internação têm diversas obrigações a cumprir, como pode ser observado no art. 94⁷³⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷³² *Direitos Negados: a violência contra a criança e o adolescente no Brasil*/ [organização Fundo das Nações Unidas para a Infância: coordenação Helena Oliveira]. - 2. ed. Brasília, DF: UNICEF, 2006, p. 99.

⁷³³ *Ibid.*, p.119.

⁷³⁴ Art. 94 ECA: As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: *I* - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes; *II* - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação; *III* - oferecer atendimento personalizado, em

A fiscalização das entidades de abrigo é atribuição dos Conselhos Tutelares, da Vara da Infância e da Juventude e do Ministério Público. O artigo 97 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece uma série de medidas aplicáveis às entidades que descumprirem suas obrigações.

Art. 97. São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem obrigação constante do art. 94, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos: I - às entidades governamentais: a) advertência; b) afastamento provisório de seus dirigentes; c) afastamento definitivo de seus dirigentes; d) fechamento de unidade ou interdição de programa. II - às entidades não-governamentais: a) advertência; b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas; c) interdição de unidades ou suspensão de programa; d) cassação do registro. § 1º Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade. § 2º As pessoas jurídicas de direito público e as organizações não governamentais responderão pelos danos que seus agentes causarem às crianças e aos adolescentes, caracterizado o descumprimento dos princípios norteadores das atividades de proteção específica⁷³⁵.

As Instituições de acolhimento criadas por uma instituição governamental ou por uma instituição não governamental sem fins lucrativos, em sintonia com as normas estabelecidas pelas leis e normas nos países, devem oferecer a todos aqueles que a elas são encaminhados condições dignas de acolhimento, dentre estas: segurança, vigilância, higiene; proporcionar alimentação saudável de acordo com a faixa etária do acolhido, vestuário, lazer, educação, direito à convivência familiar e comunitária, apoio social e atendimento médico,

pequenas unidades e grupos reduzidos; *IV* - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente; *V* - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares; *VI* - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares; *VII* - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal; *VIII* - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos; *IX* - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos; *X* - propiciar escolarização e profissionalização; *XI* - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer; *XII* - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças; *XIII* - proceder a estudo social e pessoal de cada caso; *XIV* - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente; *XV* - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual; *XVI* - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas; *XVII* - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes; *XVIII* - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos; *XIX* - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem; *XX* - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento. § 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programas de acolhimento institucional e familiar. § 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

⁷³⁵ ISHIDA, Válter Kenji. *Op. cit.*, p. 164.

odontológico, psicológico a todos que necessitem. Devem assumir todas as obrigações com os acolhidos, protegê-los, cuidá-los e prepará-los, se possível, com a ajuda dos familiares, para seus retornos às suas famílias naturais. A equipe técnica, composta por educadores sociais, assistentes sociais e psicólogos devem oferecer-lhes tratamento personalizado, em pequenos grupos, avaliando suas problemáticas, inserindo-os em programas e ações da comunidade, solicitando o apoio de seus familiares visando seus crescimentos pessoais, intelectuais e físicos, bem como condições para adquirirem independência.

No caso do Brasil, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) e a Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2004) estabelecem que é responsabilidade das três esferas de Governo co-financiar as políticas para infância e adolescência.

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente deverá ser feita através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sendo uma das diretrizes desta política a municipalização do atendimento. Então, é de suma importância que o município com apoio financeiro da União, dos estados implantem, gerenciem e mantenham as instituições de acolhimento.

Além de ser uma condição essencial para o funcionamento de uma entidade não governamental, o seu registro junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, deverá preencher alguns requisitos para que esse registro não seja negado e, por conseguinte, esteja habilitada para funcionar. O referido Estatuto, no art. 91⁷³⁶ menciona algumas hipóteses da negação do registro.

1.2.2.4. Pessoas que podem abrigar e serem abrigadas.

⁷³⁶ Art. 91 ECA: As entidades não governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade. § 1º Será negado o registro à entidade que: a) não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; b) não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta Lei; c) esteja irregularmente constituída; d) tenha em seus quadros pessoas inidôneas. e) não se adequar ou deixar de cumprir as resoluções e deliberações relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis. § 2º O registro terá validade máxima de 4 (quatro) anos, cabendo ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, periodicamente, reavaliar o cabimento de sua renovação, observado o disposto no § 1º deste artigo.

Ultimamente, o Brasil tem valorizado bastante a família acolhedora, que após ser submetida a um processo de seleção e capacitação poderá, de forma provisória, assumir a guarda e responsabilidade de uma criança, adolescente ou jovem durante o período que sua família biológica ou natural estiver impossibilitada.

No Brasil há vários tipos de programas de acolhimentos que podem ser administrados por instituições governamentais e não governamentais, dentre estas destacamos: casa lar, programas de famílias acolhedoras, cujos acolhidos moram nas residências de famílias acolhedoras previamente cadastradas e selecionadas. Devem ser acolhidos crianças, adolescentes e jovens que encontram-se abandonados, vulneráveis, excluídos socialmente, com vínculos familiares e afetivos fragilizados ou extintos, que precisam de atenção especializada, diferenciada e geralmente apresentam um quadro de fragilidade física e emocional, fraqueza, insegurança, tristeza.

O Brasil sancionou em dezembro de 1987 a Lei nº 7.644, que dispõe sobre a regulamentação da atividade da mãe social, considerada pela mesma como a pessoa que se dedica a criança, adolescente ou jovem abandonado e exerça o encargo em nível social dentro do sistema de casas-lares. Tal lei considera menor abandonado "o menor em situação irregular" pela morte ou abandono dos pais, ou, ainda, pela incapacidade destes.

De acordo com o art. 3º⁷³⁷ desta lei, casa lar é a unidade residencial sob responsabilidade de mãe social, que abrigue até 10 (dez) menores. § 1º - As casas lares serão isoladas, formando, quando agrupadas, uma aldeia assistencial ou vila de menores. § 2º - A instituição fixará os limites de idade em que os menores ficarão sujeitos às casas-lares.

Nos termos desta citada lei, a mãe social tem como principais atribuições: propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados; administrar o lar, realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes; dedicar-se, com exclusividade, aos menores e a casa lar que lhes forem confiados. Antes, porém, são avaliadas e capacitadas. Quando estiver no desempenho de suas funções, ela deverá residir, juntamente com os menores que lhe forem confiados, na casa lar que lhe for destinada; ser remunerada e receber os direitos trabalhistas e previdenciários.

⁷³⁷ Lei nº 7.644, de 18 de Dezembro de 1987.

Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/lei7644.htm>. Acesso em: 25/07/2011.

Em Portugal, a aplicação das medidas de promoção e proteção é de competência das comissões de proteção e dos tribunais enquanto que no Brasil algumas poderão ser determinadas pelo Conselho Tutelar, outras pela Justiça.

Quando perdem os vínculos, são encaminhadas para instituições de acolhimento, podendo ou não ser adotadas. Às vezes são adotadas e não recebem carinho, apoio necessário, são espancadas, abusadas; passando assim, por sofrimentos concomitantes e diversos, devendo ter atendimento de acordo com suas idades. As instituições de acolhimento são destinadas a crianças, adolescentes e jovens que se encontram desprotegidos, vulneráveis, excluídos da família, da escola, da sociedade, que precisam de atenção especializada, diferenciada.

No Brasil e em Portugal quando crianças, adolescentes e jovens estiverem com seus direitos reconhecidos e assegurados, em Leis, como nas Constituições das Repúblicas, nos Códigos, nas Leis Especiais, a exemplo, da Lei de proteção de crianças, da Lei tutelar educativa, do Estatuto da criança e do adolescente, da Lei de adoção, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão dos pais ou responsáveis, em razão de sua conduta, quando outras medidas de proteção não surtirem efeito para sanar a situação, parentes que possam ou tenham condições de assumir o encargo e nem pessoas interessadas em protegê-los, cuidar deles, ampará-los e até mesmo adotá-los, não há outra solução a não ser encaminhá-las para uma instituição de acolhimento. Tratando-se de irmãos, todos os esforços devem ser feitos no sentido de acolhê-los na mesma instituição.

1.2.3. Perspectiva crítica

Ao ser encaminhado para uma instituição de acolhimento, a criança, adolescente ou jovem encontra um ambiente diferente daquele que lhe era peculiar, o que vivia em situação de rua, sem normas, sem obedecer a regras, sem limites, independente, tem a partir de então, uma vida diferente, seus laços de amizade ficam suspensos, ameaçados, bem como os de parentesco, se ainda existiam.

Há no Brasil e em Portugal muitas crianças, adolescentes e jovens vivendo em instituições, o que é lamentável, considerando o direito que têm à convivência familiar e comunitária e harmoniosa com suas famílias de origem ou substitutas; e por outro, uma

solução para os que perderam seus vínculos familiares e afetivos, foram excluídos, abandonados pelos familiares, não têm suas necessidades básicas atendidas, são maltratados, encontram-se em situações de perigo; quase sempre por falta de condições educacionais, financeiras e psicológicas da família, do Estado e da sociedade.

Na opinião de Maria Clara Sottomayor, Portugal é um dos países da União Europeia que tem um dos maiores números de crianças internadas em instituições que, segundo investigações feitas, as crianças institucionalizadas revelam regressão no desenvolvimento e correm o risco de serem novamente vitimizadas por negligência emocional, violência e abusos sexuais dentro das instituições⁷³⁸.

Verificamos com frequência que os pais, o Estado e a sociedade são omissos nas questões sociais, não há cobranças. Ultimamente alguns membros do Ministério Público têm avançado um pouco nesta área; outros, porém, continuam tímidos ou ignoram os problemas surgidos quase sempre por falta de investimento, proposta orçamentária satisfatória, cobranças nos cumprimentos das leis. O Ministério Público deve incentivar a participação de crianças, adolescentes e jovens na comunidade, na sociedade como um todo; oferecer oportunidades para que interajam com outros que têm as mesmas faixas etárias; defender a população principalmente os que se encontram em situação de vulnerabilidade pela pobreza e exclusão, que não percebem na justiça o caráter de imparcialidade e de defesa da dignidade humana. Qualquer trabalho com estas crianças só terá eficácia se elas tiverem um acompanhamento integrado, personalizado, dedicação, afeto. O Ministério Público tem que se preocupar com a defesa dos interesses sociais e direitos individuais indisponíveis, como os das crianças, adolescentes e jovens, exigindo dos Poderes a efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado deve criar mecanismos de proteção para as crianças e jovens que estão ameaçados em razão de tráfico, narcotráfico, dívidas. A demanda é muito grande; por isso o setor privado tem que ajudar. A missão constitucional do Ministério Público, que também é um agente de transformação social, é lutar pelo Estado democrático de direito e pela proteção da cidadania, sendo assim sua prioridade a sociedade.

⁷³⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara e SANTOS, Milice Ribeiro, *et al.* Coordenação científica Maria Clara Sottomayor. Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: *O Poder Paternal como cuidado parental e dos direitos da criança. A função social dos Juízes Sociais. Actas do Encontro*. Porto, Almedina, 2003, p. 55

Em Portugal, conforme Maria Clara Sottomayor, “o sistema de protecção de crianças e jovens tem detectado, sobretudo, crianças que não veem satisfeitas as suas necessidades básicas, por carências económicas da família e falta de apoio do Estado, e crianças abandonadas⁷³⁹”.

Segundo a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal, as Comissões de Protecção exercem um papel relevante na área da Infância e Juventude, competindo-lhe várias funções, dentre as quais as de comunicar ao Ministério Público as situações que considera adequadas ao encaminhamento para a adoção quando haja divergência com o organismo da segurança social, as situações sem decisões decorridos seis meses após o conhecimento da situação da criança ou do jovem em perigo, a aplicação da medida que determine ou mantenha a separação da criança ou do jovem dos seus pais, dos seus representantes legais ou das pessoas que tenham a sua guarda de fato, as situações de fato que justifiquem a regulação ou a alteração relacionada ao poder paternal.

Este Órgão deve intervir como fiscal da lei e representante da sociedade na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens exigindo os esclarecimentos que entenda necessários das pessoas que estiverem com a guarda destes; representá-los em situações de perigo, ajuizando ações, requerendo providências tutelares e usando meios judiciais necessários e pertinentes para a segurança e protecção dos mesmos.

No que concerne ao período de permanência da criança e do adolescente em programas de acolhimento institucional, o mencionado Estatuto assevera que este não deve se prolongar por mais de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. Dentre as linhas de ação por ele apresentadas, estão: as políticas e os programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; as campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

⁷³⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: O Poder Paternal como cuidado parental e dos direitos da criança. A função social dos Juizes Sociais. Actas do Encontro*. Porto, Almedina, 2003, p.14

Sem dúvida, o ideal seria que os irmãos permanecessem sempre juntos, evitando maiores sofrimentos; no entanto, o princípio do não desmembramento nem sempre pode ser cumprido, considerando o livre arbítrio e a preferência das pessoas cadastradas e interessadas em adotar, que além do perfil geralmente optam apenas por um.

Os agentes institucionais têm atribuições e responsabilidades diferenciadas, detalhadas no regimento interno. Porém, todos devem trabalhar com a finalidade de garantir o cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, como também a efetivação do plano de trabalho. A Equipe Técnica deverá contar com equipe multidisciplinar, composta por assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, outros profissionais da área jurídica e de saúde, que além de capacitados tenham afinidade com as questões visando os seus retornos às suas famílias e a sociedade de forma salutar, humana e justa. A Equipe de Apoio será formada pelos educadores sociais: berçarista, auxiliar de serviços, motorista, jardineiro, cozinheira e outros. Deve contar também com os agentes institucionais e a equipe de apoio, tendo todos como finalidades primordiais garantir a efetivação dos direitos das crianças, adolescentes e jovens que lá se encontram. As instituições contribuem na qualidade de vida e na reinserção civil de meninos e meninas que vivem à margem da sociedade e também na construção de novos vínculos comunitários e familiares.

Embora muitas vezes deixe o lar por causa de atos e/ou de omissões causados por seus pais, parentes ou responsáveis e procure a rua como abrigo termina ficando frustrado ao observar que esta não lhe proporciona segurança e condições mínimas de uma vida melhor; alguns praticam atos de violência, outros procuram desempenhar pequenas funções como forma de obtenção de dinheiro para alimentação ou para consumirem drogas. O crescimento contínuo das desigualdades sociais; a ausência de políticas públicas adequadas; o despreparo de alguns policiais em lidar com esta problemática, utilizando muitas vezes à força, a violência, a agressão como formas de solucionar os conflitos e pacificar a ordem social podem ser vistas como causas deste grande problema não só na cidade de Teresina-PI, mas em todos os estados brasileiros e até em nível mundial, mostrado quase diariamente pela mídia.

Com o passar do tempo, muitos se envolvem em grupos criminosos e quadrilhas, aumentando, assim, a criminalidade e a violência; que não é natural, é cultural, é apreendida; às vezes motivada pela não concessão dos direitos, pela não observância dos princípios da

dignidade da pessoa humana, da solidariedade. Observamos que os que pertencem a classes sociais menos favorecidas e os negros são tratados de forma diferente, não percebem e nem compreendem o outro como ser humano.

Os jovens que encontram-se em situação de rua não podem ser vistos como uma ameaça, como um delinquente. Devemos não só apontar falhas, erros, mas também apresentar soluções, ideias na tentativa de solucionar o problema, de ajudar a tê-los um futuro melhor. A instituição de acolhimento deve contribuir no desenvolvimento das aptidões dos institucionalizados, com vistas a uma independência no futuro; que propicie mudanças de valores éticos, morais, afetivos, comunitários e de comportamentos.

Muitos municípios preferem não diagnosticar quantitativa e qualitativamente as crianças, adolescentes e jovens; é mais fácil ignorar o problema, negar suas existências. A demanda social é exigente; deve ser solicitada contribuição de outros órgãos, parcerias com a sociedade, com entidades privadas, que ajudem no monitoramento das ações, sejam elas do estado ou do município. O que fazemos por um jovem hoje poderá ser um investimento para o futuro.

Portugal não tem ainda uma cultura que centra a Infância, como um pólo de desenvolvimento; a cultura dominante é do tipo normativista, centrada nas leis e no poder/punição para com os cidadãos⁷⁴⁰. O acolhimento institucional é uma medida de proteção que beneficia crianças e adolescentes, cujas famílias estão impossibilitadas de cumprirem suas funções por razões diversas; muitas vezes narradas em relatórios circunstanciados pelos membros dos conselhos, comissões, equipe técnica.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 no seu art. 227§ 6º e o Código Civil, Lei nº. 10.406/2002 asseguram que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷⁴⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara; SANTOS, Milice Ribeiro., *et al.* Coordenação científica Maria Clara Sottomayor. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: O Poder Paternal como cuidado parental e dos direitos da criança. A função social dos Juízes Sociais. Actas do Encontro.* Porto: Almedina, 2003, p. 92.

Apesar do ordenamento jurídico reconhecer esta igualdade, ultimamente tem sido ressaltado com mais propriedade os vínculos afetivos. Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais são no sentido de que estes prevalecem sobre os vínculos biológicos. A afetividade é uma característica essencial na comprovação das entidades familiares, sejam elas oriundas ou não do matrimônio. As relações afetivas surgem de forma consensual, livre, espontânea. A justiça não pode obrigar alguém a ter afetividade, afinidade por outra; quer queiramos ou não, é um sentimento que podemos ou não conquistar.

Na verdade, a criança tem um melhor desenvolvimento biológico, cognitivo, psicológico, afetivo convivendo com sua família, caso esta assumisse com responsabilidade suas funções. É no lar que deve receber carinho, atenção, amor e como consequência segurança, confiança em si, amadurecimento, disposição para estudar e pensar com o passar do tempo, em uma vida exitosa, saudável e plena.

Todavia, não sendo possível a criança ou jovem conviver em uma família biológica ou adotiva, por condições alheias às suas vontades, é necessário o seu encaminhamento para uma instituição de acolhimento. Por sua vez, se as instituições forem transformadas apenas em instrumentos de depósitos para crianças e jovens que não têm um lar, passam fome e causem péssima impressão na cidade, não surtirão efeito, podendo traumatizá-los e vitimá-los ainda mais; pois como sabemos, o ser humano é um produto do meio em que vive.

Muitas instituições não atendem os princípios prescritos no Estatuto da Criança e do Adolescente, como: preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa; atendimento personalizado e em pequenos grupos; desenvolvimento de atividades em regime de coeducação; não desmembramento de grupos de irmãos; participação na vida da comunidade local; preparação gradativa para o desligamento. É necessário que elas apresentem propostas efetivas acerca de tais fundamentos, valorizem a família e as pessoas ligadas por vínculos de afetividade e que possam contribuir com o processo de resgate, de ressocialização, de conquista.

O Ministério Público, através dos seus representantes legais tem que exigir e fiscalizar o cumprimento fiel das leis, resoluções, regimentos das instituições e outros diplomas que instituem direitos em favor das crianças, adolescentes e jovens; participar de eventos de

conscientização e mobilização; instaurar procedimento administrativo para apurar a situação dos acolhidos com o objetivo de contribuir com o retorno destes às suas comunidades, aos seus lares ou adotar as medidas inevitáveis à colocação destes em família substituta; tendo em vista à convivência familiar e comunitária ser uma prioridade absoluta deles, amparados que são pela doutrina da proteção integral, que requer um conjunto articulado de ações, integrando políticas públicas e sociais, programas locais de atendimento realizados por entidades governamentais e não governamentais. Deve também estimular a integração e o intercâmbio entre outros Órgãos públicos ou privados, promover o levantamento periódico das necessidades da sociedade, especialmente das crianças e jovens, adotando as providências essenciais para supri-las.

A desigualdade social contribui para o despreparo de jovens, para uma diminuição de oportunidades, que algumas vezes, sem alternativas, sem perspectivas, sem condições de adquirirem alguns bens de consumo que almejam, a exemplo de outros que têm, terminam se envolvendo em brigas, confusões, cometendo furtos, roubos, outros atos infracionais e tornando-se marginais. Há ainda os que foram violentados, maltratados e acabam absorvendo, gerando um sentimento de revolta, de violência.

A família é o primeiro grupo social que a criança e o jovem conhecem; a partir dele, eles têm oportunidade de inserirem-se na sociedade. Quando os primeiros responsáveis, no caso, os pais não assumem esta responsabilidade, tanto material quanto intelectual e afetiva devido a problemas diversos, como situação de extrema miséria, abandono, alcoolismo, prática de atos infracionais ou outros distúrbios físicos ou mentais outras pessoas devem assumir. Geralmente, ao passarem por todas estas dificuldades e problemáticas, não têm bom desenvolvimento físico e psicológico, tendem a ter baixa autoestima, comportamentos agressivos, medo, falta de segurança e confiança em si e nos outros, dificuldade de aprendizagem.

Uma criança, adolescente ou jovem está em risco atual ou iminente quando ocorre violação dos seus direitos, quando tem o seu desenvolvimento físico, psíquico, emocional, educacional, ameaçado por maus tratos físico ou emocional, quando foi abandonado, quando é abalado e necessita com urgência de um acompanhamento psicológico, médico, social, afetivo. Para estes casos, o melhor seria valorizar mais a instituição de acolhimento familiar, atualmente menos utilizada do que o acolhimento institucional no Brasil e em Portugal.

No caso de Portugal, o papel das comissões de proteção auxilia muito nas decisões a serem tomadas. Todavia, cada caso deve ser avaliado individualmente, monitorado; pois nem todas as decisões devem ser tomadas de forma igual. Generalizar estes atendimentos não traz uma resposta satisfatória. Cada criança ou jovem acolhido tem uma diferente história de vida, diferentes necessidades dentro do contexto. No Brasil, merece destaque a atuação do Conselho Tutelar que presta um grande trabalho em benefício das crianças, adolescentes, jovens e suas famílias. É pertinente salientar novamente que a família que recebe uma criança deve respeitar sua individualidade, tratá-lo com carinho, afeto, zelo para que seja posteriormente reinserida à sua família de origem e à sua comunidade.

É necessário que a Justiça, através dos seus diversos órgãos como, por exemplo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública tome conhecimento de todas as crianças, adolescentes e jovens institucionalizados e fiscalize se as entidades estão ou não cumprindo seus deveres adequadamente. As famílias interessadas em adotar poderão visitar as instituições de acolhimento, conversar com a equipe técnica, analisar dados que não exijam sigilo.

No Brasil, em Junho de 2011, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 71, a qual dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências. Tal Resolução expressa as obrigações a serem desempenhadas pelo representante do *parquet*, que atua na área da infância e juventude, no que se refere ao direito supracitado. Inicialmente, ele deve conhecer as crianças e jovens que estão em acolhimento, fiscalizar o trabalho desempenhado pelas instituições, verificar os dados constantes dos cadastros de adoção, avaliar a qualidade do atendimento prestado, o plano individual de atendimento, o relatório atualizado elaborado pela equipe interprofissional ou multidisciplinar, dentre outras.

Em artigo publicado em 9/8/2011, Gizelle Souza declarou que “em todo o Brasil, 33.361 crianças e adolescentes vivem em unidades de acolhimento. É o que revela o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA) - banco de dados criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em outubro de 2009, para consolidar as informações a respeito de crianças e jovens acolhidos em estabelecimentos mantidos por organizações não governamentais, igrejas ou instituições religiosas em todo o país. O levantamento aponta um

aumento na quantidade de pessoas vivendo nessas entidades. Em maio deste ano, o número de acolhidos chegava a 30.546 no país. O Brasil tem atualmente 1.928 entidades destinadas ao acolhimento, segundo o CNCA⁷⁴¹.”.

O quadro não tem melhorado, o número de crianças, adolescentes e jovens que vivem em abrigo aumentou de forma considerável. Esta referida profissional publicou um outro artigo em 23/02/2012, intitulado “*Mais de 37 mil jovens vivem em abrigos*”, no qual destaca, *ipsis litteris*: “O Brasil tem 37.240 crianças e adolescentes atualmente vivendo em abrigos. É o que revela o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Levantamento de 10 de fevereiro aponta um aumento de 2,20% no número de assistidos por esses estabelecimentos em relação a janeiro. No mês passado, o país registrava 36.437 acolhidos. De acordo com o levantamento do CNCA, 24.593 registros das crianças e adolescentes em acolhimento se encontram desatualizados⁷⁴²”.

Em Portugal existem milhares de crianças em situação especial de desprotecção e vulnerabilidade que necessitam de apoio na promoção das condições adequadas ao seu crescimento. A vulnerabilidade das crianças é, quase sempre, espelho da vulnerabilidade da sua própria família, que muitas vezes passa por momentos de maior desorganização e fragilidade, condicionando a sua capacidade de cuidar das suas crianças. Em algumas destas situações torna-se necessário acolher temporariamente a criança de forma a garantir, por um lado, a sua protecção e, por outro, o espaço necessário à estabilização da sua família natural. É neste contexto que o acolhimento familiar pode desempenhar um papel importante e fundamental na ajuda a crianças e respectivas famílias, criando-se uma rede de apoio na construção de uma sociedade mais solidária e justa através da mobilização da sociedade civil⁷⁴³.

Segundo a Dr^a Dulce Rocha, Vice-Presidente do Instituto de Apoio à Criança, o número de adoções diminuiu em Portugal nos últimos tempos. Em entrevista concedida ao

⁷⁴¹ SOUZA, Giselle. *Brasil tem mais de 33 mil crianças e adolescentes acolhidas em estabelecimentos*. Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15354-brasil-tem-mais-de-33-mil-criancas-e-adolescentes-acolhidas-em-estabelecimentos>. Acesso em: 5/12/2011.

⁷⁴² SOUZA, Giselle. *Mais de 37 mil jovens vivem em abrigos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18297:mais-de-37-mil-jovens-vivem-em-abrigos>. Acesso em: 18/04/2012.

⁷⁴³ COSTA, Ana; FREIRE, Isabel e PEREIRA, Pedro Magalhães. *Acolhimento familiar: da protecção da criança à promoção da família*. Pretextos: Revista Trimestral do Instituto da Segurança Social I.P. Lisboa, nº. 38, p.3/5. Junho de 2005.

Diário de Notícias em 2 de abril de 2012, fez as seguintes considerações: “O número de adoções diminuiu em Portugal nos últimos dois anos. Isto apesar de a lista Nacional ter entrado em vigor no ano passado e de ter sido criada precisamente para agilizar e tornar mais rápidos e em maior número os processos de adoção. Lisboa foi a região que mais beneficiou com o novo sistema, já que 55 das 101 crianças adotadas no distrito são oriundas de outras zonas do País⁷⁴⁴”. Ressalta ainda que,

A mobilidade das crianças é sobretudo visível em Lisboa, já que 54,5% dos seus processos de adoção, concluídos em 2011, envolveram menores oriundos de outros distritos. Tal facto fez aumentar em 42,3% as adoções no distrito. Já Beja, Coimbra e Faro viram diminuir consideravelmente os processos decretados, mas também existiam candidatos a pais adotivos que se deslocavam para estas zonas sabendo que os tempos de espera eram mais reduzidos. As crianças em condições de adotabilidade ficavam-se pelas 561 em finais de dezembro de 2011, quatro vezes menos do que os candidatos (2243). Mas nos pedidos de crianças até aos seis anos a proporção de adotáveis era 12 vezes inferior. Já acima dos sete anos há quatro a cinco vezes mais candidatos do que os menores disponíveis. Estas crianças apresentam um tempo médio de institucionalização de 9,2 anos, encontrando-se sinalizadas para a adoção, em média, há 6,2 anos. Cinco serão excluídas da lista dos adotáveis durante o ano de 2012 por limite de idade”, esclarecem os serviços⁷⁴⁵.

SEÇÃO III

CAPÍTULO II: RESPONSABILIDADE PELAS CRIANÇAS E JOVENS DESAMPARADOS, QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE RUA

Inicialmente entendemos necessário e pertinente identificarmos os fatores que levam crianças e jovens deixarem seus lares e viverem nas ruas, tentar entender as causas e em seguida analisar as responsabilidades da família, da sociedade, do Estado e do Ministério Público em relação a esta problemática. Geralmente tentam transferir responsabilidades. Alguns procuram sobreviver com doações, trabalhos informais, outros procuram intimidar a sociedade praticando pequenos roubos, assaltos ou outros atos infracionais para suprir suas deficiências básicas e satisfazerem seus vícios.

As crianças, os adolescentes e os jovens vão para as ruas movidos por vários fatores. Alguns são incentivados pelos próprios pais a trabalhar para ajudarem no sustento de suas famílias, para assegurarem suas necessidades básicas de sobrevivência. A pobreza contribui

⁷⁴⁴ROCHA, Dulce. Número de adoções diminuiu em Portugal nos últimos tempos. Disponível em: <http://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/adopcao/>. Acesso em: 16/04/2012.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

negativamente para o trabalho infantil, com a evasão escolar, com a prostituição infantil e às vezes, com a desagregação das famílias. Outros procuram a rua em razão do desemprego dos pais, da violação dos direitos, da perda de valores e identidades, dos conflitos familiares, do uso de drogas, dos maus tratos, da fome, da miséria, da violência intrafamiliar, como abuso físico, negligência, abuso sexual, exploração pelo trabalho infantil, como um espaço de sobrevivência, em razão de abandono e violência e até como fuga, por entenderem ser um lugar de liberdade, um espaço atraente. “A rua abre-se como um novo caminho, permeado, no entanto, de violência e abandono. O preconceito social, a indiferença, a violência física, são vivências às quais estão submetidos estes meninos e meninas⁷⁴⁶”.

A droga causa dependência aos meninos que vivem em situação de rua, os quais, para saciarem seus vícios praticam atos infracionais como, furtos, roubos e assaltos, sem pensarem nas consequências que poderão ocorrer. Neste contexto, merecem destaque as argumentações apresentadas por Fernando Negrão, *ipsis litteris*:

“as dependências, na medida em que subordinam o indivíduo a um domínio objectivo - do álcool, da droga - suprimem o livre arbítrio e arrastam-no numa espiral de decadência que afecta toda a comunidade, uma porta giratória cuja paragem parece estar fora de alcance sem um travão externo. A concepção e aplicação das políticas passa pela co-responsabilidade e co-participação das instituições e dos indivíduos envolvidos, que seja o Estado e seus representantes, quer sejam os técnicos envolvidos, que sejam os utentes/beneficiários delas⁷⁴⁷”.

Além disso, ressalta Irene Rizzini⁷⁴⁸, há outros fatores que dificultam a permanência da criança em casa, tais como a inexistência ou ineficácia das políticas públicas, a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades de gerar renda e de inserção no mercado de trabalho e a insuficiência de creches e escolas públicas de qualidade, em horário integral, com que os pais possam contar enquanto trabalham. O problema, portanto, é parte do quadro brasileiro mais amplo de desigualdade socioeconômica, comprometendo a garantia de direitos básicos de todos os cidadãos e, em particular, das crianças, adolescentes e jovens.

⁷⁴⁶ GRACIANI, M.S.S. *Pedagogia Social de rua*. 4ª ed. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 2001.

⁷⁴⁷ NUNES, Rui; RICO, Miguel e NUNES, Cristina. *Dependências Individuais e Valores Sociais. Coletânea Bioética Hoje - VII*. Coimbra: CG Gráfica e Editora de Coimbra, Lda., 2004, p. 60/61.

⁷⁴⁸ RIZZINI, Irene. *Reflexões sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Brasil*. Disponível em: http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=74&id_detalhe=1354&tipo=D. Acesso em: 25/05/2011.

Muitas crianças e jovens são agredidos e violentados sobre diferentes modalidades, tanto física, tanto psicológica e sexual pelos pais e familiares mais próximos, os quais em grande parte não são notificados pelos órgãos competentes ou até mesmo denunciados porque sofrem destes todos os tipos de ameaças, caso os fatos sejam divulgados.

Como afirma Hugo Mazzilli, a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), como um todo, reforça a norma constitucional, seja quando cuida dos seus direitos fundamentais, direito à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade: à convivência familiar e comunitária; à educação, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção no trabalho ⁷⁴⁹.

Várias crianças e jovens em situação de rua têm famílias, residências. Pesquisas demonstram que a maioria deles tem um lar, um endereço ou uma referência, ainda que diferente do padrão comum de família; poucos dormem na rua; são, na verdade, crianças que têm violado seu direito à convivência familiar e comunitária, estabelecido pelo art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz: “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” ⁷⁵⁰.

Geralmente, como já nos referimos, são impulsionados pelos pais para irem para as ruas em busca de alimentos, de dinheiro; prejudicando então, os seus desempenhos físicos, morais, psicológicas e intelectuais. Às vezes, até gostam, saem por prazer movidos pelo fato de não serem tratados adequadamente, por falta de uma alimentação apropriada, por não suportarem brigas nos seus lares, por falta de estímulo para estudarem e só a estes retornam no turno da noite. Há ainda os que vivem nas ruas, sem vínculos familiares ou afetivos, onde fazem suas refeições, trabalham, dormem, convivem com amigos, utilizam drogas, ficam nos sinais de trânsito pedindo esmolas, enfim, sobrevivem sem obedecerem a regras, leis, limites e alheios aos direitos que a eles deveriam ser garantidos, os quais são assegurados em Leis, Tratados, Declarações, Convenções e outros diplomas legais. Alguns são caracterizados como violentos, marginais, causadores de distúrbios, sujos e doentes pelos próprios membros da

⁷⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 660.

⁷⁵⁰ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.

sociedade, que de vez em quando sentem medo e insegurança com suas presenças em ambientes públicos.

Sob a égide de Yara Ataíde⁷⁵¹, não existe nada que seja de rua, não existe um animal de rua, um objeto está na rua porque alguém o colocou lá, o gerou, produziu e aí o deixou. Então também, não existe o menino de rua, dormindo e vivendo por um período na rua. Daí a razão porque se faz aquela distinção entre na rua e de rua.

Na sua concepção, o menino está na rua quando tem casa, tem referência e é de rua quando perde o referencial familiar e vive permanentemente na rua. Mas, mesmo assim, estas expressões são inadequadas porque, atrás de uma criança deve existir uma família, adultos responsáveis, ou não, e, em determinada circunstância, incapazes ou impossibilitados de dar a essas crianças proteção suficiente; resultando, por conta dessa situação de carência familiar, o risco pessoal e social⁷⁵².

Entende Carmem Maria Craidy⁷⁵³ que as instituições sociais e a ausência de relações permanentes com adultos geram para os meninos de rua uma situação de instabilidade, insegurança, estresse e falta de possibilidade de organizarem suas vidas no sentido de sua inserção como sujeitos da cultura letrada, possuidora de normas já estabelecidas e convencionadas, que expressam um ordenamento social do qual eles se acham excluídos.

A exclusão está sempre presente no cotidiano dos meninos e meninas que vivem na rua. Lá, eles constroem suas relações, seus espaços, suas vidas. Muitos deles mantêm algum tipo de relação com a família, rompendo com as relações familiares. Nas ruas, as crianças, os adolescentes e os jovens trabalham exercendo atividades humildes, como engraxar sapatos, vender objetos, lavar e vigiar carros, mendigar e até mesmo perambular; alguns desde cedo se envolvem com drogas e bebidas. Pertencem a diferentes faixas etárias e há uma predominância de meninos; talvez até em razão de muitas meninas ficarem mais em casa ajudando as mães com os afazeres domésticos. Na rua, cada um é responsável por si mesmo tanto no que diz respeito ao trabalho quanto no aspecto da alimentação e segurança.

⁷⁵¹ ATAÍDE, Yara Dulce Bandeira de. *Resgate da memória de grupos excluídos e silenciados*. Disponível em: <http://www.revistadafaeaba.uneb.br/anteriores/numero23.pdf>. Acesso em: 31/05/08.

⁷⁵² *Ibid.*, *ibidem*.

⁷⁵³ CRAIDY, Carmem Maria. *Meninos de rua e analfabetismo*. Porto Alegre: ArtMed, 1998, p. 13.

Ao referir-se aos meninos de rua e exclusão social, Carmem Craidy argumenta que o fenômeno meninos de rua é antes de tudo um fluxo que expressa um movimento de exclusão social mais amplo e se manifesta de forma particular na infância, por ser o seu elo mais frágil. “A rua não se constitui para o menino como espaço alternativo, mas sim como espaço possível. Não é lugar de liberdade, mas de confinamento”⁷⁵⁴.

Apesar da criança, do adolescente e do jovem terem direito a uma proteção especial, tendo em vista suas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, a prática nos mostra que nem sempre isso ocorre; e o mais grave é que, as entidades responsáveis por esta proteção e defesa, como a Família, o Estado e a Sociedade, muitas vezes falham, são negligentes e omissos.

“De forma geral, a violência institucional contra a criança e o adolescente praticada pelo Estado está presente nos abrigos, nas unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei e no comportamento arbitrário de policiais militares e civis e de membros do Poder Judiciário”⁷⁵⁵.

Na visão de Ligia Costa Leite⁷⁵⁶, a existência de meninos de rua não é um fato recente em nossa história; faz parte da nossa história desde a chegada dos portugueses ao Brasil. No entanto, segundo ela, somente a partir do século XIX é que os meninos de rua tornaram-se objeto de estudo, passando a ser encarados como um fenômeno social merecedor de atenção das autoridades e da sociedade. Naquela época, as políticas adotadas caracterizavam-se pelo confinamento dessas crianças, vez que eram vistas como uma ameaça para a sociedade. Assegura ainda que somente a partir da década de 1990, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, as políticas públicas e as ações de entidades não governamentais passaram a ser regidas por novas concepções sobre essa questão, inserindo o problema em um quadro mais amplo, envolvendo o modelo econômico e social adotado no país.

Embora haja no Brasil uma legislação moderna como o Estatuto da Criança e do Adolescente que trata criança, adolescente e jovem como sujeitos de direitos, que procura priorizar todas as ações em prol desta camada da população, que determina que a política de atendimento dos seus direitos seja feita através de um conjunto articulado de ações

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p.80.

⁷⁵⁵ *Direitos Negados: a violência contra a criança e o adolescente no Brasil*/ [organização Fundo das Nações Unidas para a Infância: coordenação Helena Oliveira]. 2. ed. Brasília, DF: UNICEF, 2006, p. 119.

⁷⁵⁶ LEITE, Ligia Costa. *Meninos de Rua: A Infância excluída no Brasil*. Disponível em: <http://www.invenciveis.com/releaseMR.htm>. Acesso em: 23/05/08.

governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que não discrimina, enfim, que apresenta várias conquistas, ainda continua contando com um número considerável de crianças, adolescentes e jovens em situação de rua nas suas cidades e municípios. Estes problemas também existem em Portugal, embora em uma escala bem inferior, motivados inclusive por alguns destes fatores, bem como por negligência, maus tratos e falta de disponibilidade dos pais, por motivos econômicos, financeiros, profissionais, dentre outros.

Segundo Maria Ignês Bierrenbach⁷⁵⁷, a situação de carência da população pauperizada está perfeitamente inserida na lógica do sistema capitalista, não se constituindo uma forma de exclusão, mas mantendo uma relação de pertinência com a estrutura econômico-política e social vigente. Crianças e jovens carentes significam, também, a ausência de garantias de direitos fundamentais à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, numa fase de alto risco para o desenvolvimento físico e intelectual, causando, por vezes, comprometimento irreversível. No seu entendimento, a realidade de crianças e jovens carentes é a concretude da miséria, a presença constante da fome, do analfabetismo, da doença, dos altos índices de mortalidade infantil.

A adolescência é uma fase de mudanças, questionamentos; transformações físicas, psicológicas, sociais e cognitivas, medos e busca da identidade.

Para Boaventura de Sousa Santos⁷⁵⁸, uma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. A globalização interage de modo muito diversificado com outras transformações no sistema mundial que lhe são concomitantes, tais como o aumento dramático das desigualdades entre países ricos e pobres e, no interior de cada país, entre ricos e pobres, a sobrepopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados e a falência ou implosão de outros, a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como uma condição política para a assistência internacional, etc.

⁷⁵⁷ FESTER, A. C. Ribeiro (Org.). Comissão Justiça e Paz/SP. *Direitos Humanos e energia, criança, urbanismo e dívida externa*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992, p. 66.

⁷⁵⁸ *A Globalização e as ciências sociais*. Boaventura de Sousa Santos (Org.). 3ª ed. São Paulo. Cortez, 2005, p.26.

Acompanhando a evolução científica e social, os conceitos de tratamento e atenção dispensados às crianças foram, naturalmente, melhorando com o tempo, tornando-se uma necessidade, lógica e indispensável, a criação de condições cada vez mais favoráveis a um crescimento e desenvolvimento adequados⁷⁵⁹.

Em sua tese de doutorado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, Jani Canha tece as seguintes considerações:

“não podemos ignorar que o conhecimento das necessidades básicas da criança; o seu reconhecimento como ser autónomo e interactivo desde o nascimento; a importância do meio ambiente e da vinculação mãe-filho no seu crescimento e desenvolvimento são aquisições recentes na nossa história. Estes novos conceitos permitiram valorizar a importância da sua estimulação e protecção. Devemos, portanto, ser prudentes ao analisar e tentar interpretar a história pregressa da criança à luz dos conhecimentos actuais. A história da violência exercida sobre a criança, ao longo dos tempos, confunde-se com a história da própria humanidade. Quanto mais recuamos no tempo, maiores são as atrocidades cometidas contra crianças⁷⁶⁰”.

No que se refere à responsabilidade pelas crianças e jovens desamparados, que vivem se situação de rua várias abordagens podem ser feitas, não somente no sentido genérico, mas também relacionadas a família, a sociedade, ao Estado.

Sérgio Cavalieri⁷⁶¹ apresenta a seguinte distinção entre obrigação e responsabilidade: obrigação é sempre um dever jurídico originário e responsabilidade um dever jurídico sucessivo, que surge para recompor o dano decorrente da violação do primeiro. A responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil sempre que houver violação de um dever jurídico e dano. Ratificamos o seu posicionamento quando ressalta que quando quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.

Portanto, a responsabilidade de uma pessoa origina-se a partir do momento que esta descumpre uma obrigação, um dever jurídico de sua incumbência. Ocorrendo um dano, uma lesão a um bem jurídico material e moral, o prejudicado pode ingressar em juízo solicitando o devido ressarcimento, a indenização.

⁷⁵⁹ CANHA, Jeni. *Criança Maltratada*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 21.

⁷⁶⁰ Ibid., p.18/19.

⁷⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

A Constituição Federal Brasileira, promulgada no dia 05 de outubro de 1988 consagra, em seus artigos 226 e 227⁷⁶² sobre a importância da família, da sociedade e do Estado na proteção da criança, do adolescente e do jovem. A Constituição da República Portuguesa, de 10/04/1976, em sua 8ª versão, a mais atualizada, Lei nº 1/2005, de 12/08, no que tange à proteção que a família deve ter da sociedade e do Estado, assim estabelece em seus artigos 67 a 70⁷⁶³.

⁷⁶² ANGHER, Anne Joyce. *Op cit.*, p. 78. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: *I* - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; *II* - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: *I* - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; *II* - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; *III* - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; *IV* - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; *V* - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; *VI* - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; *VII* - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: *I* - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; *II* - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

⁷⁶³ *Constituição da República Portuguesa; Lei nº 1/2005, de 12/08; versão atualizada.* Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis. Acesso em 25/05/2011.

Artigo 67º (Família)

O art. 4º⁷⁶⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, de 13 de julho, tem o mesmo teor do art. 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988. De acordo com estes artigos, os diretamente responsáveis são: a família, a comunidade (sociedade em geral) e o Estado (poder público); os quais devem lutar pela garantia e efetivação dos direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens.

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

Artigo 68º (Paternidade e maternidade)

1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. 2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes. 3. As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias. 4. A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

Artigo 69º (Infância)

1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

Artigo 70º (Juventude)

1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: a) No ensino, na formação profissional e na cultura; b) No acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social; c) No acesso à habitação; d) Na educação física e no desporto; e) No aproveitamento dos tempos livres. 2. A política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade. 3. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude.

⁷⁶⁴ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. Op. cit., p. 4. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efectivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. *Parágrafo único*. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber protecção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a protecção à infância e à juventude.

Caso não seja cumprido por eles este dispositivo, ocorrerá a violação do dever originário surgindo então a responsabilidade. Como lembra Carlos Alberto Gonçalves⁷⁶⁵, em toda obrigação há um dever jurídico sucessivo. E sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação, sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou o dever jurídico. Resume afirmando que a responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. Neste sentido também se posicionam Ives Gandra e Diogo Leite de Campos:

“A responsabilidade civil será sempre um instituto destinado predominantemente à reparação de danos, por isso actua através da obrigação de indemnização; pressupõe a existência de prejuízos; é por isso um instituto que visa ressarcir o lesado. Mas a reparação do lesado será feita à custa do lesante; sobre este recaindo em último termo as consequências desvantajosas sofridas pelo primeiro; torna-se necessário, para o efeito, que o lesante seja responsável, a título de culpa ou de risco⁷⁶⁶”.

A responsabilidade subjetiva requer a ocorrência de uma conduta ilícita, da culpa, do dano e do nexo causal. Já na responsabilidade objetiva, a culpa não é um pressuposto necessário para sua caracterização. Ao deixarem de pagar a pensão alimentícia em favor dos filhos, mantendo-se omissos, os pais podem responder civil e penalmente.

Para que haja responsabilidade civil, é necessário que sejam comprovados alguns requisitos, como a existência de uma ação, a ocorrência de dano patrimonial ou moral, nexo de causalidade entre o dano e a ação. Nesta acepção, preceitua o art. 927⁷⁶⁷ do Código Civil Brasileiro:

⁷⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21/24

⁷⁶⁶ MARTINS, Ives Gandra e CAMPOS, Diogo Leite de (Coords.) et al. *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 335.

⁷⁶⁷ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 175 e 149.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Relativamente ao assunto, João Francisco Sauwen, faz a seguinte ponderação: “para a configuração da responsabilidade civil, basta a existência de um prejuízo decorrente de um atuar do indivíduo desconforme à norma jurídica”⁷⁶⁸. Na verdade, esta atuação em desacordo com a norma pode causar um dano, um prejuízo a alguém, o qual pode afetar a sociedade, a ordem social.

No ordenamento jurídico brasileiro, afirma Maria Helena Diniz⁷⁶⁹, vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 186, ao referir-se ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência (inobservância de normas que ordenam agir com atenção), imperícia (inaptidão para praticar certo ato) ou imprudência (ato de proceder sem cautela) - culpa - viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos.

João Francisco Sauwen⁷⁷⁰ conceitua a responsabilidade civil como sendo o dever jurídico, imposto a cada um, no sentido de reparar o dano causado por ato ilícito que importe na lesão de um interesse de outrem, juridicamente tutelado.

A responsabilidade civil subjetiva ou clássica foi a adotada como regra no Código Civil Brasileiro. O seu art. 186, como já destacamos, é bem claro quando afirma que a pessoa, quer por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Portanto, ressaltamos novamente, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva que são: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e dano experimentado pela vítima.

Sem o condão da voluntariedade não há que se falar em ação humana, e, muito menos, em responsabilidade civil. Não traduz necessariamente este primeiro elemento da responsabilidade civil a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante da responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir

⁷⁶⁸ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Da Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001, p. 19.

⁷⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

⁷⁷⁰ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Op.cit.*, p.23.

voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação⁷⁷¹.

A culpa, conforme infere o dispositivo supracitado, é um dos pressupostos da responsabilidade civil. Logo, para que haja a obrigação de indenizar na responsabilidade subjetiva, além da culpa do agente, através da ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, deve ser comprovado que o mesmo tinha discernimento, capacidade de entender a prática do ato.

Fernanda Marinela⁷⁷² lembra resumidamente que a responsabilidade na teoria subjetiva diferencia-se da teoria objetiva nos seguintes aspectos: 1. Responsabilidade Subjetiva: procedimento: ilícito, elementos: conduta, dano, nexo causal e a culpa, excludente: exime-se do dever se demonstrar a ausência de qualquer dos elementos, inclusive a ausência de culpa ou dolo, mostrando que se comportou com diligência, pericia e prudência. 2. Responsabilidade Objetiva: procedimento: lícito ou ilícito, elementos: conduta, dano e o nexo causal, dispensando a culpa e o dolo, excludente: exime-se do dever se provar a inexistência de qualquer um dos elementos, inclusive do nexo causal. São elementos, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Já a responsabilidade objetiva não requer a comprovação da culpa; é necessário apenas que haja o dano e o nexo de causalidade para que o agente seja ressarcido. A teoria do risco tenta justificar a referida responsabilidade. “Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros; e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa⁷⁷³.” O Código Civil Brasileiro apresenta nos artigos 936 a 940, 933, 927⁷⁷⁴ exemplos de responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva subsiste

⁷⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil*/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.28.

⁷⁷² MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 937/938.

⁷⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações, parte especial: tomo II*. 7ªed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19.

⁷⁷⁴ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 176. Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro. Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *Parágrafo único*. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de

como regra necessária (art. 186) sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos (art. 927, parágrafo único, por exemplo)⁷⁷⁵. No Direito Português, a regra é também da responsabilidade civil subjetiva.

2.1. Família

A família é o primeiro grupo social que a criança, o adolescente e o jovem conhecem, a primeira referência, em que devem sentir segurança, proteção, apoio antes de inserirem-se na sociedade e oportunidade de aprenderem a discernir o justo do injusto, o correto do incorreto, o legal do ilegal, o sentimento do justo e os ideais da justiça.

Quando os primeiros responsáveis, no caso, os pais não assumem esta responsabilidade, tanto material quanto intelectual e afetiva devido a problemas diversos, como situação de extrema miséria, abandono, alcoolismo, prática de atos infracionais ou outros distúrbios físicos ou mentais, outras pessoas devem assumir. Geralmente quando as crianças e os jovens passam por todos estes problemas não têm bom desenvolvimento físico e psicológico, tendem a ter baixa autoestima, comportamentos agressivos, medo, falta de segurança e confiança em si e nos outros, dificuldade de aprendizagem.

Na responsabilidade civil alguém responde pelo dano que causar a outra pessoa, demonstrando a presença de alguns princípios: ação ou omissão culposa; negligência e imprudência; nexó de causalidade com o dano provocado; evento danoso; dever de indenizar.

Correta a posição de Rolf Madaleno, quando afirma que o ressarcir pressupõe a existência de um dano, quer ele aconteça na órbita patrimonial, por atingir bem integrante do patrimônio físico de uma pessoa; quer ele advenha de um prejuízo moral, por atingir valores ligados à personalidade da pessoa ofendida e, por certo, afeta os atributos mais preciosos da vida humana, sua honra, seu nome, sua fama e a reputação social que a pessoa goza e desfruta no seu círculo social e familiar, na exata dimensão da sua riqueza moral⁷⁷⁶. No seu

culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁷⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações, parte especial: tomo II*. 7ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

⁷⁷⁶ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.144.

entendimento, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar⁷⁷⁷.

Os pais são responsáveis pelos atos ilícitos que seus filhos menores, que estiverem sob suas guardas, proteções, autoridades, companhias e responsabilidades praticarem, causarem danos a terceiros, os quais, em razão da idade, são civilmente incapazes. Neste sentido, dispõe o art. 932, inciso I do Código Civil Brasileiro⁷⁷⁸.

Com efeito, nos termos do Código Civil Brasileiro, para que o pai responda objetivamente pelo filho é necessário que fique comprovada a culpa do último; para que o tutor responda objetivamente é essencial a comprovação da culpa do tutelado (art. 932 e seguintes do Código Civil). Os responsáveis pelas crianças e adolescentes, como os pais, os tutores e os que detêm a guarda não podem ficar isentos de responsabilidade, da obrigação de indenizar alegando que não foram omissos ou negligentes com os mesmos; pois segundo o art. 933 do Código Civil a responsabilidade deles não depende de comprovação da culpa.

Em relação a este artigo, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁷⁷⁹ advertem que não mais se analisa culpa para efeito de responsabilidade, ainda que sob a forma de presunção, na medida em que o mesmo ressaltou que todas as modalidades de responsabilidade indireta são objetivas.

Devemos lembrar que o pai só responde se o filho tiver capacidade de discernimento. Caso pratique um ato sem intenção, sem medir as consequências, sem ter um desenvolvimento psico normal, em tenra idade, não podemos culpá-lo, mesmo que haja dano

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁷⁷⁸ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: *I* - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; *II* - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; *III* - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; *V* - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁷⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume III*, Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.154.

e nem responsabilizar seus pais. “Se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude no ato de quem causa o prejuízo”⁷⁸⁰.

A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seu pai é se tiver sido emancipado aos 16 anos de idade. Fora isso, a responsabilidade será exclusivamente do pai, ou exclusivamente do filho, se aquele não dispuser de meios suficientes para efetuar o pagamento e este puder fazê-lo, sem privar-se do necessário⁷⁸¹.

O art. 942 § único do Código Civil Brasileiro apresenta um caso típico de responsabilidade solidária, quando preceitua o seguinte:

*Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932. (Aqui é caso de responsabilidade solidária; estas pessoas mencionadas no art. 932 são responsáveis independentemente de culpa)*⁷⁸².

Para a defesa de crianças e adolescentes, cabe, portanto, o ajuizamento de quaisquer ações, inclusive mandamental contra eventuais atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, quando tais atos lesem direito líquido e certo previsto no ECA. Essa ação reger-se-á pelas normas do mandado de segurança. (ECA art. 212 e § 2º)⁷⁸³.

Nos termos do art. 933 do Código Civil Brasileiro, a responsabilidade dos pais independe de culpa. O incapaz, segundo o art. 928 responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. A indenização prevista neste artigo estatui o parágrafo único, deverá ser equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

⁷⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 119.

⁷⁸² ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 176.

⁷⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 661.

A responsabilidade dos tutores e curadores obedece à mesma determinação constante em lei relativa à responsabilidade dos pais. Eles respondem com seu patrimônio pelos pupilos e curatelados. A responsabilidade do curador poderá ser transferida para o hospital ou casa de saúde, caso o curatelado esteja internado, submetendo-se a algum tipo de tratamento.

Ao abordar o tema responsabilidade dos pais na educação e formação escolar dos filhos, Taisa Lima tece as seguintes considerações:

a) palavra responsabilidade pode ser traduzida de duas maneiras: b) em uma de suas acepções, responsabilidade denota as atribuições conferidas aos pais, pelas normas constitucional e infraconstitucional, com o objetivo de viabilizar o desenvolvimento físico, moral e intelectual da criança e do adolescente; c) na outra acepção, responsabilidade denota o dever de indenizar atribuído aos pais, em decorrência do descumprimento daquelas atribuições; d) o dever de indenizar somente será reconhecido quando a omissão ou falta dos pais ou de um deles for atribuível a negligência; e não há fundamento jurídico para a responsabilização civil quando pais e filhos, indistintamente, encontram-se em situação de abandono material e moral⁷⁸⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro, na esfera civil institui normas que devem ser cumpridas pelos pais quanto à pessoa dos filhos. Dentre estas destacamos o art. 1.634 do Código Civil e o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Código Civil, art. 1.634 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: *I* - dirigir-lhes a criação e educação; *II* - tê-los em sua companhia e guarda; *III* - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; *IV* - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; *V* - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; *VI* - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; *VII* - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição⁷⁸⁵.

Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: *I* - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; *II* - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; *III* - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; *IV* - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; *V* - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; *VI* - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; *VII* - advertência; *VIII* - perda da guarda; *IX* - destituição da tutela; *X* - suspensão ou destituição do pátrio poder. *Parágrafo único.* Na

⁷⁸⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*/ Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 630.

⁷⁸⁵ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 209.

aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24⁷⁸⁶.

Os pais são responsáveis pelos filhos sejam eles oriundos de filiação biológica, registral, socioafetiva e através de adoção. Devem prestar-lhes assistência moral, educacional, material, moral, afetiva para que tenham um desenvolvimento normal, proporcionar-lhes carinho, afeto e todos os direitos fundamentais que necessitam para terem uma vida plena, assumindo assim, os deveres jurídicos de sustento, assistência e amparo. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, por exigir um juízo de censura de agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita; entretanto deve ser demonstrada a sua culpa.

No entendimento de Rolf Madaleno⁷⁸⁷, o dano, a dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.

A criança é o objeto da responsabilidade parental. Como declina Paulo Lôbo⁷⁸⁸, a responsabilidade na família é igualmente pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa. A família, mais do que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.

A responsabilidade dos pais, que é inerente ao poder familiar, no que tange a criação, assistência material, moral e educacional encontra-se respaldada em vários dispositivos legais, nos planos internacional e nacional. No caso do Brasil, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil disciplinam esta responsabilidade, através de vários dispositivos; o referido Estatuto, por exemplo, no seu art. 22 é bem claro quando determina que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos

⁷⁸⁶ ISHIDA, Válder Kenji. *Op. cit.*, p. 253.

⁷⁸⁷ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 128.

⁷⁸⁸ Congresso Brasileiro de Direito de Família (7.: 2009: Belo Horizonte, MG. *Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*, Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p.19.

menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Os pais devem decidir consensualmente sobre as decisões que acham importantes para os filhos, dentre estas, a escolha de cursos de aprimoramento, de idiomas, como podem proporcionar-lhes lazer, plano de saúde adequado e viável, uma melhor educação, um futuro brilhante nas suas vidas.

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança do Adolescente nos seus artigos 225 a 258 dispõem sobre os crimes e as infrações administrativas cometidas contra crianças e adolescentes. Os infratores são punidos por ação ou omissão, sem prejuízo do que dispõe o direito penal. Eles devem ser protegidos de todos os direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988 e por outras leis que tratam da matéria, através da efetivação de políticas sociais públicas que lhes permitam um desenvolvimento pleno, harmônico, em condições dignas e humanas.

Caso os pais fiquem omissos das suas responsabilidades, dos deveres que devem assumir em relação aos filhos, podem ser responsabilizados, penalizados, sofrer sanções. Na esfera penal poderão responder processo por crimes de abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro, maus-tratos, abandono material, abandono intelectual, nos termos dos artigos 133, 134, 135, 136, 244, 246, 247 do Código Penal Brasileiro⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 359 e 368. *Abandono de incapaz: art. 133* - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena: reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Aumento de pena: § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos. *Exposição ou abandono de recém-nascido: art. 134*: Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos. *Omissão de socorro: Art. 135* - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. *Maus-tratos: Art. 136* - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. *Abandono material: Art. 244*. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de

No caso da responsabilidade penal o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.⁷⁹⁰ A responsabilidade penal é pessoal, intransferível, enquanto que a civil é patrimonial, devendo o patrimônio do devedor responder por suas obrigações.

Como a maioridade civil e penal no Brasil é de 18 anos, somente respondem civil e penalmente pelos atos praticados os que tiverem idades superiores a esta. No entanto, o Código Civil, no seu art. 928 § único⁷⁹¹, admite que os menores de 18 anos sejam também responsabilizados, de forma equitativa se as pessoas por eles responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, não forem privadas do necessário.

Quando coincidem, a responsabilidade penal e a responsabilidade civil proporcionam as respectivas ações, isto é, as formas de se fazerem efetivas: uma exercível pela sociedade; outra, pela vítima; uma tendente à punição; outra, à reparação a ação civil aí sofre, em larga proporção, a influência da ação penal⁷⁹².

socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. *Parágrafo único* - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. *Art. 245* - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. *Abandono intelectual: Art. 246* - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. *Art. 247* - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: *I* - frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; *II* - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; *III* - resida ou trabalhe em casa de prostituição; *IV* - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a miséria pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

⁷⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

⁷⁹¹ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 175. *Art. 928*. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. *Parágrafo único*: A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. *Art. 933*. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁷⁹² AGUIAR DIAS, José de., *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.43.

De acordo com os requisitos essenciais que caracterizam as responsabilidades subjetiva e objetiva, fácil concluir que pode haver responsabilidade sem culpa, no caso da segunda, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Correta a ressalva feita por Sérgio Cavalieri ao afirmar que⁷⁹³ “sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos nós, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito⁷⁹⁴”. Muitos pais abusam do poder familiar em relação aos filhos, castigando-os imoderadamente, deixando de cumprir suas obrigações de prestar-lhes assistência material e moral, acompanhando-os nas suas atividades diárias, abandonando-os.

O fundamento da responsabilidade dos pais em relação aos filhos é o dever objetivo de guarda e vigilância legalmente a eles imposto, aos tutores e curadores. Este dever de vigilância é exigível daquele que tem autoridade sobre outrem, e enquanto o tiver em sua companhia⁷⁹⁵. Responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores. Objetiva é a responsabilidade dos pais e não dos filhos menores, pelos quais são responsáveis. Para os pais serem responsabilizados será preciso a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configura a culpa do filho menor⁷⁹⁶.

Embora não haja consenso, entendemos que os sentimentos são espontâneos; não há lei que obrigue um pai a ter amor, carinho, afeto pelo filho, entretanto, quando for comprovado que o abandono afetivo provocou lesões ao filho, ao direito de sua personalidade, ao seu desenvolvimento normal, poderá o pai ser acionado, através de uma ação de indenização por danos morais, causados, sobretudo através de humilhações, desprezo, discriminações. Neste sentido, Antônio Dantas faz as seguintes ponderações:

“A ofensa a um direito da personalidade acarreta a possibilidade da reparação civil, no caso, subjetiva e, imprescindivelmente, devem restar comprovados os requisitos previstos no art. 186⁷⁹⁷ do Código Civil Brasileiro (culpa do

⁷⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.73.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, *ibidem*.

⁷⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 193

⁷⁹⁶ *Ibid.*, *ibidem*.

⁷⁹⁷ Art. 186 *Código Civil Brasileiro*: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

agente, existência de dano e nexo de causalidade). A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exige um juízo de censura do agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita. É preciso demonstrar sua culpa, tanto que Sérgio Cavalieri Filho observa que: a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo⁷⁹⁸.

A reparação cível pode ocorrer quando os pais abandonam os filhos tanto intelectualmente quanto materialmente e até moralmente, através de ação ou omissão, causando-lhes prejuízos. Podem também ser responsabilizados, de acordo com o Código Civil Brasileiro, os pais cujos filhos estiverem sob sua autoridade e companhia, pelos atos por eles praticados.

Constantemente crianças, adolescentes e jovens são negligenciados, sofrem violências física, psicológica e sexual, independentemente de classe social, cultural, raça, credo religioso, gênero, em todos os ambientes familiares, escolares, de lazer. Já o abandono afetivo por parte dos pais, no que diz respeito à esfera moral, não entra no ordenamento jurídico brasileiro por parte dos profissionais que lidam na área. José Gaspar Rodrigues entende que:

O abandono afetivo parental restringe-se à esfera moral e não gera sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável. E as sanções no campo moral, como se sabe, também são de ordem interna, como arrependimento, vergonha, censura pessoal ou social. Não se admite, nesta esfera, imposições externas, direta ou indiretamente⁷⁹⁹.

Por outro lado, os pais que abandonam materialmente, intelectualmente e moralmente seus filhos, praticam atos contrários a moral e aos bons costumes, castigam imoderadamente podem, em sintonia com o art. 24 do Estatuto da Criança do Adolescente c/c o art. 1. 638, do Código Civil Brasileiro ser punidos com a perda do poder familiar.

Em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, relativo ao descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do

⁷⁹⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do Art. 186 do Código Civil Brasileiro no abandono afetivo dos pais. É Possível?* Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf. Acesso em: 1/12/2011.

⁷⁹⁹ RODRIGUES, João Gaspar. *Abandono Afetivo Parental. Dano Passível de Reparação?* Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. I, n.348, p. 50-53, Julho de 2011.

filho, Cláudia Maria da Silva⁸⁰⁰ assevera que, a crucial importância do exame dos fundamentos das relações e dos vínculos familiares radica na circunstância de que é no seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social. Durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo encontra conforto e refúgio para sua convivência.

O ideal para os filhos é que os pais dividam entre si todas as responsabilidades com relação aos mesmos, sob todos os aspectos, como educacional, afetivo, material, psicológico, religioso e estejam sempre presentes em todos os momentos em suas vidas, participem dos seus ideais, conquistas, realizações, sonhos. Embora não haja consenso, alguns Tribunais brasileiros têm admitido a indenização por danos morais em casos relacionados ao direito de família, como no caso de abandono afetivo dos pais; efetivamente que, mediante a comprovação de alguns requisitos, como por exemplo, o dolo, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado dano psicológico. Vale lembrar que a então ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, negou seguimento ao primeiro caso de indenização por dano afetivo paterno, no ano de 2009.

Todavia, em decisão inédita, a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ), em 02/05/2012 arbitrou em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) o valor a ser pago pelo pai, a título de indenização, em uma Ação ajuizada pela filha, que alegou ter sofrido por parte do mesmo abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

“Amar é faculdade, cuidar é dever.” Com essa frase, a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Para ela, não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral; não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família” e entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”, explicou a ministra⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho*. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 03, ano I, São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 122.

⁸⁰¹ Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo*. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567. Acesso em: 07/05/2012.

Destacou ainda que o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui fator essencial - e não acessório - no desenvolvimento da personalidade da criança. “Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*⁸⁰²”.

O abandono afetivo parental “restringe-se à esfera moral e não gera sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável. E as sanções no campo moral, como se sabe, também são de ordem interna, como arrependimento, vergonha, censura pessoal ou social. Não se admite, nesta esfera, imposições externas, direta ou indiretamente⁸⁰³”.

Quanto à Constituição da República Portuguesa, podemos observar nos artigos 67º, 69º e 70º por nós já mencionados, que ela determina que o Estado proteja as crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. Caso este dispositivo fosse cumprido na sua integridade, certamente não existiriam tantos problemas com relação às mesmas. Destaca ainda que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, os quais não devem deles separar-se a não ser se não cumprirem seus deveres fundamentais em relação aos mesmos e sempre mediante decisão judicial e no caso de adoção, a lei deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação. O Estado não vem cumprindo o seu papel devidamente; casos de maus tratos, violências, negligências, abandonos continuam ocorrendo diariamente e em muitas cidades não têm instituições para o encaminhamento de crianças e jovens com estes perfis.

As responsabilidades parentais em Portugal, assim como no Brasil, se estendem até à maioridade ou emancipação dos filhos, aos quais compete, no interesse dos mesmos, zelar pela sua segurança, educação, alimentação, saúde e lazer, consoante dispõe o art. 1.878º do Código Civil Português. Os artigos seguintes tratam das despesas com os filhos maiores ou emancipados, do poder de representação e da irrenunciabilidade⁸⁰⁴.

⁸⁰² *Ibid.*, *ibidem*.

⁸⁰³ RODRIGUES, João Gaspar. *Abandono Afetivo Parental. Dano Passível de Reparação?* Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. I, n.348, p. 50-53, Julho de 2011.

⁸⁰⁴ *Código Civil* (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

Segundo o artigo 491º do Código Civil Português⁸⁰⁵, que trata da responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem, as pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido. O art. 483º deste mesmo diploma legal aborda o princípio geral da responsabilidade dos fatos ilícitos, nos seguintes termos: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”.

2.2. Sociedade

Conforme já relatamos, as crianças, adolescentes e jovens deixam suas casas e vão para a rua movidos por diversas razões, como: exclusão social, má distribuição de rendas, desigualdade social, falta de políticas de atendimento destinados a esta camada da população, baixa escolaridade, precárias condições econômicas e culturais.

Art. 1877º (Duração das responsabilidades parentais): Os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação. *Artigo 1878º (Conteúdo das responsabilidades parentais):* Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida. *Artigo 1879º (Despesa com o sustento, segurança, saúde e educação dos filhos):* Os pais ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação na medida em que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos. *Artigo 1880º (Despesa com os filhos maiores ou emancipados):* Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação a que se refere o artigo anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete. *Artigo 1881º (Poder de representação):* 1. O poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais. 2. Se houver conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito às responsabilidades parentais, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal. *Artigo 1882º (Irrenunciabilidade):* Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adopção. *Artigo 1883º (Filho concebido fora do matrimónio):* O pai ou a mãe não pode introduzir no lar conjugal o filho concebido na constância do matrimónio que não seja filho do seu cônjuge, sem consentimento deste.

⁸⁰⁵ Código Civil (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

Desta forma, devem ser criadas políticas públicas para atender às demandas que emergem da sociedade e que sejam concretizados os direitos sociais declarados e garantidos em lei. O Poder Público deve prestar um serviço indistintamente. Em se tratando de educação, a Constituição Federal garante o ensino fundamental e gratuito a todos, sem distinção de cor, credo, classe social, status econômico. A qualidade da educação deve ser a mesma, em todas as escolas, sejam elas públicas ou particulares; tanto na cidade quanto no campo. Uma educação de qualidade requer compromisso, uma forma diferente de verificar as necessidades e peculiaridades dos sujeitos da ação educativa. As políticas públicas são uma exigência da sociedade, de uma educação de qualidade, que atenda às necessidades básicas. A criança deve receber atendimento prioritário para o regular desenvolvimento das suas potencialidades; a omissão é um mal a ser combatido por toda sociedade.

É através da educação que os jovens devem receber orientação para pensar e melhor refletir, preparando-os também para a vida. Além de prioridade para a criança, a educação também deve ser prioridade de meta do próprio Estado. Portanto, é a educação a base de um povo que sabe exercer seus direitos de cidadão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e dos diplomas legais complementares, o panorama jurídico da educação alterou-se significativamente, em especial o que diz respeito à educação infantil e ao ensino fundamental da criança e do adolescente. “De todos os direitos sociais constitucionalmente assegurados, nenhum mereceu o cuidado, a clareza e a contundência do que a regulamentação do direito à educação⁸⁰⁶”.

Urge ressaltar que, a educação passa por vários problemas, como a falta de capacitação dos educadores, de planejamento curricular atualizado, democrático e flexível, de um projeto político pedagógico eficiente e eficaz que esteja inserido em seu real contexto social e de interação, integração e comprometimento social e econômico de todos os envolvidos na comunidade. Com a participação de todos, com implantações de políticas públicas poderemos concretizar os objetivos de transformação desse desequilíbrio que se reflete na sociedade; comprometendo-a com a defesa da educação como direito, pelo ingresso, regresso, permanência e sucesso da criança e do adolescente na escola.

⁸⁰⁶ KONSEN, Afonso Armando. *O direito a educação escolar. Projeto. O Direito é Aprender*. DER. Ministério da Educação. Brasília: 1999, p.9.

Responsabilidade dos educadores: O inciso IV do art. 932 do Código Civil Brasileiro refere-se à responsabilidade dos donos de estabelecimentos que recebem pessoas para fins de educação. A responsabilidade quanto às escolas públicas cabe ao Estado. Se o dano é causado pelo aluno contra terceiros, a escola responde pelos prejuízos, objetivamente. Se o dano é sofrido pelo aluno, tem este ação contra o estabelecimento⁸⁰⁷.

A sociedade também não pode ficar omissa a certas problemáticas que nela ocorrem; deve procurar meios para tentar solucioná-las ou pelo menos saná-las; contribuindo com ações para prevenção da violência, do trabalho infantil, da exploração sexual, com a ressocialização dos infratores; participando de movimentos religiosos, jogos, competições educativas que incentivem os jovens a uma vida correta, responsável, tranquila, a terem limites, a respeitarem o próximo, a pensarem em atitudes que os levem a uma independência econômica financeira, a um futuro promissor. Todos devem lutar para que haja uma sociedade mais humana, mais justa, mais fraterna, com igualdade de oportunidades. As políticas públicas e sociais devem ser integradas, como no caso da educação, saúde, e assistência social. Deve intervir não somente na educação, mas também na assistência, na saúde, na política, no apoio às famílias, a maternidade, à infância, em programas sociais de habitação, de inclusão social e requerer, sempre que possível, apoio das organizações governamentais e não governamentais.

A sociedade, segundo Bobbio, tanto pode aparecer em oposição ao Estado, como debaixo de sua égide. Apresenta, portanto, o seguinte conceito de sociedade: “conjunto de relações humanas intersubjetivas, anteriores, exteriores e contrárias ao Estado ou sujeitas a este⁸⁰⁸”.

A sociedade moderna está em constante mutação em todos os aspectos, como: culturais, educacionais, industriais, políticos, econômicos. A busca pelo conhecimento, por novas ideias e informações tem alcançado um patamar de destaque nas últimas décadas; a informática, a robótica, as novas tecnologias têm contribuído muito neste aspecto. Por sua vez, deve contribuir com o Estado na promoção do bem-estar social, na proteção, apoio e defesa dos seus membros. A sociedade influencia as pessoas ou pode por elas receber algum

⁸⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações, parte especial: tomo II*. 7ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

⁸⁰⁸ BOBBIO, Norberto, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 49.

tipo de influência. “Para proteger os direitos e interesses de um indivíduo ou de um grupo é necessário que a sociedade assuma algum encargo ou tome alguma atitude; todos os membros da sociedade sofrem consequências pelo fato de se dar ou de se negar proteção⁸⁰⁹”.

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e português declaram que as crianças, os adolescentes e os jovens têm direito a proteção da sociedade e do Estado, para que tenham desenvolvimentos integrais, sejam afastados de todas as formas de abandono, discriminação, opressão, defendidos do exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

Em artigo publicado no ano de 2006, Maria da Luz Nogueira, tece os seguintes comentários: “Tal como acontece em diversos domínios da nossa sociedade, também no plano da protecção das crianças e jovens existe um enorme distanciamento entre o quadro legislativo e a realidade, sendo que o problema não reside na lei (ainda que esta possa necessitar alguns ajustes) mas antes na inoperância da sua aplicação⁸¹⁰”.

Efetivamente que, a criança deve receber atendimento prioritário para ter um desenvolvimento normal, conseguir desenvolver suas potencialidades e lograr êxito na sociedade; devendo então, a omissão ser combatida e punida.

Não podemos, por exemplo, deixar de responsabilizar a sociedade por sua omissão quanto às ações de prevenção da violência juvenil e para a ressocialização do jovem infrator. Deve se conscientizar de sua responsabilidade na luta contra a violação dos direitos das crianças e adolescentes brasileiros.

2.3. Estado

A primazia para garantir as políticas públicas é do Estado, nos níveis federal, estadual e municipal; os quais devem dar uma prioridade maior as crianças e jovens, como por exemplo, destinando maiores verbas orçamentárias à infância e juventude.

⁸⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p.19.

⁸¹⁰ NOGUEIRA, Maria da Luz. *Protecção das Crianças e Jovens: E quando a negligência está no Estado?* Disponível em: www.diariodeodivelas.com. Acesso em: 13/06/2011.

O Estado poderá responder objetivamente pelos danos que causar, caso tenha deixado de cumprir um dever a ele atribuído por lei. Tal responsabilidade poderá ocorrer em razão da não prestação de seus serviços públicos. A responsabilidade objetiva tem como elementos o fato, o dano ou prejuízo e o nexo causal. O Poder Público é obrigado à indenizabilidade dos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, o que se dá com base na regra constitucional que responsabiliza objetivamente a Administração Pública.

A conduta omissiva ou comissiva e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta são elementos da responsabilidade civil do estado apontados pela doutrina clássica. Para Saulo Bahia afiguram-se completamente dispensáveis quando a responsabilidade civil do Estado ainda que sua conduta não cause diretamente o dano, pelo concurso do caso fortuito. Nesta última hipótese, o nexo de causalidade deve ser considerado inexistente ou passar por completa revisão de seu conceito. Segundo ele, o termo reparação funciona como gênero do qual a indenização e o ressarcimento são espécies. A indenização deve ocorrer diante de atividades lícitas do Estado, que acarretam a obrigação de reparar. Serve ainda às atividades lícitas ou ilícitas de terceiros que produzam responsabilização do Estado⁸¹¹.

No Brasil, ela ocorre, segundo André Barros⁸¹², em algumas hipóteses, no caso: a) responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, a qual está prevista no art. 37 § 6º da Constituição Federal de 1988 e no art. 43 do Código Civil⁸¹³ vigente; b) responsabilidade do Estado por crime de tortura; c) responsabilidade por acidente de trabalho; d) responsabilidade por danos ambientais (leis 6.938/1981 e 7.347/85); e) responsabilidade por dano nuclear; f) responsabilidade por fato do produto ou serviço (lei 8.078/90; Código de Defesa do Consumidor). Tem como pressupostos os princípios da equidade e da igualdade. “A Administração Pública responde civilmente pelos atos negativos de seus agentes, como se, pela inércia em atender a uma situação que exigia a presença deles para evitar a ocorrência danosa, o dano sobrevém em decorrência dessa falta⁸¹⁴”.

⁸¹¹ BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.

⁸¹² BARROS, André Borges de Carvalho. *Direito Civil*/ André Borges de Carvalho Barros, João Ricardo Brandão Aguirre. 3ª ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.153.

⁸¹³ *Código Civil Brasileiro*, art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

⁸¹⁴ ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2001, p. 335.

Nos termos do art. 37 § 6º da CF/88, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Conforme este artigo, o Estado indeniza a vítima e o agente indeniza o Estado regressivamente. Ao falarmos em Estado, estamos nos referindo à coletividade humana politicamente organizada. “Se a regra do Art. 37 § 6º da CF/88 for interpretada apenas e tão somente como opção destinada a beneficiar o lesado, deverá ser reconhecida ao lesado a faculdade de acionar diretamente o agente causador do dano⁸¹⁵.” Em caso de culpa concorrente da vítima, a indenização será reduzida pela metade. A responsabilidade objetiva foi estendida às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. A responsabilidade destas é subsidiária⁸¹⁶.

A responsabilidade civil estatal, que é objetiva, portanto independentemente de qualquer culpa do agente das pessoas jurídicas de direito publicístico e pessoas jurídicas de direito privatístico prestadoras de serviço público, em verdade pode gerar indenizabilidade a ser diminuída, ou mesmo excluída, se houver alegação e prova de que a culpa da vítima aumentou o déficit por ela experimentado, ou de que a culpa da vítima foi a causa exclusiva do déficit por ela experimentado⁸¹⁷.

Celso Antônio Bandeira de Melo *apud* Ruy Rosado Aguiar⁸¹⁸ ressalta que o fundamento da responsabilização do Estado reside no princípio da igualdade, que exige harmônica distribuição dos ônus e encargos sociais. Porém, se o ato lesivo é contrário à lei, o princípio que então fundamenta a imputação é o da legalidade. No seu entendimento, a Carta de 1988 superou o impasse ao mencionar os ‘agentes’ das pessoas jurídicas de direito público, compreendendo todos aqueles que exercem legitimamente função estatal. Todos aqueles que prestam serviço ao Poder Público (União, Estados e Municípios e respectivas autarquias), ou realizam atividade da alçada deste, podem ser designados agentes públicos.

⁸¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 624

⁸¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações, parte especial: tomo II*. 7ªed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

⁸¹⁷ ALVES, Vilson Rodrigues. *Op. cit.*, p. 554.

⁸¹⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9706/9272>. Acesso em: 11/12/2010.

Segundo Rogério Sampaio, não diverge a doutrina que se adotou, ao nível constitucional, a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco de sua atividade. No entanto, para melhor definir os limites dessa responsabilidade, tendo em vista o alcance do risco de dano que assume o Estado ao desempenhar suas funções, surge no meio doutrinário a ideia do risco integral ou do risco administrativo⁸¹⁹. Para ele, constata-se, dentro de uma evolução jurisprudencial, que a responsabilidade civil do Estado é, efetivamente objetiva e fundada na teoria do risco, que, uma vez limitado em sua extensão, comporta a aplicação das excludentes de responsabilidade caso fortuito ou força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima (a concorrente também é considerada para fins de atenuar a responsabilidade do Estado)⁸²⁰.

É sempre direta a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Essa responsabilidade tem causa na ação do Juiz que age com dolo, fraude ou culpa grave (negligência manifesta ou incapacidade para a função), no erro judiciário e nos demais casos de mau funcionamento dos serviços da justiça, incluindo a falta anônima⁸²¹.

Constitui a responsabilidade civil do Estado, condição de segurança da ordem jurídica em face do serviço público, de cujo funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem jurídico protegido⁸²².

Diógenes Gasparini, *apud* Ana Cecília Ribeiro conceitua responsabilidade do Estado como “a obrigação que se lhe atribui, não decorrente de contrato nem de lei específica, para recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, que lhe seja imputável. Se a reparação decorre de ato ilícito, chama-se ressarcimento; se deriva de ato lícito, denomina-se indenização⁸²³”.

⁸¹⁹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.50.

⁸²⁰ *Ibidem*, p.51.

⁸²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9706/9272>. Acesso em: 11/12/2010.

⁸²² ALVES, Vilson Rodrigues. *Op. cit.* p. 368.

⁸²³ GASPARINI, Diógenes, *apud* RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 37.

Segundo Mário Sérgio Schimer⁸²⁴, a norma extraída do art. 37, § 6º, da Constituição fixa a responsabilidade objetiva do Estado, que independe de dolo ou culpa do agente público, e a responsabilidade subjetiva do agente público, esta vinculada à existência de dolo ou culpa deste verificada em ação regressiva. Todavia, Hugo Mazzilli tem posicionamento contrário; pois entende que a citada norma constitucional não se aplica aos agentes políticos.

Ao diferenciar agentes públicos de agentes políticos, Hugo Mazzilli declara serem os primeiros agentes administrativos e segundo, no caso, agentes políticos os que exercem funções próprias e originárias do Estado, ou seja, todos aqueles agentes que, como órgãos dos Poderes de Estado, tomam as decisões do Estado, nas esferas mais altas de competência, os investidos em mandatos ou cargos públicos, dotados de plena independência no exercício funcional, que tomam, dentro de sua competência, as decisões últimas do Estado, fazendo-o com total liberdade funcional, apenas limitados pela lei ⁸²⁵.

O Poder Público é obrigado à indenizabilidade dos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, o que se dá com base na regra constitucional que responsabiliza objetivamente a Administração Pública. A culpa, consoante infere o Código Civil no art. 186, é um dos pressupostos da responsabilidade civil. Para que haja a obrigação de indenizar deve ser comprovada a culpa do agente, por ação ou omissão voluntária.

A responsabilidade objetiva do Estado no Brasil, em caso de erro judiciário de condenação é admitida nas situações mencionadas no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal de 1988 e no art. 630 do Código de Processo Penal⁸²⁶.

⁸²⁴ SCHIMER, Mário Sérgio de Albuquerque. *Responsabilidade pessoal de membros do Ministério Público por atos praticados no exercício da função*. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/outros_publicacoes/jornada_direito_civil/13_responsabilidade_civil.pdf. Acesso em: 08/11/2010.

⁸²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 616.

⁸²⁶ ANGER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 25. Art. 5º LXXV da CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Art. 630 *Cód.Proc. Penal*: O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.

No que tange à responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas e à responsabilidade solidária, o Código Civil Português⁸²⁷ tem o seguinte entendimento:

Art. 501º (Responsabilidade do Estado e de outras pessoas colectivas públicas): O Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.

Artigo 497º (Responsabilidade Solidária): 1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade. 2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.

A responsabilidade penal é pessoal, intransferível enquanto que a responsabilidade civil é patrimonial, respondendo o patrimônio do devedor por suas dívidas, obrigações. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei; em outros, é de todo prescindível. Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa é presumida; é o caso, por exemplo, do art. 936 do Código Civil⁸²⁸. Na responsabilidade objetiva, diferentemente da subjetiva, não há necessidade de comprovação da culpa para que o agente seja obrigado a reparar o dano causado; é necessário que haja apenas a relação de causalidade entre a ação e o dano. Sobre os cuidados que o poder público deve manter contínua e constantemente em relação às crianças e jovens, Carla Fonseca declara o seguinte:

É um direito dos cidadãos que o Estado intervenha sempre que a segurança, a saúde, a formação, o desenvolvimento físico, psíquico e emocional, o bem estar, de uma criança ou jovem esteja em perigo. O que implica o seguinte: 1. Que a intervenção só se faça quando haja necessidade de defender e assegurar os interesses e os direitos legalmente protegidos; 2. que nestas circunstâncias não deixe de ser feita e o seja no sentido dos princípios orientadores: o do superior interesse da criança, da privacidade, da intervenção precoce, mínima, proporcional e actual, com audição da própria criança sempre que o seu estágio etário o permita, e das pessoas que conheçam a sua situação e mereçam a sua confiança⁸²⁹.

⁸²⁷ ROCHA, Isabel. *Código Civil Português*. Porto: Porto Editora, 2009, p. p.113-114.

⁸²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações, parte especial: tomo II*. 7ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁸²⁹ FONSECA, Carla. *A proteção das Crianças e Jovens: Factores de legitimação e Objectivos*. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Org.) *Direito Tutelar de Menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 12.

A Constituição da República Portuguesa ressalta sobre a responsabilidade das entidades públicas no artigo 22⁸³⁰, estabelecendo o seguinte: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

Os pressupostos da responsabilidade civil são os gerais: a ilicitude (violação de um direito, liberdade e garantia ou de outras normas de protecção análogas), a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a culpa e o dano⁸³¹. Mas, segundo José Alexandrino, para além destes elementos gerais, há um regime particular que assenta nos seguintes traços: a. a responsabilidade é solidária (envolvendo tanto o Estado como os titulares, funcionários e agentes) b. pode haver responsabilidade tanto por acções como por omissões (por exemplo, por grave omissão legislativa ou por insuficiente protecção de um direito pessoal); c. pode haver responsabilidade tanto por actos políticos e legislativos inconstitucionais como por actos administrativos e jurisdicionais⁸³².

O Estatuto da Criança e do Adolescente também refere a responsabilidade civil do Estado em alguns dos seus dispositivos, como por exemplo, no art. 54⁸³³, que trata do direito fundamental à educação.

Por sua vez, o Estado não poderá ser responsabilizado se não contribuir, der causa ao prejuízo ou quando ocorrerem determinadas circunstâncias que possam excluir ou diminuir

⁸³⁰ *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:

<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema Político/Constituição/> Acesso em: 06.08.2010.

⁸³¹ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*. Portugal: Príncipe Editora, 2007, p. 103.

⁸³² *Ibid.*, *ibidem*.

⁸³³ ISHIDA, Válder Kenji. *Op. cit.*, p. 120. Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: *I* - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; *II* - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; *III* - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; *IV* - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; *V* - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; *VI* - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; *VII* - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.

sua responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima, um acontecimento alheio a sua vontade, imprevisível.

2.4. Ministério Público

A responsabilidade civil profissional está ligada as atividades desenvolvidas pela pessoa, pelas atribuições e funções por ela desempenhadas em razão do cargo ou função que exerce.

Com as prerrogativas, estruturas e garantias que possui, o representante do Ministério Público pode servir de importante instrumento na defesa dos direitos humanos de todas as crianças, adolescentes e jovens, como previsto e consagrado na normativa internacional e nos documentos legais nacionais. Ele pode atuar politicamente no sentido de sensibilizar a sociedade na defesa dos direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens, promover as medidas judiciais cíveis e criminais que assegurem tais direitos, sobretudo diante da omissão do Poder Público.

Ademais, deve assumir o compromisso de lutar pela efetividade dos direitos humanos e de forma prioritária quanto à tutela da Infância e da Juventude. Sabemos, pois, que o contato frequente com a rua expõe crianças, adolescentes e jovens à situação de risco, realidade que se opõe ao projeto da cidadania definido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Ministério Público pode atuar como parte e como fiscal da lei. O Código de Processo Civil Brasileiro enumera as causas de sua competência, quando ocorre necessidade de sua intervenção, nos artigos 81 a 84⁸³⁴.

⁸³⁴ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 259. *Código de Processo Civil Brasileiro: Art. 81.* O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes. *Art. 82:* Compete ao Ministério Público intervir: *I* - nas causas em que há interesses de incapazes; *II* - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; *III* - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. *Art. 83.* Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: *I* - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; *II* - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade. *Art. 84.* Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

No que se refere à responsabilidade civil do membro do Ministério Público, o Código de Processo Civil, assim estabelece: “art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude⁸³⁵”. O lesado moverá ação contra o Estado e este acionará contra o representante do Ministério Público uma ação regressiva, com fundamento nos artigos 930 e 188⁸³⁶ do Código Civil Brasileiro. Deve ser esclarecido que a responsabilidade do Poder Público não existirá ou será atenuada quanto à conduta da Administração Pública não concorrer para o prejuízo.

Em caso de abusos, erros, omissões ou fraudes, o membro do Ministério Público está sujeito à responsabilização pessoal seja na esfera administrativa, civil ou penal, até mesmo de forma cumulativa, se for o caso⁸³⁷.

Logo, com exceção das modalidades de dolo ou fraude, o Ministério Público não poderá ser responsabilizado na esfera civil, criminal ou administrativa. “Não bastasse a própria incompatibilidade com a natureza da atividade desenvolvida, esse preceito, à evidência, exclui a possibilidade de responsabilização a título de culpa⁸³⁸”.

Por conseguinte, quando os membros do Ministério Público agirem com dolo ou fraude poderão ser responsabilizados. Nesse caso, o lesado ajuíza ação contra o Estado, e este poderá acionar em regresso o membro do MP que praticou a conduta dolosa ou fraudulenta.

Segundo Gonçalo Breyner, “a intervenção do Ministério Público deve desenvolver-se necessariamente em duas vertentes: a vertente social e a vertente jurídica, ficando em aberto a questão de saber qual destas vertentes, nos dias de hoje, é prioritária, ou se deve procurar entre as mesmas o “ponto de equilíbrio” e é inquestionável o fato de que qualquer intervenção

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 260.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 175 e 149. *Código Civil Brasileiro: Art. 930*. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). *Art. 188*. Não constituem atos ilícitos: *I* - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; *II* - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. *Parágrafo único*. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁸³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 630.

⁸³⁸ GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 498.

não terá sucesso se não for compreendida e aceita pela comunidade na qual ela vai ocorrer⁸³⁹”.

Hugo Mazzilli tem o mesmo entendimento quando afirma que a responsabilidade civil ou penal do membro do Ministério Público deve limitar-se aos casos de dolo ou fraude; a responsabilidade funcional não: essa pode e deve ser apurada até mesmo nos casos de culpa⁸⁴⁰. Ressalta ainda que, tanto Hélio Tornaghi, quanto Vicente Greco Filho entendem que a responsabilidade pessoal do membro do Ministério Público só ocorre quando proceder com má-fé, consciente e com vontade de provocar prejuízo a terceiro. No exercício regular de sua função, o membro do Ministério Público não poderá ser responsabilizado pessoalmente. Se em razão do exercício de sua função, um terceiro for prejudicado, este poderá requerer indenização do Estado, conforme Mazzilli.

É dever do Ministério Público solicitar à administração pública a garantia dos direitos previstos em leis em benefício da sociedade que representa. As instituições deveriam ser constantemente fiscalizadas pelos órgãos ligados ao sistema de garantias, mais especificamente pelo Ministério Público. Caso ele cumprisse integralmente esta função e atuasse com mais rigor na defesa da ordem jurídica, dos direitos difusos e coletivos certamente a violência e a insegurança que ultimamente têm aterrorizado as pessoas diminuiriam. Por sua vez, os artigos 927, parágrafo único e 931⁸⁴¹ do Código Civil Brasileiro, dispõem sobre a teoria do risco proveito ou risco profissional.

Para Hugo Mazzilli⁸⁴², os membros do Ministério Público são agentes políticos, e, portanto não se submetem à responsabilidade civil dos agentes públicos prevista no artigo 37⁸⁴³, parágrafo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

⁸³⁹ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito da Família. *Direito Tutelar de Menores. Encontro de Trabalho (Julho 2000)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.59

⁸⁴⁰ *Op. cit.*, p. 620.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 175. *Código Civil Brasileiro*. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

⁸⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 613.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 37: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8. 625, de 12/02/1993 declara, em seu art. 26 o seguinte, *ipsis litteris*: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: § 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

Poderá ainda responder processo de cunho administrativo, pelo não cumprimento de seus deveres funcionais, por prática de atos não condizentes com sua função, pela não observância das vedações impostas ao cargo e ser penalizado com sanções administrativas, como: advertência, censura, suspensão, demissão e até com a cassação de sua aposentadoria ou de disponibilidade; devendo ser observado os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, da razoabilidade, da proporcionalidade, da individualidade.

Importante papel no sistema de proteção de crianças e jovens em perigo em Portugal é o exercido pelas Comissões de proteção, as quais, na visão de Norberto Martins⁸⁴⁴, devem ser acarinhadas pelo Estado e autarquias locais, devendo ser constituídas por técnicos empenhados e qualificados. Reiteramos na íntegra seu posicionamento quando declara que o papel do Ministério Público é de grande relevo, não só pelas obrigações legais de fiscalização, mas como elemento de ligação com os tribunais e demais instituições e entidades com responsabilidades no sistema de proteção⁸⁴⁵.

A lei de protecção de crianças e jovens em perigo de Portugal, lei 147/99 assevera em seu art. 72º o seguinte:

(Intervenção do Ministério Público) Atribuições: “1. O Ministério Público intervém na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, nos termos da presente lei, podendo exigir aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a sua guarda de facto os esclarecimentos necessários; 2. O Ministério Público acompanha a actividade das comissões de protecção, tendo em vista apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados; 3. Compete, ainda, de modo especial, ao Ministério Público representar as crianças e jovens em perigo, propondo acções, requerendo providências tutelares cíveis e usando quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e à sua protecção⁸⁴⁶”.

direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁸⁴⁴ Actas do Colóquio. *Direito das Crianças e Jovens*. Organização: Instituto Superior de Psicologia Aplicada de Lisboa, Centro de Estudos Judiciários: Lisboa: Sersilito, Empresa Gráfica, LDA. - Maia, 2008, p. 168.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, *ibidem*.

⁸⁴⁶ BORGES, Beatriz. *Op.*, cit.p. 243/244.

O art. 3º da mencionada lei dispõe sobre a legitimidade da intervenção. A alínea 1, assevera o seguinte: “1 - A intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”.⁸⁴⁷

Na visão de Beatriz Borges, “na situação de “perigo”, a criança já se encontra perante um facto causal que pode determinar dano aos seus direitos, enquanto na situação de “risco” ainda estamos perante a eventualidade de verificação de certo facto que pode originar uma situação que cause dano ou faça diminuir a protecção que a lei de protecção de crianças e jovens em perigo de Portugal confere à criança ou jovem⁸⁴⁸”. O art. 3º, alínea 2 desta lei assim declara:

“considera - se que a criança ou jovem está em perigo quando designadamente, se encontra numa das seguintes situações: a) está abandonada ou vive entregue a si própria; b) sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais; c) não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade ou situação pessoal; d) é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento; e) está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; f) assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponha de modo adequado a remover essa situação⁸⁴⁹”.

O direito que a Constituição da República Portuguesa consigna no art. 22º⁸⁵⁰ é muito pouco usado. Não existe, em Portugal, uma prática de responsabilização dos que, por ação ou omissão no exercício das suas funções, violam os direitos, liberdades e garantias ou causem prejuízo a outrem.⁸⁵¹ Com muita precisão adverte Edmundo Martinho⁸⁵²

⁸⁴⁷ RAMIÃO, Tomé. *Op. cit.*, p. 26.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p.31.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, *ibidem*. p. 35.

⁸⁵⁰ *Constituição da República Portuguesa. Op. cit.*, Artigo 22º Responsabilidade das entidades públicas: O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

⁸⁵¹ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito da Família. *Direito Tutelar de Menores. Encontro de Trabalho (Julho 2000)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15.

⁸⁵² *Ibid.*, p.46.

“a defesa dos direitos e interesses das nossas crianças e jovens exige-nos uma grande persistência e convicção nos valores e potencialidades do trabalho conjugado e de parceria, sem o qual dificilmente conseguiremos dar seguimento adequado às expectativas que os passos que já demos legitimamente criaram”.

Acentua Hugo Mazzilli estarem os membros do Ministério Público inseridos entre os agentes políticos do Estado. Neste sentido, o RE n. 228.977-SP, 2ª T. STF, v.u., j. 02-03-02, Rel.min.Néri da Silveira, DJU, 12-04-02, Informativo STF, 259. “Investidos de atribuições constitucionais e dotados de plena liberdade funcional, tomam decisões últimas na sua esfera de atribuições, subordinando-se apenas à lei e às suas consciências⁸⁵³.”

Ao atuar como fiscal da lei, e representante da sociedade, com neutralidade, imparcialidade e razoabilidade o membro do Ministério Público, cumprindo os ditames legais, a responsabilidade civil é do Estado, a menos que tenha agido com dolo ou fraude.

No que tange a crimes de responsabilidade dos membros do Ministério Público, devem ser seguidos os procedimentos previstos na Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento e observados o teor do art. 85⁸⁵⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.5. Visão crítica em relação às duas Nações

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de proteger as crianças e jovens, assegurar-lhes todos os direitos fundamentais, com absoluta prioridade. Infelizmente muitas crianças, adolescentes e jovens encontram-se excluídos do processo de cidadania em razão do abandono, da exclusão, dos direitos fundamentais violados, da perda de valores e identidades, da fome, da miséria, da violência doméstica. Muitos encontram guarida na rua, principalmente os que sofrem constantes agressões familiares, maus tratos, são obrigados a desempenharem tarefas além das suas capacidades físicas, desprezados; em que, vivendo sem

⁸⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 616.

⁸⁵⁴ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 47. Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: *I* - a existência da União; *II* - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; *III* - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; *IV* - a segurança interna do País; *V* - a probidade na administração; *VI* - a lei orçamentária; *VII* - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

limites, controle e movidos pelos sentimentos de perda e revolta iniciam com o uso da droga, tornando alguns, a partir de então, a produzirem violência. Quando meninos e meninas perdem suas referências familiares, os espaços socioeducativos não são meros coadjuvantes, mas sim parceiros fundamentais. Temos que indicar para o jovem um projeto de vida, que lhe ajude no resgate à cidadania, na elevação da autoestima, na conquista de autonomia, através do trabalho, da independência financeira e cidadania.

Como diz Paulo Bonavides o *status civitatis* ou estado de cidadania define basicamente a capacidade pública do indivíduo, a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado.

Os meninos e meninas que vivem em situação de rua são muito vulneráveis ao consumo de álcool e outras drogas, muitos passaram por dificuldades financeiras, foram maltratados, abusados sexualmente, abandonados ou criados sem o apoio constante dos pais, sem afeto, atenção e cuidado, outros agredidos e obrigados desde cedo a irem para a rua em busca da subsistência, deixando assim, de frequentarem a escola, de sonharem com uma vida melhor, com um futuro diferente. A desigualdade social, financeira e cultural é grande; causando, por conseguinte, o desemprego, a fome, a prostituição, o desespero, o abandono do lar, em busca de melhores condições, dentre outros fatores. Este fato tem causado preocupação aos governos, nas três esferas, a sociedade, o Ministério Público, a Igreja e a várias organizações não governamentais que buscam uma solução contínua e eficaz para esta problemática. As instituições de acolhimento surgem com o propósito de conceder-lhes o mínimo necessário para terem uma vida digna.

A responsabilidade por estas crianças, adolescentes e jovens, que são concebidos como sujeitos de direito, pessoas em desenvolvimento, destinatários e merecedores de proteção integral pertence à família, à sociedade, ao Estado; entretanto, caso a família os tenha abandonado, extinguindo com eles os vínculos familiares e afetivos, a sociedade e o Estado não podem ficar omissos em relação a esta problemática, demonstrando-se alheios às situações, devem assumi-los, lutar pelo resgate dos mesmos, criando para eles condições dignas de sobrevivência, garantindo seus direitos. Estes três Órgãos: família, sociedade e Estado podem ser responsabilizados pelos danos que causarem às crianças e jovens por ação ou omissão culposa, negligência e imprudência. O Estado, por exemplo, deve ser responsabilizado e obrigado a reparar os danos em casos de acidentes e mortes de crianças e

jovens em escolas, em hospitais. A efetivação dos direitos só se concretiza quando ocorrer uma articulação entre a comunidade, a sociedade e o Poder Público. O Estado, através de políticas públicas que promovam a sua reinserção em outro lar, com todas as garantias e direitos, constituindo tais políticas como um importante instrumento para garantir a proteção à infância; a sociedade contribuindo com este resgate, com esta busca de condições, para que possam ter uma vida saudável, que sejam acompanhados e protegidos. Quando o Estado falha, não assume suas funções, surge a responsabilidade pelo dano.

Os governos federal, estadual e municipal deveriam ser mais sensíveis com esta problemática que sem dúvida, é muito séria e aflige a todos, poderiam priorizar mais a família e de modo peculiar a infância e juventude, como por exemplo, destinando mais verbas orçamentárias para estas áreas, disponibilizando mais recursos para os projetos e ações, capacitando mais profissionais que tenham habilidade na área e sobretudo, sensíveis às referidas situações e problemas.

A família é o primeiro grupo social que a criança e o jovem conhecem; a partir dele, eles têm oportunidade de inserirem-se na sociedade. Embora os pais adotem procedimentos irresponsáveis, posturas não condizentes com seus deveres, não cumprindo as atribuições e funções a eles imputadas por lei, como por exemplo, de cuidar e zelar pelos filhos, outros Órgãos governamentais e não governamentais devem assumir, suprir suas necessidades criando condições de atendimento, apoio e proteção para ele, procurando assegurar os seus direitos; se isso não ocorrer voluntariamente deve ser acionado judicialmente; pois as próprias constituições, tanto do Brasil quanto de Portugal garantem indistintamente as crianças e jovens o exercício dos seus direitos fundamentais; sem dúvida, se estes direitos fossem cumpridos na sua integridade, a violência, o uso de drogas, os abandonos, as violações diminuiriam de forma considerável. Devemos lutar para termos uma sociedade justa, democrática, igualitária, como fazem alusão os documentos internacionais e nacionais, ao defenderem o respeito aos direitos humanos e o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais. “Democracia significa governo do povo, sistema de governo que pretende dar a todos os cidadãos iguais possibilidades de participar na gestão da coisa pública; também um modo de pensar e de agir, orientado para o bem comum⁸⁵⁵”. Devem ser criadas políticas para atender às demandas que emergem da sociedade e que sejam concretizados os direitos sociais

⁸⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p., 177.

declarados e garantidos em lei. O Poder Público deve prestar um serviço indistintamente. O atendimento dos direitos fundamentais se realiza através de políticas sociais e assistenciais, o que significa, acesso garantido à educação, saúde, esporte, lazer, dentre outros.

Os pais omissos devem ser responsabilizados pela falta de acompanhamento, orientação, apoio aos filhos, que muitas vezes alegando falta de tempo tentam delegar suas funções para outras pessoas, o que efetivamente, é incorreto, é uma atitude incoerente, irresponsável. Eles também devem ajudar o filho na construção e valorização da sua liberdade, apresentando-lhe exemplos e conteúdos corretos, que lhe auxiliem no seu crescimento moral, intelectual e afetivo; muitas vezes, o que define a pessoa são seus valores, seu comportamento, sua maneira de ser, seus ideais.

A responsabilidade está relacionada ao ato praticado pelo homem, de acordo com sua vontade, sua maneira de proceder e atuar, seja ela positiva ou negativa; obviamente que, em consonância com seu livre arbítrio, sua capacidade de tomar decisões, gerir-se, orientar-se, obedecendo, por conseguinte, à sua razão, sentimento e liberdade.

A Justiça tem obrigação de proteger os mais frágeis da sociedade, os que efetivamente necessitam de proteção, como por exemplo, as crianças e jovens que encontram-se em perigo; deve ser dado a todos igualdade de oportunidades. A sociedade é extremamente desigual. A desigualdade social contribui para o despreparo de jovens, para uma diminuição de oportunidades, que algumas vezes, sem alternativas, sem perspectivas, sem condições de adquirirem alguns bens de consumo que almejam, a exemplo de outros que os têm, terminam se envolvendo em brigas, confusões, cometendo furtos, roubos, outros atos infracionais e tornando-se marginais. Há ainda os que foram violentados, maltratados e terminam absorvendo, gerando em sentimento de revolta, esta violência.

No Direito Internacional, a Declaração de Genebra de 1924 foi que manifestou pela primeira vez preocupação com a criança e o jovem e a necessidade de proporcionar a eles proteção especial. A Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da crianças, assinada por Portugal no ano de 1997, teve como finalidade primordial proteger os mais altos interesses das crianças, fazer valer os seus direitos, prevendo ainda a constituição de um Comitê Permanente encarregado de solucionar os problemas por ela suscitados.

O Poder Público, face aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta da criança e do jovem, é obrigado a respeitar e priorizar as políticas a eles destinadas. Os Conselhos exercem um papel fundamental, seja cobrando dos gestores, seja articulando com estes e a sociedade, assim como o Ministério Público, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No Brasil existem crianças e jovens carentes, em situação de rua, oriundos de famílias de baixíssimo poder aquisitivo, desprovidas de condições econômicas financeiras, abandonadas às próprias sortes, que não têm suas necessidades básicas atendidas, geralmente por falta de apoio do Estado. Embora a eles sejam assegurados uma série de direitos, como direito à vida, à alimentação, à educação, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à cultura, dentre outros, continuam sendo ignorados, vivendo em condições subumanas, em situação de risco, em um processo de exclusão social.

A prevenção inicia-se na família; em seguida, na escola, nas comunidades, nas sociedades como um todo. Todas estas instituições além do Estado devem assumir suas cotas de responsabilidade em relação aos problemas que ocorrem, como maus tratos, violências, abandonos, abusos nas suas diferentes modalidades, dentre outros.

Entendemos, pois que, através das atividades físicas, de incentivo, apoio, afeto e carinho que receberem de todos os profissionais preocupados com suas situações, os meninos que vivem nas ruas terão suas autoestimas elevadas, sentir-se-ão valorizados e levarão a sério os indicadores de avaliação, que são: participação e frequência nas atividades planejadas; inserção na rede oficial de ensino, saída da situação de rua, retorno à família, inclusão em programas de erradicação do trabalho infantil e proteção ao trabalho do adolescente, inclusão em programas especiais de tratamento a crianças e adolescentes usuários de substâncias psicoativas (drogadição), inclusão/encaminhamento a rede de serviços, participação em atividades planejadas com a família, encaminhamento à rede de políticas sociais básicas e participação contínua em atividades físicas que lhe proporcionem prazer e uma melhor qualidade de vida.

Há muitos adolescentes excluídos do processo de cidadania, sendo a pobreza a maior causa desta exclusão. Os Órgãos da Justiça, de Promoção e Defesa da sociedade deveriam se preocupar com os mais frágeis, indefesos, que necessitam de proteção, como por exemplo: as

crianças abandonadas, pobres, impossibilitadas de terem uma vida saudável. O aumento das desigualdades sociais tem gerado conflitos e insegurança. Muitas crianças e jovens encontram-se em situação de risco pessoal e social, em razão principalmente da violação dos seus direitos fundamentais e de vários fatores, como: abandono, violências física, psicológica e sexual, dependência química, situação de rua, trabalho infantil, dentre outros.

Segundo Hélio Silva, "A expressão *menino de rua* é vazia e seu uso constante e generalizado é fruto dessa própria vacuidade. É já expressão do medo e não do real. O que se descobre sobre a expressão são meninos muito diferentes, adolescentes bem distintos⁸⁵⁶".

O Ministério Público, como órgão fiscalizador dos interesses da sociedade, deve contribuir com a problemática dos meninos e meninas que vivem em situação de rua, através dos seus representantes legais nas cidades. Sua atuação é de fundamental importância na Campanha Nacional de Combate à situação de moradia de crianças e jovens nas ruas; por ser a mesma uma iniciativa para a construção efetiva de uma nova realidade, capaz de gerar alianças e propostas de mudanças imediatas e de longo prazo, visando erradicar este tipo de moradia. A Constituição Federal brasileira de 1988 representa um marco na organização do Estado brasileiro e na garantia dos direitos da sociedade.

Desta forma, o Ministério Público deve assumir o compromisso de lutar pela efetividade dos direitos humanos e de forma prioritária quanto à tutela da Infância e da Juventude. Sabemos, pois, que o contato frequente com a rua expõe crianças, adolescentes e jovens à situação de risco, realidade que se opõe ao projeto da cidadania definido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em Portugal, tal como no Brasil, o Ministério Público é um Órgão autônomo, representa os interesses da sociedade, tem independência funcional e as mesmas garantias dos magistrados. Atua como parte e fiscal da Lei na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁸⁵⁶ SILVA, Hélio R. S. *O menino, o medo e o professor de Saarbrücken*. In: VELHO, G. Alvito, Marcos. *Cidadania e Violência*. RJ: Ed. UFRJ e FGV. 1996, p.39.

A Lei Orgânica do Ministério Público Brasileira, Lei nº 8.625/1993, de 12 de fevereiro estabelece os deveres que os membros do Ministério Público dos estados devem ter, dentre estes, os mais importantes, sob a nossa ótica, são: manter ilibada a conduta pública e particular, zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções; obedecer aos prazos processuais; desempenhar com zelo e presteza as suas funções e adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis face à irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo e atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes. No que se refere às vedações, o art. 44⁸⁵⁷ desta lei estipula todos os casos que devem ser aplicados aos membros da Instituição Ministerial. Convém destacar que cada estado da federação brasileira possui sua Lei Complementar.

Caso não cumpra suas funções devidamente, o membro do Ministério Público poderá responder penal, civil e administrativamente. No Brasil, está sujeito às seguintes penas disciplinares: admoestação verbal, advertência, censura, suspensão por até noventa dias, disponibilidade e demissão; de acordo com a gravidade da infração praticada, os danos que dela provierem para o exercício e os antecedentes do infrator.

No caso de Portugal, o Estatuto do Ministério Público também determina que os magistrados do Ministério Público poderão ser responsabilizados pela violação dos deveres profissionais e os atos de omissão de sua vida pública, ou que nela se repercutam, incompatíveis com o decoro e a dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções. Eles estão sujeitos a várias penas, tais como: advertência; multa; transferência; suspensão de exercício; inatividade; aposentação compulsiva e demissão, consoante expressa o art. 166⁸⁵⁸ do citado diploma legal.

⁸⁵⁷ *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22. *Lei Orgânica do Ministério Público Brasileiro; Lei nº 8.625, de 12/02/1993. Art. 44.* Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações: *I* - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; *II* - exercer advocacia; *III* - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; *IV* - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de Magistério; *V* - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei. Parágrafo único. Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares.

⁸⁵⁸ LOPES-CARDOSO, Álvaro. *Estatuto do Ministério Público*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 129.

PARTE IV

CAPÍTULO I: O SUPERIOR INTERESSE DAS CRIANÇAS E DOS JOVENS EM RELAÇÃO AO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, COMUNITÁRIA E AO ABRIGAMENTO

SEÇÃO I

1.1. Considerações gerais sobre o direito à convivência familiar e comunitária

A convivência familiar e comunitária foi considerada pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, um direito fundamental, cujo direito é personalíssimo, intransferível, inalienável e imprescritível. Todas as crianças, adolescentes e jovens têm direito de serem criados e educados no seio de sua família natural ou biológica e excepcionalmente em uma família substituta. Este direito deve ser garantido pelo Estado, pela família, pela sociedade; por família natural, substituta e excepcionalmente por acolhimento institucional. É através da convivência familiar que se estabelece vínculo, que se constrói o estado de filiação, que como observamos, pode ocorrer de modo natural, social, cultural, afetivo. Ressalta Paulo Lôbo:

“O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova⁸⁵⁹”.

No Brasil, até o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as crianças eram tratadas como objetos de medidas judiciais quando se encontravam em situação irregular; a elas não eram assegurados direitos. Além destes dois diplomas legais, o direito à convivência familiar e comunitária também foi reconhecido por outras legislações, como o Código Civil, a Lei de Adoção e pelo Plano Nacional de Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária; em Portugal foi assegurado pela Constituição da República, pelo Código Civil, pela Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo dentre outras.

⁸⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária adotou o termo “acolhimento institucional” para designar os programas de abrigo em entidade, definidos no art. 90⁸⁶⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente. Foi muito importante para o fortalecimento e preservação dos vínculos familiares e comunitários. “Representa um importante instrumento para a mobilização nacional e suas diretrizes certamente se transformarão em ações concretas e articuladas de responsabilidade do Estado e dos diversos atores sociais, que assumem de forma renovada o compromisso pela promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária⁸⁶¹”. Como ressalta o referido Plano, para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária é fundamental fortalecer o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, por meio do apoio técnico e/ou financeiro dos órgãos do Poder Executivo e Judiciário e da implantação e implementação, em todos os municípios brasileiros, dos Conselhos de Direitos e Tutelares.

A convivência familiar refere-se aos laços que ocorrem no ambiente familiar, que unem a família, sejam eles oriundos do parentesco ou não; é um princípio de suma importância para o direito de família; mesmo em caso de separação dos cônjuges, deve ser respeitado no que se refere aos filhos, que continuam com seus direitos resguardados, dentre estes, de guarda, de visita, de alimentos.

A lei nº 8.069, de 13/07/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente refere ao poder familiar em vários dispositivos, como nos artigos 21 a 24⁸⁶², que

⁸⁶⁰ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 157. Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de: I - orientação e apoio sócio-familiar; II - apoio sócio-educativo em meio aberto; III - colocação familiar; IV - acolhimento institucional; V - liberdade assistida; VI - semiliberdade; VII - internação.

⁸⁶¹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. – Brasília-DF: Conanda, 2006, p. 17.

⁸⁶² ISHIDA, Válder Kenji. *Op cit.*, p. 29 à 33. Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. *Parágrafo único*. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

tratam da convivência familiar e comunitária. Ao afirmar no art. 19⁸⁶³ que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, reconhece dois tipos de família: a natural e a substituta. Portanto, todos os esforços devem ser empreendidos para que a criança seja criada no seio da sua família; caso não seja possível devemos procurar apoio, respaldo, ajuda de outra forma, como por exemplo, através de família substituta, devendo ser respeitados alguns requisitos, como: oitiva da criança, adolescente ou jovem, quando este tiver discernimento e condições de manifestar sua opinião; considerar o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, dando a estes preferência; não transferi-lo para terceiros ou para qualquer entidade sem autorização judicial; assumir o responsável todos os atos em relação ao compromisso firmado.

Família natural consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes e família substituta é a que se origina mediante guarda, tutela e adoção. A colocação em família substituta não será deferida se a pessoa revelar incompatibilidade com a medida ou não oferecer ambiente familiar adequado; somente deverá ser a ela recorrida quando esgotarem todas as possibilidades de permanência na família natural, não sendo a condição financeira da criança ou de seus pais motivos que justifiquem a suspensão ou a perda do poder familiar, cujos procedimentos deverão observar os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal. “A pobreza não poderá ser o fundamento para retirar a criança de sua família; se esta situação for verificada, a família deverá ser incluída em programas oficiais de auxílio⁸⁶⁴”.

Os programas de auxílio têm caráter supletivo, temporário e são dirigidos às pessoas que não estão tendo suas necessidades básicas, vitais atendidas, privadas dos seus direitos. Caso as políticas sociais básicas, consideradas direitos de todos e dever do Estado fossem

⁸⁶³ ISHIDA, VálterKenji. *Op. cit.*, p. 25. *Art. 19.* Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. § 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

⁸⁶⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 27.

asseguradas pelo governo federal, estadual e municipal, como o direito a educação, alimentação, saúde, habitação, lazer, cultura as pessoas não precisavam recorrer às políticas sociais assistenciais.

“Pode dizer-se que qualquer que seja o ângulo para o qual se olhe o fenómeno da privação infantil, são factores determinantes da situação e carência/privação: a origem/etnia da criança; a dimensão do agregado familiar; a escolaridade, fortemente correlacionada com a profissão e o nível de desemprego, tanto do pai como da mãe; a percepção de existência de constrangimentos financeiros no agregado familiar; o tipo de habitação, bem como, a variedade do equipamento doméstico na habitação⁸⁶⁵”.

Assiste razão as pesquisadoras Irene Rizzini e Irma Rizzini quando mencionam que não é bom para crianças crescerem em instituições. Por outro lado, explicam que para os casos em que o atendimento institucional ainda se faz necessário, em caráter provisório, a instituição não deve privar a criança do convívio social ou tentar ocupar o lugar da família⁸⁶⁶.

Atualmente outras modalidades alternativas estão sendo mais reconhecidas e utilizadas pelo Brasil como família extensa (padrinho/madrinha etc.); família provisória, acolhimento familiar e a família substituta, através da guarda, tutela e adoção. O que não pode ocorrer, adverte Irene e Irmã Rizzini⁸⁶⁷, é a omissão do Estado no planejamento e execução das políticas, deixando a situação nas mãos da ação policial, como ocorria normalmente na passagem do século XIX para o XX, com as operações de recolhimento de crianças nas ruas.

Ao referirem-se ao Direito de Convivência Familiar e Comunitária, Nathalie Beghin e Anna Maria Medeiros Peliano⁸⁶⁸ fazem a divisão entre Convivência Familiar e Convivência Comunitária, tendo a primeira quatro aspectos a serem observados: preservação dos vínculos familiares, apoio à reestruturação familiar, incentivo à convivência com outras famílias e semelhança residual e a segunda dois aspectos: participação na vida da comunidade local, participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

⁸⁶⁵ Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação. *Um olhar sobre a pobreza infantil: análise das condições de vida das crianças/Amélia Bastos, ... et al.* (Económicas. 2ª série). Portugal: Edições Coimbra, 2008. p.11.

⁸⁶⁶ RIZZINI, Irene. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*/Irene Rizzili, Irma Rizzili. Rio de Janeiro: Ed. PUC - Rio; Saraiva: Loyola, 2004, p. 77/78.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, *ibidem*.

⁸⁶⁸ BEGHIN, Nathalie; PELIANO, Anna Maria Tiburcio e SILVA, Enid Rocha de Andrade da (Coords.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/Conanda, 2004, p. 280.

1.2. Fatores essenciais para o abrigamento

No capítulo anterior abordamos muitos fatores que justificam o acolhimento. A estes podem ser acrescentados outros, como: a prisão e negligência dos pais; a situação dos que trabalham e não dispõem de pessoas de confiança que possam cuidar dos filhos nas suas ausências e nem meios para contratar profissionais domésticos para assumirem essas responsabilidades; a violência intra familiar; o apoio aos órfãos, abandonados e os que se encontram em situações de risco biopsicossocial; as explorações, sexual e a de mão de obra infantil, sendo esta última, quase sempre, considerada como fator preponderante em relação a desigualdade social e econômica, a pobreza, a má distribuição de renda.

Em consonância com o relatório mundial da infância de 2011⁸⁶⁹, a situação dos adolescentes no Brasil demonstra que atualmente as oportunidades para sua inserção social e produtiva ainda são insuficientes, tornando-os o grupo etário mais vulnerável em relação a determinados riscos, como o desemprego e subemprego, a violência, a degradação ambiental e redução dos níveis de qualidade de vida. As oportunidades são ainda mais escassas quando são levadas em consideração outras dimensões da iniquidade além da idade, como renda, condição pessoal, local de moradia, gênero, raça ou etnia.

Atualmente, 38% dos adolescentes brasileiros vivem em situação de pobreza, enquanto esse percentual é de 29% em relação à média da população. Já as crianças e os adolescentes afrodescendentes são os mais afetados pela pobreza, elevando esse número para 56%. Apesar do Brasil não ter definido ainda uma linha de pobreza, utiliza-se o padrão de famílias vivendo com até 1/2 salário mínimo per capita, por mês, para essa definição⁸⁷⁰.

“O Repórter Brasil, da TV Brasil, mostra uma reportagem especial sobre as crianças e adolescentes que vivem nas ruas. Muitos deixam as próprias casas por causa de maus tratos, ou são atraídos pelo vício e acabam à própria sorte. A execução de políticas pouco eficazes não priorizam os direitos das crianças e adolescentes e contribuem para agravar o problema. A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República realizou uma pesquisa em 75 cidades do país, e constatou cerca de 24 mil meninos e meninas em situação de rua. Os

⁸⁶⁹ *Situação Mundial da Infância 2011. Caderno Brasil. UNICEF.* Disponível em: http://arquivo.campanhaeducacao.org.br/semana/2011/Situacao_Mundial_Infancia_2011_UNICEF.pdf. Acesso em: 21/08/2011.

⁸⁷⁰ *Situação Mundial da Infância 2011. Sítio cit.*

motivos são: discussão com pais e irmãos (32,3%); violência doméstica (30,6%) e uso de álcool e drogas (30,4%)⁸⁷¹”.

No Brasil, os poderes Judiciário e Executivo firmaram um Pacto no dia 09/10/2012 para defesa e proteção dos direitos da criança e do adolescente. Os menores de 18 anos representam hoje 36% da população. “O pacto possui quatro eixos de atuação: direito à convivência familiar e comunitária; enfrentamento à violência sexual; reformulação do sistema socioeducativo, e erradicação do trabalho infantil. A carta foi assinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), os ministérios da Justiça, Saúde, Educação, Trabalho e Desenvolvimento Social e Combate à Fome, além da UNICEF e da organização Childhood Brasil. Esses órgãos vão formar um comitê, coordenado pela SDH, com o objetivo de desenvolver e acompanhar as ações pactuadas na carta⁸⁷²”.

No Brasil há um programa de transferência de renda denominado “bolsa família”, criado pela Lei nº 10.836/2004, o qual unificou outros até então existentes, estabelecidos anteriormente, denominados “bolsa escola”, “auxílio gás”, “bolsa alimentação”; cuja gestão é descentralizada e compartilhada entre União, estados, Distrito Federal e municípios. Tal programa tem como finalidade precípua ajudar as famílias pobres, que possuem renda per capita “de R\$ 70,00 até R\$140,00 e extremamente pobres com renda per capita até R\$ 70,00”, e, por conseguinte, reduzir a pobreza. Para receber este benefício, as famílias são obrigadas a manterem seus filhos na escola e vacinados.

De acordo com Luciano Medeiros⁸⁷³, já são mais de 13 milhões de famílias beneficiadas pelo bolsa família em todo o país, o qual faz parte do Programa Fome Zero, e o seu objetivo principal é erradicar a fome nos lares brasileiros, levando uma renda mínima para manter uma alimentação adequada às famílias com renda muito baixa.

⁸⁷¹ Brasil tem 24 mil crianças e adolescentes em situação de rua. Repórter Brasil/TV Brasil. Atualizado em 01.08.2012. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2012/08/brasil-tem-24-mil-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 18/10/2012.

⁸⁷² CRUZ, Antônio. Pacto entre poderes Judiciário e Executivo vai proteger crianças e adolescentes. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/10/09/pacto-entre-poderes-judiciario-e-executivo-vai-protoger-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 18/10/2012.

⁸⁷³ MEDEIROS, Luciano. Bolsa Família 2012. Cadastro e Calendário de Pagamento. Disponível em: <http://www.mundoatualizado.com.br/bolsa-familia-2012-cadastro-calendario-pagamento>. Acesso em: 21/04/2012.

Este programa, na nossa percepção, supre as deficiências momentâneas das famílias, mas gera também acomodação. Por outro lado, os índices sociais continuam elevados e vários alunos não estão saindo das escolas qualificados, preparados para enfrentarem uma profissão, aptos ao mercado de trabalho. Muitos deles têm como incentivo maior a merenda que recebem, são estimulados pelos pais a frequentarem as aulas para não perderem os benefícios que recebem, nenhum outro estímulo. Tem que se pensar em escolas de qualidade, no desenvolvimento das gerações futuras, em oportunidades de empregos para as famílias, através de políticas públicas, nos seus acessos aos serviços de saúde, alimentação, habitação e não em elevar o patamar dos beneficiários de programas de transferência de renda.

A pobreza e a exclusão social constituem um dos maiores desafios das Nações. No ano de 2000, a ONU - Organização das Nações Unidas, ao analisar os maiores problemas mundiais, estabeleceu oito Objetivos do Milênio, com a pretensão de atingirem resultados até o ano de 2015, os quais foram adotados por cento noventa e um Estados membros, que são: erradicar a extrema pobreza e a fome, atingir o ensino básico universal, promover a igualdade entre os sexos e a valorização da mulher, reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde das gestantes, combater a Aids, a malária e outras doenças, garantir a qualidade de vida e respeito ao meio ambiente, estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

No tocante a estes objetivos podemos verificar que os índices têm melhorado, em relação à saúde, à educação, a outras áreas, todavia, os problemas sociais ainda podem ser vistos em uma escala considerável; embora em níveis diferenciados e até reduzidas. Algumas Nações progrediram mais, estão conseguindo cumprir as metas estabelecidas dentro do previsto; outros continuam trabalhando.

Os dados do Instituto Nacional de Estatística - INE (Rendimento e Condições de Vida - 2010 referentes aos rendimentos de 2009 - dados provisórios) cerca de 17.9% da população portuguesa encontrava-se, em 2009, abaixo do limiar da pobreza, valor que se mantém com pequenas variações desde 2005 (EU-SILC-2006), quando a taxa de desemprego, segundo o Eurostat, foi registrada em 12,4% em maio de 2011⁸⁷⁴.

⁸⁷⁴ *Indicadores sobre a Pobreza. Dados Europeus e Nacionais. Atualização em Julho de 2011.* EAPN Portugal /Rede Europeia Anti-Pobreza. Porto. Disponível em: http://www.reapn.org/documentos_visualizar.php?ID=42. Acesso em: 20/08/2011.

A EAPN Portugal - Rede Europeia Anti-Pobreza elaborou o documento "Indicadores sobre a pobreza - dados europeus e nacionais", do qual destacamos os seguintes aspectos: A nova estratégia Europa 2020 inclui nas suas cinco prioridades, reduzir em 25% o número de europeus que vivem abaixo dos limiares nacionais da pobreza, isto é, retirar 20 milhões de pessoas da pobreza. No que respeita a Portugal, a meta definida no âmbito da estratégia "Europa 2020" visa reduzir, nos próximos 10 anos, pelo menos 200 mil pessoas em situação de pobreza. De notar que, de acordo com a nova estratégia Europa 2020, o número de pessoas em risco de pobreza e de exclusão será definido a partir de três indicadores: risco de pobreza, privação material e agregado familiar sem emprego. Segundo o Relatório do Comité de Protecção Social sobre a Europa 2020 verifica-se que uma em cada cinco pessoas na União Europeia encontra-se em risco de pobreza e exclusão social e 40 milhões de pessoas enfrentam a privação severa. Na UE, 25 Milhões de crianças estão em risco de pobreza e exclusão social.⁸⁷⁵

Segundo Diogo Braga⁸⁷⁶, um estudo realizado pelo Instituto Superior de Economia e Gestão concluiu que 40% das crianças portuguesas - duas em cinco - vivem em situação de pobreza. Este estudo, cujos dados se referem ao período entre 2004 e 2009, não se limita a considerar pobres “as crianças que vivem com rendimentos abaixo do limiar de pobreza”. Considera também as crianças “cujo bem-estar é afectado por condições de vida deficientes”. E os números diferem bastante mediante a forma usada para medir o bem-estar. Ressalta ainda que:

O problema reside também na própria definição das políticas sociais. O abono de família é apontado como pouco eficaz na diminuição da taxa de pobreza infantil, chegando mesmo a questionar-se a utilidade desta prestação social. Outra prova da ineficácia das políticas sociais é o facto de contribuírem apenas para uma redução de 30% no risco de pobreza na infância. A sociedade precisa de conhecer esta realidade para participar activamente na discussão de novas soluções que permitam, pelo menos, atenuar um flagelo social que afecta especialmente os grupos mais fragilizados da nossa sociedade – as crianças e os idosos⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ *Indicadores sobre a Pobreza – Dados Europeus e Nacionais*. Disponível em: <http://www.igfse.pt/news.asp?startAt=1&categoryID=281&newsID=2534>. Acesso em: 19/10/2012.

⁸⁷⁶ LEITE, Diogo Braga. *Pobreza em Portugal – um tema sensível para toda a sociedade*. [artigo de opinião produzido no âmbito da u.c. "Economia Portuguesa e Europeia", do Curso de Economia (1º ciclo) da EEG/UMinho]. Publicada por J. Cadima Ribeiro em 16 de Junho de 2011. Disponível em: <http://ecportuguesaeeuropeia.blogspot.com/2011/06/pobreza-em-portugal-um-tema-sensivel.html>. Acesso em: 18/08/2011.

⁸⁷⁷ *Ibid, ibidem*.

O Jornal “Correio da Manhã”, em uma matéria publicada em 23/02/2012 declarou que a Comissão Europeia prevê que o emprego em Portugal “continue a reduzir-se” em 2012, acompanhando o declínio da actividade económica”, e que haja, portanto, um aumento no desemprego. Destacou, na oportunidade, as seguintes informações:

As previsões divulgadas no dia 23/02/2012, pela Comissão Europeia não incluem dados específicos para a taxa de desemprego. No entanto, ao prever uma recessão ainda mais grave que o inicialmente esperado para 2012 (uma redução de 3,3 por cento da economia portuguesa), a Comissão nota que o desemprego vai continuar a subir. No documento lê-se ainda que o desemprego jovem “disparou para níveis próximos dos 50 por cento” em Espanha e na Grécia. Em Portugal, segundo dados do INE, 35 por cento dos jovens entre os 15 e os 24 anos estavam desempregados no final de 2011⁸⁷⁸.

No mesmo dia o Jornal “Mundo Lusíada” publicou um artigo sobre o número de desempregados em Portugal, quando assim destacou, *verbis*:

De acordo com dados do Instituto Nacional de Estatística (INE), no quarto trimestre de 2011 havia no país 203 mil inativos disponíveis (mais 5% que no trimestre anterior), 83 mil inativos desencorajados (mais 9,1%) e 187 mil pessoas em situação de subemprego visível (mais 16,9%). Com uma população total que ronda 10,6 milhões de habitantes e uma população economicamente ativa de 5,5 milhões, a taxa de desemprego em Portugal atingiu os 14% no último trimestre de 2011, de acordo com dados divulgados do Instituto Nacional de Estatística (INE). No trimestre anterior a taxa era de 12,4 %. No total, cerca de 1,24 milhão de residentes em Portugal não conseguem trabalho⁸⁷⁹.

A taxa de desemprego em Portugal, segundo informações divulgadas em 22/05/2012, vai continuar a bater recordes e atingirá os 16,2 por cento em 2013, segundo previsões divulgadas pelo Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE). Num capítulo do seu *Outlook* dedicado à economia portuguesa, a OCDE prevê que o PIB continuará “a cair até meados de 2013”, o que levará a um “aumento adicional do desemprego”⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ *Desemprego vai continuar a subir em 2012*. Correio da Manhã, em 23/02/2012. Disponível em: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/ultima-hora/desemprego-vai-continuar-a-subir-em-2012>. Acesso em: 22/04/2012.

⁸⁷⁹ *Portugal já tem mais de 1,2 milhão de pessoas sem trabalho*. Mundo Lusíada, em 23/02/2012. Disponível em: <http://www.mundolusiada.com.br/politica/portugal-ja-tem-mais-de-12-milhao-de-pessoas-sem-trabalho/>. Acesso em: 22/04/2012.

⁸⁸⁰ *Desemprego continuará a subir em Portugal até aos 16,2% em 2013*. Disponível em: http://economia.publico.pt/Noticia/desemprego-continuara-a-subir-em-portugal-ate-aos-162-em-2013_1547105. Acesso em: 19/10/2012.

No Brasil, os principais motivos de abrigamento referem-se à carência de recursos materiais da família, o abandono pelos pais ou responsáveis, a violência doméstica, a dependência química de pais ou responsáveis, a vivência na rua, a orfandade, o abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis, a falta de condições da família em proporcionar o mínimo necessário para sobrevivência dos filhos, a ausência de creches e escolas por parte do Estado.

“Há outros fatores que dificultam a permanência da criança em casa, tais como a inexistência ou ineficácia das políticas públicas, a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades de gerar rendas e de inserção no mercado de trabalho e a insuficiência de creches e escolas públicas de qualidade em horário integral, com que os pais possam contar enquanto trabalham⁸⁸¹”.

Devemos lembrar que os motivos que ensejaram o acolhimento são diversos. Os filhos não fizeram esta opção, esta escolha e nem podem ser penalizados ou culpados por terem sido abandonados, algumas vezes excluídos do convívio familiar, por serem órfãos, por não serem selecionados para adoções. Esta medida poderá gerar consequências negativas para suas vidas e nos seus desenvolvimentos psíquicos e naturais. Por outro lado, não podemos olvidar, é uma oportunidade de garantir acesso a alguns dos seus direitos fundamentais e de protegê-los a exposições violentas, inseguras, conflituosas nas ruas, praças e logradouros públicos.

No dia 3 de maio de 2011, a ministra de Desenvolvimento e Combate à Fome, Tereza Campello, anunciou que o Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em situação de extrema pobreza, o que representa 8,5% da população. Esta taxa, segundo o presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Márcio Pochmann, indica que não estavam falando de uma taxa residual. A taxa de extrema pobreza atinge quase um brasileiro a cada dez⁸⁸².

Crianças abandonadas, criadas sem carinho, filhas de pais viciados em álcool e outras drogas, violentadas, tendem a tornarem-se mais revoltadas, violentas com o passar do tempo, carregam nos corpos e nas mentes marcas profundas e até difíceis de serem esquecidas, sem esperança de serem adotadas. Outras são escolhidas por famílias que as adotam, mas algumas

⁸⁸¹ *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*/ Irene Rizzini; Irmã Rizzini; Luciene Naiff e Rachel Baptista (Coords.). São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF; CIESPI; Rio de Janeiro, RJ: PUC-RIO, 2006, p. 23.

⁸⁸² PASSARINHO, Nathalia. *Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em extrema pobreza, diz governo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html>. Acesso em: 20/08/2011.

com o passar do tempo percebem que lhes faltam assistência material, moral e psicológica, carinho, afeto, atenção.

Para Jorge Ferreira as causas da situação e dos problemas sociais respeitantes à criança e à família, são: absentismo escolar, negligência familiar, falta de comunicação, excesso de consumo de álcool, violência doméstica, negligência nos cuidados de higiene e alimentação, agressividade latente na escola, passagem fácil ao acto, desestruturação familiar, sendo que muitos dos pais vivenciaram os mesmos problemas em criança⁸⁸³.

1.3. Síntese de diplomas legislativos que acentuam o princípio do superior interesse das crianças e jovens.

A família, o Estado, a Sociedade e o Ministério Público devem lutar para que os direitos das crianças, adolescentes e jovens sejam garantidos com absoluta prioridade e que todas as decisões envolvendo os mesmos ocorram levando em consideração seus interesses, em sintonia com as normas legais, com a ética, com a moral, com o sentimento do justo, com a justiça. Para sentirem-se mais seguros, os magistrados poderão solicitar ajuda de outros profissionais, como psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, advogados e médicos, antes de proferirem suas sentenças. A oitiva da criança, adolescente ou jovem contribuirá bastante, principalmente quando este demonstrar discernimento e posições firmes nas suas opções, opiniões ou escolhas, cujo direito é resguardado por leis internacionais e nacionais. No caso de Portugal, por exemplo, a Lei de protecção de crianças e jovens em perigo resguarda este direito⁸⁸⁴. Como diz Dulce Rocha⁸⁸⁵, ouvir a criança é hoje um princípio fundamental, mesmo que ainda não saiba verbalizar, sabe expressar os seus afetos.

⁸⁸³ FERREIRA, Jorge Manuel L. *Sistema de protecção à infância em Portugal - Uma área de intervenção e estudo do Serviço Social*. Artigo aprovado em 28.05.2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802010000200010&script=sci_arttext. Acesso em: 18/08/2011.

⁸⁸⁴ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 35, art. 84: Audição da criança e do jovem: 1 - As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de protecção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção. 2 - A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa de sua confiança e art. 4º, alínea i: audição obrigatória e participação: a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção dos direitos e de protecção.

⁸⁸⁵ MONTEIRO, A. Reis, ROCHA, Dulce..., et al. *Direito das Crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 20.

O princípio do melhor interesse da criança deve ser analisado de acordo com o caso concreto, em sintonia com as leis, preceitos e normas do país. Tem sido observado e prevalecido nas decisões dos Tribunais Superiores do Brasil e de Portugal, que reconhecem, admitem e adotam na sua integridade nos seus ordenamentos jurídicos. No caso da ocorrência de conflitos, o interesse da criança se sobrepõe a qualquer outro interesse. O bem-estar da criança deve ser sempre considerado em qualquer situação, embora não haja consenso entre seus pais ou responsáveis. Segundo Paulo Lôbo,

este princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos e geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto⁸⁸⁶.

O princípio do melhor interesse da criança tem sua origem na Inglaterra, no instituto do *parens patriae*, que designava a prerrogativa do Estado proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria⁸⁸⁷. A Expressão “melhor interesse da criança” indica que dada a sua condição peculiar de desenvolvimento e de pessoa em formação ela deve ser tratada de forma especial. Tal proteção, revela Márcio Silva⁸⁸⁸, tem origem no instituto do *parens patriae* surgido na Inglaterra que outorgava uma prerrogativa ao Rei e à Coroa para proteger aqueles que não o podiam fazer por contra própria. O *parens patriae* pode ser entendido como uma herança do Estado, revestida numa autoridade, decorrente de sua soberania, para atuar em defesa de um indivíduo possuidor de uma limitação jurídica. “*Parens patriae*⁸⁸⁹ é um conceito na lei que é invocado pelo Estado quando ele precisa atuar no papel de um pai para um cidadão. Traduzido, o termo significa “pai da nação”, e tem suas raízes em Inglês lei comum. A ideia por trás *parens patriae* é que às vezes os cidadãos estão a precisar de alguém que pode agir como um pai para tomar decisões e outras ações, e às vezes o estado está melhor qualificado para assumir esse papel, geralmente em caráter temporário.” *Parens Patriae*: termo jurídico que define o papel legal do Estado como o guardião para proteger os interesses das crianças que não podem cuidar de si. Por exemplo, em um caso de abuso ou negligência,

⁸⁸⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 76.

⁸⁸⁷ PEREIRA, T.S.O., *apud* RODRIGUES, Maria Alice e RAMIRES, Vera Regina. *Estudo & Debate*, Lajeado, v. 11, n. 1, p. 47-70, 2004.

⁸⁸⁸ SILVA, Márcio Jorge Ribeiro. *Os Alimentos e sua Importância no Desenvolvimento da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/MarcioJorgeRibeirodaSilva.pdf. Acesso em: 25/07/2011.

⁸⁸⁹ *O que é Parens Patriae?* Disponível em: <http://www.wisegEEK.com/what-is-parens-patriae.htm>. Acesso em: 17/07/2011.

este conceito é usado para explicar o dever do Estado para proteger as crianças menores que não têm bom atendimento e custódia de seus pais⁸⁹⁰.

Segundo Tânia Pereira⁸⁹¹, *apud* Daniel B. Griffith, o princípio do *best interest* foi introduzido em 1813 nos Estados Unidos no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, em que se verificava a disputa da guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge-mulher havia cometido adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança.

Em seguida, vários documentos internacionais e nacionais reconheceram proteção especial às crianças, adolescentes e jovens, como a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica de 1969), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, as Constituições das Nações e várias leis, como veremos posteriormente.

Tanto a Declaração de Genebra de 1924, quanto a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 ressaltam a necessidade de conceder a criança proteção e cuidados especiais. A Declaração Universal dos Direitos da Criança⁸⁹², no segundo princípio, que trata do direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social assim dispõe:

“a criança gozará de protecção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.”

⁸⁹⁰ *Parens Patriae*. Disponível em: <http://glossary.adoption.com/parens-patriae.html>. Acesso em: 17/07/2011.

⁸⁹¹ PEREIRA, Tânia, *apud* GRIFFITH, Daniel. *O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática*. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos/pdf/Tania da Silva Pereira/MelhorInteresse.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos/pdf/Tania%20da%20Silva%20Pereira/MelhorInteresse.pdf). Acesso em: 27/07/2011.

⁸⁹² *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a. Acesso em: 27/07/2011.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos⁸⁹³, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969, estabelece em seu artigo 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”; a qual foi ratificada pelo Brasil no ano de 1992.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁸⁹⁴, aprovada por unanimidade na sessão de 20 de novembro da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, declara em seu art. 3º, item 1 o seguinte: “1. todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.” Foi ratificada pelo Brasil e por Portugal no ano de 1990. Os estados signatários comprometem-se adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁹⁵, em seu art. 24º estatui o seguinte: direitos das crianças: 1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses. “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi solenemente proclamada em Dezembro de 2000, em Nice, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia. O documento foi incluído, como Parte II, na Constituição Europeia”⁸⁹⁶. Em Dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta foi investida de efeito jurídico

⁸⁹³ *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20/08/2011.

⁸⁹⁴ *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>. Acesso em: 27/07/2011.

⁸⁹⁵ *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>. Acesso em: 27/07/2011.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

vinculativo, à semelhança dos Tratados. Para o efeito, a Carta foi alterada e proclamada pela segunda vez em Dezembro de 2007⁸⁹⁷.

No Brasil, pode se destacar a Constituição Federal, de forma específica o art. 227⁸⁹⁸, o Código Civil Brasileiro, na parte que trata do poder familiar, das modalidades de família substituta; a Lei nº 12.010/2009, de 03 de Agosto, que dispõe sobre adoção, sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8. 069/1990, nos termos do art. 1º e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em vários artigos, dentre estes o art. 4º⁸⁹⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente. Quando ocorrer a separação judicial ou divórcio, o interesse da criança deve ser superior ao dos pais ou responsável; o bem-estar da criança é extremamente relevante em relação ao dos pais.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, *ibidem*.

⁸⁹⁸ ANGHER, Anne Joyce. *Op. cit.*, p. 78; art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: *I* - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; *II* - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: *I* - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; *II* - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; *III* - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; *IV* - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; *V* - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; *VI* - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; *VII* - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: *I* - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; *II* - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

⁸⁹⁹ ISHIDA, Válder Kenji. *Op.cit.*, p. 4; art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: *a*) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; *b*) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; *c*) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; *d*) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal, Lei nº 147/99, no art. 4º, letra “a” ressalta o interesse superior da criança e do jovem, como um dos princípios da intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo.

Artigo 4º a) Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto⁹⁰⁰.

Para esta lei, crianças e jovens em perigo são as que têm o seu desenvolvimento físico, psíquico e emocional ameaçado em razão de circunstâncias diversas, como abandono, maus tratos, violências físicas e psicológicas, em risco atual ou iminente. No seu art. 72º assim adverte:

“1. O Ministério Público intervém na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, nos termos da presente lei, podendo exigir aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a sua guarda de facto os esclarecimentos necessários; 2. O Ministério Público acompanha a actividade das comissões de protecção, tendo em vista apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados; 3. Compete, ainda, de modo especial, ao Ministério Público representar as crianças e jovens em perigo, propondo acções, requerendo providências tutelares cíveis e usando quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e à sua protecção⁹⁰¹”.

Portanto, a intervenção deve atender de forma prioritária aos interesses e direitos da criança. O superior interesse da criança e do jovem deve ser entendido como o “direito do menor ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade⁹⁰²”.

O art. 36.º da Constituição da República Portuguesa destaca este direito ao referir que os pais têm direito de prestar uma boa educação aos filhos, mantê-los, tratá-los sem discriminação, independente da filiação ser legítima ou não. Nesta Constituição, de forma implícita pode ser observado este princípio no art. 69º, que estabelece:

⁹⁰⁰ RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 33.

⁹⁰¹ BORGES, Beatriz. *Op. cit.*, p.243/244.

⁹⁰² RODRIGUES, *apud* RAMIÃO. *Op. cit.*, p.35.

Artigo 69.º Infância: 1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar⁹⁰³.

O Código Civil Português, no art. 1878⁹⁰⁴, que trata do conteúdo do poder paternal, assim declara:

(Conteúdo das responsabilidades parentais): 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

Este Código também revela a importância do princípio do superior interesse da criança no art. 1905º, ao estatuir:

(Alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento): Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, os alimentos devidos ao filho e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor.

O Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro, “Organização Tutelar de Menores”, destaca o citado princípio do art. 180º⁹⁰⁵. Na opinião de Tomé Ramião⁹⁰⁶ este preceito tem que ser conjugado com os do Código Civil. Para ele, o princípio da igualdade dos progenitores, o superior interesse da criança e a disponibilidade manifestada por cada um dos

⁹⁰³ *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:

<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema Político/Constituição/> Acesso em: 06/08/2010.

⁹⁰⁴ *Código Civil* (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

⁹⁰⁵ RAMIÃO, Tomé d'Almeida. *Organização Tutelar de Menores. Anotada e Comentada*. 8ª ed. Quid Júris Editora, Lisboa, 2009. *Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro, “Organização Tutelar de Menores”*, p. 110. *Artigo 180º (Sentença):* 1 - Na sentença, o exercício do poder paternal será regulado de harmonia com os interesses do menor, podendo este, no que respeita ao seu destino, ser confiado à guarda de qualquer dos pais, de terceira pessoa ou de estabelecimento de educação ou assistência. 2 - Será estabelecido um regime de visitas, a menos que excepcionalmente o interesse do menor o desaconselhe. 3 - Quando for caso disso, pode a sentença determinar que a administração dos bens do filho seja exercida pelo progenitor a quem o menor não foi confiado. 4 - Quando o filho for confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, o tribunal decidirá a qual dos progenitores compete o exercício do poder paternal na parte não abrangida pelos poderes e deveres que àqueles deverão ser atribuídos para o adequado desempenho das suas Funções.

⁹⁰⁶ RAMIÃO. *Op. cit.*, p.112.

progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, constituem princípios fundamentais e basilares a observar, no que respeita à determinação de sua residência.

Já o Decreto-Lei nº 12/2008, de 17 de Janeiro⁹⁰⁷ tem como objeto estabelecer o regime de execução das medidas de promoção e proteção das crianças e jovens em perigo em meio natural de vida, previstas nos artigos 39.º, 40.º, 43.º e 45.º do anexo à Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Ressalta no art. 2º as medidas a serem executadas em meio natural de vida, que são o apoio junto dos pais, o apoio junto de outro familiar, a confiança a pessoa idônea e o apoio para a autonomia de vida, adiante designadas por medidas.

SEÇÃO II

1.4. Posições a serem adotadas pelo Estado, Sociedade e Ministério Público

Assim como no Brasil, o Ministério Público em Portugal deve promover todas as diligências que entenda urgentes e necessárias ao interesse das crianças e jovens, acompanhar os que estiverem em instituições de acolhimento cumprindo medidas socioeducativas, fiscalizar as entidades, sejam elas públicas ou privadas que realizam estes trabalhos, verificar se os direitos e deveres estão sendo garantidos, conversar com os meninos, conhecer a equipe técnica responsável pelo atendimento aos mesmos, analisar as atividades das comissões de proteção, no sentido de averiguar se estão sendo observados o princípio da legalidade e a adequação das decisões.

Face às funções que exerce na sociedade, deve fiscalizar o andamento das ações relacionadas às crianças, adolescentes e jovens, as quais, de acordo com o princípio da celeridade, têm preferência sobre as demais, como por exemplo, as de adoções, tutela e guarda, uma vez que fatores de ordem burocrática prejudicam muito seus trâmites legais. Deve observar ainda se as entidades estão aptas a proporcionar-lhes atendimento médico, psicológico, odontológico, oportunidades de lazer, de crescimento intelectual e moral, assistência jurídica, atividades culturais.

⁹⁰⁷ Decreto-Lei nº 12/2008, de 17 de Janeiro.

Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1226&m=PDF. Acesso em: 27/07/2011.

Os pais são extremamente negligentes quando abandonam os filhos, deixam de oferecer-lhes os devidos e necessários cuidados, de os atender nas suas necessidades básicas de alimentação, vestuário, saúde, educação, lazer. Inicialmente devem ser tentados programas de auxílio e proteção à família, a preservação dos vínculos familiares para que não haja comprometimento no desenvolvimento dos filhos. A retirada brusca de uma criança do seu espaço familiar poderá acarretar-lhe consequências profundas tanto para ela quanto para sua família. Todos os meios lícitos devem ser utilizados anteriormente, atentando sempre para o superior interesse desta; pois na área da Infância e da Juventude os princípios da não discriminação, do interesse superior da criança, do respeito à sua opinião, aos seus direitos referentes à sobrevivência e ao desenvolvimento integral prevalecem, são prioritários e carecem de proteção integral.

As políticas sociais exercem funções relevantes na proteção e apoio às famílias, principalmente as que estão com vínculos familiares e comunitários fragilizados, extintos ou rompidos, em situação de vulnerabilidade social, promovendo a socialização e a inclusão social dos seus filhos em programas que possam favorecê-los na conquista dos seus direitos. É preciso também que as instituições sejam elas governamentais ou não governamentais não interfiram nos valores familiares, crenças e diversidade cultural, procurando encontrar soluções adequadas e viáveis em todo processo.

Como afirma o Plano de Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária⁹⁰⁸, as condições sociais, culturais e familiares associadas à violência são complexas e envolvem condições socioeconômicas, culturais e relacionais. Por isto, tratar do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos é falar das políticas de atenção às suas famílias.

Os professores que trabalham nas instituições de acolhimento devem ser capacitados, treinados; os programas serem avaliados para adquirirem melhores condições de contribuir

⁹⁰⁸ Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. – Brasília-DF : Conanda, 2006, p. 57.

com o aprimoramento, crescimento das crianças, adolescentes e jovens; respeitando suas individualidades.

O espaço físico deve ser adequado como também o número de acolhidos atendidos em cada unidade, para que garanta a cada um deles um atendimento individualizado, adequado de conformidade com suas problemáticas. Deve haver uma articulação entre os programas, a rede de serviços.

Para que o princípio da preservação dos vínculos seja cumprido, é necessário que sejam permitidas visitas livres dos familiares às instituições, não impedidos por decisões judiciais, por serem os violadores, os agressores, até serem tratados, responderem pelos crimes que cometeram e dos acolhidos às suas famílias, acompanhados de psicólogos, assistentes sociais, educadores sociais; que sejam priorizados a manutenção ou reconstituição de grupo de irmãos, que as instituições ofereçam acompanhamento social e façam reuniões ou grupos de discussões e apoio.

O Estado é obrigado a zelar pela integridade física e mental dos acolhidos, podendo adotar todas as medidas adequadas de contenção e segurança; promover nas instituições de acolhimentos atividades pedagógicas; oferecer-lhes uma alimentação saudável; preparar-lhes para o desligamento no momento exato, encaminhá-los para cursos na comunidade, trabalhar com o propósito de reintegrá-los na família, na sociedade. Caso a família não disponha de condições financeiras, a inserção dos filhos em programas sociais de auxílio constitui uma solução viável e adequada.

1.5. Visão crítica em relação a esta problemática

Sabemos que muitas crianças, adolescentes e jovens, embora tenham pais ou alguns parentes próximos, encontram-se em situação de abandono, não têm suas necessidades básicas atendidas, vivem maltratados, em situações de perigo, exercendo atividades lucrativas, muitas vezes por falta de condições educacionais, financeiras e psicológicas da família, por falta de apoio do Estado e da sociedade; alguns são encaminhados a instituições diversas, outras impedidas judicialmente ou com dificuldade de retornos às famílias; que não têm condições financeiras, morais ou intelectuais de conceder-lhes uma vida digna e segura. No Brasil, há um número bastante considerável de crianças, adolescentes e jovens em situação de

rua, o que comprova a exclusão social, a desigualdade social, a omissão do poder público, a negligência da família.

O governo, o Estado e a sociedade deveriam contribuir no sentido de garantir a eles o direito à convivência familiar e comunitária, proporcionando oportunidades de serem criados juntos às suas famílias ou, na impossibilidade, em outras famílias que estejam dispostas a acolhê-los.

É de admitir que, em princípio, a criança oriunda de uma família equilibrada, educada em boas escolas, criada com zelo, proteção, afeto, com momentos de lazer no seu dia-a-dia, torna-se mais segura e com maior capacidade de desenvolver suas habilidades, de ter uma visão maior de futuro, de sobressair, de saber resolver as questões surgidas diuturnamente, de tornar-se independente. É necessário também que haja diálogo entre pais e filhos, respeito e que sejam criados dentro das normas legais, com limites.

O acolhimento familiar e o acolhimento institucional só deverão ser utilizados em última hipótese, de modo transitório para reintegração familiar, como medidas específicas de proteção, com base nos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade. A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo de Portugal apresenta vários aspectos positivos e necessários à reabilitação das crianças e dos jovens, como as medidas de promoção e proteção enumeradas, suas finalidades e os princípios orientadores da intervenção. As entidades de atendimento devem ser fiscalizadas sem prévia comunicação aos responsáveis, em horários diversos, diferentes dos habituais. Qualquer irregularidade, desleixo, omissão dos responsáveis poderá prejudicar a finalidade da medida institucional de acolhimento.

O interesse da criança deve prevalecer em todas as modalidades de família. Deve-se analisar nas ações de divórcio, guarda e outras em que ocorrem disputas entre os pais, com qual dos dois ela tem mais afinidade, tem melhor identificação; bem como ser observado além do carinho, amor e efetividade se os direitos fundamentais estão sendo cumpridos, a forma de tratamento dispensado à criança e sua opinião, quando ela demonstrar condições de escolha, de decisão, de segurança na opinião emitida.

Entendemos que deveriam ser criadas mais instituições de acolhimento em todos os municípios ou pelo menos uma que beneficie quatro municípios de pequeno porte e de

localizações próximas. Em várias cidades ou municípios brasileiros as existentes estão lotadas e sem condições de fazerem um trabalho educativo, com vistas à ressocialização familiar. O processo de institucionalização, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Portugal deve ser utilizado provisoriamente e em casos excepcionais. Todavia, no nosso entendimento, esta regra não pode ser aplicada indistintamente para todos os acolhidos beneficiados por um programa institucional de acolhimento, embora reconheçamos estarem de certa forma com uma vida limitada, com poucas possibilidades de interagir com o mundo exterior. Não podemos acatar, na íntegra, os requisitos impostos por lei relacionados às instituições de acolhimento. O ideal às vezes está bem distante da prática. Há casos em que os princípios da brevidade e da excepcionalidade não podem ser considerados quando, por exemplo, a criança, adolescente ou jovem foi abandonado, não tem referência familiar, sofre abusos, agressões, violências por parte dos pais ou responsáveis.

Precisamos considerar os acolhidos de acordo com suas diversidades sociais, educacionais, culturais e apontar-lhes um projeto de vida que lhes proporcionem autonomia, através do trabalho, das suas habilidades, afinidades e por fim, cidadania plena. Uma das formas de evitar a delinquência juvenil é garantindo à população infanto-juvenil uma vida digna.

A sociedade, e mais especificamente o Ministério Público, como Órgão responsável pela defesa dos seus interesses, deve agir e exigir uma ação concreta, coerente e ágil do Estado em prol das crianças, adolescentes e jovens desassistidos, desprotegidos, carentes de recursos, que vivem nas ruas, sem apoio, auxílio. Tem por obrigação cobrar do poder público a destinação de recursos para programas, projetos e ações que atendam esta parcela da população; fiscalizar a ocorrência ou não de desvios desses recursos. Como sabemos, embora os recursos públicos tenham destinação certa; às vezes são desviados, utilizados para outros fins, o que não constitui regra.

No Brasil, os municípios deveriam cumprir a determinação expressa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à criação do Fundo Especial para a Infância e Juventude, cuja lei deve especificar as fontes de receita, as formas de despesa. Segundo esta Lei, uma das diretrizes da política de atendimento é a manutenção de fundos nacional,

estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente.

Algumas fontes de receita para o Fundo Especial destinado à Infância e Juventude, como destaca Murillo José Digiácomo⁹⁰⁹ são previstas já na própria Lei nº 8.069/90, notadamente o valor das multas aplicadas pela Justiça da Infância e Juventude em procedimentos para apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (artigos 194 a 197 e art.154 c/c 214), e nas ações civis que tenham seus preceitos cominatórios descumpridos pelo demandado (artigos 213 e 214), além das doações de pessoas físicas ou jurídicas (art.260)⁹¹⁰. Reiteramos seu posicionamento quando declara que a

⁹⁰⁹ DIGIÁCOMO, Murillo José. *O Fundo Especial para a Infância e Adolescência - FIA e o orçamento público*. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=313>. Acesso em: 19/07/2011.

⁹¹⁰ ECA: Art. 194. O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível. § 1º No procedimento iniciado com o auto de infração, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração. § 2º Sempre que possível, à verificação da infração seguir-se-á a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, dos motivos do retardamento. Art. 195. O requerido terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, que será feita: I - pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido; II - por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão; III - por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal; IV - por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal. Art. 196. Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo. Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença. Art. 154. Aplica-se às multas o disposto no art. 214. Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município. § 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. § 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu. § 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Art. 260. Os contribuintes poderão deduzir do imposto devido, na declaração do Imposto sobre a Renda, o total das doações feitas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente - nacional, estaduais ou municipais - devidamente comprovadas, obedecidos os limites estabelecidos em Decreto do Presidente da República. § 1º-A. Na definição das prioridades a serem atendidas com os recursos captados pelos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, serão consideradas as disposições do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar, bem como as regras e princípios relativos à garantia do direito à convivência familiar previstos nesta Lei. § 2º Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações

previsão estatutária genérica, no entanto, não dispensa que a legislação que cria o Fundo Especial para a Infância e Adolescência local também contemple, de maneira específica, as referidas fontes de receita.

A institucionalização por um longo período poderá acarretar problemas às crianças, adolescentes e jovens, por serem privados da convivência familiar e comunitária, por não receberem atenção, carinho, afeto como deveriam receber em suas famílias de origem, o que é a regra. Por outro lado, há uma variedade enorme de casos inevitáveis e duradouros. É preferível que fique em uma instituição deste tipo do que permanecer perambulando nas ruas, sem nenhum tipo de assistência, sem regras, limites, acompanhamento, alimentação condizente; quase sempre sofrendo maus tratos, inseguro e exposto a todos os tipos de violência.

Muitas vezes, o menor que vive nas ruas, carente, violento é fruto das desigualdades sociais, das diferenças de classes, da falta de investimento do poder público em projetos, ações que poderiam lhe beneficiar, diminuindo um pouco o sofrimento, os contrastes. Algumas crianças passam por períodos curtos nas instituições de acolhimento, retornam aos seres lares ou são adotados; outros demoram mais tempo; há ainda os que são destituídos do poder familiar por determinação legal, atingem a maioridade e não são adotados, ficando institucionalizados até a maioridade.

A família e os vínculos afetivos devem ser valorizados, ressaltando por sua vez, a importância das instituições de acolhimento quando estes vínculos estiverem sem condições de resgate, de conquista, de aprimoramento. As famílias pobres têm que receber apoio, condições financeiras para permanecerem com os filhos se os motivos dos abandonos, das negligências forem a pobreza, a falta de recursos para assumirem os filhos, que sentem falta

subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal. § 3º O Departamento da Receita Federal, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, regulamentará a comprovação das doações feitas aos fundos, nos termos deste artigo. § 4º O Ministério Público determinará em cada comarca a forma de fiscalização da aplicação, pelo Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, dos incentivos fiscais referidos neste artigo. § 5º A destinação de recursos provenientes dos fundos mencionados neste artigo não desobriga os Entes Federados à previsão, no orçamento dos respectivos órgãos encarregados da execução das políticas públicas de assistência social, educação e saúde, dos recursos necessários à implementação das ações, serviços e programas de atendimento a crianças, adolescentes e famílias, em respeito ao princípio da prioridade absoluta estabelecido pelo caput do art. 227 da Constituição Federal e pelo caput e parágrafo único do art. 4º desta Lei.

de carinho, do afeto, da atenção deles. As necessidades e prioridades das crianças facilmente poderão ser identificadas por uma equipe técnica treinada, comprometida com o trabalho que desempenha nas instituições.

As crianças não podem deixar de preecher os critérios exigidos, cumprirem as normas das instituições, terem o seu plano de desenvolvimento de acordo com suas idades, capacidades, afinidades; receberem atenção especial da equipe composta por psicólogos, assistentes sociais, educadores sociais, pedagogos; cuja equipe levará em consideração suas necessidades, habilidades e potencial para adquirirem independência, responsabilidade. Deve haver um bom relacionamento entre os profissionais que trabalham nas instituições e os acolhidos para que eles tornem-se confiantes, seguros e o trabalho surta maior efeito.

O isolamento de uma criança em uma instituição poderá acarretar-lhe consequências danosas; o ideal é que haja sempre interação, lazer, integração com a comunidade, que participe de eventos do seu interesse, que frequente a escola, tenha uma boa alimentação, bons hábitos, disciplina, responsabilidade, seja valorizada nas tarefas que desempenha.

O Ministério Público no Brasil e em Portugal tem legitimidade para representar o Estado; defender os interesses da sociedade definidos em lei; exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade; defender a legalidade democrática, quando atua como fiscal da lei (*custus legis*). Quando verificar a prática de ilegalidade deve agir de imediato, adotando todas as providências legais e cabíveis. Deve atuar com independência, lisura, equilíbrio emocional, autonomia. Em razão da grande quantidade de ações judiciais que tramitam nas Nações, ora analisadas, este Órgão ministerial deve priorizar as atuações extrajudiciais, uma vez que estas na maioria das vezes, atendem com mais rapidez àqueles que conclamam por justiça, no que tange a garantia dos seus direitos; ademais, são menos traumáticas para as partes, principalmente quando as ações relacionam com as áreas da família, da infância e da juventude.

Como sabemos, as ações desenvolvidas em prol das crianças, dos adolescentes e dos jovens são contínuas. A sociedade evolui e na maioria das vezes os problemas aumentam; principalmente para a parcela maior da população que vive excluída, com baixa autoestima e com pouca perspectiva de dias melhores. O objetivo de todos deve ser o de assegurar às crianças e adolescentes um espaço de cidadania. Todas as ações desenvolvidas em benefício

de crianças, adolescentes e jovens devem ter como parâmetro seus interesses individuais, tratadas com mais zelo e cuidado. As políticas públicas voltadas para as mesmas são fundamentais para a garantia dos seus direitos. Evidentemente que, esta regra não pode ser analisada de forma equânime para todos. Vários fatores têm que ser observados dentro do contexto, ficando algumas vezes a decisão a critério da justiça, após proceder à devida avaliação.

Em se tratando da guarda da criança, geralmente esta será deferida ao cônjuge que demonstrar melhores condições psicológicas, afetivas, equilíbrio emocional, disponibilidade. Os pais são obrigados a contribuir com uma pensão alimentícia conforme suas capacidades financeiras. A situação financeira de um nem sempre é fator decisivo para decisão da guarda.

Em Portugal, segundo a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, as Comissões de Proteção exercem um papel relevante na área da Infância e Juventude, competindo-lhe várias funções, dentre as quais as de comunicar ao Ministério Público as situações que consideram adequadas ao encaminhamento para a adoção quando haja divergência com o organismo da segurança social, as situações sem decisões decorridos seis meses após o conhecimento da situação da criança ou do jovem em perigo, a aplicação da medida que determine ou mantenha a separação da criança ou do jovem dos seus pais ou dos seus representantes legais ou das pessoas que tenham a sua guarda de fato, as situações de fato que justifiquem a regulação ou a alteração relacionada ao poder paternal.

Este Órgão deve intervir como fiscal da lei e representante da sociedade na promoção e defesa dos direitos das crianças, adolescentes e jovens exigindo os esclarecimentos que entenda necessários das pessoas que estiverem com a guarda destes; representá-los em situações de perigo, ajuizando ações, requerendo providências tutelares e usando meios judiciais necessários para a segurança e proteção dos mesmos.

Sem dúvida, as instituições de acolhimento deveriam ser utilizadas como medidas de proteção provisória, em situações especiais, como locais protetores; entretanto, observamos principalmente nos países subdesenvolvidos, como o Brasil, carentes de políticas públicas e sociais, no qual a pobreza, o desemprego, a fome, o trabalho infantil, a desigualdade social e econômica são características visíveis, que a realidade fática é bem diferente. Muitas crianças, adolescentes e jovens vivem em situação de abandono, nas ruas; alguns sem referência

familiar ou com vínculos familiares fragilizados. Muitos são rejeitados pelas famílias, têm envolvimento com drogas.

As crianças deveriam ser ouvidas para que fossem detectadas suas prioridades, suas aflições em relação a determinados temas, áreas, situações, atentando para os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal de Direitos Humanos, visando proporcionar-lhes uma atenção especial para que tenham um bom desenvolvimento físico, mental e social conforme faz alusão a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração de Direitos da Criança, dentre vários outros diplomas legais. Como não têm maturidade física e mental, necessitam de proteção, amparo e cuidados especiais. Vemos constantemente que nem todos têm as mesmas oportunidades, os mesmos tratamentos e acompanhamentos, a mesma qualidade de vida. Algumas vezes, o sentimento, o comportamento e a atitude da criança podem expressar seu desejo, sua vontade.

É necessário, para a defesa dos direitos das crianças, adolescentes e jovens, a convivência familiar e comunitária, que seja fortalecido o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, através do empenho, compromisso, apoio dos Órgãos Governamentais, como o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública, e dos órgãos não governamentais, integrantes da sociedade, que tenham como propósito a defesa jurídico-social dos direitos individuais e coletivos da população infanto-juvenil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das finalidades do direito é disciplinar a vida em sociedade, proporcionar justiça e segurança nas relações entre os indivíduos, harmonizar a convivência, resolver os conflitos sociais à medida que forem surgindo. O Ministério Público, que tem como finalidades precípua fiscalizar a fiel aplicação da lei, zelar pelo respeito aos direitos constitucionais e defender os interesses da sociedade exerce uma importante função neste *mister*, por ser um órgão de transformação social, o guardião da sociedade, que luta pela efetivação e consagração dos direitos dos cidadãos e de forma prioritária pela tutela da infância e da juventude; sendo essencial para o engrandecimento de uma Nação.

Os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal prescrevem categoricamente em muitos dos seus diplomas legais os direitos da população infanto-juvenil. De forma ampla e generalizada, as Constituições das Repúblicas, os Códigos e, de cunho específico, as leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, e em Portugal, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa.

Embora tais leis contemplem uma série de direitos, como direitos econômicos, sociais e culturais, em Portugal, assim como no Brasil, várias crianças não têm suas necessidades básicas atendidas, têm seus direitos infringidos, se encontram em situação de risco pessoal e social, em razão de vários fatores, como: abandono, maus tratos, violências físicas, psicológicas e sexuais, drogadição; geralmente, por falta de condições educacionais, financeiras e psicológicas da família, por falta de apoio do Estado e da sociedade.

Nas duas Nações ocorrem constantemente violações dos direitos das crianças, adolescentes e jovens, demonstrando assim, a fragilidade, a carência e até a inexistência de políticas públicas, básicas e assistenciais na área da infância e juventude, que são fundamentais para a garantia dos seus direitos, para a construção de suas cidadanias, usufruindo de todos os direitos garantidos pelo Estado, cumprindo os deveres que lhe são atribuídos, para o desenvolvimento de suas personalidades, nos níveis individuais e morais; devendo a sociedade civil agir e exigir uma atuação efetiva do Estado. Há uma incidência grande de trabalho infantil, precariedade em vários setores e um percentual considerável vivendo na pobreza, em condições de desigualdade em todas as modalidades.

O enfrentamento a estas questões requer um esforço de todos conjuntamente: governo, órgãos governamentais e não governamentais, sociedade e família. As crianças, adolescentes e jovens são vulneráveis a qualquer tipo de violência, sofrem danos irreparáveis aos seus desenvolvimentos físico psíquico, social, afetivo e moral, podendo tornar-se violentos em razão do meio em que vivem, da falta de valores, de não terem sido educados de forma correta, com senso de responsabilidade, limites, dentro dos parâmetros éticos, morais, legais e justos.

Um dos órgãos mais engajados na observância dessa prioridade é o Ministério Público, por representar o Estado, defender os interesses que a lei determinar, lutar pela promoção dos direitos dos cidadãos, pela preservação, manutenção e defesa da ordem jurídica e dos direitos fundamentais; tendo a Constituição Federal Brasileira de 1988 lhe destinado o caráter de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; devendo então, estimular constantemente o diálogo democrático dos seus membros com as entidades envolvidas com esta problemática, sensibilizar a sociedade e exigir de todos os Poderes respeito aos direitos fundamentais dos membros da comunidade que representa, promover todas as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias para a garantia dos mesmos, sobretudo diante da inércia ou omissão do Poder Público.

No caso de Portugal, o Ministério Público deve intervir na prática de atos relativos a menores; se o menor estiver em situação de perigo, acompanhar e fiscalizar a intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens; e quando a vida ou a integridade física dele já estiver em perigo, requerer diretamente ao Tribunal providências urgentes para remover esse perigo.

Em virtude dos problemas que a sociedade atravessa, muitos deles motivados pela falta ou ineficácia de políticas públicas de grande relevância social, que tenham como um dos maiores objetivos à promoção da cidadania, o Ministério Público não deve esquivar-se de exercer o seu *múnus* na luta pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais. Servirá também como um estímulo e reflexão, principalmente por parte daqueles que não têm conhecimento das relevantes funções a serem desempenhadas pela instituição ministerial em uma sociedade, como a de defensor do Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais.

Percebemos, através das pesquisas bibliográficas que fizemos e de experiências profissionais acumuladas por muitos anos que, no Brasil, devido às desigualdades sociais, econômicas e culturais, do atendimento restrito em programas, da ausência de políticas públicas efetivas, do desemprego, da pobreza, da relação familiar conflituosa, da violência doméstica, do trabalho precoce e da violação dos direitos fundamentais básicos, os meninos e as meninas, abandonados pela família, marginalizados e excluídos pela sociedade não encontram outro meio de sobrevivência a não ser a rua, que inicialmente poderá atraí-los e acolhê-los e posteriormente apresentar-lhes manifestações de violência, insegurança, sem perspectiva de um futuro melhor. Muitos deles, oriundos de famílias desestruturadas são impulsionados pelos pais para irem para as ruas em busca de alimentos, de dinheiro; prejudicando, assim, os seus desempenhos físicos, morais e intelectuais; outros vivem nas ruas obrigados, por não possuírem residências ou locais que os abriguem, em que façam suas refeições, trabalhem ou durmam, por terem sido extintos seus vínculos familiares.

Na verdade, tais violações de direito ocorrem em razão de negligência ou omissão do Estado, da sociedade e da família. A desigualdade social deve ser combatida, pelo menos amenizada em suas proporções, através, por exemplo, da garantia dos direitos fundamentais, que se baseiam nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito e reconhecidos internamente pelas Nações. Tanto o Brasil, quanto Portugal reconhecem, defendem e asseguram tais direitos nas suas Constituições da República, nos seus ordenamentos jurídicos, devendo assim, ser respeitados em todos os aspectos. É preciso que haja um grande esforço contínuo dos governantes, dos órgãos governamentais e não governamentais e da sociedade com as famílias, no sentido de ajudá-las, inseri-las em programas e projetos para que obtenham condições de criar dignamente os filhos, não podendo sofrer penalidades se não dispuserem de condições mínimas para atender às necessidades deles. Caso não seja possível encaminhá-los à família de origem, procurar utilizar outros recursos, inicialmente estabelecendo ações e campanhas de incentivos à adoção e, posteriormente, buscando alternativas nas unidades de atendimento, através de programas de acolhimento familiar ou institucional.

Para que uma sociedade seja justa, humana, solidária e fraterna, tanto o Estado, quanto as comunidades de um modo geral e o Ministério Público, devem lutar com o objetivo de que os direitos, as garantias e oportunidades sejam a todos assegurados. Várias crianças e jovens são abandonados pelas famílias, que alegam ser pobres, desempregadas e não terem condições

de sustentá-los, decidindo então, encaminhá-los a instituições de acolhimento, o que constitui um erro. Em casos dessa natureza, deveriam receber apoio, assistência do Estado, serem inseridas em projetos de inclusão social e neles receberem capacitação para exercerem uma atividade profissional, de acordo com as necessidades e exigências do mercado de trabalho, tentar suavizar tais dificuldades, para que estas situações não aconteçam; uma vez que a pobreza, a falta de recursos não constituem motivos que ocasionem a perda ou a suspensão do poder familiar, ao afastamento da família.

Uma das formas de se garantir a proteção à infância é através de políticas sociais básicas, políticas assistenciais, políticas de proteção especial e políticas de garantia de direitos, envolvendo ações do Estado, da família e da sociedade em geral.

É forte nosso convencimento de que a criança tem um melhor desenvolvimento biológico, cognitivo, psicológico, afetivo convivendo com sua família, caso esta assumisse com responsabilidade suas funções, por constituir o mais importante grupo social de todo ser humano, como também a sua referência de relações, identificações, laços afetivos e convivência. É no lar que deve receber carinho, atenção, amor e como consequência, segurança, confiança em si, amadurecimento, disposição para estudar e pensar com o passar do tempo, em uma vida exitosa, saudável e plena. Entretanto, não sendo possível conviver em uma família biológica, acolhedora ou adotiva, por condições alheias à sua vontade, torna-se necessário o seu encaminhamento para uma instituição de acolhimento, com o propósito de protegê-la. A colocação de uma criança em uma instituição de acolhimento pode trazer-lhe consequências ruins no futuro; por outro lado, na falta de opções, este recurso deve ser utilizado, ressaltando que, em última hipótese, como destacam as legislações portuguesa e brasileira, e se possível, dentro de um critério razoável de provisoriedade; devendo tal instituição proporcionar condições dignas de moradia, saber lidar com crianças, ser integrada por profissionais sérios, competentes, hábeis, comprometidos com o processo. Entretanto, há casos em que esta provisoriedade transforma-se em definitiva, quando os vínculos familiares encontram-se extintos, a criança não foi inserida em uma família substituta, nas modalidades de guarda, tutela e adoção e, por conseguinte, encontra-se impossibilitada para outro tipo de convivência, restando apenas como alternativa de proteção, o acolhimento familiar ou institucional.

Todos os níveis de governo: federal, estadual e municipal deveriam assegurar a manutenção das mesmas; priorizar essas questões, seja garantindo políticas públicas e sociais que contemplem esta população tão desassistida, carente e desprotegida, seja criando outras possibilidades que assegurem o cumprimento dos direitos fundamentais que todos têm direito. Deveriam, ainda, assumir a responsabilidade de oferecer em tais instituições cursos de profissionalização, dando aos jovens oportunidades de adquirirem posteriormente uma profissão e, conseqüentemente, independência financeira ao deixarem as mesmas, munidos de ferramentas e aptidões para viverem tranquilos, de forma íntegra, respeitosa. Atualmente não disciplinam as leis sobre tal obrigatoriedade. Por sua vez, esta preocupação na maioria das vezes não existe e em muitas delas há um número considerável de jovens que estão próximos de atingirem a maioridade ou que já atingiram, com futuros incertos, sem expectativa, nem perspectiva de uma vida futura. A instituição de acolhimento deve prestar um atendimento personalizado, contribuir com o desenvolvimento das aptidões dos institucionalizados, com vistas a uma independência no futuro, propiciar mudanças de valores éticos, morais, afetivos, comunitários e de comportamentos, apresentar propostas efetivas com o processo de ressocialização, de conquista, procurar entendê-los sob todos os aspectos e dimensões; já que a adolescência é uma fase de mudanças, questionamentos, transformações físicas e psicológicas, medos e de busca da identidade. Ademais, a prática de atividades esportivas, como lazer, poderão contribuir no conhecimento de potencialidades, criatividade e limitações, bem como, com a elevação de sua autoestima.

Não obstante algumas leis como a do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo destaquem para as instituições de acolhimento os princípios da excepcionalidade e da provisoriedade, vimos na prática que muitos jovens que lá se encontram não têm perspectiva de moradia ao deixarem tais instituições, não têm nenhum vínculo, nenhum contato com a família e nem locais que os acolham. Então, se forem preparados, o problema será atenuado, amenizado. O Ministério Público, através do Promotor de Justiça, não pode ficar omissos a esta problemática; caso o Estado não assuma uma posição firme, concreta, efetiva na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve assumir este *mister*, sob pena de também ser responsabilizado; fiscalizar constantemente as entidades, verificar se estão ou não cumprindo seus objetivos exigidos por lei; fazer um trabalho que surta efeito na comunidade que representa e adotar todas as medidas necessárias. É, portanto, um órgão independente, autônomo, de fiscalização e controle da sociedade.

Por outro lado, embora tenha autonomia e independência funcional, deve agir de forma responsável, atentar para o interesse público, analisar a necessidade de sua intervenção no feito e atuar, segundo os preceitos legais, com transparência, lisura, ética, probidade, seriedade, ser um exemplo para a sociedade que representa.

As leis brasileiras e portuguesas deveriam dispor sobre a obrigatoriedade de preparar o jovem acolhido para o futuro, para que ele adquira condições de suprir suas necessidades e não esperar este atinja a maioridade para eximirem-se de tal obrigação, adquirindo nos termos das mesmas, total capacidade e aptidão para exercer seus direitos, administrar sua vida e seus bens. As instituições de acolhimento não deveriam deixar o jovem sair, não obstante tenha cumprido o prazo estipulado e completado a maioridade, principalmente aquele que fora abandonado, excluído pela família, não foi adotado e não tem perspectiva de vida ao deixar a instituição, a qual mesmo que não tenha mais o dever legal, o encargo de acolhê-lo, segundo as leis vigentes, quando este jovem tornar-se maior de idade tem o dever moral de o assistir, de cuidar dele. O correto seria estabelecer condições para os seus funcionamentos, que fossem diuturnamente fiscalizadas e monitoradas direta ou indiretamente pelos Órgãos governamentais e não governamentais. O importante não é mensurar o período que os jovens ficam nas instituições, mas sim a forma como saem delas, seus graus de instrução, seus graus de desenvolvimento, maturidade, entendimento e crescimento físico, emocional e intelectual. Muitos jovens deixam as instituições de acolhimento quando atingem a maioridade com baixos índices de escolaridade, o que efetivamente dificulta seus ingressos no mercado de trabalho e, conseqüentemente, sua independência econômico-financeira.

Se as referidas instituições forem transformadas apenas em instrumentos de depósitos para crianças e jovens com os perfis supracitados, que não têm um lar, passam fome e causem péssima impressão na cidade, não surtirão efeito, podendo traumatizá-los e vitimá-los ainda mais. Não obstante o tempo de acolhimento de crianças, adolescentes e jovens esteja diminuindo em alguns estabelecimentos brasileiros, no Piauí este fato não tem ocorrido. O que a realidade nos mostra é a carência de instituições desta natureza; o estado não tem envidado esforços no sentido de resolver tal situação.

No estado do Piauí-Brasil, que abrange duzentos e vinte e quatro municípios só há duas instituições de acolhimento mistas com este perfil. Ambas ficam localizadas na cidade

de Teresina, capital do estado e são destinadas a crianças e jovens de ambos os sexos: Casa Dom Barreto e Lar da Criança "Maria João de Deus".

A Casa Dom Barreto é uma entidade filantrópica, sem fins lucrativos, mantida pelo Instituto Dom Barreto, instituição de ensino particular, que tem como principais motivos de acolhimento: abandono pelos pais ou responsáveis, pais ou responsáveis dependentes químicos/alcoolistas, ausência dos pais ou responsáveis por doença, prisão e transtorno mental, carência de recursos materiais da família/responsável, violência doméstica, negligência, abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis e vivência de rua.

Já o Lar da Criança "Maria João de Deus" é a maior instituição pública de acolhimento do Piauí. É administrada pelo estado e tem como principais motivos de acolhimento: abandono pelos pais ou responsáveis, pais ou responsáveis dependentes químicos/alcoolistas, ausência dos pais ou responsáveis por doença, prisão e transtorno mental, carência de recursos materiais da família/responsável, violência doméstica, submetido a exploração sexual (prostituição, pornografia), negligência, submetido a exploração no trabalho, tráfico e/ou mendicância, abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis, vivência de rua. Tem capacidade para atender sessenta crianças e jovens, estando quase sempre superlotada, sem condições de receber outras crianças que necessitam ser acolhidas em regime de urgência, tendo em vista a situação de risco pessoal e social que enfrentam. Dentre os acolhidos pouquíssimos estão disponíveis para adoção. Embora a demanda seja grande, alguns fatores como: burocratização, falta de estrutura das Varas da Infância e Juventude, critérios diversos estipulados pelos pretendentes, dentre estes: cor, sexo, idade, gênero dificultam o processo.

É necessário, então, que sejam construídas outras para que todas as crianças e jovens sem referência familiar, desamparados, desassistidos, desvalidos, vítimas de violência de todos os tipos e maus tratos tenham oportunidade de terem uma vida digna e saudável, não sendo obrigados a viverem nas ruas, em praças ou logradouros. Não concordamos com o acolhimento de forma ilimitada, indeterminada, generalizada; por outro lado, há casos, como os já mencionados, em que essas instituições são necessárias, não podendo ser fixados prazos, condições para os acolhidos que lá se encontram sem opções de terem um lar, uma família, um local de referência para viver.

Indispensável seria a construção de outras instituições de acolhimento público em cada região do estado do Piauí, bem como nos outros estados do Brasil, e em cidades portuguesas, se necessário, nas quais não existam instituições de acolhimento suficientes para o atendimento das crianças, dos adolescentes e dos jovens com os perfis supramencionados, muitos deles forçados a dormirem e viverem nas ruas, debaixo de pontes ou em outros locais públicos, de modo desumano, indigno, desprezível.

Como as crianças, os adolescentes e os jovens têm preferência na formulação e execução das políticas públicas e sociais, os recursos para a área da infância e juventude devem ter destinação prioritária, privilegiada, serem utilizados corretamente segundo suas necessidades e prioridades. O orçamento deveria contemplar projetos e ações destinados à população infanto-juvenil e às suas famílias, o que não tem ocorrido. É essencial que haja penalidades administrativa, civil e criminal para os que agem com negligência, ignoram ou permanecem indiferentes perante a situação. O Ministério Público não pode ficar inerte na fiscalização, aplicação e destinação dos recursos e nem deixar de observar se o percentual estipulado não está sendo remanejado para outras áreas de forma arbitrária pelos administradores, em atenção aos princípios da prioridade absoluta, da proteção integral e no caso do Brasil, as normas de finanças públicas relacionadas à responsabilidade na gestão fiscal estabelecidas nas Leis Complementares números 101/2000 e 131/2009. Se o gestor estiver adotando práticas ilegais, os Promotores de Justiça devem ingressar com ações cabíveis, tentando de início, medidas extrajudiciais; não logrando êxito, medidas judiciais. Apesar da criança ser considerada sujeito de direitos, devendo ter sempre prioridade absoluta e proteção integral, verificamos na prática que estes dois princípios nem sempre são cumpridos em ambas as Nações.

Embora os direitos humanos, que têm como principais fundamentos a igualdade e a dignidade, constatamos no cotidiano, que os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, presentes nos diplomas nacionais e internacionais, quase sempre são desrespeitados. A relação com o poder, os aspectos éticos, socioeconômicos, culturais e normativos em várias ocasiões são causas de violação da dignidade humana. Constantemente nos deparamos com situações discriminatórias. Evidentemente que o Estado não pode ser o único responsável pelas políticas de assistência e de seguridade social da população. Todos nós deveremos contribuir segundo nossas possibilidades, capacidades, interesses, compromissos.

São necessárias ações de articulação, intervenção e de transformação dessa realidade de iniciativa dos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos, do Poder Público, dos Municípios, de equipes interdisciplinares, dos Conselhos Tutelares, que no Brasil são órgãos que têm como função precípua zelar pelos direitos das crianças e adolescentes e enfim, por órgãos e entidades que possam interferir positivamente para o encaminhamento de soluções viáveis e exequíveis, e das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens de Portugal, imbuídas do propósito de promoverem os direitos das crianças e dos jovens, prevenindo ou resolvendo situações que possam afetar sua segurança, saúde, formação educacional ou desenvolvimento integral, desenvolvendo assim, um importante papel na busca de soluções para os problemas que eles rotineiramente enfrentam. Lembramos, também, que na proteção e promoção dos direitos das crianças e dos jovens, Portugal tem recebido contribuição dos Juízes Sociais, escolhidos e nomeados pelas Câmaras Municipais, que mesmo não sendo Juízes de Direito, auxiliam e colaboram muito com os Magistrados Judiciais, no exercício das suas funções.

A responsabilidade de promover ações por meio de programas de apoio e orientação de reintegração familiar para as crianças e jovens institucionalizadas deve ser assumida pelo município, com a colaboração dos estados e da União. Apesar das atribuições serem diferentes, as responsabilidades em relação às crianças, adolescentes e jovens são conjuntas, na busca de uma finalidade comum, de resultados similares; devendo o compromisso ser assumido por todos. O Promotor de Justiça poderá mobilizar e articular a sociedade visando a criação e implantação de rede de proteção em seu município.

Convém ressaltar que, embora vários órgãos, entidades, comissões trabalhem em favor da garantia e cumprimento dos direitos das crianças, adolescentes e jovens, através de ações, projetos e programas diversos, o Governo, através dos seus entes, federal, estadual e municipal, não pode eximir-se da sua responsabilidade. Deve investir em programas e projetos em benefícios das famílias para que os filhos não sejam obrigados a trabalhar, a irem para as ruas em busca de sustento, de condições de subsistência, em que muitas vezes são incentivados a práticas maléficas, como ao uso de drogas e ao cometimento de infrações penais, deixando de lado as conquistas que podem almejar, os sonhos de um futuro promissor e passem a se dedicar aos estudos. A má distribuição de renda, o desemprego, a pobreza, a desigualdade social, o baixo nível de escolaridade são fatores que contribuem para a existência do trabalho infantil. O enfrentamento a estas questões requer articulação, compromisso e responsabilidade de todos.

O ideal é que haja uma mudança de mentalidade, alterações de padrões de comportamentos e valores, que o poder público se conscientize, que desenvolva ações eficazes na garantia das necessidades básicas das famílias, na educação, no combate ao trabalho infantil, que a sociedade passe a adotar outras práticas culturais e a exigir mais daqueles que os representa e que o Ministério Público, como representante da sociedade e fiscal da lei atue de forma mais eficaz, como instrumento primordial na efetivação dos direitos da família, das crianças e dos jovens, defendendo com imparcialidade seus interesses, intervindo de diferentes formas, como por exemplo, mediante articulações sociais, termos de ajustes de conduta, ações extrajudiciais e judiciais, como a ação civil pública, que é um instrumento processual bastante utilizado na proteção dos interesses difusos e coletivos.

A Lei brasileira nº. 12.010/2009, que dispõe sobre adoção, regulamentou o tempo máximo de dois anos para a criança ou adolescente permanecer na instituição de acolhimento, salvo exceções justificadas pelo juiz e a benefício único da criança/adolescente, os quais deverão ser avaliados de seis em seis meses, podendo com esta medida agilizar os processos de adoção. Em Portugal, a Lei de proteção de crianças e jovens em perigo, lei nº 147/99, atualizada pela lei nº 31/2003, estabelece duas modalidades de acolhimento institucional: de curta duração, por prazo não superior a seis meses e prolongado, quando se prevê um acolhimento com duração superior a seis meses.

Sob a nossa ótica estas leis, como vimos anteriormente, que dispõem sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar e promovem os direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, com o propósito de garantir-lhes tranquilidade, serenidade e desenvolvimento integral, não deveriam fixar prazos.

As crianças e os jovens devem permanecer nas instituições o período necessário, sem que haja por parte de todos os envolvidos acomodação e sim preocupação em solucionar a questão, com serenidade, segurança, seriedade, e compromisso. Caso não tenham referências familiares e não existam famílias que queiram assumir suas responsabilidades ou até mesmo adotá-los, o Estado não pode desabrigá-las sob o pretexto de cumprir uma determinação expressa na lei, podendo inclusive ser responsabilizado judicialmente. O Ministério Público não pode concordar com esta decisão, nem mesmo na hipótese deles já terem atingido a maioria dentro da instituição, o que caracterizaria negligência. A solução para casos desta natureza seria o aparelhamento da instituição, a contratação de técnicos, para que as crianças e

jovens sejam tratados de seus vícios, o oferecimento de cursos profissionalizantes conforme suas habilidades, analisando a disponibilidade do mercado de trabalho, para que eles adquiram independência e encontrem condições de viverem dignamente. Apesar das instituições de acolhimento terem como pressupostos a brevidade e a provisoriedade, estes requisitos não podem ser utilizados para todos os jovens indistintamente; é preciso fazer uma análise detalhada, séria, circunstanciada sobre cada caso, que haja um trabalho efetivo, um acompanhamento adequado, um programa específico para cada um individualmente, inclusive com orientações de pedagogos, médicos, assistentes sociais e psicólogos, dependendo de suas necessidades.

Deve haver investimentos para que os vínculos familiares e comunitários das crianças, adolescentes e jovens não sejam rompidos. Só devemos encaminhá-las para famílias substitutas em último caso, como último recurso, tendo como finalidade precípua a garantia e a defesa dos seus superiores interesses. Sendo a lei a expressão da vontade geral, deve ser igual para todos, seja quando protege, seja quando pune. Os direitos fundamentais, por sua vez, devem ser proclamados com mais critérios, com mais rigor. Todos devem lutar para a constituição de uma sociedade mais humana, mais justa, mais solidária, com igualdade de oportunidades.

Reconhecemos que têm ocorrido avanços, algumas ações governamentais e não governamentais, mas muito ainda precisa ser feito, em termos de políticas públicas que contemplem a todos indistintamente, sem nenhum tipo de discriminação. Em vários setores a omissão pode ser detectada por qualquer leigo facilmente.

No Brasil, embora haja alguns programas sociais, como por exemplo, o “bolsa família”, que é um programa de transferência de renda criado com a finalidade de auxiliar as famílias mais pobres nos seus direitos fundamentais básicos, como: educação, saúde, alimentação e assistência continuam ocorrendo desigualdades e exclusões sociais; pois nem sempre os mais necessitados têm acesso a este benefício. Este programa beneficia no Brasil milhões de famílias. Por outro lado, em alguns municípios pessoas que não fazem parte do perfil recebem o “bolsa família”, como por exemplo, políticos ou funcionários públicos; em outros são utilizados como meio de angariar votos de eleitores. As pessoas não conseguem emancipar-se, desenvolverem-se ou até ficarem estimuladas para o trabalho. Há ainda os que recebem com base em declarações falsas prestadas.

Somos totalmente contrários a este tipo de programa (bolsa família), de iniciativa do poder público, com a forma que apresenta, pois na nossa opinião, supre as necessidades atuais preeminentes, ameniza o problema da fome temporariamente, com valores que variam dependendo da renda familiar da família, mas não fornece ferramentas de trabalho, não contribui para a independência econômico-financeira das pessoas nele inseridas, beneficiadas, para dele pedirem a exclusão ou o cancelamento, uma vez que as famílias que dele dependem nunca se tornam autossuficientes para suprirem suas necessidades básicas e as de suas famílias, ficam quase sempre acomodadas, esperando o final do mês chegar, para terem acesso ao benefício.

Entendemos que o “bolsa família”, cuja gestão é descentralizada e compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e que incorporou vários outros programas existentes, como: bolsa escola, cartão alimentação, auxílio gás, bolsa alimentação tem contribuído com a melhoria dos índices sociais de algumas áreas do território brasileiro, com avanços em relação ao número de crianças vacinadas, com a inclusão social, todavia, não aceitamos as justificativas que as autoridades sempre apresentam para aumentar o número de beneficiados, cujos benefícios possuem diferentes valores, dependendo de alguns critérios por eles estabelecidos.

Na verdade, o governo poderia diminuir os índices de desemprego, exclusões sociais em todas as áreas, dentre estas, saúde, educação, habitação e outros, implantando políticas públicas, cumprindo metas estabelecidas para tornarem as pessoas aptas a subsistirem com seus próprios recursos. Programas dessa natureza até diminuem os indicadores sociais, porém, provisoriamente; uma vez que, ao perderem o benefício, os beneficiados não sabem o que fazer e nem como conseguir meios que lhes concedam amparo nas suas necessidades essenciais a uma vida decente, razoável. Devemos ensinar “uma habilidade”, dar ferramentas às pessoas, para que estas se esforcem, tenham força de vontade e lutem para tentar mudar suas realidades. Em muitos casos os benefícios são mais nocivos do que benéficos, podendo então, conforme já ressaltamos, levar à ociosidade, à acomodação, à falta de entusiasmo que leve as pessoas a procurarem meios que supram as suas necessidades e as de suas famílias.

Receber um valor sem uma contraproposta, a não ser, a análise de requisitos, como a obrigatoriedade de frequentar escola e apresentar certidão atualizada de vacinação, sob a nossa ótica, não traz nenhum benefício posterior. “Estudar” é uma obrigação, que sempre

deve ser imposta pelos pais. Alguns são indolentes, não têm coragem e nem disposição para pelo menos pensarem em objetivos maiores, em metas diferentes para suas vidas; apenas frequentam a escola, muitas vezes, somente com o estímulo de terem direito a um lanche, não estudam, o que não surtirá efeito no futuro. As pessoas têm que adquirir, desde cedo, independência, sob todos os aspectos, para terem uma vida plena.

Os programas servem para sanar uma situação e não para acomodar as pessoas, o que tem ocorrido atualmente. Dessa forma, todos os direitos fundamentais necessários, como por exemplo, saúde, educação, lazer, habitação para a construção da cidadania serão atingidos e contemplados pelas famílias de forma precária, provisória. Benefícios dessa natureza não constituem emprego; não obstante algumas famílias que deles se beneficiam tenham posições distintas. Algumas até trabalham, entretanto, não se esforçam, não se qualificam para conseguirem algo melhor, um emprego que lhes propicie segurança, autonomia.

Sob a nossa égide, os governos federal, estadual e municipal poderiam gerar empregos e rendas, capacitar as pessoas para o desenvolvimento de trabalhos diversos e até conceder transferência de rendas em situações extremamente necessárias, todavia, por prazos determinados e não de forma indeterminada, como vem ocorrendo no Brasil, o que pode favorecer o comodismo, a ociosidade, a dependência, o vício, a indisposição de muitas famílias para batalharem e lutarem por um emprego melhor, decente e justo. Algumas delas passam o mês esperando o benefício e não se esforçam para ingressar no mercado de trabalho, adquirir condições para propiciar uma educação de melhor qualidade para os filhos, matriculando-os em cursos de informática, de idiomas, profissionalizantes ou técnicos que os auxiliem posteriormente para a sua independência financeira e para a aquisição de emprego, de modo a que possam contribuir para seu bem-estar e o da comunidade em que se integram.

Programas de transferência de renda que tentem reduzir a pobreza, as desigualdades muitas vezes são políticas sociais necessárias em determinados períodos, como as políticas assistenciais ou as de proteção especial, mas não devem ser utilizadas indefinidamente. Outras soluções podem ser tentadas no sentido de amenizar o desemprego, a fome, a desigualdade, como políticas públicas articuladas e efetivas que gerem emprego e renda, ações que capacitem pessoas ao exercício de profissões, dentre várias outras. Muitas crises que ocorrem nos dois países, Portugal e no Brasil, são de cunho econômico, político e social.

O problema social continua afetando a vida dos portugueses e brasileiros, o qual tem uma incidência bem maior no Brasil. Portugal, assim como o Brasil, tem atentado para as legislações internacionais no sentido de dar uma maior proteção à família e à infância. Todas as carências por nós apontadas no decorrer deste trabalho são contrárias aos objetivos, às metas do Estado Democrático de Direito, que defende o respeito às Normas, às Leis, aos Direitos Humanos e de modo bem peculiar, aos indivíduos, com a efetivação dos direitos fundamentais resguardados em todos os ordenamentos jurídicos indistintamente. Se os governantes exercessem suas funções de acordo com os princípios democráticos, com as leis, sujeitando-se, em eventual falta ou descumprimento às imposições e constrangimentos por elas determinadas, certamente não teríamos tanta desigualdade, tanta injustiça, tanta violência, tanto desprezo pelas pessoas e coisas públicas.

A globalização pode acarretar consequências diversas nas nações, nos aspectos sociais, econômicos, culturais e políticos. O mercado de trabalho está cada dia mais competitivo, seletivo, exigindo mão de obra mais qualificada, apesar de não apresentar, segundo nossa visão, diferenças significativas na redução da desigualdade, da pobreza, embora os meios de comunicação se tenham tornado mais rápidos, mais modernos, mais dinâmicos, mais eficazes.

Portanto, o Ministério Público tem que ficar atento a todas estas situações, contribuir para o exercício efetivo da cidadania, com o nivelamento de direitos e oportunidades, com a melhoria da qualidade de vida e anseios dos seus legítimos representantes, devendo então velar pela fiel aplicação da lei, propor ações, representar a sociedade em diversas áreas quando necessário, como por exemplo, na proteção dos direitos relacionados à família, à população infanto-juvenil, procurando meios exequíveis de garantia dos mesmos, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nas Constituições, sendo um órgão público fiscalizador, gozando tanto no Brasil, quanto em Portugal, de autonomia política e financeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Actas do Colóquio. *Direito das Crianças e Jovens*. Organização: Instituto Superior de Psicologia Aplicada de Lisboa, Centro de Estudos Judiciários: Lisboa: Sersilito, Empresa Gráfica, LDA. - Maia, 2008.

Acorianooriental.pt. *Há 100 anos Portugal foi pioneiro na criação de tribunais de menores. Maio de 2011*. Disponível em: <http://www.asjp.pt/2011/05/26/ha-100-anos-portugal-foi-pioneiro-na-criacao-de-tribunais-de-menores>. Acesso em: 25/07/2011.

ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amália. (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 4ª. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

AGÊNCIA BRASIL. *Só uma em cada 7 crianças em abrigos pode ser adotada. Atualizado em 25/05/2012*. Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/05/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1248801-so-uma-em-cada-7-criancas-em-abrigos-pode-ser-adotada.html. Acesso em 14/8/2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9706/9272>. Acesso em: 11/12/2010.

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*/ Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*. Portugal: Princípia Editora, 2007.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2001.

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALVES, José Augusto, *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira e BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em Ação. Atuação prática e extrajurisdicional*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil. – parte geral*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Noção geral sobre o processo das ações coletivas*. 2000. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto>.

ANGHER, Anne Joyce. (Org.). *Vade Mecum: acadêmico de Direito*. 12ª. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

ARAÚJO, Denilson Cardoso de; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos. *80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10879>>. Acesso em:  16 out. 2010

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo de Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARDIGÓ, Maria Inês França. *Estatuto da criança e do adolescente: direitos e deveres*. Leme: Editora Cronus, 2009.

Assistência Social. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial>. Acesso em: 19/10/2010.

ATAÍDE, Yara Dulce Bandeira de. *Resgate da memória de grupos excluídos e silenciados*. Disponível em: <http://www.revistadafaebea.uneb.br/anteriores/numero23.pdf>. Acesso em: 31/05/08.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BALBINO, Edilene Dias Virmheiro. *Gestão familiar e delinquência juvenil: ensaio criminológico no direito brasileiro e português*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Sistema Único de Assistência Social do Brasil receberá US\$ 66 milhões do BID*. Notícias de 17/05/2012. Disponível em: <http://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2012-05-17/reforco-sistema-unico-de-assistencia-social-no-brasil,9987.html>. Acesso em 14/8/2012.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena, *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*/ Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, André Borges de Carvalho. *Direito Civil*/ André Borges de Carvalho Barros, João Ricardo Brandão Aguirre. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Amélia... *et al.* Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação. *Um olhar sobre a pobreza infantil: análise das condições de vida das crianças*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

BEGHIN, Nathalie; PELIANO, Anna Maria Tiburcio e SILVA, Enid Rocha de Andrade da. (Coords.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/Conanda, 2004.

Biblioteca Nacional de Portugal. *Código de processo civil*. Organização Clara Luzia. 16ª ed. (catálogo de bolso). Portugal: Gráfica de Coimbra, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma Questão de Direito(s). Visão Prática dos Principais Institutos do Direito de Família e das Crianças e dos Jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma Repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

_____. *A Quinta geração dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em: 05/04/2012.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Paz como axioma da democracia*. Disponível em: <http://www.leieordem.com.br/paulo-bonavides-paz-como-axioma-da-democracia.html>. Acesso em: 06/04/2012.

BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de crianças e jovens em perigo*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. Brasília-DF: Conanda, 2006.

Brasil tem 24 mil crianças e adolescentes em situação de rua. Repórter Brasil/TV Brasil. Atualizado em 01.08.2012. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2012/08/brasil-tem-24-mil-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 18/10/2012.

BRASIL: *Sistema de Indicadores de Percepção Social revela visão sobre pobreza*. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-nsp/informe/materia/?origem=1&matid=29108#.TxW-TUaBQAI.facebook>. Acesso em: 12/04/2012.

_____. *Sistema de Indicadores de Percepção Social revela visão sobre pobreza*. Disponível em: e fornece os demais dados.

_____. Tribunal de Contas da União. *Orientações para conselhos da área de assistência social*. 2ª ed. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2009.

BRUNO, Denise Duarte. *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister, IBFAM, 2010.

CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa e FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança do Adolescente e do Idoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. *Tese aprovada pelo III Congresso do MP Fluminense*. 1970.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges Campos. *A importância do Ministério Público junto ao consumidor*. Teresina: Livraria Nobel, 2004.

_____. *A eficácia das penas alternativas*. Teresina: Livraria Nobel, 2005.

_____. *Análise sobre a Realidade das Crianças e dos Adolescentes em Situação de Rua em Teresina-Piauí, sob a ótica do Ministério Público*. (Monografia apresentada no Centro de Educação Superior de Blumenau - CESBLU, para a obtenção do grau de especialista em Hebeatria). Blumenau, 2008.

_____. *Das Penas Privativas de Liberdade às Penas Alternativas*. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. de: Wolfgang Sarlet e de Paulo M. Pinto. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de Julho de 2003. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2009.

CANHA, Jeni. *Criança Maltratada*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Sérgio Antônio Fabris Editor: 2ª ed. Porto Alegre, 1997.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *et al. Direitos Fundamentais Sociais*. Coordenadores: J.J.Gomes Canotilho; Marcus Orione; Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPUCHA, Luís, *apud* DURÃO, Eliana. *A Pobreza e a Exclusão Social*. Faculdade de Economia: Coimbra 2010.

CARRIDE, Norberto de Almeida. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: http://www.eppgroup.eu/Activities/docs/charter_eu/pt.pdf. Acesso em: 27/07/2011.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>. Acesso em: 27/07/2011.

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Centro de Referência Especializado de Assistência Social - Creas. Guia de Orientação N.º 1. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_geral/leg_geral_federal/creas.doc Acesso em: 19/10/2010.

Centros de Referência de Assistência Social. Disponível em: <http://www.recria.org.br/quemcompoe/governamentais/fas/creas>. Acesso em: 19/10/2010.

Centro de Referência da Assistência Social. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1053&Itemid=322. Acesso em: 20/10/2010.

CERQUEIRA, Fernanda D'Aquino Mafra. *Estatuto da criança e do adolescente. Noções Gerais*. Brasília: Fortium, 2005.

CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ROSENVALD, Nelson *et al.* *Temas Atuais do Ministério Público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

CHAVES, Marianna. *Melhor interesse da criança: critério para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e portugueses*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2716, 8 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17985>>. Acesso em: 26/02/2011.

Código Civil (versão actualizada); 59ª versão - a mais recente (Lei nº 24/2012, de 09/07). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&artigo_id=&tabela=leis&nversao=&ficha=1901&pagina. Acesso em: 14/8/2012

Código Civil (versão actualizada); 61ª versão - a mais recente (Lei n.º 32/2012, de 14/08). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 16/10/2012.

Código Penal Português. Redação resultante das alterações introduzidas pela Lei nº. 61/2008, de 31/10 24ª versão. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Acesso em: 20/03/2010.

Código de Processo Civil (versão actualizada). 43ª versão - a mais recente. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=570&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 16/10/2012.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família; Volume I. Introdução ao Direito Matrimonial*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2001.

Compreendendo o Processo de Acolhimento Familiar. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0410372_06_cap_03.pdf. Acesso em: 26/07/2011.

Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança). Disponível em: <http://www.direitosdacrianca.org.br/conselhos/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 04/10/2010.

Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/institucional>. Acesso em: 16/03/2010.

Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=65&Itemid=159. Acesso em: 12/04/2012.

CONTINI, Maria de Lourdes Jeffery. *Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente*. Disponível em: <http://www.escoladeconselhos.ufms.br/manager/titan.php?target=openFile&fileId=254>. Acesso em: 12/04/2010.

Constituição da República Portuguesa. (Texto de 1976 e revisões até 2005). Disponível em: <http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2007/04/constituicao-1976-2005.pdf>. Acesso em: 15/03/2010.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: [http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema Político/Constituição/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema%20Político/Constituição/) Acesso em: 06/08/2010.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>. Acesso em: 27/07/2011.

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20/08/2011.

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <http://reservadejustica.wordpress.com/2009/05/18/convencao-americana-sobre-direitos-humanos>. Acesso em: 10/08/2010.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_de_Direitos_Humanos. Acesso em: 10/08/2010.

Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Europeia_dos_Direitos_Humanos. Acesso em: 12/08/2010

Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_10.htm. Acesso em: 02/08/2012

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Disponível em: http://europa.eu/scadplus/glossary/eu_human_rights_convention_pt.htm. Acesso em: 15/05/2010.

Convenção 138 da OIT. Disponível em http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id105.htm. Acesso em: 25/05/09.

Convenção 138. Sobre a idade mínima para admissão a emprego. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_138.pdf. Acesso em: 30/09/2010.

Convenção sobre Cooperação Internacional em matéria de Adoção Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm. Acesso em: 26/05/09.

Convenção Interamericana sobre o tráfico internacional de crianças. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id98.htm. Acesso em: 26/05/09.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da (Coordenação técnica). *Parâmetros para formação do socioeducador: uma proposta inicial para reflexão e debate*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

COSTA, Everton Leandro da. *A Coisa Julgada nas Ações Coletivas Sob o Prisma do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/8054-a-coisa-julgada-nas-acoes-coletivas-sob-o-prisma-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 15/11/2011.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção internacional: aspectos jurídicos, políticos e socioculturais*; (In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 265/282). Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/tarcisio/AdocaoInter.pdf. Acesso em: 08/10/2010.

CRAIDY, Carmem Maria. *Meninos de rua e analfabetismo*. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

Crianças em Instituições de Acolhimento e Alternativas. Diretrizes para Crianças em Risco: Volume 5. Disponível em:

http://tilz.tearfund.org/webdocs/Tilz/Topics/Portuguese/Children%20in%20residential%20care_P_full%20doc.pdf. Acesso em: 01/08/2011.

CRUZ, Antônio. *Pacto entre poderes Judiciário e Executivo vai proteger crianças e adolescentes.* Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/10/09/pacto-entre-poderes-judiciario-e-executivo-vai-protger-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 18/10/2012.

CUNHA, Renan Severo Teixeira da. Ministério Público: órgão da lei em defesa da ordem jurídica. *Justitia: Anais do I Congresso do Ministério Público de São Paulo.*

CUNHA JUNIOR, Dirley, *apud* SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. *A efetividade dos Direitos Sociais e a reserva do possível.* Disponível em: <http://www.coladaweb.com/direito/a-efetividade-dos-direitos-sociais-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 22/03/2012.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado/Munir Cury (Coord.).* São Paulo: Malheiros, 2003.

DAHER, Marlusse Pestana. *O Ministério Público.* Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/266>>. Acesso em: 13/11/2011.

D'ANGELO, Suzi e Élcio. *Direito de Família.* 1ª ed. Leme/SP: Anhanguera, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *O que é participação política.* São Paulo: Brasiliense, 2004.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a. Acesso em: 27/07/2011.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a. Acesso em: 14/09/2010.

Declaração de Genebra.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Internacional_sobre_os_Direitos_da_Crian%C3%A7a Acesso em: 23/03/2009.

Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acesso em: 15/05/2010.

Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1226&m=PDF. Acesso em: 27/07/2011.

Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993.
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 25/05/08.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Estatuto da Criança e do Adolescente*/ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo; Thales Cezar de Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DELGADO, P. *O Acolhimento Familiar em Portugal. Conceitos, práticas e desafios.* (Psicologia & Sociedade, 22/22010).

DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania.* Campinas, São Paulo: Papirus, 1994.

Desemprego vai continuar a subir em 2012. Correio da Manhã, em 23/02/2012. Disponível em: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/ultima-hora/desemprego-vai-continuar-a-subir-em-2012>. Acesso em: 22/04/2012.

Desemprego continuará a subir em Portugal até aos 16,2% em 2013. Disponível em: http://economia.publico.pt/Noticia/desemprego-continuara-a-subir-em-portugal-ate-aos-162-em-2013_1547105. Acesso em: 19/10/2012.

Dia das Crianças. Disponível em: http://www.colecaoegusto.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=153:ou-tubro&catid=75:datas-comemorativas&Itemid=5. Acesso em: 14/09/2010.

DIAS, João Paulo *et al.* *O Papel do Ministério Público: estudos comparados dos países latino-americanos.* Coimbra: Almedina, 2008.

DIAS, João Paulo e FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa. *O Ministério Público em Portugal: Que papel, que lugar?* Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/dspace/bitstream/10316/11096/1/O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20em%20Portugal%20Que%20papel,%20que%20lugar.pdf> Acesso em: 14/03/2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Breves considerações sobre a nova “Lei Nacional de Adoção.* Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>. Acesso em: 27/11/2010.

_____. *O Fundo Especial para a Infância e Adolescência - FIA e o orçamento público.* Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=313>. Acesso em 19/07/2011.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*/Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1966.

_____. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: 24ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2011.

Diretrizes de Riad. Disponível em:

<http://www.mp.ap.gov.br/infancia%20e%20juventudelegislacao/Diretrizes%20da%20ONU%20para%20a%20prevencao%20de%20delinquencia%20juvenil.htm>. Acesso em: 25/05/09.

Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm. Acesso em: 18/04/2012.

Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 18/04/2012.

Estatuto do Ministério Público de Portugal. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=6&pagina=1&tabela=leis&nversao. Acesso em: 16/03/2010.

Estatuto do Ministério Público Atualizado. 12ª versão - a mais recente (Lei n.º 9/2011, de 12/04).

Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=6&tabela=leis. Acesso em: 19/11/2011.

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito da Família. *Direito Tutelar de Menores. Encontro de Trabalho (Julho 2000)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ª e. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edílson. Artigo: *Direitos Fundamentais*. Lages, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Helvética Editorial Ltda, 1994.

FERNANDES, António José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia. (Fundamentos e Dimensões)*. Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Coletânea de Legislação do Brasil, 1996.

_____. *Adoção: comentários a nova lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009*. 1ª Ed. Leme/SP: CL Edijur, 2009.

_____. *Sistema de protecção à infância em Portugal - Uma área de intervenção e estudo do Serviço Social*. Artigo aprovado em 28.05.2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802010000200010&script=sci_arttext. Acesso em 18/08/2011.

FESTER, A.C. Ribeiro. (Org.). Comissão Justiça e Paz/SP. Direitos Humanos e energia, criança, urbanismo e dívida externa. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, apud DESCARTES, René, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FONSECA, Carla. *A proteção das Crianças e Jovens: Factores de legitimação e Objectivos*. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Direito Tutelar de Menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FORTES, Cristina Lazzarotto. *Aspectos histórico-jurídicos sobre a infância brasileira*. Disponível em: http://www.direito.unisinos.br/~sandra/arquivos/A_Crianca_na_Antiguidade.ppt. Acesso em: 24/05/09.

Fundo das Nações Unidas para a Infância. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_a_Inf%C3%A2ncia. Acesso em: 29/09/2009.

Fundo das Nações Unidas para a Infância. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_a_Inf%C3%A2ncia. Acesso em: 15/05/2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil*/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>: Acesso em: 7/12/2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF*. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2027808/pacto-de-san-jose-e-cada-vez-mais-aplicado-no-stf>. Acesso em: 07/09/2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito das obrigações, parte especial: tomo II*. 7ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRACIANI, M.S.S. *Pedagogia Social de rua*. 4ª ed. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 2001.

GREGORI, Maria Filomena. *Meninos de rua e instituições: tramas, disputas e desmanche*/ Maria Filomena Gregori, Cátia Ainda Pereira da Silva. São Paulo: Contexto, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini... et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUADAGNIN, Ângela. *Da Roda aos Expostos ao ECA*. Disponível em: <http://jornal.valeparaibano.com.br/2002/04/24/pag02/artigao.html>. Acesso em: 27/03/2009.

GUASQUE, Luiz Fabião e GUASQUE, Denise Freitas Fabião. *O Ministério Público e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GUIMARÃES, Cláudia. *Acolhimento Familiar*. Disponível em: <http://portaldovoluntario.v2v.net/blogs/46277/posts/336>. Acesso em: 18/07/2011.

Indicadores sobre a Pobreza. Dados Europeus e Nacionais. Atualização em Julho de 2011. EAPN Portugal /Rede Europeia Anti-Pobreza. Porto. Disponível em: http://www.reapn.org/documentos_visualizar.php?ID=42. Acesso em: 20/08/2011.

História dos direitos da criança. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/2ca3faf4-9815-437a-a182-2ee3e6e2625d/Default.aspx>. Acesso em: 15/05/2010.

Indicadores sobre a Pobreza – Dados Europeus e Nacionais. Disponível em: <http://www.igfse.pt/news.asp?startAt=1&categoryID=281&newsID=2534>. Acesso em: 19/10/2012.

Instituto Telemig Celular para o Desenvolvimento Social. *Capacitação de Conselheiros de Direitos da Criança e do Adolescente e de Conselhos Tutelares. Módulo I - Volume I*. Belo Horizonte: Gráfica e Editora Lutador, 2004.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KONSEN, Afonso Armando. *O direito a educação escolar. Projeto. O Direito é Aprender*. DER. Ministério da Educação. Brasília: 1999.

KRELL, Andreas, apud SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A releitura da teoria normativa jusfundamental: um caminho para o direito justo*. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/95,a-releitura-da-teoria-normativa-jusfundamental-um-caminho-para-o-direito-justo.html>. Acesso em: 06/04/2012.

KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. *Conflitos interfamiliares de guarda e o princípio do melhor interesse: uma associação possível*. (Dissertação: mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2007.

LAFER, Celso, *apud* SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania*. Paulo Hamilton Siqueira Júnior/Miguel Augusto Machado de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*/ Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEANDRO, Armando Gomes, *et al.* *Direito das Crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 16/03/2010.

Lei nº. 8.625, de 12 de Fevereiro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8625.htm>. Acesso em: 16/03/2010.

Lei nº. 60/98. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=63&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 16/03/2010.

Lei nº 7.644, de 18 de Dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/lei7644.htm>. Acesso em: 25/07/2011.

Lei nº. 7.347 de 24/07/1985. (Lei de Ação Civil Pública) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 12/04/2012.

Lei nº. 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.leidireto.com.br/lei-11448.html>. Acesso em: 29/05/08.

Lei nº 11.804, de 5 de Novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 18/04/2012.

Lei nº 12.398, de 28 de Março de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12398.htm. Acesso em: 18/04/2012.

Lei do Ventre Livre. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/lei_ventre_livre.htm. Acesso em: 01/10/2010.

LEITE, Diogo Braga. *Pobreza em Portugal – um tema sensível para toda a sociedade*. [artigo de opinião produzido no âmbito da u.c. "Economia Portuguesa e Europeia", do Curso de Economia (1º ciclo) da EEG/UMinho]. Publicada por J. Cadima Ribeiro em 16 de Junho de 2011. Disponível em: <http://ecportuguesaeeuropeia.blogspot.com/2011/06/pobreza-em-portugal-um-tema-sensivel.html>. Acesso em: 18/08/2011.

LEITE, Ligia Costa. *Meninos de Rua: A Infância excluída no Brasil*. Disponível em: <http://www.invenciveis.com/releaseMR.htm>. Acesso em: 23/05/08.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Ligia Costa. *Meninos de rua: a infância excluída no Brasil*. São Paulo: Atual, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LIBERATI, Wilson, *apud* MEIRELLES, Rose Melo Venceleu. *O princípio do melhor interesse da criança. Princípios do direito civil contemporâneo/* Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direito da criança e do adolescente*. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

LIMA, Antônio Negreiros. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como custos legis*. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: LTr, 2005.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil/* Coordenador: Rodrigo de Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOBO, Ana Maria Lima. *Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.apriori.com.br/cgi/for/post1510.html>. Acesso em: 01/06/09.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES CARDOSO, Álvaro. *Estatuto do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2000.

LORENZI, Gisella Werneck. *Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. Acesso em: 27/03/2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade ...et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, minimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> Acesso em 9/5/2008.

MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26ª ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MALTINI, Eliana Raposo e COLGANO, Rodrigo (Colaborador). *Direito civil: direito de família e sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *História Social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINHO, Edmundo. *2010 Contra a Pobreza: Não fique indiferente*. Pretextos: Revista Trimestral do Instituto da Segurança Social I.P. Lisboa, nº. 36, p.1, Dezembro de 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite de (Coords.). *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e Direitos Humanos*. Campinas: Bookesller, 2005.

MATOS, Fátima. *Prevenção e Combate ao Trabalho Infantil*. Pretextos: Revista Trimestral do Instituto da Segurança Social I.P. Lisboa, nº. 35, p. 26, Dezembro de 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Revista dos Tribunais. In: *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 6ª ed. 95/97. São Paulo: 1994.

_____. *Regime Jurídico do ministério Público* In: Goyet, Francisque. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. *Abandono moral. Fundamentos da responsabilidade civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6247>>. Acesso em: 1/12/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Ana Maria Ávila. *Estado e direitos sociais no Brasil: entre a modernidade e o retrocesso*. Maceió: Edufal, 2009.

MENNA, Fábio de Vasconcelos. *Direito Processual Civil*/Fábio de Vasconcelos Menna, Renato Montans de Sá; coordenação: Luiz Flávio Gomes, Nestor Távora. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

MEZMUR, Benyam. *Da Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança*. Revista Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/10/Mezmur.pdf>. Acesso em: 04/04/2010.

Ministério Público de Portugal. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_de_Portugal. Acesso em: 15/03/2010.

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004. Norma Operacional Básica - NOB/SUAS*. Brasília, novembro/2005; reimpresso em Maio/2009.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, A. Reis, et al. *Direito das Crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*/ Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Relação Médico - Paciente*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2745>>. Acesso em: 03/04/2010.

MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do ministério público no processo civil à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NASSIF, Elaine. *Sobre a duração razoável do processo*. Disponível em: <http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa/?p=1657>. Acesso em: 15/05/2010.

NERY, Nelson Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY Rosa Maria. *Cód. de Proc. Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1977.

NETO, Newton Pereira Ramos Neto. *Revista do Ministério Público do Maranhão*. Nº. 8, 2001.

NEVES, Cerrano. *Comentários a LACP por Gisele Leite*. Disponível em <http://www.serrano.neves.com.br> Acesso em: 12/11/03.

NOB/SUAS 2010: Norma Operacional Básica já está disponível para consulta pública. Disponível em: <http://www.amac.org.br/noticias/216-nobsuas-2010-norma-operacional-basica-para-consulta-publica>. Acesso em: 19/10/2010.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOGUEIRA, Maria da Luz. *Protecção das Crianças e Jovens: E quando a negligência está no Estado?* Disponível em: www.diariodeodivelas.com. Acesso em: 13/06/2011.

Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde - SUS (Publicada no D.O.U.de 6/11/1996). Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NOB%2096.pdf>. Acesso em: 10/10/2010.

Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS-NOB-RH/SUAS. Sistema Único de Assistência Social - SUAS. Brasília-DF, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

NUNES, Letícia Coelho e SANTOS, Onélio Luis Soares dos. *A Eficácia dos direitos sociais frente ao princípio da reserva do possível*. Disponível em: <http://guaiba.ulbra.tche.br/pesquisa/2009/artigos/direito/salao/597.pdf>. Acesso em: 05/04/2012.

NUNES, Rui; RICO, Miguel e NUNES, Cristina. *Dependências Individuais e Valores Sociais. Coletânea Bioética Hoje - VII*. Coimbra: CG Gráfica e Editora de Coimbra, Lda., 2004.

OLIVEIRA, Helena (Coord.). *Direitos Negados: a violência contra a criança e o adolescente no Brasil*/ [organização Fundo das Nações Unidas para a Infância. 2. ed. – Brasília-DF: UNICEF, 2006.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irmã; NAIFF, Luciene e BAPTISTA, Rachel. *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF; CIESPI; Rio de Janeiro, RJ: PUC-RIO, 2006.

O direito de ser adolescente: Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades / Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF: UNICEF, 2011.

O que é legal? Disponível em: http://www.bionetonline.org/portugues/Content/gh_leg2.htm#Q3. Acesso em: 20/03/2010.

O que é *Parens Patriae*? Disponível em: <http://www.wisegeek.com/what-is-parens-patriae.htm>. Acesso em: 17/07/2011.

Ministério Público e a Legislação Pátria. In: Justitia, órgão do Ministério Público de São Paulo; p.208; v. 87.

O Ministério Público e a tutela dos interesses difusos na Comarca de Lisboa. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/textos/files/tex_0041.pdf. Acesso em: 30/03/2010.

O que é a AMI. Disponível em: <http://www.ami.org.pt/default.asp?id=p1p5p18>. Acesso em: 05/12/2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do Art. 186 do Código Civil Brasileiro no abandono afetivo dos pais. É Possível?* Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf. Acesso em 1/12/2011.

Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Internacional_do_Trabalho. Acesso em: 30/09/2010.

Orientações sobre acolhimento institucional. Disponível em: http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=75830&folderId=97798&name=DLFE-44003.pdf. Acesso em: 01/08/2011.

O Unicef em Portugal. Disponível em: www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101110&m=1&sid=1810111013. Acesso em 29/09/2009.

PAIVA, Beatriz Augusto. *O Suas e os direitos sociassistenciais: a universalização da seguridade social em debate*. Revista *Quadrimestral de Serviço Social*. São Paulo: Cortez editora, n°. 87, Setembro/2006.

PALÁCIOS, Marcos Pili. *Fundação Abrinq e Save The Children unidas pelas crianças: Cooperação para a operação de programas e projetos em prol da criança*. Disponível em: <http://www.rumosustentavel.com.br/fundacao-abrinq-e-save-the-children-unidas-pelas-criancas-cooperacao-para-a-operacao-de-programas-e-projetos-em-prol-da-crianca>. Acesso em: 01/10/2010.

Parens Patriae. Disponível em: <http://glossary.adoption.com/parens-patriae.html>. Acesso em: 17/07/2011.

PASSARINHO, Nathalia. *Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em extrema pobreza, diz governo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html>. Acesso em: 20/08/2011.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora: Método, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Congresso Brasileiro de Direito de Família (7.: 2009: Belo Horizonte, MG). *Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010.

_____. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011.

PEREIRA, T.S.O., *apud* RODRIGUES, Maria Alice e RAMIRES, Vera Regina. *Estudo & Debate*, Lajeado, v. 11, n. 1, p. 47-70, 2004.

PEREIRA, Tânia, *apud* GRIFFITH, Daniel. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos/pdf/Tania da Silva Pereira/MelhorInteresse.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos/pdf/Tania%20da%20Silva%20Pereira/MelhorInteresse.pdf). Acesso em: 27/07/2011.

PEREIRA, T. da Silva, *apud* MEIRELLES, Rose Melo Venceleu. *O princípio do melhor interesse da criança. Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização dos poderes e histórico das Constituições*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (Coleção Sinopses Jurídicas).

_____. *Teoria geral da constituição e direitos políticos*, vol.17 4ª ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2003. (coleção sinopses jurídicas)

PINTO, Antônio Luiz de Toledo e VAZ, Márcia Cristina; CÉSPEDES, Livia. *Código Civil e Constituição Federal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Plano de Acção 2012. Observatório. Luta contra a pobreza na cidade de Lisboa. Disponível em: http://observatorio-lisboa.eapn.pt/noticias_visualizar.php?ID=438. Acesso em: 05/05/2012.

POCHMANN, Marcio. *O Brasil ainda é um país subdesenvolvido*. Visão Classista, Revista dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil. São Paulo, nº 09, Março/2012, p. 10/14.

Política Nacional de Assistência Social (PNAS). Disponível em: <http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/assistencia-social/usuario/pnas-politica-nacional-de-assistencia-social-institucional>. Acesso em: 19/10/2010.

Pró-Conselho. Instituto Telemig Celular. *Capacitação de Conselheiros de Direitos da Criança e do Adolescente e de Conselheiros Tutelares*. Gráfica e Editora: o Lutador, 2004.

Programa “Crianças e Jovens em Risco”. Disponível em: <http://www.gulbenkian.pt/section154artId1878langId1.html>. Acesso em: 5/12/2011.

PUGINA, Lauany. *Bioética: Confidencialidade e Privacidade*. Disponível em: <file:///E:/Projeto%20da%20tese%20de%20doutorado%20e%20outros%20dados/Princípios%20de%20direito%20de%20família/Bioética%20Confidencialidade%20e%20Privacidade.htm>. Acesso em: 02/04/2010.

Quando foram criadas as primeiras declarações. Disponível em: <http://franespecial.blogspot.com/>. Acesso em: 15/05/2010.

RAMIÃO, Tomé. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo*. 5ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007.

_____. *Lei Tutelar Educativa*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007.

_____. *Organização Tutelar de Menores. Anotada e Comentada*. 8ª ed. Quid Júris Editora, Lisboa, 2009.

Regras de Beijing. Disponível em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalhe.asp?campo=3154. Acesso em: 25/05/09.

Regras mínimas para proteção dos jovens privados de liberdade. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 24/05/09.

Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade. Disponível em: <http://www.cfappm.ma.gov.br/pagina.php?IdPagina=816>. Acesso em: 08/10/2010.

RIBEIRO, Ana Cecília e MELLO, Marcos Bernades *...et al. Famílias no direito contemporâneo. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves, *et al. Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2007.

ROCHA, Dulce. *Número de adoções diminuiu em Portugal nos últimos tempos*. Disponível em: <http://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/adopcao/>. Acesso em 16/04/2012.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

ROCHA, Isabel (Coordenadora). *Código Civil*. Coleção Legislação, 11ª edição. Portugal: Porto Editora, 2009.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIZZINI, Irene. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*/Irene Rizzili, Irma Rizzili. Rio de Janeiro: Ed. PUC - Rio; Saraiva: Loyola, 2004.

RIZZINI, Irene. *Reflexões sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Brasil*. Disponível em:

http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=74&id_detalhe=1354&tipo=D. Acesso em: 25/05/2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Daniela Rosário. *Direito civil: família e sucessões*. 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. *Atribuições do Ministério Público*. Jus Navigandi. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=270> > Acesso em: 16/07/04

_____. *Abandono Afetivo Parental. Dano Passível de Reparação?* Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. I, n.348, p. 50-53, Julho de 2011.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>>. Acesso em:  26/5/2008

SÁ, Eduardo...*et al*. Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação. *Abandono e adoção*. 3ªed. Coimbra: Almedina, 2008.

SACCO, Ricardo Ferreira. *O Ministério Público no Direito Constitucional Comparado*. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan./jun. 2007. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/26797/1/ministerio_publico_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 25/05/2011.

SCHIMER, Mário Sérgio de Albuquerque. *Responsabilidade pessoal de membros do Ministério Público por atos praticados no exercício da função*. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/outros_publicacoes/jornada_direito_civil/13_responsabilidade_civil.pdf. Acesso em: 08/11/2010.

SALES, Miguel. *A luta do Ministério Público*. In: Jus Navigandi. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 17/07/04.

_____. *O Dia e a Luta do Ministério Público*. Disponível em: <http://acertodecontas.blog.br/sala-de-justica/o-dia-e-a-luta-do-ministerio-publico/>. Acesso em: 12/04/2012.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa (organizador). *A Globalização e as ciências sociais*. 3ª ed. São Paulo. Cortez, 2005.

SANTOS, Danielle Maria Espezim. *Dos Direito da criança e do adolescente*: livro didático / Danielle Maria Espezim dos Santos, Josiane Rose Petry Veronense; design instrucional Viviane Bastos. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez.2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Da Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

Seguridade social. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Seguridade_social. Acesso em: 06/02/2011.

Segurança Social Portuguesa. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Seguran%C3%A7a_Social_Portuguesa. Acesso em: 06/02/2011.

SILVA, Airton Ribeiro da e WEIBLEN Fabrício Pinto. *A Reserva do Possível e o Papel do Judiciário na Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Julho de 2007 – Vol. 2, N.2, ISSN – 1981-3694. 2007.

SILVA, Alfredo Canellas da (Org.). *Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais: constituição da República Federativa do Brasil*. por Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. *Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho*. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 03, ano I, São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SILVA, Francisco de Assis. *Histórico do Brasil*. São Paulo: Moderna, 1992.

SILVA, Hélio R. S. *O menino, o medo e o professor de Saarbrücken*. In: VELHO, G. Alvito, Marcos. *Cidadania e Violência*. RJ: Ed. UFRJ e FGV. 1996.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Ed.Unijui, 2005.

SILVA, Márcio Jorge Ribeiro. *Os Alimentos e sua Importância no Desenvolvimento da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/MarcioJorgeRibeirodaSilva.pdf. Acesso em: 25/07/2011.

SILVA, Octacílio Paulo. *Ministério Público*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1991.

SILVA, Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Sistema Único de Assistência Social – SUAS. Compromissos e responsabilidades para assegurar proteção social pelo Sistema Único de Assistência Social. Brasília, dezembro de 2006.

Sistema Único de Assistência Social-SUAS. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=1053&Itemid=322. Acesso em 19/10/2010.

Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_%C3%9Anico_de_Assist%C3%AAncia_Social. Acesso em: 20/10/2010.

Situação Mundial da Infância 2011. Caderno Brasil. UNICEF. Disponível em: http://arquivo.campanhaeducacao.org.br/semana/2011/Situacao_Mundial_Infancia_2011_UNICEF.pdf. Acesso em: 21/08/2011.

Sobre acolhimento em instituição de crianças e jovens em perigo. Disponível em: <http://www.iacrianca.pt/noticias/ficheiros/infocedionze.pdf>. Acesso em: 03/04/2010.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A fundamentalidade dos direitos sociais - Ricardo Maurício Freire Soares*. Disponível em: <http://artigojurisetjure.blogspot.com.br/2011/04/fundamentalidade-dos-direitos-sociais.html>. Acesso em: 06/04/2012.

SOUSA, Evaldo Sebastião de (Coord.). *Lei da convivência familiar e comunitária: comentários*. Goiânia: MP/GO, 2010.

SOUZA, Giselle. *Brasil tem mais de 33 mil crianças e adolescentes acolhidas em estabelecimentos*. Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15354-brasil-tem-mais-de-33-mil-criancas-e-adolescentes-acolhidas-em-estabelecimentos>. Acesso em: 5/12/2011.

_____. *Mais de 37 mil jovens vivem em abrigos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18297:mais-de-37-mil-jovens-vivem-em-abrigos>. Acesso em: 18/04/2012.

SOUTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *A prioridade absoluta para a infância e a juventude e os tribunais de contas*. Disponível em: http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/orcamento/a_prioridade_absoluta_infancia.pdf. Acesso em: 31/03/2010.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Policial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. *A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. Jus*

Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2568>>. Acesso em: 15/5/2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara; SANTOS, Milice Ribeiro.. .. [et al]. Coordenação científica Maria Clara Sottomayor. *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: O Poder Paternal como cuidado parental e dos direitos da criança. A função social dos Juízes Sociais. Actas do Encontro*. Porto, Almedina, 2003.

SPOSATI, Adaiza de Oliveira..., et al. *A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise*. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo*. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567. Acesso em: 07/05/2012.

STEINER, Henry e Philip, ALSTON *apud* PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARLUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce princfam.doc>. Acesso em: 30/03/2010.

TAVARES, André Ramos, *apud* ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, Fernando Horta, et al. *Urgência de Tutelas: por uma teoria de efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fernando%20Horta%20Tavares,%20Bruno%20de%20Mattos,%20%C3%89rico%20Casagrande,%20Zamira%20de%20Assis%20-formatado.pdf>. Acesso em: 20/04/2012.

TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. 1ª ed. (ano 2007), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012

TOMÁS, Catarina Almeida. *Dia Mundial da Criança: um percurso difícil*. Disponível em: <http://www.portaldacrianca.com.pt/artigosa.php?id=84>. Acesso em: 12/09/2010.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos*. Disponível na Internet. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15/11/2011.

Trabalho infantil. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/trabalho infantil>. Acesso em: 28/09/2010.

UNICEF dedica relatório Situação Mundial da Infância 2012 às crianças das áreas urbanas. Disponível em: <http://www.viablog.org.br/unicef-dedica-relatorio-situacao-mundial-da-infancia-2012-as-criancas-das-areas-urbanas/> Acesso em: 17/04/2012.

VASCONCELOS, Anamaria. *Prova do Processo Penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo de Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Evaldo. *Os direitos e a política social*. São Paulo: Cortez, 2004.

VITAGLIANO, Roberto. *Equidade e justiça social*. In: Revista Pestalozzi. Fenap. V2, Rio de Janeiro, dez. 1997.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ZAINAGHI, Maria Cristina. *Ação Civil Pública no CDC*, Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.doutrina/texto.asp?id=3173> Acesso em: 15/07/04.