

A Proteção Integral do Menor e a Interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente 1

*Moacyr Pereira Mendes*²

Para que a doutrina da proteção integral possa atingir sua finalidade o Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a orientação Constitucional, trouxe, dentre outros dispositivos, o que dispõe seu artigo 6º, segundo o qual serão levados em conta os fins sociais a que esse diploma legal se dirige, bem como 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.

Assim, conforme preleciona **PAULO LÚCIO NOGUEIRA**³, “Em resumo, o que deve sobrelevar é a proteção aos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, devendo ele ser ouvido sempre sobre sua situação ou seu próprio destino, quando estiver em condições de ser ouvido, não se compreendendo qualquer decisão que seja tomada contrariamente aos seus interesses.”

Ora, o que temos que ter em mente é a idéia de uma lei extremamente dinâmica, onde a letra fria deve ser substituída pela análise individual de cada caso concreto. Desta forma, o legislador pretendeu, de forma ousada, criar condições para que o aplicador do direito não ficasse preso ao rigor literário da lei, mas, ao contrário, que pudesse agir, em cada caso concreto, de acordo com a melhor conveniência para os interesses da Criança e do Adolescente.

Por certo que essa idéia pode parecer, num primeiro momento, até mesmo meio fora da realidade, mas, na prática, ela representa um enorme avanço para a proteção integral dos menores, uma vez que poderá o juiz, através desse dispositivo legal, flexibilizar, quando

¹ O presente artigo foi extraído da Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado em 2006, junto à PUC/SP, sob o título **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90**, de autoria de Moacyr Pereira Mendes.

² Moacyr Pereira Mendes é formado pela Faculdade de Direito de Itu, em 1986. Possui pós-graduação "Lato Sensu" em Direito Processual Civil, pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (1998), especialização em Direito Ambiental, pelas Faculdades Metropolitanas Unidas, especialização em Direito da Criança e do Adolescente, pela ESA - Escola Superior da Advocacia e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na subárea de Direito Difusos e Coletivos, concluída em dezembro de 2005. É advogado autônomo em Sorocaba e professor universitário pela UNISO – Universidade de Sorocaba – Fundação Dom Aguirre e UNIP Universidade Paulista - Campus Sorocaba. Endereço eletrônico moacyrpmendes@aasp.org.br.

³NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13.

necessário, atenuando em situações específicas ou, ainda, agravando em outras circunstâncias quando esse caminho seja o melhor para a recuperação da Criança e do Adolescente.

Sobre o tema, **VÁLTER KENJI ISHIDA**⁴, de forma esclarecedora, apresenta os seguintes comentários:

O artigo em tela menciona a forma como se deve interpretar o Estatuto. O fim social é o de proteção integral da criança e do adolescente e o bem comum é o que atende aos interesses de toda a sociedade. Os direitos e deveres individuais e coletivos são os elencados no ECA, relativos à criança e ao adolescente.

Entendemos que a “condição peculiar da criança e do adolescente” deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais adequadas à proteção da criança e do adolescente.

Poderíamos visualizar essa questão, nas hipóteses da prática de atos infracionais pelo adolescente, cujas medidas sócio-educativas vão desde a advertência até a internação em estabelecimento educacional. Não seria prudente, por assim dizer, a aplicação, a título de exemplificação, de uma mesma medida sócio-educativa para atos infracionais idênticos, mas, com peculiaridades totalmente diversas, o que deverá o aplicador do direito levar em consideração não é somente a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, mas, antes de tudo, qual efetivamente seria o melhor caminho visando os fins sociais, 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.

Não pode, desta forma, o aplicador do direito passar despercebido por circunstância que, no caso concreto, pode mudar completamente o destino final da medida sócio-educativa a ser aplicada. O que deve ter em mente, sempre, é o que será melhor para a recuperação do menor, para a sua formação e para que o seu desenvolvimento não seja prejudicado.

Nesse sentido, trazemos a lição apresentada por **NAZIR DAVID MILANO FILHO e RODOLFO CESAR MILANO**⁵, para quem “Dentro do contexto de um processo, como exige o Estatuto, tudo deve servir para a convicção, desde a formação da prova, até os dados da vida pessoal e afetiva da Criança e do Adolescente, principalmente quando se tratar

⁴ISHIDA, Valter Kenji. op. cit., p. 32-33.

⁵MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo César. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado e interpretado**. São Paulo: LEUD, 1996. p. 28.

de apuração de ato infracional, com a devida avaliação dos interesses, para aplicação de medida adequada, alcançando a ressocialização, prevalecendo em casos de internação e semiliberdade, o interesse da sociedade, para a garantia também da ordem pública, estando, não obstante tão específico, o próprio artigo 6º a servir como supedâneo, para a forma de interpretação da lei.”.

Com isso, a título de exemplificação, para um mesmo ato infracional poderá o operador do direito aplicar, como medida sócio-educativa, uma advertência ou, em casos análogos, em face de circunstâncias peculiares, determinar a internação em estabelecimento educacional.

Essa flexibilidade acaba dando uma enorme vida ao diploma Estatutário e faz com que o aplicador do direito tenha plenas condições de recuperar o menor, ao invés de simplesmente condená-lo a um futuro ruinoso e de total delinqüência.

Podemos, citar, ainda, outro exemplo a respeito dessa flexibilidade, que pode ser visto na orientação da oitiva do menor, visando a preservação dos seus interesses. Na prática existem diversas situações em que suas declarações devem ser vistas com cautela, uma vez que ainda não possuem plena capacidade para discernir o que seria efetivamente melhor, e, com isso, há fortes possibilidades de influências externas que podem, eventualmente, sobressair aos seus verdadeiros interesses.

VÁLTER KENJI ISHIDA⁶, analisando a questão envolvendo mudança de guarda, apresenta a questão que deverá ser decidida sempre em favor do que efetivamente seria melhor para o menor, *verbis*:

Em caso específico de procedimento, os genitores pleitearam a busca e apreensão de seu filho que estava sob a guarda de tio do mesmo. O termo de guarda estava expirado, mas o menor estava há mais de dois anos sob os cuidados do tio. Assim, a interpretação literal levaria ao deferimento do pedido dos genitores. Contudo, uma análise à luz da norma levaria a outro entendimento, posto que, sob a vigência do Estatuto, prevalece a avaliação e situação do menor e, conseqüentemente, a decisão deve ser balizada sempre em seu favor.

O que temos, assim, é a possibilidade que tem o juiz em analisar o caso concreto e, dentro dos parâmetros legais, encontrar o que for a melhor solução para o menor, mesmo que essa não seja a solução apresentada pelas partes envolvidas, uma vez que, muitas vezes, a

⁶ISHIDA, Valter Kenji. op. cit., p. 32-33.

própria criança não possui condições psicológicas, emocionais ou de fato para a escolha, por estar ainda em desenvolvimento e, assim, sujeita a todo tipo de pressão.

Nesse sentido, aliás, trazemos as lições apresentadas pela consagrada Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **LUCIANA DE OLIVEIRA LEAL**⁷, que de forma brilhante assim nos ensina, *verbis*:

Nessa linha de pensamento, cumpre indagar: teriam a criança e o adolescente a autodeterminação e o discernimento necessários ao exercício absoluto, pleno e desimpedido da liberdade de escolha?

Tendo em vista cuidarem-se de pessoas em formação, de regra expostas a toda sorte de riscos, ainda despreparadas e imaturas, a outra conclusão não se deve chegar senão a de que titularizam a liberdade de escolha, como direito fundamental, todavia fazendo jus a uma proteção efetiva. Nesta inclui-se com proeminência a restrição legal e prática ao exercício da liberdade de escolha.

Não perdem a criança e o adolescente o direito irrenunciável de que são sujeitos ativos, porém não lhes deverá ser dado pesar os valores dentre os quais optar, uma vez que ainda imaturos e despreparados para tal. Uma escolha errada, impensada, mal-avaliada, perpetrada na infância se revestirá de potencialidade para aniquilar toda uma vida.

Em muitos momentos, o menor encontrar-se-á em situação de risco para outros direitos fundamentais, como a vida, a segurança, a saúde, a educação, a dignidade. Despido de maturidade suficiente para bem optar, irá em verdade agir segundo o vedado ao próprio adulto, plenamente capaz: sacrificará direitos irrenunciáveis, indisponíveis, dos quais depende seu desenvolvimento digno, priorizado pela Constituição.

Não se trata de privar a criança e o adolescente do direito de opinar, querer e expressar sua vontade real. Ao contrário, o respeito pelo ser humano norteia as restrições devidas e pauta a conduta daquele que seja responsável pela orientação de uma pessoa em formação.

Como vimos, o Estatuto da Criança e do Adolescente é extremamente flexível em relação à sua aplicabilidade, razão pela qual, em muitas situações, deverá o menor, apesar de ouvido, ser impelido ao cumprimento de determinações que efetivamente lhe sejam muito mais benéficas, decisões essas que deverão ser cumpridas pelos seus representantes legais. Afinal de contas essa é a função dos demais grupos, dentro dos parâmetros fixados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Vale, assim, repetirmos a lição apresentada por **JOHN**

⁷LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da criança e do adolescente: art. 16, I, da lei n 8.069, de 13 de junho de 1990: aspectos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 14-15.

STUART MILE, citado por **H. L. A. Hart**, conforme obra da já consagrada Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **LUCIANA DE OLIVEIRA LEAL**⁸, *verbis*:

Nessa ordem de pensamentos, ensina John Stuart Mile, citado por H. L. A. Hart, que o próprio bem do indivíduo, físico ou moral, não é suficiente para fundamentar a interferência do poder do Estado. A este não é dado compelir cada um a agir conforme a opinião de terceiros sobre a que seja mais sábio ou mais correto. Todavia ressalva a inaplicabilidade da norma a quem não esteja na madurez de suas faculdades, como as crianças. Acrescenta, ainda:

“Os seres humanos devem ajudar-se, uns aos outros, a distinguir o melhor do pior, e a prestar apoio mútuo para eleger o primeiro e evitar o segundo.”

Ainda sobre o tema, trazemos à colação, vez mais, os ensinamentos de **J. FRANKLIN ALVES FELIPE**⁹, que assim preleciona:

O que o Código de Menores autoriza é que, em casos excepcionais, o interesse do menor não seja preterido pelo formalismo ou a letra fria da lei. Quanto mais grave for a situação, quanto maior for o envolvimento dos interesses do menor, maior será a liberdade do julgador de fugir ao critério do rigor legal.

No tocante, todavia, à prática de oitiva do menor, visando, através da sua opinião, traçarmos um melhor caminho para a solução do litígio, importante salientarmos que a mesma já vinha sendo observada no passado, posto que “A jurisprudência sempre reconheceu que o interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão (RT, 430:84, 425:92, 423:115, 420:139, dentre outros julgados)”¹⁰.

Por outro lado, temos que ter em mente, ainda, que essa faculdade, apesar de extremamente ampla, não pode ser utilizada de forma contrária à lei, ou seja, a mesma não autoriza que o judiciário inove *contra legem*. Nesse sentido, aliás, é a orientação apresentada pelos doutrinadores **CURY, GARRIDO & MARÇURA**¹¹, quando dos comentários ao artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

⁸LEAL, Luciana de Oliveira. op. cit., p. 15. HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Trad. por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 48-93.

⁹FELIPE, J. Franklin Alves. op. cit., p. 5.

¹⁰NOGUEIRA, Paulo Lúcio. op. cit., p. 14.

¹¹CURY; GARRIDO; MARÇURA. op. cit., p. 24.

3. *Trata-se de norma de interpretação, destinada primordialmente a suprir eventuais omissões, contradições e lacunas da lei, não autorizando novações contra legem.*

Comunga dessa mesma opinião, o renomado **J. FRANKLIN ALVES FELIPE**¹², que assim nos ensina:

Não pode o Juiz, à simples invocação dos interesses do menor, postergar a lei. Isso é princípio comezinho de direito. Dispensar o estágio de convivência na adoção plena, os requisitos de idade e outros previstos em lei, simplesmente sob o pretexto de que convém aos interesses do menor, parece-nos inaceitável.

O que temos desses exemplos apresentados, é a flexibilidade do aplicador do direito no direcionamento final de sua decisão, a qual, como visto, apesar de ser maleável, não pode, em hipótese alguma, infringir o ordenamento jurídico, mas, caso não fira, poderá pender para este ou aquele lado, sempre visando uma melhor solução para o menor, ainda em desenvolvimento e, portanto, merecedor de um julgamento especial.

Referências Bibliográficas

CURY; GARRIDO; MARÇURA. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 10. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com as modificações no Código de Processo Civil até 1994. Contém breves comentários à Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Trad. por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da criança e do adolescente: art. 16, I, da lei n 8.069, de 13 de junho de 1990: aspectos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo César. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado e interpretado**. São Paulo: LEUD, 1996.

¹²FELIPE, J. Franklin Alves. op. cit., p. 5.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva.