

INFÂNCIA E JUVENTUDE

A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE NO BRASIL: UMA BREVE REFLEXÃO HISTÓRICA

Janine Borges Soares

Promotora de Justiça/RS
Especialista em Infância e Juventude pela
Escola Superior do Ministério Público/RS
Mestranda em Ciências Criminais pela PUC/RS

Sumário: Introdução. 1. As Ordenações Filipinas. 2. O Código Penal do Império de 1830. 3. O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. 4. A Geração do Código de Menores de 1927. 5. O Código de Menores Mello Mattos. 6. O Código Penal de 1940. 7. O Código de Menores de 1979. 8. A Reforma Penal de 1984 (Lei nº 7.209/84). 9. A Doutrina da Proteção Integral a Nível Internacional. 10. Anos 80: A “Constituição Cidadã” e a adoção da Doutrina da Proteção Integral pelo Brasil. 11. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

A problemática que envolve a implementação dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil é objeto de muitos estudos e indagações. Neste contexto, a questão da responsabilidade penal do adolescente assume especial relevância, pois coexistem idéias que pregam a redução da menoridade penal ao lado de grandes defesas do sistema de justiça infanto-juvenil vigente.

Este trabalho apresenta a história da construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil, desde as Ordenações Filipinas até o atual

Estatuto da Criança e do Adolescente, propondo um pensamento reflexivo sobre a evolução deste ordenamento jurídico.

Analisando a trajetória nacional da normativa relacionada à infância e à juventude, paralelamente à internacional, especialmente no tocante ao tratamento do adolescente em conflito com a lei, o eixo principal do trabalho é promover uma adequada compreensão do Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento jurídico hábil a efetivar a Doutrina da Proteção Integral, consagrada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU.

Mesmo admitindo a crise do sistema infanto-juvenil quanto ao tratamento dos adolescentes infratores, é inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir o Direito Penal Juvenil, substituindo os antigos Códigos de Menores, constitui um avanço inquestionável que trouxe grandes transformações culturais, políticas e jurídicas, numa revolução paradigmática sem precedentes, a respeito da qual não se pode admitir qualquer regressão.

1. As Ordenações Filipinas

No plano do Direito Penal, quando D. João VI desembarcou no Brasil com sua corte, em 1808, estavam em vigência as Ordenações Filipinas.

De acordo com as Ordenações Filipinas¹, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena de morte e

¹ Dispõe o Título CXXXV, do Livro Quinto das Ordenações Filipinas: "Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos cometer qualquer delito, dar-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse.

E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.

E neste caso olhará o julgador o modo com que o delito foi cometido e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor; e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece pena total, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural.

E parecendo-lhe que não a merece, poder-lhe-á diminuir, segundo qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delito foi cometido.

E quando o delinqüente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena.

E não sendo o delito tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do direito comum".

concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete e vinte e um anos havia um sistema de “jovem adulto”, o qual poderia até mesmo ser condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a pena de morte para certos delitos.

Antes de 1830, quando foi publicado o primeiro Código Penal do Brasil, as crianças e os jovens eram severamente punidos, sem muita diferenciação quanto aos adultos, a despeito do fato de que a menor idade constituísse um atenuante à pena, desde as origens do direito romano.

A adolescência confundia-se com a infância, que terminava em torno dos sete anos de idade, quando iniciava, sem transição, a idade adulta. De acordo com Ariès², *“na Idade Média, nos tempos modernos, por mais tempo ainda nas classes populares, as crianças confundiam-se com os adultos assim que se considerava que eram capazes de passar sem a ajuda da mãe ou da ama, poucos anos após um desmame tardio, por volta dos sete anos de idade.”*

2. O Código Penal do Império de 1830

Após a Proclamação da Independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, o Brasil tem outorgada a Constituição do Império, em 25 de março de 1824.

Seis anos mais tarde, em 16 de dezembro de 1830, surgirá o primeiro Código Penal – Código Criminal do Império do Brasil³.

O Código fixou a imputabilidade penal plena aos 14 anos de idade, estabelecendo, ainda, um sistema biopsicológico para a punição de crianças entre sete e quatorze anos. Entre sete e quatorze anos, os menores que agissem com discernimento poderiam ser considerados relativamente

² ARIÈS, Philippe. *A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime*. Lisboa: Relógio D'Água, 1988, p. 319.

³ Prevê o Código Criminal do Império do Brasil:

“Art. 10: Também não se julgarão criminosos:

§ 1º. Os menores de quatorze anos.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete annos.”

imputáveis, sendo passíveis de recolhimento às casas de correção, pelo tempo que o Juiz entendesse conveniente, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos ⁴. “*Tendo sido o crime cometido pelo menor, ante de completar 14 annos de idade, deve ser punido de conformidade com esse artigo, visto como o Juiz tem de attender para o estado do menor, na epocha do crime, e não na do julgamento,*” leciona Pessoa⁵.

Salienta Rizzini⁶ que:

“Considerando-se a época em questão, é, de certa maneira, surpreendente a preocupação com o recolhimento de menores em estabelecimentos especiais que visassem sua correção. Isso porque não estava ainda em voga a discussão sobre a importância da educação estar em prevalência sobre a punição, o que só viria a acontecer no final do século XIX.”

Neste contexto, refere Saraiva⁷ que: “*Vale lembrar, visando apropriar-se dos valores da época, que em 1840 foi procedida a emancipação de Dom Pedro II, que aos 14 anos de idade passou a governar o Brasil, extinguindo-se o período da Regência.*”

De um modo geral, a legislação relativa à infância nas primeiras décadas do Brasil Império referia-se a uma preocupação com o recolhimento de crianças órfãs e expostas. A responsabilidade de zelar pelos expostos era da Igreja, que contava com subsídios do Estado para executar medidas de cunho essencialmente assistencial. O trabalho era feito especialmente nas Santas Casas de Misericórdia, cuja origem remonta ao século XVI e que consagraram a conhecida “Roda dos Expostos”.

⁴ O Tribunal de Relação da Corte, em declaração proferida em 23 de março de 1864, assentou que os menores de sete anos não tinham responsabilidade alguma, não estando, portanto, sujeitos a processo.

⁵ PESSÓA, V. A. de Paula. *Código Criminal do Imperio do Brasil Annotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877, p. 45.

⁶ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000, p. 10.

⁷ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 25.

De 1850 em diante começa a tomar corpo a legislação referente ao escravo. No Brasil, a Lei do Ventre Livre⁸ (Lei nº 2.040, de 28.09.1871) foi um marco a ser referido na luta pelos direitos da infância.

Conforme Rizzini⁹, *“crianças cujos destinos eram traçados no âmbito restrito das famílias de seus donos, tornar-se-iam objeto de responsabilidade e preocupação por parte do Governo e de outros setores da sociedade, entre eles os médicos higienistas.”* A Lei do Ventre Livre, pois, foi um marco significativo na percepção da sociedade em relação à criança¹⁰.

Ao longo da segunda metade do Século XIX, aparece a chamada medicina higienista, que, devido às altas taxas de mortalidade infantil, preocupa-se com a criança, sobretudo a criança filha da pobreza, tendo como um de seus precursores o Dr. Moncorvo Filho, criador do Instituto de Proteção e Assistência à Criança (1891).

“Através do estabelecimento de uma concepção higienista e saneadora da sociedade, buscar-se-á atuar sobre os focos da doença e da desordem, portanto sobre o universo da pobreza, moralizando-o. A degradação das “classes inferiores” é interpretada como um problema de ordem moral e social. Garantir a paz e a saúde do corpo social é entendido como uma obrigação do Estado. A criança será o fulcro deste empreendimento, pois consistirá em um dos principais instrumentos de intervenção do Estado na família, atingindo os transgressores da ordem no nível mais individual e privado possível”, sustenta Rizzini¹¹.

⁸ Estabeleceu o art. 1o, da Lei do Ventre Livre: “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 autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão a obrigação de cria-los e trata-los até a idade de oito anos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção 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 com a presente Lei”.

⁹ RIZZINI, Irene. Op cit. p. 15.

¹⁰ Cabe ressaltar que a escravidão no Brasil foi extinta pela Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.

¹¹ RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária: Amais, 1997, p. 26.

Por meio da medicina higienista, o Estado, exercendo uma forma de controle social, passa a intervir na vida das famílias pobres, através do poder médico. Conforme Foucault¹²:

“O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.”

3. O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil

Após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, e pouco antes da promulgação da primeira Constituição Republicana do Brasil, fato que ocorreu em 24 de fevereiro de 1891, é promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil – Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

No Código Penal de 1890¹³ a imputabilidade penal plena, com caráter objetivo, permaneceu fixada para os quatorze anos de idade. Irresponsável penalmente seria o menor com idade até nove anos. Quanto ao menor de quatorze anos e maior de nove anos, era adotado ainda o critério biopsicológico, fundado na idéia do “discernimento”, estabelecendo-se que ele se submeteria à avaliação do magistrado.

Conforme Araújo¹⁴, comentando, na época, o Código Penal vigente:

“O código penal no art. 27 §§ 1º e 2º estabelece a plena irresponsabilidade do menor de 9 anos, idade que constitui uma presunção juris et de jure da falta de intenção criminosa

¹² FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982, p. 80.

¹³ Estabelece o Código Penal de 1890:

“Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º. Os menores de 9 anos completos;

§ 2º. Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos.”

¹⁴ ARAUJO apud ARAUJO, JOÃO VIEIRA DE. *Código Penal Comentado Theorica e Praticamente*. Rio de Janeiro; São Paulo: Laemmert, 1896, p. 266.

(art. 24). Depois no § 2º estabelece a presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário, para os maiores de 9 anos e menores de 14, que obrarem sem discernimento. O sistema do código se completa em relação à idade com a disposição do art. 42 § 11 que declara como circunstância atenuante “ser o delinqüente menor de 21 anos”; e com a do art. 65 que dispõe que “quando o delinqüente for maior de 14 e menor de 17 anos, o juiz lhe aplicará as penas da complicitade.”

Com a Proclamação da República, as elites políticas, intelectuais e filantrópicas começam a discutir a temática da criança.

“O ‘problema da criança’ adquire uma certa dimensão política, consubstanciada no ideal republicano da época. Ressalta-se a urgência de intervenção do Estado, educando ou corrigindo os ‘menores’ para que se transformassem em cidadãos úteis e produtivos para o país, assegurando a organização oral da sociedade”, refere Irene¹⁵.

Neste período é possível verificar uma oscilação entre os pensamentos relativos aos jovens e às crianças. Por um lado, era presente a preocupação com a defesa da criança, mas também havia o interesse relativo à defesa da sociedade contra estas mesmas crianças e jovens, que constituíam uma ameaça à ordem pública.

Dessas discussões surgem vários projetos de regramento legal das questões referentes à temática da infância. Destaca-se o Deputado Alcindo Guanabara¹⁶, que sujeitou à Câmara um projeto de lei regulamentando a situação da infância moralmente abandonada e delinqüente, na sessão de 31 de outubro de 1906.

Os discursos da época refletem-se em decretos e na criação de estabelecimentos para recolher menores, conforme criteriosa classificação, visando a prevenção (escolas de prevenção para os menores moralmente

¹⁵ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000, p.19.

¹⁶ O projeto de 1906 inclui uma série de questões que serão discutidas nos anos seguintes. Entre elas: controle do menor por parte da autoridade judiciária, os dispositivos para suspensão, perda ou devolução do pátrio poder, a regulamentação da imputabilidade penal e a criação de instituições para menores.

abandonados) e a regeneração (escolas de reforma e “colônias correcionaes” para os delinquentes, separando-os de acordo com a idade, sexo e tipo de crime cometido, se absolvidos ou condenados).

Assume especial relevância a Lei nº 6.994, de 19 de junho de 1908, intitulada “Dos casos de internação”, que estabelece a criação de “colônias correcionaes”. Estas, entretanto, não era destinadas exclusivamente para menores, que permaneciam junto com outras categorias denominadas de desclassificados da sociedade¹⁷.

Em 1912, João Chaves apresenta um projeto de lei que estabelece providências sobre a infância criminoso e abandonada, inovando ao propor um afastamento da área penal, reforçando a idéia já presente de existirem juízes e tribunais especiais para menores.

As idéias existentes na década de 1910 sobre a legislação referente aos menores, que refletiu no projeto de João Chaves, tomarão seu curso lentamente ao longo das próximas duas décadas. Fervilham as discussões sobre a possibilidade de que o Estado assumia a responsabilidade sobre os menores, a criação da função do juiz e do tribunal especializados nos assuntos relativos aos menores, a fixação da imputabilidade penal exclusivamente aos 14 anos, a vigilância sobre o menor e sua família e a criação de estabelecimentos que cuidassem da educação ou da reforma de menores, sob a tutela do Estado.

4. A Geração do Código de Menores de 1927

Entre 1921 e 1927 importantes inovações legislativas foram introduzidas na ordem jurídica internacional e também na brasileira.

No Século XX o movimento internacional pelos direitos da criança inaugurou a reivindicação do reconhecimento da sua condição distinta do adulto.

O primeiro Tribunal de Menores foi criado em 1899, nos Estados Unidos, que foi seguido pela Inglaterra (1905), Alemanha (1908) Portugal e Hungria (1911), França (1912), Argentina (1921), Japão (1922), Brasil (1923), Espanha (1924), México (1927) e Chile (1928).

¹⁷ Previa o art. 51, do Decreto nº 6.994/98: “A internação na colônia é estabelecida para os vadios, mendigos validos, capoeiras e desordeiros”.

Ensina Saraiva¹⁸ que: *“Paralelamente se veio construindo a Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carêncial/delinquência. Se não mais se confundiam criança com adulto, desta nova concepção resulta outro mal: a conseqüente criminalização da pobreza.”*

Criava-se a Doutrina da Situação Irregular, com uma política de supressão das garantias em troca da “proteção” dos menores.

Dois episódios em nível internacional foram fundamentais para a afirmação do Direito do Menor nesta época: a realização do Congresso Internacional de Menores, em Paris, no período de 29 de junho a 1º de Julho de 1911, e a Declaração de Gênova de Direitos da Criança, que foi adotada pela Liga das Nações em 1924, constituindo-se o primeiro instrumento internacional a reconhecer a idéia de um Direito da Criança.

No Brasil, o caminho político para a criação de uma lei para os menores surgiu com a Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, que fixava a “Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921”, firmada pelo Presidente Epitácio Pessoa. Esta, em seu art. 3º, autorizava o Governo a organizar o “serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente”.

A Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, abandonando o sistema biopsicológico vigente desde o Código Penal da República (1890), estabeleceu um critério puramente objetivo de imputabilidade penal, afirmando, em seu art. 30, § 16, a exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivessem completado quatorze anos de idade. A imputabilidade penal foi, pois, fixada em 14 anos de idade, por critério puramente objetivo.

Após, o Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1922, conhecido como Consolidação das Leis Penais, afirmou novamente, em seu art. 27, § 1º, que não são criminosos os menores de 14 anos.

A assistência e proteção à infância no Brasil foi amplamente discutida em 1922, no I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, presidido pelo Dr. Mancorvo Filho.

¹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 31.

Através do Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, foram criadas as primeiras normas de Assistência Social, visando a proteção dos menores abandonados e delinquentes.

Em seqüência, o Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que reorganiza a Justiça do Distrito Federal, incluiu a figura do Juiz de Menores na administração da Justiça, sendo que Mello Mattos foi o primeiro juiz de menores da América Latina.

5. O Código de Menores Mello Mattos (1927)

Como reflexo das discussões da época sobre a questão da criança, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, estabelecia o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como Código Mello Mattos, que consolidou as leis de assistência e proteção aos menores.

O Código de Menores Mello Mattos¹⁹ estabeleceu que o menor abandonado ou delinqüente, menor de dezoito anos, ficaria submetido ao regime estabelecido por este Código, eximindo o menor de catorze anos de qualquer processo penal, e submetendo o maior de catorze e menor de dezoito anos a processo especial.

Para contextualizar os entendimentos acerca dos menores naquela época, vale referir os ensinamentos de Netto²⁰, contemporâneos ao Código de Menores:

¹⁹ Dispõe o Código de Menores:

“Art. 1º. O menor, de um ou outro sexo abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.

Art. 68, “caput”: O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o fato punível e seus agentes, o estado físico, mental e moral do menor e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor ou pessoa em cuja guarda viva.

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

²⁰ NETTO, Alvarenga. *Código de Menores – Doutrina, Legislação, Jurisprudência*. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 79.

“O Código de Menores, muito sábiamente considera no artigo 68, como agindo sempre sem discernimento, e, conseqüentemente, irresponsável, o menor de 14 anos de idade. De fato, é matéria que não sofre contestação, a falta de capacidade de imputação de menor dessa idade. Até os 14 anos, o indivíduo não tem o pleno desenvolvimento psíquico para que se possa responsabilizá-lo pelos delitos que cometer. A capacidade de imputação, escreve REGIS (Précis de Psychiatrie), donde decorre a responsabilidade penal, é, como dizem KRAFFT-EBING e REMOND, o estado em que se encontra o indivíduo que é capaz de escolher entre a execução e a não execução de um ato qualificado criminoso e a de tomar uma resolução em um ou outro sentido.

Os mais ardorosos partidários do livre arbítrio, não se animam a atribuí-lo a uma criança de menos de 14 anos.”

Ao propor a regulamentação de medidas de proteção, englobando a assistência, o legislador escolheu um caminho que ultrapassava em muito as fronteiras do jurídico. “*O que o impulsionava era ‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os menores, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação*”, sustenta Rizzini²¹.

O Código de Menores reflete um profundo teor protecionista e a intenção de controle total das crianças e jovens, consagrando a aliança entre Justiça e Assistência, constituindo novo mecanismo de intervenção sobre a população pobre.

O Capítulo X, que trata “Da vigilância sobre os menores” estabelecerá um tom investigativo ao Código, estabelecendo ampla liberdade para que a autoridade pública fiscalize qualquer local onde existam menores e proceda as investigações que considerar necessárias.

Através do Decreto-lei nº 2.035, de 27 de fevereiro de 1940, foi concebida uma Justiça de Menores²² no Brasil, estabelecendo as funções

²¹ RIZZINI Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000, p. 28.

²² O art. 51, do Decreto-Lei Nº 2.035/1940 dispõe sobre a competência dos juízes da Vara de Menores, estabelecendo, entre outras atribuições: o processamento e julgamento de abandono de menores de 18 anos, a decretação da suspensão ou perda do pátrio poder; a expedição de

do Juiz e do Curador de Menores. Esta Justiça foi inspirada no amplo movimento humanitário do século XIX e terá como base a idéia de salvar a criança, como forma de salvar o Brasil. *Identifica-se na criança, filha da pobreza, um importante elemento de transformação social, de acordo com o projeto político da época, o que justificará e legitimará uma série de medidas repressivas impostas sob a forma de assistência aos pobres*, refere Rizzini²³.

Neste momento, constrói-se a categoria do MENOR, que simboliza a infância pobre e potencialmente perigosa, diferente do resto da infância.

Pode-se afirmar que a legislação das primeiras décadas do século XX respondia aos temores provenientes do aumento da criminalidade infantil e buscava proteger tanto a sociedade quanto a infância. As medidas propostas proporcionavam um maior controle da população nas ruas por meio de intervenção policial.

O sistema de proteção e assistência do Código de Menores submetia qualquer criança, por sua simples condição de pobreza, à ação da Justiça e da Assistência. A esfera jurídica era a protagonista na questão dos menores, por meio da ação jurídico-social dos Juízes de Menores.

A terceira Constituição Federal do Brasil, promulgada em 10 de novembro de 1937²⁴ – que sucedeu a Constituição Federal do Brasil de 16 de julho de 1934²⁵ – inaugurou o Estado Novo na Ditadura Vargas, refletindo as lutas pelos direitos humanos da época, fazendo com que a conotação jurídica implícita na caracterização do problema dos menores ceda espaço para uma caracterização de cunho social da infância e da juventude.

mandado de busca e apreensão de menores, o suprimento do consentimento dos pais para o casamento e a concessão de emancipação de menores sob sua jurisdição, a concessão de permissão para menores trabalharem, quando não houver prejuízo para sua formação, etc.

²³ RIZZINI. Irene. Op. cit. p. 38.

²⁴ Estabelece o art. 127, da Constituição Federal de 1937: “A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole”.

²⁵ É importante lembrar que a Constituição Federal de 1934 definiu os direitos políticos e o sistema eleitoral, admitindo o voto feminino.

O Serviço Social será parte integrante dos programas de bem-estar e da legislação dos anos 40, podendo-se destacar a criação do Conselho Nacional de Serviço Social (Decreto-Lei nº 525, de 1º de julho de 1938), que instaurou serviços públicos com o objetivo de suprir deficiências ou sofrimentos causados pela pobreza e miséria; e o Decreto-Lei nº 3.799, de 05 de novembro de 1941, que criou o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), destinado a atuar junto aos menores desvalidos e delinquentes, e que foi o embrião do que mais tarde seria a FUNABEM, berço de todas as FEBEMs.

6. O Código Penal de 1940

Seguindo a perspectiva tutelar vigente, o Código Penal de 1940²⁶ (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), fixou a imputabilidade penal aos 18 anos de idade, adotando o critério puramente biológico.

A inimputabilidade dos menores de 18 anos demonstra uma evolução normativa que atingirá sua plenitude no século XX, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinará o tratamento da criança e do adolescente. Na época deste Código Penal, porém, já fervilham no mundo pensamentos sobre a condição do menor como diferente do adulto.

“O primeiro tipo do adolescente moderno é o Siegfried, de Wagner: a música de Siegfried exprime pela primeira vez a mistura de pureza (provisória), de força física, de naturismo, de espontaneidade, de alegria de viver, que vai fazer do adolescente o herói do século XX, século da adolescência. Aquilo que aparece na Alemanha wagneriana penetrará, sem dúvida, mais tarde em França, por volta dos anos 1900. A “juventude”, que é então à adolescência, vai tornar-se um tema literário e uma preocupação de moralistas e políticos”, leciona Ariès²⁷.

A idéia de irresponsabilidade absoluta do menor resulta da cultura tutelar da época, oriunda na Doutrina da Situação Irregular, referida inclusive na Exposição de Motivos do Código Penal.

²⁶ Prevê o art. 23, do Código Penal de 1940: “Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

²⁷ ARIÈS, Philippe. *A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime*. Lisboa: Relógio D'Água, 1988, p. 54.

A exposição de motivos do Código Penal de 1940 estabelece que os menores de 18 anos de idade, chamados de *imatuross*, estarão sujeitos apenas à *pedagogia corretiva* da legislação especial que, por sua vez, mantinha como objeto de sua atuação, de forma totalmente igualitária, os delinquentes e os abandonados.

Nesta época, os menores abandonados e delinquentes, e também as crianças pobres, eram invariavelmente submetidas à internação, único recurso disponível. Além disto, a apreensão de menores nas ruas era prática corrente.

A necessidade de revisão do Código de Menores, que vinha sendo debatida há muitos anos, tornou-se imperiosa com a Promulgação do novo Código Penal de 1940, no qual se estendeu a idade da responsabilidade penal para 18 anos.

7. O Código de Menores de 1979

Em 1943 foi formada uma comissão revisora do Código de Menores, que acabou criando o Departamento Nacional da Criança e, posteriormente, chegou ao entendimento de que o novo Código de Menores deveria ter caráter social, e não ser essencialmente jurídico, pois entendiam que o problema da criança era principalmente de assistência.

Neste momento histórico, vários foram os estudos e projetos relacionados à criação do novo Código de Menores. O problema dos menores abandonados e da delinquência juvenil seguia sendo um grande desafio, e embora fosse uma questão reconhecidamente de cunho social, permanecia a idéia de que cabia ao setor jurídico resolvê-la.

Superada a Segunda Guerra Mundial, o final da década de 1940 é marcado pelo processo de marcha pelos Direitos Humanos, destacando-se, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU.

Em 20 de novembro de 1959, onze anos depois, a ONU produziria a Declaração dos Direitos da Criança²⁸, ratificada pelo Brasil, que constitui

²⁸ Consta como Princípio 1º, da Declaração: "A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família".

um marco fundamental no ordenamento jurídico internacional relativo aos direitos da criança, que irá evoluir, no final da década de oitenta, no século XX, para a formulação da Doutrina da Proteção Integral.

A legislação internacional, ainda que eivada da cultura tutelar vigente, marcará o início da nova concepção da criança como sujeito do processo, titular de direitos e obrigações próprios da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Na passagem dos anos 50 para os 60 ficou claro que a tentativa de salvar o país ao salvar a criança restara frustrada.

Com o fim da ditadura do Estado Novo e com a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, o Brasil viveu um período de inspiração liberal que, entretanto, foi rompido com a instalação da Ditadura Militar em 1964, quando o país passou para o Comando Militar Revolucionário.

Durante a Ditadura Militar, significativas alterações foram operadas na Constituição Federal de 1946, através dos Atos Institucionais de números 01, 02, 03 e 04, até que, em 24 de janeiro de 1967, o Brasil vê promulgada nova Constituição Federal, que resumia as alterações constitucionais operadas na Carta Magna anterior.

Em seqüência, o Brasil assiste ao Ato Institucional número 05, que rompeu com a ordem constitucional, e foi seguido por uma dezena de atos complementares e de decretos-leis até que, enfim, em 17 de outubro de 1969, é promulgada a nova Constituição Federal, na forma da Emenda Constitucional número 01.

Com o golpe militar, o processo de reforma do Código de Menores foi interrompido, cessando as discussões que estavam em andamento. A questão do menor foi elevada à categoria de problema de segurança nacional, prevalecendo o implemento de medidas repressivas que visavam cercar os passos dos menores e suas condutas “anti-sociais”.

Neste clima de ditadura militar, é aprovada a Lei nº 4.513, de 01 de dezembro de 1964, que cria a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, estabelecendo uma gestão centralizadora e vertical. O órgão nacional gestor desta política, criado para fazer desaparecer a antiga SAM, passa a ser a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor) e os órgãos executores estaduais eram as FEBEMs (Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor).

Em 10 de abril de 1967 é aprovada a Lei nº 5.258, que dispõe sobre medidas de proteção, assistência, vigilância e reeducação aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais.

Nos anos 70 os debates sobre a necessidade de criação do Novo Código de Menores tomam nova força.

Em 1968 e em 1970 realizaram-se, respectivamente, na Cidade de Brasília e na Cidade de Guanabara, o III e o IV Encontro Nacional de Juízes de Menores, ocasiões em que foram organizados os princípios que irão nortear os direitos dos menores. Das discussões realizadas resultará clara a disposição dos magistrados de não abrir mão do espaço de atuação que lhes havia sido conferido ao longo da história, no trato da questão do menor.

Finalmente, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 estabelece o novo Código de Menores²⁹, consagrando a Doutrina da Situação Irregular, mediante o caráter tutelar da legislação e a idéia de criminalização da pobreza. Seus destinatários foram as crianças e os jovens considerados em situação irregular, caracterizados como objeto potencial de intervenção do sistema de justiça, os Juizados de Menores, que não fazia qualquer distinção entre menor

²⁹ Estabelece o Código de Menores:

“Art. 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único – As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições 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 responsável para 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.

Parágrafo único – Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.”

abandonado e delinqüente, pois na condição de menores em situação irregular enquadravam-se tanto os infratores quanto os menores abandonados.

Surgem as figuras jurídicas de “tipo aberto”, tais como “menores em situação de risco ou perigo moral ou material”, ou “em situação de risco”, ou “em circunstâncias especialmente difíceis”, estabelecendo-se o paradigma da ambigüidade, o que afeta diretamente a função jurisdicional, pois o Juiz de Menores, além das questões jurídicas, será encarregado de suprir as deficiências das políticas públicas na área do menor, para tanto podendo atuar com amplo poder discricionário.

O menor de dezoito anos que praticasse infração penal deveria ser encaminhado à autoridade judiciária. O menor de dezoito e maior catorze anos de idade que praticasse qualquer infração submetia-se a um procedimento para apuração de seu ato, sendo passível de uma das medidas previstas no Código de Menores, conforme o arbítrio do Juiz. O menor de catorze anos autor de infração não respondia a qualquer procedimento, mas também estava sujeito à aplicação de medidas por se encontrar em situação irregular.

Nesta época, a medida especialmente tomada pelo Juiz de Menores, sem distinção entre menores infratores e menores vítimas da sociedade ou da família, costumava ser a internação, por tempo indeterminado, nos grandes institutos para menores. Como é inerente às instituições totais, o objetivo “ressocializador”, porém, permanecia distante da realidade.

“Freqüentemente as instituições totais afirmam sua preocupação com a reabilitação, isto é, com o restabelecimento dos mecanismos auto-reguladores do internado, de forma que, depois de sair, manterá, espontaneamente, os padrões do estabelecimento. (...) Na realidade, raramente se consegue essa mudança, e, mesmo quando ocorre mudança permanente, tais alterações freqüentemente não são as desejadas pela equipe dirigente”, ensina Goffman³⁰.

Em nome da “proteção” dos menores, eram-lhes negadas todas as garantias dos sistemas jurídicos do Estado de Direito, praticando-se verdadeiras violações e concretizando-se a criminalização da pobreza e a judicialização

³⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 67.

da questão social na órbita do Direito do Menor. Com a determinação abstrata do que deve sofrer a ingerência do Juizado de Menores, negava-se aos menores os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, esquecendo-se que, como leciona Ferrajoli³¹, “*o desvio puntvel (...) não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente amoral, como socialmente lesivo ou coisa semelhante*”. Ao contrário, só pode ser punido o fato formalmente descrito pela lei, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

“Neste tempo, de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes, “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consolidado um sistema de controle da pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima”, sustenta Saraiva³².

O novo Código de Menores contrariou dispositivos da Lei de Segurança Nacional e do Código Penal Militar³³, que previam a punição de menores de 18 anos de idade. Entretanto, este Código de Menores foi alvo de duras críticas, entre elas a que se refere ao fato de prever a prisão provisória para o menor, inclusive sem a audiência do Curador de Menores, o que o colocou em situação pior do que o maior, que só poderia ser preso em flagrante ou preventivamente. Outra crítica dizia respeito à ampliação dos poderes do Juiz de Menores, que assume totalmente funções que pedagógica, funcional e democraticamente deveriam ser distribuídas entre vários segmentos da sociedade. Os menores em situação irregular,

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

³² SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit. p. 47.

³³ Durante o regime militar, por conta do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21.10.1969), a imputabilidade penal, frente a crimes militares, foi fixada, excepcionalmente, em dezesseis anos (art. 50). Este dispositivo de texto somente veio a ser revogado, por inconstitucional frente ao art. 228, pela Constituição Federal de 1988.

delinquentes ou abandonados, poderiam ser encaminhados ao Juiz de Menores por qualquer pessoa ou pelas autoridades administrativas (polícia ou comissariado de menores), e então o magistrado tomaria as medidas que entendesse pertinentes.

Com a Doutrina da Situação Irregular, os menores passam a ser objeto da norma, por apresentarem uma “patologia social”, por não se ajustarem ao padrão social estabelecido. No caso do menor, *A declaração da situação irregular tanto pode ser derivada de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono)*, refere Saraiva³⁴.

Desta maneira, surgiu uma clara diferenciação entre as crianças das classes burguesas e aquelas em “situação irregular”, distinguindo-se criança de menor, sendo comuns expressões como “menor mata criança”.

8. A Reforma Penal de 1984 (Lei nº 7.209/84)

Permanecendo o entendimento de que a inimputabilidade do adolescente decorre de sua suposta incapacidade de discernimento, houve várias tentativas de reforma do Código Penal de 1940. Em 1963, através do Projeto Hungria, buscou-se retomar o critério biopsicológico, mantendo-se a imputabilidade aos 18 anos de idade, com a possibilidade de enquadramento do jovem a partir dos dezesseis anos de idade à lei penal quando comprovada sua maturidade, com direito à diminuição da pena, de um terço até a metade. Esta proposta foi recepcionada pelo Decreto-Lei nº 1.004, de 21.10.1969, que propôs um novo Código Penal, mas que foi revogado sem jamais haver entrado em vigor.

A reforma penal de 1984, inspirada na doutrina de Francisco de Assis Toledo, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, mantendo o critério puramente objetivo, consoante a maioria das democracias ocidentais, reafirmando a imputabilidade penal aos 18 anos de idade, em seu art. 27³⁵.

³⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 44.

³⁵ Dispõe o art. 27, do Código Penal: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação penal”.

A Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84 explicita que a imputabilidade penal aos 18 anos de idade foi fixada por um critério de política criminal.

Acolhendo o critério puramente biológico (a idade do agente), o art. 27 do Código Penal trouxe apenas uma única alteração redacional: ao invés de menores “irresponsáveis”, referiu-se coerentemente a menores “inimputáveis”. O *déficit* de idade torna o menor de dezoito anos inimputável, presumindo-se, de modo absoluto, que não possui o desenvolvimento mental indispensável para ser responsabilizado nos termos da lei penal.

Após, a Constituição Federal de 1988 elevou à condição de princípio constitucional a inimputabilidade do menor de 18 anos de idade. O art. 228 estatuiu, como cláusula pétrea, que tais menores “são penalmente inimputáveis” e, desse modo, “sujeitos às normas da legislação especial”, impossibilitando a redução do limite da imputabilidade penal.

9. A Doutrina da Proteção Integral em Nível Internacional

Passados 20 anos da Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil, a ONU estabeleceu que o ano de 1979 seria o Ano Internacional da Criança. Enquanto no Brasil, em 1979, consagrava-se a Doutrina da Situação Irregular com a edição do novo Código de Menores, começa, a nível mundial, um balanço da efetivação dos direitos na área da criança, que resultaria mais tarde na Doutrina da Proteção Integral.

Visando a suprir a necessidade de dar força cogente internacional aos direitos preconizados na Declaração dos Direitos da Criança, foi feita, 10 anos depois do Ano Internacional da Criança, a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1989³⁶, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

³⁶ A Comissão de Direitos Humanos da ONU organizou um grupo no qual podiam participar delegados de qualquer país membro da ONU, além dos representantes dos 43 Estados integrantes da Comissão, organismos internacionais como a UNICEF e um grupo *ao hoc* das organizações não governamentais.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que consagrou a Doutrina da Proteção Integral, constituindo o mais importante documento internacional de Direito da Criança, foi aprovada em Nova Iorque e adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, passando a ter força coercitiva para todos os Estados signatários, entre eles o Brasil.

A Doutrina da Proteção Integral à Criança, em nível internacional, estabeleceu-se principalmente pela Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1989³⁷, sendo somada com o seguinte conjunto normativo internacional:

– Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, conhecidas como Regras de Beijing³⁸ (29/11/1985);

– Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade³⁹ (14/12/1990);

³⁷ Estabeleceu o art. 2º, nº 1, da Convenção: “Os Estados partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, 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”.

³⁸ As orientações fundamentais das Regras de Beijing são: “1.1 - Os Estados membros procurarão, em consonância com seus respectivos interesses gerais, promover o bem-estar da criança e do adolescente e de sua família. 1.2 - Os Estados membros se esforçarão para criar condições que garantam à criança e ao adolescente uma vida significativa na comunidade, fomentando, durante o período de idade em que ele é mais vulnerável a um comportamento desviado, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação o mais isento possível do crime e da delinquência. 1.3 - Conceder-se-á a devida atenção à adoção de medidas concretas que permitam a mobilização de todos os recursos disponíveis, com a inclusão da família, de voluntários e outros grupos da comunidade, bem como da escola e de demais instituições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar da criança e do adolescente, reduzir a necessidade da intervenção legal e tratar de modo efetivo, equitativo e humano a situação de conflito com a lei. 1.4 - A Justiça da Infância e da Juventude será concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e deverá ser administrada no marco geral de justiça social para todos os jovens, de maneira que contribua ao mesmo tempo para a sua proteção e para a manutenção da paz e da ordem na sociedade. 1.5 - As presentes regras se aplicarão segundo o contexto das condições econômicas, sociais e culturais que predominem em cada um dos Estados membros. 1.6 - Os serviços da Justiça da Infância e da Juventude se aperfeiçoarão e se coordenarão sistematicamente com vistas a elevar e manter a competência de seus funcionários, os métodos, enfoques e atitudes adotadas”.

³⁹ As perspectivas fundamentais das Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos Jovens Privados de Liberdade são: “1. O sistema de justiça da infância e da juventude deverá respeitar os direitos e a segurança dos jovens e fomentar seu bem-estar físico e mental. Não

– Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad⁴⁰ (14/12/1990).

Esta normativa internacional revogou a arcaica concepção tutelar do menor em situação irregular, estabelecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, e não mais objetos da norma, remodelando

deveria ser economizado esforço para abolir, na medida do possível, a prisão de jovens. 2. Só se poderá privar de liberdade os jovens de acordo com os princípios e procedimentos estabelecidos nas presentes Regras, assim como nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). A privação de liberdade de um jovem deverá ser decidida apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo possível. Deverá ser limitada a casos excepcionais, por exemplo, como efeito de cumprimento de uma sentença depois da condenação, para os tipos mais graves de delitos, e tendo presente, devidamente, todas as circunstâncias e condições do caso. A duração máxima da punição deve ser determinada pela autoridade judicial antes que o jovem seja privado de sua liberdade. Não se deve deter ou prender os jovens sem que nenhuma acusação tenha sido formulada contra eles. 3. O objetivo das seguintes regras é estabelecer normas mínimas aceitas pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade em todas as suas formas, de maneira compatível com os direitos humanos e liberdades fundamentais, e com vistas a se opor aos efeitos prejudiciais de todo tipo de detenção e a fomentar a integração na sociedade. 4. Estas Regras deverão ser aplicadas, imparcialmente, a todos os jovens, sem discriminação de nenhum tipo por razão de raça, cor, sexo, idioma, religião, nacionalidade, opinião política ou de outro tipo, práticas ou crenças culturais, fortuna, nascimento, situação de família, origem étnica ou social ou incapacidade. Deverão ser respeitadas as crenças religiosas e culturais, assim como as práticas e preceitos morais dos jovens. 5. As Regras estão concebidas para ter padrões práticos de referência e dar orientação aos profissionais que participam da administração do sistema de justiça da e da juventude. 6. As Regras deverão estar à disposição do pessoal de justiça da infância e da juventude nos seus idiomas nacionais. Os jovens que não conheçam suficientemente bem o idioma falado pelo pessoal do estabelecimento de detenção deverão ter direito aos serviços de um intérprete, sempre que seja necessário, particularmente durante os reconhecimentos médicos e as autuações disciplinares. 7. Quando necessário, os Estados deverão incorporar as presentes Regras a sua legislação ou modificá-las em consequência, e estabelecer eficazes no caso de falta de observância, incluída a indenização nos casos em que haja prejuízo aos jovens. Além disso, os Estados deverão vigiar a aplicação das Regras. 8. As autoridades competentes procurarão, a todo momento, que o público compreenda, cada vez mais, que o cuidado dos jovens detidos e sua preparação para a reintegração à sociedade constituem um serviço social de grande importância e, deverão ser adotadas medidas eficazes para fomentar os contatos abertos entre os jovens e a comunidade local. 9. Nenhuma das disposições contidas nas presentes regras deverá ser interpretada no sentido de se excluir a aplicação dos instrumentos e normas pertinentes das Nações Unidas, nem dos referentes aos direitos humanos, reconhecidos pela comunidade internacional e relativos à atenção e à proteção de crianças e adolescentes”.

⁴⁰ Os princípios fundamentais das Diretrizes de Riad são os seguintes: “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

totalmente a Justiça da Infância e da Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria da cidadania.

10. Anos 80: A “Constituição Cidadã” e a adoção da Doutrina da Proteção Integral pelo Brasil

Paralelamente aos movimentos internacionais, no Brasil dos anos 80 foi concebida uma Constituição Federal voltada para as questões mundialmente debatidas, no tocante aos direitos humanos de todos os cidadãos, a conhecida “Constituição Cidadã”, destacando-se o movimento denominado “A Criança e o Constituinte”, voltado para a defesa dos direitos da criança.

Com o avanço da abertura política no Brasil vozes surgiram de diferentes segmentos para denunciar as injustiças e as atrocidades que eram cometidas contra os menores. De acordo com Rizzini⁴¹, *“as denúncias desnudavam a distância existente entre crianças e menores no Brasil, mostrando que crianças pobres não tinham sequer direito à infância”*.

Muitos movimentos questionavam o tratamento dado às crianças em “situação irregular” e as indiscriminadas internações determinadas pelos Juizados de Menores. A visibilidade crescente dos meninos de rua nos anos 80 também impulsionou a articulação de vários grupos em defesa dos direitos dos menores.

A nova Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, aderiu integralmente à Doutrina da Proteção Integral, expressando-a

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 - É necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. 5 - 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 social”.

⁴¹ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000, p. 74.

especialmente em seu artigo 227⁴², sendo que a imputabilidade penal foi, através do art. 228⁴³, mantida em 18 anos de idade.

O Brasil foi o primeiro país a adequar sua legislação às normas da Convenção, incorporando-as em seu texto constitucional.

Posteriormente, foi promulgado no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que, nos moldes da Constituição Federal, consagrou a Doutrina da Proteção Integral.

11. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/1990)

A Doutrina da Proteção Integral, preconizada pela ONU através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, e que representa um consenso de universalidade inédita na história das Nações Unidas, foi amplamente adotada pelo Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente materializou e regulamentou a Doutrina da Proteção Integral, reiterando, em seu art. 4º, “caput”⁴⁴, preceitos do art. 227, “caput”, da Constituição Federal, trazendo profundas alterações políticas, culturais e jurídicas quanto à questão da criança e do adolescente no Brasil, estabelecendo uma verdadeira transformação paradigmática.

Na esfera política, destaca-se a descentralização das políticas públicas na área da infância e da juventude, que foram municipalizadas; a criação de Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares, para formulação de políticas

⁴² Prevê o art. 227, “caput”, da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.”

⁴³ Dispõe o art. 228, da Constituição Federal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

⁴⁴ Estabelece o art. 4º, “caput”, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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.”

e atendimento às crianças e adolescentes, respectivamente; e o surgimento da idéia de co-gestão entre governo e sociedade civil.

A efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente brasileiro passa a ser dever de todos, dependendo a eficácia das normas jurídicas citadas de esforços conjuntos no sentido de materializar as alterações introduzidas.

Como mudança cultural mais significativa pode ser citada primeiramente a transformação das concepções do imaginário social. O menor, que era mero objeto do processo, é elevado à condição de sujeito de direitos, caracterizado, no art. 2^o⁴⁵, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como criança ou adolescente, reconhecendo-se sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. As crianças e os adolescentes deixam de ser objeto de medidas para se tornarem titulares de direitos fundamentais à proteção integral. Já não se trata de incapazes, meias-pessoas ou pessoas incompletas, mas sim de pessoas completas, cuja particularidade é estar ainda em desenvolvimento.

No campo jurídico, destaca-se o surgimento do sistema de responsabilização penal do adolescente infrator e das ações civis públicas como instrumentos de exigibilidade dos direitos subjetivos da criança e do adolescente. A função jurisdicional abandona o viés assistencial e passa a ser responsável exclusivamente pela composição de conflitos, sendo desjudicializadas as questões referentes à falta ou carência de recursos materiais. O Ministério Público é consagrado como órgão de defesa dos direitos da infância e juventude, devendo zelar pelos interesses difusos da sociedade e individuais ou coletivos das crianças e dos adolescentes.

Foram eliminadas as imprecisas categorias de “risco”, “perigo moral ou material”, “situação irregular”, etc, estabelecendo-se que, quando o direito da criança ou adolescente é violado, quem está em situação irregular é a família, a sociedade ou o Estado, através de alguma de suas instituições. O Juiz de Menores, que tratava da situação irregular do menor, foi substituído pelo Juiz de Direito, que julga a situação irregular da família, da sociedade ou até do Estado.

⁴⁵ De acordo com o art. 2o do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança toda a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A família, a sociedade e o Poder Público, dentro deste novo contexto, passam a ser co-responsáveis, assumindo papel essencial na batalha pela efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

No novo Sistema de Justiça uma das grandes mudanças foi o deslocamento das atribuições tutelares, que pertenciam ao Poder Judiciário, para as esferas dos Executivos Municipais. A criança ou adolescente vítima de violação de direito não deve mais ser encaminhada ao sistema policial e judiciário, e sim à instância político-administrativa local – o Conselho Tutelar.

O Sistema de Justiça, agora não mais executando funções assistenciais, passa a interagir em rede com uma ampla gama de instituições e programas. O paradigma da estrutura piramidal cede espaço à lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que a interação é a nova dinâmica, sem desprezo da autonomia das instituições e das diferentes instâncias de atuação (Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar, Conselho de Direitos, etc).

A substituição do Código de Menores de 1979 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, consolidou uma verdadeira troca de paradigma, uma revolução cultural. Partindo do pressuposto de que as piores atrocidades contra a criança foram cometidas numa época em que, em nome do “amor”, reinavam os ideais de messianismo, de subjetivismo e de discricionariedade, conforme Mendez⁴⁶, *“tratava-se (e trata-se ainda), sobretudo, de eliminar as “boas” práticas “tutelares e compassivas”. (...) Tratava-se (e trata-se ainda) de substituir a má, porém também “boa” vontade, nada mais – mas também nada menos – pela justiça”*.

Com referência à questão do ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente veio pôr fim às ambigüidades existentes entre a proteção e a responsabilização do adolescente infrator, criando a responsabilidade penal dos adolescentes. O adolescente infrator (pessoa entre doze e dezoito anos de idade), autor de conduta contrária à lei penal, deverá responder a um procedimento para apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovadas a autoria e a materialidade do ato, de aplicação de uma medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança

⁴⁶ MENDEZ, Emílio Garcia. *Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa*. Buenos Aires – Belo Horizonte, fevereiro de 2000.

(pessoa com até doze anos de idade incompletos) que praticar ato contrário à lei penal ficará sujeita apenas à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido estatuto.

Sustenta Mendez⁴⁷ que:

“Por sua parte, o modelo do Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra que é possível e necessário superar tanto a visão pseudo-progressista e falsamente compassiva, de um paternalismo ingênuo de caráter tutelar, quanto a visão retrógrada de um retribucionismo hipócrita de mero caráter penal repressivo.”

Foi criado, então, o modelo da justiça e das garantias para o adolescente em conflito com a lei. Antagonicamente ao subjetivismo e à discricionariedade do Código de Menores, surge uma legislação que estabelece o respeito rigoroso ao império da lei.

No sistema de responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei, no qual a medida socioeducativa tem natureza sancionatória, mas com caráter pedagógico, aplicam-se todas as garantidas asseguradas aos maiores de idade que infringem a lei penal, dentre as quais podem ser citadas, como principais, as seguintes: devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF, e arts. 110 e 111, incisos I a VI, do ECA); princípio da tipicidade (art. 103 do ECA); necessidade de que o fato, além de típico, seja antijurídico e culpável; predomínio dos princípios do Direito Penal Mínimo, optando a lei juvenil pelas penas restritivas de direitos como alternativas à privação de liberdade; prevalência da máxima de que ninguém deverá ser privado de liberdade se a lei admitir liberdade provisória (art. 5º, inciso LXVI, da CF); gratuidade judiciária (art. 141, parágrafo 2º, do ECA); direito do adolescente de ser ouvido pela autoridade competente (art. 141, “caput”, do ECA, e art. 5º, XXXV, da CF); direito à celeridade do processo, ao qual deverá ser dada prioridade absoluta (art. 227, “caput”, da CF, e art. 4º, “caput”, art. 108, “caput”, e art. 183 do ECA), etc. Somam-se a estas garantias àquelas inerentes às execuções das medidas, dentre as quais se destacam o princípio da progressividade das medidas (art. 120, § 2º, *in fine*, c/c art. 121, “caput”, primeira parte, do ECA, e art. 227, § 3º, da CF)

⁴⁷ MENDEZ, Emílio Garcia. *Idem*.

e a aplicação dos direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, da CF). Por fim, cabe dizer que os procedimentos para apuração de ato infracional correm em segredo de justiça, visando assegurar a inviolabilidade física e moral do adolescente (arts. 17 e 143, “caput”, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

“Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo”, sustenta Saraiva⁴⁸.

Conclusão

A importância do sistema de Direito Penal Juvenil consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento que possibilita a superação de um passado de violência, arbitrariedades e discriminação no trato da questão do adolescente em conflito com a lei, resta como impressão final deste trabalho.

Passados mais de dez anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, mesmo diante da certeza de que a implementação completa da Doutrina da Proteção Integral ainda depende de muitas ações para ser alcançada plenamente, já é possível comemorar profundas e significativas alterações.

A cultura menorista, porém, está ainda muito presente e atuante. Opera-se com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, persistindo muitas vezes a lógica da Doutrina da Situação Irregular.

A eficácia da ordem jurídica de proteção à infância e à adolescência, e de responsabilização penal do jovem em conflito com a lei, pressupõe

⁴⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.45.

esforços para uma melhor compreensão e materialização das transformações introduzidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Surge a necessidade de uma articulação comunitária no sentido de romper antigos paradigmas, promovendo e difundindo modernos sistemas organizacionais interativos, cuja gestão exige novas posturas e convivência interdisciplinar.

Impõe-se, pois, um trabalho democrático entre a sociedade, a família e o Poder Público no sentido de assumir um compromisso pessoal, social e profissional com a criança e com o adolescente, aceitando-se inteiramente os princípios da Convenção da ONU, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Somente a percepção clara e o comprometimento de todos quanto às novas concepções e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente tornará possível a luta em busca de um resultado desejável e alcançável, no qual predomine a Doutrina da Proteção Integral.

Referências Bibliográficas

- ARAUJO, João Vieira de. *Código Penal Comentado Theorica e Praticamente*. Rio de Janeiro; São Paulo: Laemmert, 1896.
- ARIÈS, Philippe. *A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime*. Lisboa: Relógio D'Água, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- MENDEZ, Emílio Garcia. *Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa*. Buenos Aires – Belo Horizonte, fevereiro de 2000.
- NETTO, Alvarenga. *Código de Menores – Doutrina, Legislação, Jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- PESSÔA, V. A. de Paula. *Código Criminal do Imperio do Brasil Annotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.
- RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária: Amais, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.