

Título II Das Medidas de Proteção

Capítulo I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 98. As medidas de proteção¹ à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:²⁻⁴

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;⁵⁻⁷

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;⁸⁻¹¹

III – em razão de sua conduta.¹²

1. Medidas de proteção: são as determinações dos órgãos estatais competentes para tutelar, de imediato, de forma provisória ou definitiva, os direitos e garantias da criança ou adolescente, com particular foco à situação de vulnerabilidade na qual se vê inserido o infante ou jovem. Estão enumeradas no art. 101 deste Estatuto, servindo tanto para quem está vulnerável quanto para quem cometeu ato infracional, a depender do caso concreto.

2. Ameaça ou violação: a intervenção do Estado, por seus órgãos competentes, torna-se viável assim que detectada uma ameaça (perigo de dano) a direito ou garantia do menor de 18 anos, bem como – e com mais razão – quando se apresentar uma efetiva violação (dano) a direito ou garantia. Mesmo quando o jovem entra em conflito com a lei, causando dano a terceiro, não deixa de ser, igualmente, vítima, geralmente da omissão dos pais ou do Estado, em vários aspectos de sua formação moral.

3. Competência: todas as medidas de proteção necessárias à criança ou adolescente, quando inserido em qualquer das hipóteses deste artigo, competem à Vara da Infância e Juventude. Porém, outras discussões, envolvendo conflitos familiares, acerca de guarda, tutela, alimentos, visitas, no tocante a menores de 18 anos, fora do contexto deste artigo, cabem à Vara de Família (ou Vara Cível). Conferir: TJMG: “Se o menor – cuja guarda é postulada no feito de origem –, com o beneplácito de sua mãe, já se encontra residindo em companhia de sua tia – a requerente da guarda –, há aproximadamente um ano, para fins de tratamento de saúde, e se tem ele regular contato com a mãe e os irmãos, não se pode tê-lo (o menor) à conta de abandonado ou desassistido. Também não foi a ele (menor) atribuída qualquer conduta passível de

Título II Das Medidas de Proteção

Capítulo I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 98. As medidas de proteção¹ à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:²⁻⁴

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;⁵⁻⁷

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;⁸⁻¹¹

III – em razão de sua conduta.¹²

1. Medidas de proteção: são as determinações dos órgãos estatais competentes para tutelar, de imediato, de forma provisória ou definitiva, os direitos e garantias da criança ou adolescente, com particular foco à situação de vulnerabilidade na qual se vê inserido o infante ou jovem. Estão enumeradas no art. 101 deste Estatuto, servindo tanto para quem está vulnerável quanto para quem cometeu ato infracional, a depender do caso concreto.

2. Ameaça ou violação: a intervenção do Estado, por seus órgãos competentes, torna-se viável assim que detectada uma ameaça (perigo de dano) a direito ou garantia do menor de 18 anos, bem como – e com mais razão – quando se apresentar uma efetiva violação (dano) a direito ou garantia. Mesmo quando o jovem entra em conflito com a lei, causando dano a terceiro, não deixa de ser, igualmente, vítima, geralmente da omissão dos pais ou do Estado, em vários aspectos de sua formação moral.

3. Competência: todas as medidas de proteção necessárias à criança ou adolescente, quando inserido em qualquer das hipóteses deste artigo, competem à Vara da Infância e Juventude. Porém, outras discussões, envolvendo conflitos familiares, acerca de guarda, tutela, alimentos, visitas, no tocante a menores de 18 anos, fora do contexto deste artigo, cabem à Vara de Família (ou Vara Cível). Conferir: TJMG: “Se o menor – cuja guarda é postulada no feito de origem –, com o beneplácito de sua mãe, já se encontra residindo em companhia de sua tia – a requerente da guarda –, há aproximadamente um ano, para fins de tratamento de saúde, e se tem ele regular contato com a mãe e os irmãos, não se pode tê-lo (o menor) à conta de abandonado ou desassistido. Também não foi a ele (menor) atribuída qualquer conduta passível de

repreensão. Se assim é, não se verifica nenhuma das hipóteses descritas no art. 98 e/ou 148 do ECA, o que vale dizer, a competência para processar e julgar a ação de guarda é da Vara Cível ou de Família, nas Comarcas onde houver" (Conflito de Competência 1.0000.03.403683-0/000, 4.^a Câm. Cível, rel. Hyparco Immesi, 16.09.2004); "A ação de destituição do poder familiar compete não apenas aos interessados, mas também ao Ministério Público, conforme disposição expressa do art. 155 do ECA. Determina o art. 148, parágrafo único, 'b', do ECA ser da competência da Vara da Infância e Juventude, nas hipóteses do art. 98 do mesmo diploma legal, as ações de destituição do poder familiar" (Apelação 1.0027.10.019612-3/001, 8.^a Câm. Cível, rel. Vieira de Brito, 09.02.2012, v.u.). TJSP: "Ação de guarda de menores proposta perante a Vara Cível. Remessa dos autos à Vara da Infância. Menores que se encontram sob a guarda de fato da avó materna desde o nascimento. Inocorrência de situação 'irregular' ou de 'risco'. Hipótese não abrangida pelo disposto no art. 98 do ECA. Competência da Vara Cível. Conflito procedente para declarar competente o Juízo Suscitante" (Conflito de Competência 9028524-39.2009.8.26.0000, Câmara Especial, rel. Moreira de Carvalho, 20.07.2009); "Tutela. Pedido formulado pela irmã, que já cuida de fato da adolescente desde o falecimento dos genitores. Ausência ou falecimento dos pais não caracteriza situação 'irregular' ou de 'risco'. Hipótese não abrangida pelo disposto no artigo 98 do ECA. Competência do Juízo Cível. Conflito procedente. Competente o Juízo suscitado" (Conflito de Competência 9052000-43.2008.8.26.0000, Câmara Especial, rel. Eduardo Gouvêa, 13.10.2008). TJMA: "I. Menor que vive sob a guarda de amiga de sua mãe, desde o nascimento, inclusive na companhia desta e com a aquiescência do pai, não se encontra em situação irregular. II. Não se encontrando a menor em situação de risco ou abandono, tal como regrado pelo art. 98 da Lei n.º 8.069/90, a competência para apreciar e julgar o feito é da Vara de Família e não da Infância e Juventude. III. Conflito de Competência julgado procedente" (Conflito de Competência 0801822009, rel. Jaime Ferreira de Araujo, 26.03.2009). TJPB: "Na disputa pela guarda de menor, bem como de destituição de pátrio poder, não estando presentes as condições expostas no art. 98, da Lei n.º 8.069/90, não há razão para o deslocamento do feito à Vara da Infância e Juventude, pois sendo a matéria unicamente de direito de família, não se confunde com aquelas que visam a proteger os menores e adolescentes. A competência da Vara da Infância e Juventude, quando se tratar de pedido de guarda ou destituição de pátrio poder, exige a combinação do art. 148, parágrafo único, com o disposto no art. 98, ambos do ECA. Assim, não se encontrando o menor em qualquer das alíneas previstas no art. 98, ou seja, em situação irregular, expressão utilizada no antigo Código de Menores, deve a competência ser deslocada para a Vara de Família ou para o Juízo que detenha tal competência. – Encontrando-se a criança sob a posse da avó materna desde o seu nascimento, fácil constatar que a contenda é atinente ao Direito de Família, sendo competentes, assim, as varas cíveis ou de família, para a solução do litígio" (Conflito negativo de competência 00011500420148150011, 2.^a Câm. Especializada Cível, rel. Abraham Lincoln da C. Ramos, 19.02.2015, v.u.).

4. **Conflito entre Vara da Infância e Juventude e Vara da Violência Doméstica:** prevalece a primeira, quando se tratar de vítima menor de 18 anos para a finalidade de solucionar o lado civil do problema. Compete ao juízo comum processar e julgar o crime cometido pelo pai ou mãe contra o filho. Cuidando-se de infração penal do tipo contra a filha, pode-se encaminhar à Vara da Violência Doméstica. Logo, deve-se verificar qual a finalidade da apuração e a essência do caso. Conferir: TJSE: "Conflito de jurisdição entre o juizado especial da violência doméstica e familiar contra mulher e o juízo de direito da 6.^a Vara Criminal da Comarca de Aracaju. Apuração de suposta prática do crime de maus-tratos contra menor. Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Condição da vítima que determina a jurisdição. Inteligência do art. 1.º, § 2.º da Lei Complementar Estadual n.º 228/2013. Precedentes desta corte. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo suscitado. Decisão unânime. O que definirá a aplicação do ECA ou da Lei Maria da Penha é a condição da vítima. Se for criança ou adolescente, como no caso dos autos em que a vítima tem apenas 03 anos de idade, será regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; se for mulher, será regida pela Lei Maria da Penha. Os regramentos do ECA somente cederiam espaço caso a Lei n.º 11.340/2006 trouxesse situações mais específicas do que as abrangidas pelo ECA e não é isto que se vislumbra neste feito. Dentro desse contexto, compete à 6.^a Vara Criminal da Comarca de Aracaju processar e julgar os crimes praticados contra criança, nos termos da alteração promovida pela Lei Complementar Estadual n.º 228/2013. Precedentes desta Corte de Justiça. Conflito Negativo de Jurisdição conhecido e provido para declarar competente o juízo suscitado. Decisão unânime" (Conflito de Jurisdição 20140001, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, rel. Suzana Maria Carvalho Oliveira, j. em 14.05.2014).

5. **Ação ou omissão da sociedade ou do Estado:** há quatro situações neste inciso: a) ação da sociedade prejudicial ao infante ou jovem; b) omissão da sociedade igualmente prejudicial; c) ação do Estado prejudicial à criança ou adolescente; d) omissão do Estado igualmente prejudicial. No tocante ao primeiro campo, entende-se por *sociedade* a atuação de qualquer pessoa – e não necessariamente de um número indeterminado delas. Portanto, crianças ou jovens vítimas de exploração sexual praticada por adultos, por exemplo, encaixam-se nesse perfil. Quanto ao segundo, embora mais difícil de ser evidenciado, é preciso lembrar-se do dever geral imposto à sociedade, pelo art. 227, *caput*, da CF, no sentido de assegurar aos infantes e jovens todos os seus direitos fundamentais; a omissão de muitos, ilustrando, inclusive professores da escola, que deixam de se preocupar com o aprendizado, gerando evasão escolar, terminam levando as crianças à rua, sem qualquer proteção adequada, onde terminam entregues ao abandono. O terceiro campo é preenchido pela ação estatal em prejuízo do infante ou jovem, consistindo, a título de exemplo, na sua submissão a um processo educacional fracassado, sem estrutura adequada, gerando má formação intelectual. O quarto diz respeito à omissão do Estado, que é muito mais comum, em vários setores, como a saúde, a própria educação (falta de vagas em escolas), a segurança, o amparo à sua família natural, dentre tantos outros.

6. *Crianças de rua versus crianças na rua*: há quem sustente o direito de crianças de permanecer na rua, tornando-se então *crianças de rua*. Somos contrários a tal pensamento. A via pública não é o lugar adequado para pessoas em tenra idade; aliás, nem mesmo a adolescentes. O local promissor para infantes e jovens é no ambiente familiar, na escola ou no trabalho, conforme o caso. Jamais na rua. Cuida-se de uma *falsa democracia* supor que *viver na rua* é um direito aplicável a crianças que estão em fase de proteção total, algo distante do ambiente público. Portanto, tem o poder público o dever de não permitir que infantes *vivam na rua*; precisam ser recolhidos e encaminhados às suas famílias; não sendo possível, a unidades de acolhimento. “A definição classificatória, fomentada tradicionalmente por instituições como UNICEF, tende de fato a dividi-lo em dois grandes grupos: as crianças e adolescentes *na rua*, quando mantêm vínculos familiares mais estreitos, sendo considerados trabalhadores nas ruas; ou as crianças e os adolescentes *de rua*, que permanecem em maior espaço de tempo na rua, com maior intermitência nos contatos com as famílias” (Eduardo Rezende Melo, *Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça*, p. 28). Seja como for, a nomenclatura pouco importa, crianças *de* ou *na* rua cuida-se de situação a ser evitada. Conforme expõe Maurício Neves de Jesus, “muitos são os motivos que levam as crianças às ruas, mas quase sempre a questão econômica é preponderante. Pesquisas apontam que apenas 10% das *crianças de rua* são meninas, eis que estas são preservadas para os afazeres domésticos e salvaguardas da cultura das ruas, espaço culturalmente reservado aos homens. Isso leva à conclusão de que na maioria dos casos há uma família por trás das crianças que vivem na rua, o que se confirma com os dados de que, em média, 50% delas vivem com os pais, e 33,5% com pelo menos um deles – famílias organizadas geralmente em torno da mãe. Quanto às atividades, a maioria trabalha como vendedor ambulante nos sinais de trânsito. Outras funções desenvolvidas com frequência são a de engraxate e guarda-carros – os *flanelinhas*. A mendicância e a delinquência, geralmente de pequenos delitos patrimoniais, como os punguistas, aparecem em número bem menor em relação às atividades de trabalho. (...) Ao contrário da imagem sugerida pela terminologia *hordas de bandidos*, constatou-se que as crianças de rua são alegres, criativas e possuem grande capacidade de adaptação. Os conflitos, no entanto, são inevitáveis, eis que essas crianças estão expostas aos perigos da ‘sociedade de rua’ – um ambiente e uma cultura fluidos de pessoas em trânsito, gangues, famílias que vivem nas ruas, traficantes, polícia, mendigos, criminosos e adultos prontos a explorá-las. Num contexto desses, onde há tão pouca privacidade, conforto ou segurança, até o trabalhador mais ocasional fica exposto a drogas, violência e exploração, elementos que caracterizam a ‘cultura de rua’. As ruas são uma ‘escola’ muito eficiente de coisas negativas” (*Adolescente em conflito com a lei – prevenção e proteção integral*, p. 143 e 145). “A criança, excluída da escola, com significativos problemas familiares, sem opção de lazer, faz da rua o seu espaço de sobrevivência, juntando-se com outras crianças nas mesmas condições, muitas delas já com vivência de drogas e furtos. Daí para a delinquência é um passo. Muitos pais inclusive incentivam essa situação, colocando nas costas de muitas crianças e responsabilidade do sustento da família” (Vera Vanin, *O reflexo da*

institucionalização frente à prática do ato infracional, p. 699). "Segundo o Estatuto, 'menino de rua' encontra-se numa condição social de 'não cidadania'. Como não possui a condição jurídica de 'autodeterminação', a primeira coisa a fazer para corrigir tal desvio é garantir-lhe um 'responsável'. Ou através do exercício do pátrio poder [sic], ou da instituição de guardião ou tutor, ou, em último caso, depois de tentadas as opções anteriores, através de dirigente de entidade que desenvolva programa de abrigamento" (Edson Sêda, *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 39). "O autor também foi testemunha de uma entrevista de um magistrado brasileiro, na televisão, em que este desinformou a opinião pública, em rede nacional, dizendo que nada podia fazer com os 'meninos de rua' do Rio de Janeiro, porque o Estatuto dá a eles o direito de ir e vir e consequentemente eles podem escolher morar na rua, embaixo de viadutos etc. Claro que o desvio de interpretação de um Juiz não compromete a elevação com que seus colegas ilustram ou devem ilustrar a alta magistratura que exercem. Mas o cidadão comum é gravemente influenciado quando alta autoridade dá declarações incorretas através de poderosos meios de comunicação" (Edson Sêda, *A proteção integral*, p. 79). "Desta infância carente nos sobram as crianças que estão na rua. São as que conseguiram sobreviver a todo massacre iniciado com os discursos de ressocialização. De um lado a rua acena com a liberdade: não existe horário, é um lugar lúdico. Por outro lado, é extremamente perigoso. São crianças e adultos ao mesmo tempo esses seres humanos que encontramos. Não podemos considerá-las crianças, porque não tiveram oportunidade para tanto, não exercitaram seu papel de criança, pois na mais tenra idade já eram responsáveis pela própria sobrevivência. Nunca tiveram quem as protegesse. Já na saída da primeira infância começaram a assumir atitudes de adultos. Quando poderiam estar brincando, protegidas, eram obrigadas a proteger um irmão menor que elas. Porém não podemos considerá-las adultos, mesmo porque seu desenvolvimento físico não é o de um adulto. O que elas são, depende mais do referencial de cada um que com elas conversa. Se quiser encontrar a criança ela está inteirinha ali. Também se quiser encontrar o adulto não tenha dúvida que se mostrará por inteiro. Se a polícia quisesse sempre encontrar a criança, a atitude da própria polícia seria diferente. Mas a polícia sempre quer encontrar o adulto e, ainda, quer sempre encontrar o adulto infrator, o pior é que sempre encontra" (Lia Junqueira, *Abandonados*, p. 77). Sobre a invisibilidade das crianças e adolescentes de rua, Cláudia Viana de Melo Malta esclarece: "o que nos leva à constatação de que, na medida em que meninos e meninas em 'risco social' e em situação de rua não constituem com o ordenamento político-jurídico uma relação recíproca tal como a do Estado e o capital, eles permanecerão como um fenômeno de superfície para o sistema vigente e, nessa medida, limitam-se à conjugação das determinações jurídicas com as políticas sociais e assistenciais" (*A (in)visibilidade de crianças e adolescentes. O avesso da regulação social do Estado e os caminhos de resistência*, p. 263).

7. Genocídio infantojuvenil: outra visível omissão do poder público concentra-se na permissividade de que crianças e jovens sejam exterminados nas ruas, porque

estão longe da escola, distantes das suas famílias e entregues à própria sorte. Há de se levar em conta o alerta de Maurício Neves de Jesus: "há um foco central óbvio que é a juventude. No Brasil há um genocídio que está exterminando sobretudo os jovens, pobres, do sexo masculino. O que é paradoxal e mais trágico é que este genocídio é autofágico, é fratricida porque os perpetuadores são também jovens, pobres, do sexo masculino. Este é o coração do nosso problema e o tráfico de drogas e armas constitui a principal fonte de recrutamento destes setores da nossa juventude para a dinâmica da violência. Qualquer política tem que partir do reconhecimento desta evidência e dobrar-se sobre o problema, sobre a necessidade de oferecer, senão a solução, que é impossível nesta globalidade, pelo menos encaminhamentos razoáveis nessa direção. O problema da juventude começa em casa, com a violência doméstica e, depois, se desdobra com a maternidade precoce e a demissão da paternidade. Se aprofunda com a incapacidade das escolas de oferecer um acolhimento integral, que seja subjetivo e afetivo, capaz de valorizar cada jovem e dotá-lo de autoestima, fazê-lo suprir as carências que ele porventura tenha vivido em casa etc. considero que inúmeras questões aqui levantadas são importantes demais para merecerem somente a presente indicação; por outro lado, novamente, cada uma delas, caso fossem exploradas, poderiam servir de tema de uma dissertação (...)" (*Adolescente em conflito com a lei - prevenção e proteção integral*, p. 168).

8. Falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável: essa hipótese é mais visível do que a anterior (atribuir responsabilidade à sociedade e ao Estado diretamente). A família natural é o primeiro cenário onde está incluída a criança; na sequência é onde se encontra o adolescente, durante a fase mais delicada da sua formação e amadurecimento. Por isso, qualquer falha da família se torna imediatamente aparente; entretanto, por trás desse quadro, encontra-se o Estado. Exemplo: a mãe precisa trabalhar e não tem creche para deixar seus filhos (omissão do Estado); deixa os filhos presos dentro de casa e é acusada de maus-tratos ou abandono. Observa-se que a responsabilidade direta é atribuída à mãe; porém, de forma indireta, responsável é o Estado. Sob outro aspecto, existem os genitores que, por razões variadas, são extremamente violentos com seus filhos, causando-lhes lesões corporais (abuso), além daqueles que simplesmente desdenham a prole, abandonando-a (omissão). As faltas da família natural tendem a colocar o menor em situação de vulnerabilidade.

9. Abandono material ou afetivo: um dos pontos mais comuns para fundamentar ações de destituição do poder familiar é o abandono dos pais biológicos em relação aos seus filhos, uma das formas de *omissão*. *Abandonar* significa largar algo ou alguém, deixar, renunciar, desprezar. O abandono caracteriza-se pela maneira desleixada e indiferente com que certos pais lidam com seus filhos, não se interessando se estão bem ou mal; se estão doentes ou saudáveis; se estão bem ou mal alimentados; se estão sendo bem vigiados ou não; se estão imunes a agressões; se estão em desenvolvimento saudável; se estudam na época certa, dentre outros. O *abandono* não se liga somente ao estado de pobreza ou miserabilidade, pois há pais, com bom poder aquisitivo, que também largam seus filhos à própria sorte. Porém, nas classes menos

favorecidas economicamente, o índice de abandono é maior pelo simples fato de o acúmulo de responsabilidades ser igualmente mais extenso. Criar e educar um filho exige condições mínimas de suporte material; quando não há, uma das tendências é lançar o filho à própria sorte, vivendo nas ruas, pedindo esmola, convivendo perigosamente com drogados etc. O abandono, muitas vezes, é um *estado de espírito*, daquele que não se importa com o filho, omitindo-se, intencionalmente, em questões muito sérias, como a proteção contra agressões de terceiros, abuso sexual e tantas outras. O abandono é fruto da irresponsabilidade dos pais biológicos, que, em verdade, copulam pelo prazer sexual exclusivo, mas terminam por gerar um filho. Não tendo sido possível o aborto, terminam por permitir o nascimento, mas desde o início largam a criança em qualquer canto, sem maior atenção. O abandono é um poderoso elemento de péssima criação do filho e o Judiciário não pode passar ao largo desse dilema. Muitas vezes, confunde-se a pobreza com o abandono, razão pela qual há equipes técnicas e/ou juízes ou promotores que se opõem à perda do poder familiar em razão da miserabilidade dos pais ou da mãe (quando o pai é desconhecido). Porém, é preciso cautela para discernir os dois ambientes. Os pais pobres, quando dedicados, jamais abandonam seus filhos; ao contrário, preferem passar fome e alimentar a prole do que o oposto. Pais miseráveis podem ser excelentes genitores, quando mantêm seus filhos próximos de si e não se omitem em ponto algum de suas necessidades. Vão atrás do poder público para conseguir-lhes remédios, ensino, tratamento e tudo o mais de que necessitam. Os pais do abandono simplesmente largam o filho em qualquer lugar, na mão de qualquer pessoa, sem maior fiscalização. São, ainda, aqueles que cometem crimes, já sabendo da responsabilidade de criar filhos em gestação ou em tenra idade, mas não se importam se vão ou não para a prisão; se os filhos ficam desamparados e quem poderá criá-los. Como diz Ruy Barbosa Marinho Ferreira, "abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar, mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade. Revelada a conduta lasciva da mãe adolescente, que se revelou despreparada para o mister educativo-psicomoral e sem condições mínimas para ter consigo seu rebento, face à sua imaturidade, relegando-o ao abandono, malgrado o desregramento de sua conduta prejudicial, de ordem moral, consistente em atos contrários ao bom costume, que eficazmente podem vir a causar malefícios consideráveis ao filho de tenra idade, impõe-se a destituição do poder familiar..." (Adoção, p. 143). Na jurisprudência: a) *abandono material*: TJPR: "Ação de destituição do poder familiar. Medida excepcional. Negligência dos pais. Comprovada. Abandono do menor. Conjunto probatório que respalda plenamente essa decisão. Medida de proteção (apuração de situação de risco). Quadro de desnutrição grave. Descumprimento dos deveres próprios do poder familiar. Poder familiar destituído. Art. 1.938, CC e art. 19, ECA. Melhor interesse do menor. Sentença mantida. Recurso desprovido" (AC 7242119, 12.^a Câ. Cível, rel. Costa Barros, 27.04.2011); TJRS: "A destituição do poder familiar é medida drástica, pois rompe de forma definitiva com todos os liames jurídicos entre pais e filhos, e se justifica quando os pais abandonam o filho, seja em abrigo, seja ao cuidado de terceiros, e nunca mais volta a procurá-lo, deixando de exercer a obrigação legal de cuidar com zelo, dar alimentação e promover

a educação. Se os pais abandonaram o filho por não possuírem condições pessoais para cuidar dele, imperiosa a destituição do poder familiar, a fim de que ele possa ser inserido em família substituta e desfrutar de uma vida saudável, equilibrada e feliz. Estando a criança plenamente inserida na família substituta e revelando os guardiões plenas condições para o exercício do poder familiar, mostra-se correta a sentença que estabeleceu o vínculo legal de adoção. Recurso desprovido" (Apelação Cível 70052579604, 7.^a Câ. Cível, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 30.01.2013); b) *abandono afetivo*: STJ: "Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder" (REsp 275.568/RJ, 3.^a T., rel. Humberto Gomes de Barros, 18.05.2004).

10. Abuso direto e indireto: *abusar* significa ultrapassar limites, exagerar, exorbitar, passar da conta, enfim, trata-se, no campo do direito, de um ilícito. No cenário da infância e juventude, evidencia atos dos pais ou responsável em relação ao filho completamente fora dos parâmetros exigidos para o cuidado e o trato com a prole. Ilustrando, os pais devem educar os filhos, mas uma surra, com fratura de membro do corpo, deixa de ser exercício do poder familiar, invadindo o cenário do *abuso*; nesse caso, inclusive, criminoso. Há certos *abusos* que, quando cometidos, exigem providências imediatas e definitivas do Judiciário. Exemplo: o pai estupra a filha pequena; não há mais que se buscar o *convívio familiar*; é caso de imediata destituição do poder familiar. Seria um autêntico *abuso* do Estado manter essa criança sob o poder familiar desse agressor. O abuso direto é exatamente o caso dos exemplos citados: o genitor agride e lesiona o filho, em decorrência de uma surra; o pai estupra a filha. O abuso indireto configura-se pela aquiescência do pai ou da mãe em face de agressão alheia. Há mães – e não são poucos os casos – que, para não perder a companhia do padrasto, fingem não perceber o abuso sexual ao qual está exposto seu filho (ou filha). Ela, por omissão, está igualmente abusando da criança ou adolescente. Na jurisprudência: TJRS: "Situação flagrante. Vulnerabilidade. Mãe usuária de drogas. Genitor que castigava imoderadamente os filhos. Ausência de alteração no quadro vivenciado. Art. 1.638, I, II e III, do Código Civil. Art. 22 do ECA. 1) A ouvida de testemunhas sem a presença dos genitores, com o fito de resguardar a segurança de quem prestava depoimento, não gerou cerceamento de defesa, pois o Defensor Público participou das solenidades realizadas, além de a parte demandada ter acesso aos termos de degravação encartados no feito. 2) Ausência de ilegalidade na juntada aos autos dos Relatórios provenientes dos 'Círculos Restaurativos' realizados, porquanto são documentos idôneos produzidos com o fito único de dar ao julgador mais subsídios, com lastro científico, para a formação de sua convicção quanto ao destino dos irmãos. Ativismo judicial pertinente e inovador. 3) Hipótese em que se justifica a destituição dos genitores do poder familiar, porquanto demonstrado comportamento totalmente inadequado em relação à prole. Genitora que está segregada, viciada em *crack*, totalmente negligente em relação aos cuidados dos filhos. Genitor que os castigava imoderadamente, fazendo uso de cin-

las, fios elétricos e chinelos, obrigando uma das filhas a cuidar dos demais irmãos e a executar todos os afazeres domésticos. Relato de abuso sexual praticado por outro membro da família. Núcleo familiar que há muito vem sendo acompanhado pela rede de proteção e não apresenta evolução. Traumas gerados a ponto de os irmãos não quererem voltar para junto dos pais. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida" (Ap. Cível 70054290002, 8.^a Câ. Cível, rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, 15.08.2013).

11. Abuso sexual: mais comum do que seria desejável, ele existe em diversos núcleos familiares, geralmente provocado pelo pai ou padrasto em relação ao filho(a) pequeno(a). Igualmente, não são raras as vezes em que conta com a omissão da mãe ou madrasta, que não quer perder o marido ou companheiro, fazendo *vista grossa* ao abuso da prole. Noutros casos, a mãe simplesmente ignora os fatos, seja porque trabalha demais fora de casa, seja porque não presta a devida atenção no comportamento dos filhos. Tivemos a oportunidade de conhecer o triste caso de uma família constituída pelos pais biológicos e seus cinco filhos. A mais velha, com seus 14 anos, vinha sendo sexualmente abusada pelo pai há vários anos; descobriu-se o crime quando o genitor passou para a menina de 10 anos (outra filha), ocasião em que a mãe fazia denúncia para proteger a irmã. Foram os cinco retirados dos pais, pois a mãe fazia *vista grossa*, e colocados num abrigo. Os irmãos menores variavam de 7 a 3 anos. Não vislumbramos qualquer viabilidade de retorno ao convívio familiar, pois o abuso sexual é uma das mais graves – senão a mais grave – formas de violência dos pais contra os filhos. Eis uma situação em que a destituição do poder familiar precisa iniciar-se de pronto, no mínimo em relação ao pai (fora a punição na esfera criminal). "A violência sexual contra crianças e adolescentes não é definida só como penetração oral, anal ou coito vaginal, mas inclui também o exibicionismo, toque erótico, masturbação, pornografia, prostituição etc. Assim, compreende todas as formas que vão além do ato tolerável para uma criança (Ludwig, 2010). (...) As repercussões da violência sexual nas esferas cognitiva, emocional e comportamental da criança ou adolescente podem variar em gravidade de acordo com as características pessoais da vítima do abuso, com o apoio social e afetivo dispensados por pessoas significativas, com os profissionais que atendem e com os órgãos de proteção responsáveis pela abordagem da situação, além das características intrínsecas ao abuso, a gravidade das consequências pode variar de acordo com a duração do abuso, idade em que se iniciou e frequência do abuso, emprego ou não de força ou outros atos violentos associados, número de agressores e relação com o abusador (Aded et al., 2006; Steel et al., 2004). Assim, a variação dos resultados da violência sexual nas esferas cognitiva, emocional e comportamental terá graduações que irão de efeitos menores e com pouca repercussão nas atividades cotidianas até transtornos psiquiátricos de graves repercussões. As alterações cognitivas podem incluir: refúgio na fantasia, crenças distorcidas, baixa atenção e concentração, dissociação, baixo rendimento escolar. As crenças distorcidas revelam-se pela percepção de diferença em relação aos seus pares, desconfiança, pensamentos de que é culpado pelo abuso, sentimentos de inferioridade e inadequação. As alterações emocionais referem-se aos sentimentos de culpa, medo, ansiedade, vergonha, irritabilidade, raiva e tristeza. Entre os sintomas comportamentais

destacam-se: abuso e dependência de substâncias, conduta hipersexualizada, comportamentos autodestrutivos, furtos, fugas do lar, agressividade, isolamento social, mudanças nos padrões de sono e alimentação (Habigzang, 2008; Cohen; Manarino; Rogal, 2001; Haugaard, 2004). (...) O comportamento sexual inadequado é um sintoma muito característico de crianças sexualmente violentadas. Tal comportamento está mais presente em crianças com história de terem sido sexualmente abusadas, quando comparadas com as que não sofreram violência sexual (Scherer; Scherer, 2000). O comportamento sexualizado inclui: masturbação excessiva ou em público, brinquedo sexualizado com bonecas, comportamento sedutor, hábito de introduzir objetos ou dedos no ânus ou na vagina, conhecimento sexual inapropriado para a idade e pedido de estimulação sexual para adultos ou outras crianças (Amazarray; Koller, 1998; Kendall-Tackett; Williams; Finkelhor, 1993)" (Marcia Regina Machado Santos Valiati, *Desenvolvimento da criança e do adolescente. Avaliação e intervenção*, p. 193, 195-196).

12. Em razão de sua conduta: este inciso prevê os casos de condutas indevidas ou atos infracionais cometidos pela criança ou adolescente, embora forneça um quadro bem mais ameno do que isso realmente significa. Na ótica deste Estatuto, quem comete ato infracional ameaça ou viola direito próprio; seria uma forma de autolesão, tutelada pelo Estado. Aplica-se a medida de proteção somente com o intuito de preservar ou defender o menor de si mesmo. No âmbito da criança – pessoa menor de 12 anos –, é crível essa versão; porém, quanto ao adolescente, já não se pode ser tão cauteloso, nem alienado. A medida de proteção e a medida socioeducativa têm também finalidade punitiva, conforme o caso concreto, embora vise ao bem do menor, exatamente como pais aplicam castigos aos seus filhos para educá-los. Em visão similar ao que defendemos, encontra-se a posição de Francismar Lamenza: "o último inciso refere-se especificamente à criança e ao adolescente ao qual se atribui a prática de ato infracional" (*Estatuto da criança e do adolescente interpretado*, p. 165). Em entendimento diverso e, até certo ponto preconceituoso, vê-se Roberto João Elias: "quanto à conduta, considerando-se que, no que tange à prática de ato infracional, a matéria é cuidada nos arts. 103 e ss., aqui há de se contemplar os casos que o Código de Menores denominava 'desvio de conduta', em virtude de 'grave inadaptção familiar ou comunitária', como, por exemplo, a prática da prostituição e do homossexualismo. Enfim, toda ação que não for catalogada como crime ou contravenção penal, mas fira os bons costumes, pode aqui ser enquadrada, só que, ao contrário do que ocorria no regime do Código de Menores, tais condutas não são passíveis de ser tratadas como medidas socioeducativas" (*Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*, p. 130). Ousamos discordar. Não há mais que pairar sobre as cabeças de crianças e jovens a espada dos "bons costumes", pois isso dá o ensejo de se "julgar" quem age moralmente bem e quem atua moralmente mal. Pode-se até debater tais valores em casa, no âmbito familiar, ou na escola, mas não na Vara da Infância e Juventude, pretendendo impor ao infante ou adolescente uma medida de proteção, que pode privá-lo de algum direito, como a liberdade (acolhimento institucional). Emerge o preconceito – e não a conduta indevida, passível de tutela estatal – à menção ao homossexualismo, como exempli-

ficou Roberto João Elias. Jovens homossexuais não devem, jamais, ser considerados vítimas de sua própria má conduta, subsumindo-os ao art. 98, III, deste Estatuto. Na atualidade, pretende-se eliminar a discriminação no tocante à orientação sexual, de modo que ilustrações como essa somente pesam negativamente nesse cenário. Eventualmente, uma conduta indevida pode ser assumida pelo menor, em seu lar, como o vício por bebida alcoólica, causando-lhe nítido prejuízo, sem que se possa considerar ato infracional. Eis uma conduta prejudicial, que pode comportar medida de proteção.

Capítulo II

DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO

Art. 99. As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.¹³

13. Aplicação isolada ou cumulativa: as denominadas *medidas de proteção* como a própria designação indica, almejam tutelar e defender o menor de 18 anos contra situações que o expõem a perigo ou que lhe provocam danos. Por isso, não impede a aplicação isolada (somente uma delas, como o acolhimento institucional) ou cumulativa (encaminhamento aos pais e inclusão em programa comunitário de auxílio à família). Além disso, a medida aplicada pelo magistrado – diversamente da pena, aos adultos infratores – não é envolta pela coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, substituindo-se uma medida, que não deu certo, por outra(s). Na jurisprudência: STJ: “1. A disposição inserta no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente não exclui, por óbvio, a substituição da medida de liberdade pela de internação, quando esta for a medida compatível com a situação do adolescente e aquela, demonstradamente, insuficiente, como é da letra do artigo combinado com o artigo 113, do mesmo diploma legal. 2. A única exigência legal para casos tais é a de que o ato infracional, em natureza, admita a medida de internação, haja reiteração no cometimento de outras infrações graves (ECA, artigo 122, incisos I e II). 3. Em se aplicando medida socioeducativa diversa da internação, em razão da prática de ato infracional que a comporta, nada impede, antes se faz imperativo ao magistrado, exigindo a situação do menor, substitua a medida menos grave por aquela permitida na lei. 4. Ordem denegada” (HC 25.274/SP, 6.^a Turma, rel. Milton de Carvalho, 27.10.2004, v.u.). TJMG: “Deste modo, questionando-me acerca da possibilidade de medidas aplicadas cumulativamente, concluo que são pertinentes