



Edição Especial
Comemorativa do
Octogésimo Ano do
Código de Menores

(1927/2007)

Mello Mattos

Colaboração do
Museu da Justiça/TJRJ



Edição Especial
Comemorativa do
Octogésimo Ano do
Código de Menores

(1927/2007)

Mello Mattos

Colaboração do
Museu da Justiça/TJRJ

© 2007, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Min. Luiz Fux; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Jaqueline Diniz; Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Capa: André Amora; Revisão ortográfica: Suely Lima e Thereza Andrade.

Impressão: Divisão de Artes Gráfica - TJ/RJ.

Tiragem: 2.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Número Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

Edição Especial Comemorativa do Código Mello Mattos

Com apoio do Museu da Justiça, que teve a iniciativa de promover comemoração, em outubro de 2007, do 80^o ano da Edição do Código Mello Mattos, pareceu-nos oportuno reunir algumas manifestações de caráter jurídico-educativo, sobre menores e adolescentes, além, naturalmente, de se fazer, ou de provocar, um debate para realce da obra do primeiro Juiz de Menores do Brasil e da América Latina. Daí esta Edição Especial da REVISTA DA EMERJ.

Alguns magistrados, hoje aposentados ou em função de Desembargador no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, deram sua valiosa colaboração, pelo que sabem sobre a personalidade do magistrado José Candido de Albuquerque Mello Mattos. Naquela década de 1920, quando encaminhou seu trabalho de consolidação das Leis de Assistência e Proteção dos Menores, para aprovação à Presidência da República, não tinha Mello Mattos a consciência, talvez, da aceitação de seu trabalho jurídico como obra pioneira, para o Brasil e outros países.

O Museu da Justiça promoverá, assim, em outubro de 2007, uma exposição relacionada com o aniversário da edição daquele Código (1927-2007), e reunirá, ao lado de seu busto de bronze no salão principal do antigo Palácio da Justiça, objetos e livros que possam rememorar a obra daquele notável magistrado. Era ele jurista determinado a produzir obra de efetiva proteção e acompanhamento dos menores no Rio de Janeiro.

Da Capital da República, na ocasião, se estendeu o largo conhecimento pelos estados da Federação, do Código e da atuação de Mello Mattos. Seu empenho em dar assistência a crianças de rua, ou de regulamentar a presença de menores em espetáculos não apropriados, conforme as suas idades, merecia sempre destaque da imprensa, não raro de forma elogiosa.

Os atos do Juiz de Menores, já bem divulgados, e suas medidas mais severas nos termos do Código, chegaram a ser reeditados e postos em execução em muitas Comarcas de outros Estados. Seu nome se tornou conhecido em outros países como salientam colaboradores desta edição, alguns que o sucederam na Vara de Menores do Rio de Janeiro (hoje 1^a e 2^a Vara da Infância e da Juventude). Em especial mencionamos o trabalho que publicamos do também ex-Juiz de Menores Alyrio Cavallieri, sobre as referências a Mello Mattos na Espanha.

Décio Xavier Gama

Desembargador aposentado

SUMÁRIO

Dois Gênios - Uma Obra Genial 15

Alyrio Cavallieri

Desembargador (aposentado), ex-Juiz de Menores (RJ) e Professor.

I. Introdução. II. Um escândalo. III. 50 anos depois. IV. Uma obra bem feita. V. O Artigo 131 do Código de Mello Mattos. VI. A pausa oportuna. VII. Lei e sensibilidade. VIII. Prevenção. IX. Os poderes da autoridade protetora. X. O magistrado de pedra.

O Código de Mello Mattos e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Conexões 26

Guaraci de Campos Vianna

Juiz de Direito Titular da VIJ/RJ - Mestre em Ciências Penais. Professor e Coordenador de Direito da Criança e do Adolescente da EMERJ e de Graduação e Pós-Graduação da UniverCidade.

I - Antecedentes históricos. Pré-contextualização; II - Precedentes da Criação do 1º Juizado de Menores da América Latina. III - Código de Mello Mattos; IV - Da Política do Bem-Estar do Menor no Código de Menores de 1979; V - A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990; VI - Conexões entre o Código de Mello Mattos e o ECA; VII - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE); VIII - Comemoração dos 80 anos do Código de Mello Mattos. Comemorar o quê e para quê?; Conclusão.

Do Menor Infrator ao Adolescente em Conflito com a Lei: Uma Trajetória Social, Legislativa e Jurisdicional 77

Siro Darlan

Desembargador do TJ/RJ e Presidente do CEDCA. Anteriormente Juiz de Menores na Comarca da Capital

Os Direitos fundamentais de crianças e de adolescentes no Brasil. O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Constituição (art. 227) e os princípios que a Lei deve assegurar a crianças e adolescentes. Cláusula pétrea no art. 228. Os que não pensam assim. Há 54 projetos de lei com esse objetivo no Congresso Nacional. A questão da responsabilidade criminal aos 16 anos e as pesquisas de opinião. Razões em sentido contrário. E a defesa da defesa de uma fusão das PECs 18/99 e 20/99 para atender a um meio termo. A falta de uma educação de qualidade. A FEBEM de São Paulo e o DEGASE do Rio mais se assemelham a prisões em escolas e são anteriores ao ECA. O triste quadro do Instituto Padre Severino, comprovado por quem o visita. O desrespeito aos direitos da infância e da juventude. O Direito à Educação dos art. 53/59 do ECA. Os artigos do autor publicados em Jornais: “Visita ao inferno por R\$ 4.400,00” e “Como fabricar um bandido”.

Mello Mattos - O Juiz de Menores

93

Libórni Siqueira

Desembargador -TJ/RJ

Da situação irregular à proteção integral (do Código de Mello Mattos ao Estatuto da Criança e do Adolescente). A “situação irregular” foi substituída pela “proteção integral” que não sendo atendida é uma “situação irregular”. Quando começa essa proteção. Na Carta Régia de 1693, o Rei de Portugal responde a Antonio Paes de Sande de forma incisiva, mas nada faz o governo pelo menoridade desvalida. O primeiro filantropo Romão Matos Duarte, que fundou, em 1738, a Casa dos Expostos, visitada pelo Imperador D. Pedro I, em 1823. A Educação insuficiente e o que disse Miguel Couto em 1927: “Só vejo, no meu país, um único e o grave problema - a educação”. As Constituições de 34, 37, 46, 67, 69 e 88, preservaram todas, os direitos da criança, do adolescente e das famílias (art. 227 da CF de 1988 e art. 70 do ECA). O que será o Juiz de Menores na definição de Mello Mattos. Poema em homenagem a Mello Mattos.

A Vida que se Fez Lei

Inês Joaquina Sant`Ana Santos Coutinho

Juíza da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso - Teresópolis-RJ

Denílson Cardoso de Araujo

Serventuário do TJ/RJ

1. Direito Escrito - Território de luta. 2. Contextualizando o Código de Mello Mattos. 3. Um Homem de Luta, no lugar certo na hora certa. 4. O Código de Mello Mattos e seus valores. 5. Entre o Código de Mello Mattos e o ECA. 6. O papel dos Juízes 7. Lei e realidade. 8. Mello Mattos, um exemplo de lei vivida.

Mello Mattos: O Homem, o Juiz, o Legislador 125

Thiago Ribas Filho

Desembargador do TJ/RJ e Coordenador da Comissão Judiciária de Adoção. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. A primeira tentativa de aprovação de um Código de Menores de 1910, sem êxito. 2. O Regulamento de Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes, de 1923. 3. Mello Mattos nomeado Juiz de Menores em 1924, no Distrito Federal, o primeiro com essa competência no Brasil e na América Latina. 4. Sua iniciativa de se fazer surgir em 1º de dezembro de 1926, a Lei nº 5.083, autorizando o Governo a consolidar as Leis existentes de interesse de menores, pelo que foi expedido o Decreto nº 17.943-A, que veio a se constituir no Primeiro Código de Menores do Brasil. 5. O Direito do Menor é sem dúvida um dos maiores Direitos do nosso sistema, a partir do apoio e prestígio que lhe foi dado por nossos Juízes da Infância e da Juventude. 6. Era a matéria relegada a um segundo plano, o que só veio a se modificar no ano de 1975, quando, por inspiração e insistência do grande Juiz Alyrio Cavallieri, ainda hoje na sua trincheira de luta em favor da criança e do adolescente, foi criada a Cadeira de

Direito do Menor, no Curso de Direito da Universidade Gama Filho. 7. No tocante ao Código de Mello Mattos, veio repleto de novidades de suma importância, especialmente, ao instituir o princípio da proteção integral e do superior interesse daqueles para quem se dirigia. Justa homenagem ao grande Juiz Mello Mattos que veio a se integrar na 3ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, no ano de 1930.

Igualdade, Identidade e Direito à Diferença: Notas sobre os Múltiplos Estatutos Jurídicos do Cidadão no Século XXI

131

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da UNIVERSO
1. A liberdade como direito humano fundamental. 2. O Direito à individualidade. 3. O Direito à identidade. 4. Da diferença nasce o estatuto jurídico. 5. Os diversos regimes jurídicos decorrentes da idade. 6. Os estatutos jurídicos decorrentes do sexo e do gênero. 7. Outros estatutos jurídicos específicos. 8. Fonte do Direito estatutário. 9. Não existe direito adquirido a determinado regime jurídico. 10. O caráter concursal do Direito estatutário. 11. Conclusão.

Da Situação Irregular à Proteção Integral (Do Código Mello Mattos ao ECA)

142

Leonardo de Castro Gomes

Juiz de Direito no Rio de Janeiro

1. Crime na diferenciação inicial entre pessoas em formação. 2. A Teoria do Discernimento ou Doutrina do Direito Penal do Menor. 3. O Código Penal de 1830 e o de 1890. 4. A imputabilidade aos 14 anos. O Código Mello Mattos rompe com a Teoria anterior. 5. A Doutrina da Proteção Integral de 1988. Art. 227 e seus três aspectos. 6. As situações irregulares definidas no Código de Menores de 1979 (ECA).

Adoção. Histórico. Tratamento dispensado, inicialmente, ao instituto pela legislação civil pátria: Código Civil de 1916 e Código de Menores de 1979. Nova visão dada ao instituto pela Carta Magna de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002 152

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora. Membro do Conselho de Vitaliciamento do TJ/RJ

1. Histórico. 2. A adoção no Código Civil de 1916. 3. A adoção no Código de Menores de 1979. 4. A adoção na Carta Magna de 1988. 5. A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. A adoção no Código Civil de 2002.

Tutela e Adoção Remuneradas - Auxílio Financeiro por Lei Estadual 166

Décio Xavier Gama

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.

Auxílio adoção, instituído por lei estadual para servidor público do Estado. Tratamento igual para os que acolherem criança mediante guarda, tutela ou adoção. Norma do ECA (art. 34) que admite o subsídio apenas para a guarda. A tutela deve ser voluntária e gratuita segundo a Lei civil. A adoção é permanente e irrevogável e não se coaduna com a idéia de uma retribuição financeira ao adotante.

A Saga Mello Mattos na Mídia Brasileira 170

Ivone Ferreira Caetano

Juiz de Direito Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital Rio de Janeiro

Introdução. O Poder não intimidava Mello Mattos e não intimida aos Juízes menoristas que lhe sucederam. A preocupação da época de Mello Mattos com a proteção integral

dos “menores de 18 anos”. As Portarias do Juiz Mello Mattos proibitivas de entrada de menores em casas de diversões não apropriadas para as suas idades. As homenagens, inclusive no exterior, ao grande Juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, um dos grandes vultos da magistratura brasileira. Sua luta de ontem, por certo continua também hoje, face à desigualdade e exclusão social existente no país.

Duas Crianças na Noite (Crônica)

178

Luiz Carlos Peçanha

Desembargador do TJ/RJ. Autor do romance “O Sonho e o Vento”.

Colaboraram neste Número

Alyrio Cavallieri, 15

Áurea Pimentel Pereira, 152

Décio Xavier Gama, 166

Denílson Cardoso de Araújo, 102

Guaraci de Campos Vianna, 26

Inês Joaquina Sant´Ana Santos Coutinho, 102

Ivone Ferreira Caetano, 170

Leonardo de Castro Gomes, 142

Libórni Siqueira, 93

Luiz Carlos Peçanha, 178

Nagib Slaibi Filho, 131

Siro Darlan, 77

Thiago Ribas Filho, 125

Dois Gênios - Uma Obra Genial

Alyrio Cavallieri

Desembargador aposentado - ex-Juiz de Menores (RJ)

I. INTRODUÇÃO

O Museu da Justiça do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro festeja, no mês de outubro, os oitenta anos da sanção do Código de Menores de autoria do Juiz Mello Mattos, sancionado em 1927. Já em 1977, ao ensejo do meio século daquela lei, seu autor foi alvo de uma homenagem de insuperável significado, representada por um erudito texto de um jurista de valor excepcional. Presidente do Estudio de Derecho Del Menor de Madri, Espanha, Professor de Direito do Menor do Instituto da Juventude, o Dr. Luiz Mendizábal Oses produziu o estudo que foi publicado em página inteira do **Jornal do Commercio** do Rio de Janeiro de 10 de outubro de 1977. Tendo traduzido aquele trabalho, entendo ser oportuno recordá-lo em vista do seu valor, não só pela consagração do gênio brasileiro por outro gênio, o mestre espanhol, como em razão de seus fundamentos doutrinários, sempre atuais. Antes da análise da obra de Mendizábal, recordamos fato que, no nascedouro daquele diploma, produziu enorme agitação na antiga capital da República, o Rio de Janeiro.

II. UM ESCÂNDALO

Na Praça Tiradentes, no Rio de Janeiro, o Teatro João Caetano apresentava um espetáculo com anedotas de duplo sentido, mulheres quase despidas em bailados sensuais. A praça era o local certo para tais encenações, mas anunciar apresentação para horário vespertino, com a indicação “matiné infantil” era um absurdo. A peça teatral se chamava **Ouro à Beça**, com c cedilha e em maiúscula. Aconteceu em dezembro de 1927.

Lei nova autorizava um juiz a intervir, tomando medidas coercitivas em favor da moralidade dos menores de idade, “a seu prudente arbítrio, respondendo pelos excessos de poder”. E o juiz proíbe o ingresso de menores de 18 anos de idade no espetáculo. Um escândalo, a postura do juiz. A imprensa alvoroça-se. Os outros teatros, em solidariedade ao João Caetano, fecham suas portas. Empresários, em assembléia, pedem a suspensão da lei em que se baseara o juiz - o Código de Menores. O advogado Irineu Machado é convocado e impetra uma ordem de **habeas corpus**. A Corte de Apelação entende ser idônea a medida do magistrado e, provocado, o Conselho Supremo da Corte de Apelação decide em favor dos pais que queiram ir com seus filhos de 12, 13 anos ao teatro, defendendo a supremacia do pátrio poder. O juiz entende não ser cabível um **h.c.** coletivo e restringe os efeitos da ordem, concedendo-a somente aos impetrantes. O Supremo Tribunal dá efeito correccional à ordem e estende-a, sem limitação. O juiz recalitra. Oficia ao Supremo. Foi punido com 30 dias de suspensão e multado em seus vencimentos, dous contos de réis. E é substituído na vara. O caso torna-se um banquete para a imprensa. Lacerda de Almeida e Clóvis Bevilacqua colocam-se a favor do juiz. Mais tarde, o Supremo Tribunal, por oito votos contra dois, reconhece a constitucionalidade do Código. E mantém a vigência do artigo 131 da lei. O juiz vencera. Ele se chama José Cândido de Albuquerque Mello Mattos. Tudo está contado pelo Desembargador Alberto Augusto Cavalcanti de Gusmão, que foi Juiz de Menores, falecido, em discurso com que se comemorou, em 1964, o centenário do nascimento de Mello Mattos e a instituição de medalha com seu nome.

III. 50 ANOS DEPOIS

Luiz Mendizábal Osés projeta-se como um notável teórico do Direito do Menor ao publicar duas obras básicas: **Derecho de Menores - Teoria General**, edição Pirâmide, Madri, 1977, 517 p., e **Introduccion al Derecho Correccional de Menores**, edição do Instituto de la Juventud, 1974, e sua atuação como professor e diretor de importante instituto de estudos de Direito do Menor na Espanha. Seu prestígio alcança o Instituto Interamericano Del Nino e a América Latina, incluindo-se o Brasil. Daí, o extenso trabalho em que analisa o Código de Menores

brasileiro, publicação que recordamos neste ensejo e cujo título, por si só, já representa um panegírico: **Homenagem à Memória de Mello Mattos no Cinquentenário do Código de Menores.**

IV. UMA OBRA BEM FEITA

A palavra agora é de Mendizábal, um resumo de seu estudo, que traduzimos há trinta anos.

“Constitui uma honra e uma grave obrigação moral, para todos quantos sentimos e vivemos a causa do menor, reconhecer a tarefa desenvolvida por Mello Mattos, rendendo-lhe, no cinquentenário da promulgação do Código de Menores de 12 de outubro de 1927, o acatamento e a veneração que são devidos por seu magistério. E não somente pelo que significou para a grande nação irmã, o Brasil, contar com um jurista de tal estatura científica e dimensão humana, ainda mais que, com grande visão do futuro, foi capaz de trazer à luz um Código que é modelo entre todos de seu gênero. Quando, com o passar do tempo, a dinâmica da mudança social incide sobre as formas tradicionais de convivência, produz, como agora acontece, uma transformação radical na própria estrutura social, lógicas são as críticas e o afã renovador em setores especializados - e em outros que já não o são tanto. E produzem-se com o fim de acomodar as normas jurídicas às exigências dos tempos novos; mas, ante esta corrente de opinião - e ainda quando não seja o mais indicado para tanto, já que é sobremaneira conhecida minha posição doutrinária, de radicalizada inovação em matéria de menores - há que reconhecer publicamente as valiosíssimas contribuições que, para o desenvolvimento do Direito do Menor, contém o Código Mello Mattos, assim como os denodados esforços que realizou o exímio jurista para enfrentar e resolver, através do Direito, os males que afligiam os menores. Porque não se tratava de levar a cabo uma improvisada realização normativa, foi que se propôs e o conseguiu inteiramente, elaborar um plano sistemático dirigido a assegurar à infância, à adolescência e à juventude

menor de idade, a proteção que seu natural desvalimento e falta de defesa requeriam, com o fim de que seu processo evolutivo não ficasse traumatizado pelas condições adversas da vida. O magistério de Mello Mattos criou escola, não somente em sua pátria, pois a marca indelével de seu diáfano pensamento deixou sua marca no velho solar ibérico. Por isto, é indiscutível a presença de sua emocionada recordação, plena de conteúdo na história do Direito do Menor, como um das suas figuras mais salientes. Ao fazer esta afirmação, não entra em jogo o fervor apaixonado do mais modesto de seus seguidores, mas o objetivo convencimento de uma realidade evidente”.

V. O ARTIGO 131

Antes de prosseguir com o mestre espanhol, pois que aí vem assunto cabuloso - vamos ao ano de 2007, em que ele é tratado por eminente jurista de nossos tempos. Para clareza, editamos o texto do artigo 131 do Código Mello Mattos:

“- A autoridade protetora dos menores pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento que ao SEU PRUDENTE arbítrio parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade PELOS ABUSOS DE PODER”. (Certas palavras estão grandes de propósito).

A referência acima, a “eminente jurista de nossos tempos”, dirige-se a Tânia da Silva Pereira, quando escreve “não se aplica modernamente, sobretudo no âmbito da justiça da Infância e Juventude, o princípio da inércia do juiz” (artigo sobre a “Competência Disciplinar da Justiça da Infância e da Juventude”, **Revista EMERJ**, v. 10, nº 38 - 2007, página 67, Coordenação Des. Décio Xavier Gama). É como se estivéssemos abrindo o pano para o espetáculo que vem a seguir.

Volta a palavra a Mendizábal, no exame do artigo 131 do Código de 1927.

*“Da leitura do texto do artigo anteriormente transcrito, depreende-se a existência de uma manifestação **sui generis** do poder*

público, que se atribui a jurisdição especializada de menores. É evidente, portanto, que seu exercício pode ensejar, através de uma a perspectiva tradicional da doutrina política, indiscutíveis reparos”.

E o mestre espanhol vai a Aristóteles, Locke, Montesquieu (**Espírito das Leis**) e à Constituição da Inglaterra (Cap. VI, livro IX). E pergunta e responde: -“Quer isto dizer que o artigo 131 do Código de Menores carece de justificação à luz da doutrina exposta e do princípio constitucional da divisão de poderes, geralmente admitido? A resposta, por estranha que possa parecer, é negativa. E isto porque tem sua razão de ser em um princípio fundamental, de caráter proeminente e por sua natureza tuitivo, e que se baseia no interesse do menor”.

Estas palavras foram escritas em 1977. E estão sendo lidas ao lado da obra organizada pela citada Tânia da Silva Pereira, editada recentemente, com a colaboração de vinte e quatro especialistas, sob o título **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar** - Renovar, 737 páginas. E o mesmíssimo tema - o poder quase-legislativo do juiz, em defesa do melhor interesse do menor, é discutido nestes dias no Tribunal de Justiça deste estado, chefiando a facção dos magistrados da Infância a figura emblemática de Inês Joaquina Sant’Ana Santos Coutinho, juíza de Teresópolis.

E prossegue Mendizábal.

“Claro está que quem não tenha uma clara concepção do que significa em nossos dias o Direito do Menor em sua exata dimensão substantiva, terá tremendas dificuldades para compreendê-lo. Assim é que, se com o necessário rigor se perquire a autêntica realidade que representa o universo do menor de idade e, uma vez conhecida, tal como é e a percebeu um dia Mello Matos, intenta-se compreender, em sua exata dimensão jurídico-social, o verdadeiro alcance das faculdades que o artigo que comentamos atribui ao organismo jurisdicional de menores, chegar-se-á à conclusão de que não existe alternativa mais eficaz para conseguir-se que se outorgue aos menores, pelo Estado, essa

proteção que integra, mais que um direito, uma necessidade fundamental deles que se deve satisfazer”.

“É por este caminho que os menores deixam de ser cidadãos de segunda classe, porque a cuidadosa redação do artigo 131 do Código de Menores, ao mesmo tempo em que assegura a todos os menores o exercício potencial de todos os seus direitos fundamentais, supera as anacrônicas posições paternalistas de índole protetora. E deixa a salvo o princípio da legalidade, ao advertir à autoridade protetora que seu prudente arbítrio fica submetido à responsabilidade em que possa incorrer por abuso de poder. Subscrevemos de forma absoluta o que afirma Cavallieri a respeito dos quatro aspectos do referido art. 131 que estou comentando (Alyrio Cavallieri, **Direito do Menor**, Rio de Janeiro, 1976, página 201 e seguintes). Entretanto, a nosso juízo, o aspecto mais importante é o da generalidade e o da universalidade da faculdade ou do poder que se confere à autoridade protetora dos menores, uma vez que não se restringe a uma matéria concreta, senão que se estende a tudo que seja conveniente à sua proteção e assistência”.

VI. PAUSA OPORTUNA

Um pouco da história mais ou menos recente é recordada no contexto das assertivas do mestre Mendizábal. Cavalcanti de Gusmão, que pelos idos dos anos setenta era o juiz de menores, redigiu um projeto de código que substituiria o de Mello Mattos. Entregue ao Ministro da Justiça, este designou o jurista José Carlos Moreira Alves, seu assessor, para examinar o projeto, em companhia de seu autor e do escrevinhador destes escritos. Gusmão propunha no seu artigo 5º:

“Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.”

Lembro-me, como se fosse hoje, do repentino gesto de Moreira Alves, batendo na mesa, materializando suas palavras: - “Só passando por cima do meu cadáver!” Moreira Alves tornou-se Procurador da

República, Ministro do Supremo Tribunal, e o enunciado emblemático de Gusmão figurou no Código de 1979, até que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, reduziu o mandamento de Gusmão, no seu artigo 6º, ao tívio enunciado:

- “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Vivo, Mendizábal lamentaria o equívoco.

VII. LEI E SENSIBILIDADE

Mendizábal, ao referir-se à peculiar posição que ocupam os menores, por seu natural desvalimento, tendo que ser protegidos pelo Estado em caráter integral, escreve: - “Mello Mattos sentiu, no mais profundo de seu coração, os gemidos e gritos das vítimas mais miseráveis da sociedade. Gemidos e gritos que ninguém, antes dele, havia percebido, pela simples razão de que a infância e a adolescência desvalidas sempre foram mudas. Sua resposta diante desse calado grito de dor universal encontrou generoso eco, indo mais além do que a doutrina jurídico-política de seu tempo para consolar e reparar ainda em nossos dias - excetuando-se certas e contadas pessoas muito qualificadas envolvidas na problemática dos menores. A redação dada ao artigo 131 do Código de Menores foi como uma renovação atualizada do **dictum perpetuum**, agora dirigido ao louvável e meritório objetivo de assistir e proteger aos menores em caráter geral, quase à imagem e semelhança do que, na Roma clássica, ditaram seus Pretores. (...) É evidente que tais poderes não se encontrarão em nenhuma outra legislação contemporânea de menores, entretanto tal constatação não constitui, de modo algum, uma crítica, mas um exemplo digno de ser imitado universalmente.”

VIII. A PREVENÇÃO

Mendizábal afirma que “os menores não podem saber quais são seus direitos, e muito menos exercitá-los ou fazê-los valer, e os que

são obrigados legalmente a defendê-los e assisti-los, usualmente desconhecem tais direitos e, em ocasiões muito freqüentes e conhecidas, deixam-nos no mais absoluto abandono. Por isto, mais que aos direitos, há que se referir às necessidades, não somente porque a necessidade precede ao direito, mas também porque objetivamente o conhecimento da necessidade tornará possível estabelecer uma série de relações jurídicas que configuram o modo de vida dos menores. As necessidades subjetivas dos menores estão constituídas com relação aos demais, por tudo aquilo de que precisam para que todas e cada uma das facetas que, como um todo homogêneo, integram a personalidade evolutiva dos mesmos, a fim de que possam desenvolver-se integral e harmonicamente, para adquirirem maturação adulta. Resulta assim que cada uma dessas necessidades subjetivas, da qual cada menor é titular, emana de uma carga, por parte do outro, para serem satisfeitas segundo a estrita medida do que é justo, com relação ao significado tutelar da Justiça, que não é outra coisa do que “o seu”, que lhes cabe receber. Se analisarmos o caráter dessas condicionantes ligadas ao meio familiar, as quais, sós ou combinadas a outros fatores, podem motivar uma ulterior inadaptação social do menor, que o levem a realizar comportamentos antijurídicos que causam tão grave alarme social - parece aconselhável e conveniente que, antes de corrigir-se o menor, o que é somente o efeito, deve-se tratar de evitar as causas de seu comportamento. Atingida tal conclusão lógica, não cabe a mínima dúvida de que prevenção é uma exigência que deve ser adotada por todo o estado de direito”.

A referência à prevenção surge como uma homenagem ao magistrado e sociólogo Libórni Siqueira, incansável guerreiro em prol de sua postura científica, alicerçada em obras suas que se dirigem a evitar as causas do comportamento indesejado.

O mestre espanhol analisa, a seguir, os tipos de prevenção:

- primária - serviços, equipamentos, formas de proteção de caráter geral dirigidas a todos os menores, sem exceção, com o fim de combater as influências que levam à inadaptação social, superando condições socioeconômicas;

- secundária - dirige-se a detectar e a tratar os que desenvolvem sua existência em meio carente ou deficitário por causas diversas, deteriorando relações familiares que conduzam a uma situação irregular potencialmente perigosa;

- terciária - de objetivo “correcional e de caráter reeducativo com o fim de assegurar a plena reinserção dos menores que, por sua conduta antijurídica se colocaram em situação irregular”.

“Não há menor dúvida de que as medidas previstas no artigo 131 do Código de Menores brasileiro destinam-se a perfazer a prevenção primária, na forma do que foi exposto”.

IX. OS PODERES DA AUTORIDADE PROTETORA

Prosegue Mendizábal Oses: - “Dentro de bons princípios jurídicos, as faculdades que o artigo 131 confere à autoridade protetora, objetivamente não têm outro limite do que o derivado do princípio da legalidade e da hierarquia que ostentam as normas legais. Subjetivamente, seus limites se baseiam no fato de que não devem incorrer em abusos de poder. Por tratar-se de faculdades que podem ser qualificadas de excepcionais, as contidas no citado artigo 131, que são a mais firme garantia de uma eficaz atuação preventiva destinada a assistir e proteger, com caráter geral aos menores - não resta outra alternativa para sua justificação que a de admitir o valor extraordinário que ostenta o interesse do menor. Pois é precisamente este interesse prioritário que implicitamente reconhece o artigo que estamos comentando. É indiscutível que a matéria que pode ser objeto da atividade preventiva não pode ser reduzida aos aspectos tradicionais em que se fixavam os limites de idade para determinar a assistência dos menores a espetáculos e diversões públicas; ao contrário, devem ampliar-se a todas aquelas atividades que, real ou potencialmente, constituem-se em grave risco para a integridade física, psicológica, social ou moral dos menores”.

Mendizábal, escrevendo em 1977, profetizava.

“Motivo de profunda preocupação, em nossos dias, é não somente o consumo de produtos denominados drogas e que, com relação ao tráfico são objeto de repressão internacional, mas também outros produtos farmacêuticos como os de tipo inalável, e cuja finalidade é desvirtuada pelos mesmos, desde tenra idade, e que por seus efeitos alucinógenos constituem um evidente perigo para a sua saúde física e mental.”

E defende a atuação do juiz da infância e da juventude, no combate às drogas, terminando sua epístola:

“A partir desta última perspectiva, apresenta-nos em toda a sua grandeza conceitual e histórica a indiscutível visão de Mello Mattos ao redigir o artigo 131 do Código de Menores e defender, contra todos os embates, a sua vigência. Por tudo isto, é e será possível, na conformidade com o Direito, graças a seu gênio criador, assistir e defender os menores ante qualquer situação imprevisível que se possa originar, por maiores que sejam as transformações que a mudança social imponha, já que a dinâmica desse mesmo câmbio social poderá, em suas repercussões de caráter negativo para o ajuste da personalidade evolutiva dos menores, ser corrigido pela própria dinâmica do Direito, através, precisamente, dos poderes que foram conferidos à autoridade protetora. A figura eminente de Mello Mattos não pode ser, de nenhum modo, uma simples efeméride, porque a permanente atualidade de sua obra transcende, através do tempo, para projetar-se no futuro, precisamente encarnada em todos e cada um de quantos exercemos a jurisdição de menores. Essa é a nossa responsabilidade e a grandeza da missão tuitiva que nos cabe desempenhar.”

X. O MAGISTRADO DE PEDRA

Mendizábal expôs à admiração dos especialistas um dos inúmeros marcos, monumentos da obra de Mello Mattos. A senda ampla e promissora está aberta para as análises das idéias do gênio brasileiro. Lá está o artigo 160, que concedeu a um único magistrado poderes de infringir o mandamento universal da inércia (**ne procedat iudex sine officio**), a partir da consideração segundo a qual o sujeito primário da norma, no campo desse Direito, não é o mesmo dos outros ramos: o menor de idade, desvalido, minusválido, indefeso, capaz de reformar-se. Foi a destruição do símbolo ultrapassado do magistrado de pedra. E o vislumbre de visionário que, no passado dos anos vinte, antecipou-se à modernidade da Justiça Terapêutica, dotando o seu juizado de um técnico, um cientista de outra ciência - um médico psiquiatra - artigo 148 de sua lei. Insisto, nos anos vinte.

Que estas comemorações, presididas pelo descortino do Desembargador Fonseca Passos e seus colaboradores, atraíam as atenções dos modernos operadores dessa Justiça - como no emblema da Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude - ABRAMINJ - de que é presidente Guaraci Campos Vianna.◆

O Código de Mello Mattos e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Conexões

Guaraci de Campos Vianna

Juiz Titular da VIJ/RJ - Presidente da Abraminj
- Mestre em Ciências Penais - Professor e
Coordenador do Curso de Direito da Criança
e do Adolescente da EMERJ - Professor de
Graduação e Pós-Graduação da UniverCidade

É preciso não apenas preservar o passado e a tradição, mas reagir contra a tradição e o passado, reexaminando-os e reinterpretando-os à luz dos valores e conhecimentos do nosso tempo, não só para substituição das imagens idealizadas, mas principalmente para retificação das linhas mestras que presidiram nossa formação ontem a fim de adequá-las à mancha de uma cultura moderna que avança rumo aos novos tempos.

I - ANTECEDENTES HISTÓRICOS - PRÉ-CONTEXTUALIZAÇÃO

Darcy Ribeiro, na sua obra **O Povo Brasileiro - A Formação e o Sentido do Brasil**, Competência das Letras - 2ª edição - 22ª reimpressão - reconstruiu e compreendeu o Brasil e os brasileiros, sua geração como povo, a partir de diversas matrizes, como a Tupi (índigena), a Lusitana, a Imigrante e a Escrava (Afrodescendente).

Não é o objetivo aqui apontar as peculiaridades da miscigenação e as repercussões que as uniões entre brancos e índios, índios e negros, brancos e negros tiveram sobre o caráter nacional. Mas, o que se podia esperar de mestiços concebidos e criados fora da sociedade

conjugal, na clandestinidade? Talvez seja essa uma das origens do desajustamento social generalizado.

Existia o arbítrio das discriminações legais, segundo o pigmento: primeiro: O Português da Europa, legítimo. Logo abaixo o Português nascido no Brasil, filho de portugueses, chamado de Mazombo, o Brasileiro. Somente depois vinham o mulato, mestiço de branco com negra e o mameluco, mestiço de branco com índio.

Mesmo que o mestiço tivesse nascido de uma união perfeitamente regular, há um conflito interno e externo: o choque das duas culturas: a paterna e a materna. Era muito difícil a conciliação entre as duas culturas.

Saltando ao tempo, abolida a escravatura em 1888, velhos preconceitos se acirravam e houvera várias restrições ao trabalho, os salários eram de mera subsistência, como se o assalariado fosse o substituto do escravo. A crise social aumentou, estabelecendo a criminalização dos jovens.

Em conseqüência, aparecem na paisagem urbana das maiores cidades brasileiras as primeiras grandes instituições de internamento de menores, com caráter profilático e correccional. Suas clientelas seriam compostas de crianças pobres, que necessitavam, segundo especialistas da área social, de um controle terapêutico e/ou preventivo. Eram os classificados como “sem família”, “com família patológica”, com degenerescência hereditária, “sem condições financeiras ideais”, “filhos de pais despreparados”, “habituais no vício” etc.

É nesse contexto de ameaça ao caos social que os juristas entrarão em cena anunciando perigos inimagináveis para o futuro, onde hordas de criminosos dominariam sobretudo as cidades, a pôr em risco qualquer proposta de salvar o país. Estatísticas alarmantes anunciam a escalada da criminalidade em todos os países, com destaque para o fenômeno da delinqüência infantil e da juvenil, que estaria crescendo em proporção superior à criminalidade adulta, mesmo nos países ricos.

No ano de 1898, Evaristo de Moraes, advogado do Foro do Rio de Janeiro, por sugestão do Dr. Moncorvo Filho, decide fazer uma visita à Casa de Detenção. Obtida a permissão do Chefe da Polícia, Sampaio Ferraz, ele segue para o casarão da Rua Frei Caneca, acompanhado

de um representante do **Jornal do Commercio** e do repórter policial da Imprensa (Arquivo: **Jornal do Commercio**, 1898).

Durante dois anos dá seu testemunho a diversos jornais, a respeito da visita que parece tê-lo chocado. Evaristo de Moraes não mediu palavras para descrever o “quadro apavorante de depravação e corrupção que encontrou naquele ‘medonho laboratório’ - morada do vício e do crime” - onde menores viviam em promiscuidade com criminosos adultos.

Em 1900, as observações do jurista foram publicadas no livro **Creanças abandonadas e creanças criminosas**. Tomo esse documento como um marco, pois seu conteúdo reflete o ponto de vista jurídico que vinha se estruturando à época.

Sobre o abandono moral é que se desejava intervir. Retirar da família os filhos que a ela não se submetiam. Mas como mudar uma tradição tão sagrada quanto antiga, a da autoridade do pai? A estratégia consistia em mudar a mentalidade; mostrar que a família era passível de punição e que, ao cometer atrocidades contra as crianças, comprometia a moralidade de seus filhos e, conseqüentemente, o futuro do País. Portanto, o filho não era propriedade exclusiva da família; a paternidade era um direito que poderia ser suspenso ou cassado.

Na cidade mais importante do país, o Rio de Janeiro, capital federal, parte da população era retratada como constituindo verdadeiras hordas de desocupados e desclassificados a ameaçarem a paz social. Muitos dos chamados “populares” eram menores acusados de se instruírem nos descaminhos da ociosidade e do crime. Era preciso pôr o povo a trabalhar “livremente”, ou seja, em troca de um salário.

As teorias sobre criminalidade em voga nos países tidos como civilizados corroboravam para justificar a necessidade de intervenção por parte do Estado. No cerne dessas teorias estava a concepção de que o lócus social era capaz de produzir criminosos, e, portanto, capaz também de evitar que se formassem criminosos. Caberia, portanto, à sociedade fazer sua escolha: simplesmente punir os autores de crimes através da “Justiça repressiva”, mantendo-os como eternos candidatos à reincidência ou recuperá-los para a vida em sociedade.

Logo essas idéias foram endossadas por adeptos da “cruzada pela infância”. As palavras empregadas para associar a infância ao crime tinham força própria; significavam a aceitação do fato de que

autores de crimes hediondos poderiam ser gerados a partir do berço ou mesmo trazer consigo a herança do crime. Uma multiplicidade de fatores eram apontados como produtores de candidatos ao crime desde a infância: raça, clima, ociosidade, vícios, até uma “trama retrincada” de inclinações inspiradas na obra de Lombroso e seus seguidores, tais como cólera, vingança, crueldade, falta de sentimentos afetivos, tendência pronunciada para a obscenidade, entre outras.

O abandono de crianças por famílias tidas como inescrupulosas e irresponsáveis era com frequência mencionada. Colocava-se em destaque a ameaça subjacente de instauração da desordem moral.

No caso da infância, representantes da Justiça-Assistência assumem sua causa e defendem a criança de um “sistema de proteção aos menores”, prevendo-se a elaboração de legislação própria e ação tutelada pelo Estado, com apoio das iniciativas privadas de amparo à infância.

É importante compreender o significado da aliança firmada entre Justiça e Assistência - uma associação, cujos reflexos são claramente detectáveis no processo desenvolvido nas duas primeiras décadas do século XX e que deu origem à ação tutelar do Estado, legitimada pela criação de uma instância regulatória da infância - o Juízo de Menores (ambos na década de 1920). Veremos que Justiça e assistência buscam na aliança a auto-sustentação pela complementação de suas ações. Ambas inserem-se na lógica do modelo filantrópico, que visava ao saneamento moral da sociedade a incidir sobre o pobre.

Baseado na mesma concepção de Evaristo de Moraes a respeito da urgência de uma missão moralizadora para o Brasil, Paiva defendeu que o aumento da criminalidade infantil constituía prova incontestável de que a Justiça brasileira precisava de uma reforma. Novos conhecimentos advindos: a sociologia, psicologia, psiquiatria e antropologia criminal deveriam ser incorporados como fatores que exercem influência sobre o indivíduo que comete um crime em idade precoce. Em artigo publicado no **Jornal do Commercio**, em 1911, intitulado “A Nova Justiça. Os Tribunais para Menores”, Ataulpho de Paiva discorre sobre as causas da delinqüência juvenil, ressaltando.

A ação nefasta do mau meio social, com as suas perniciosas sugestões e a respectiva ausência de educação (...) O antigo Juiz

penal, dizia ele, num dos artigos que publicou em 1916, somente tinha a preocupação de capitular o delito e aplicar a respectiva pena ao caso ocorrente. Nada mais impróprio nem menos apto para o exercício do moderno papel da Justiça (PAIVA, 1916:70).

Ganhava força a idéia de ser necessário “compreender a pretensa criminalidade infantil”, promovendo o seu afastamento da área penal: “(...) Desça a Justiça a conhecer a alma infantil”, foram as palavras empregadas pelo jurista Helio Lobo.

Normalmente se apresentava para o fenômeno a seguinte explicação: o Brasil não seguia o exemplo dos países cultos que levavam a sério a assistência jurídica à infância e permitia que a criança ficasse moralmente abandonada, conseqüentemente, ela acabava se tornando delinqüente. Qual a solução? Organizar a Justiça, mas sob novas bases, inspirando-se no amplo movimento humanitário herdado do século XIX, porém nos moldes da moderna civilização do século XX.

É exatamente o que defenderam os porta-vozes da versão da “Nova Justiça” para a infância, aqui representados por Aталpho de Paiva:

A simples repressão, que constituiu a idéia fundamental dos códigos, sempre confundiu a causa do menor, deixando-o ao desamparo do Direito e da Justiça. A crise tremenda em que se vê a delinqüência juvenil assumiu proporções assustadoras, máxime em sua comparação com a criminalidade dos adultos. Aí está para atestar eloqüentemente a imprestabilidade dos velhos moldes e dos processos anacrônicos... (PAIVA: p. 101)

Os desdobramentos da “Nova Justiça”, preconizados por Paiva, de fato iriam se concretizar ao longo da década de 20, passado o impacto maior da Guerra Mundial. Nas Câmaras Municipais e Estaduais, particularmente do Rio de Janeiro e de São Paulo, corriam projetos de lei e circulavam debates sobre o que era literalmente denominado de “organização da Justiça” e “organização da Assistência”. A partir deste processo foi concebida a idéia de uma Justiça de Menores no Brasil.

A Justiça de Menores no Brasil foi fundamentada no debate internacional do final do século XIX, tendo a América Latina como uma espécie de laboratório das idéias que circulavam na Europa e na América do Norte. Concebida com um escopo de abrangência bastante amplo, seu alvo era a infância pobre que não era contida por uma família considerada habilitada a educar seus filhos, de acordo com os padrões de moralidade vigentes. Os filhos dos pobres que se encaixavam nesta definição, portanto passíveis de intervenção judiciária, passaram a ser identificados como “menores”.

Percebe-se que o termo “menor” foi sendo popularizado e incorporado na linguagem comum, para além do círculo jurídico. Não se detectou nenhum discurso contrário a essa tendência ou mesmo qualquer tipo de questionamento a respeito, o que faz pensar que a intervenção jurídica era, de um modo geral, muito bem-vinda como possível chave para resolver problemas que a instabilidade do momento impunha.

A legislação produzida nas primeiras décadas do século XX respondia aos temores abertamente propagados em relação ao aumento da criminalidade infantil. E, ao mesmo tempo, atendia à dupla demanda de proteção à criança e à sociedade, à medida que buscava deter aqueles que ameaçavam a ordem, através da aplicação de medidas repressivas no âmbito da Justiça-Assistência. Veja-se, por exemplo, a Lei 947, de 29 de dezembro de 1902, que “Reforma o Serviço Policial no Distrito Federal”, em cujo texto se lê: “Fica o Poder Executivo autorizado a criar uma ou mais colônias correcionais para a reabilitação, pelo trabalho e instrução, dos mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos que forem encontrados e como tais julgados no Distrito Federal”.

Os desdobramentos práticos da Justiça-Assistência aos menores foram concebidos ao longo das três primeiras décadas do século XX. O processo pode ser retraçado através da identificação das sucessivas tentativas de formulação e discussão de projetos nos meios políticos e acadêmicos da capital federal. Os projetos visavam à regulamentação de uma legislação específica de assistência e proteção aos menores (e à sociedade), como veremos a seguir.

Nos primeiros anos do século XX, vemos surgir uma movimentação em torno da concepção de uma Justiça especialmente voltada

para os menores. O debate é impulsionado pela experiência norte-americana a partir de uma reforma radical da assistência judiciária ao menor, através da instituição do julgamento de menores em tribunais especiais.

A grande novidade era a recuperação dos menores. Falava-se em até 80% de casos de menores reabilitados (Nova Iorque, Denver), o que teria provocado o seguinte comentário entusiasmado de Roosevelt: “Os tribunais para crianças edificam caracteres”. Tais inovações, no entanto, tinham por fim atender a velhos objetivos: transformar em cidadãos úteis, indivíduos que tendiam a se constituir em pesos mortos para a sociedade. No discurso de proteção à infância estava embutida a proposta de defesa da sociedade - defesa contra a proliferação de vagabundos e criminosos, contra a instauração da indisciplina e da desordem, que não correspondiam ao avanço das relações capitalistas em curso.

No Brasil, os traços deste tipo de proposta, corporificada na defesa da criança e da sociedade, são claramente perceptíveis a partir dos primeiros anos do século XX. Tendo como ponto de partida um vasto campo de ação que se descortinava aos profissionais da área jurídica, o tema foi objeto de regulamentação e debate sob a forma de projetos de lei apresentados entre 1906 e 1927, ano em que foi aprovado o Código de Menores, consolidando as “Leis de Assistência e Proteção aos Menores”.

II - PRECEDENTES DA CRIAÇÃO DO 1º JUIZADO DE MENORES DA AMÉRICA LATINA

Começava-se a desenhar naquela época o processo de julgamento dos menores, pleiteando-se uma instância própria - os “Tribunais de Menores”. Os Tribunais funcionariam sob o comando de Juízes também especiais, os quais contariam com o suporte de outros especialistas para cumprir sua “missão jurídico-social”. Na sua equipe trabalhariam “(...) um jurista penitenciarista, um médico fisiologista e psiquiatra e um pedagogo” (CHAVES, 1912).

Não é difícil concluir que poucos escapavam da cuidadosa vigilância montada para “educar, reabilitar e recuperar” cada um dos “menores”. Recolhidos pela polícia, deveriam ser encaminhados ao juiz,

o qual definiria seu destino - de preferência longe de seu ambiente vicioso.

O início deste século foi um período fértil na idealização dos estabelecimentos destinados à recuperação dos menores. Lutava-se contra a prática de interná-los em Casas de Detenção e repudiava-se o contato dos menores com criminosos adultos - a antítese da recuperação, obviamente. Contudo, não se questionava a institucionalização como forma de prevenção e tratamento; ao contrário, considerava-se necessário e salutar retirar a criança de um meio tido como enfermiço e atentatório à moral.

No entanto, os internatos haviam sido alvo de acirrada crítica ao final do século XIX, em sessão do dia 12 de agosto de 1893, na Câmara dos Deputados. Nilo Peçanha e outros discutem o restabelecimento do Internato Ginásio Nacional. O debate seguiu-se ao discurso de Epitácio Pessoa, então Deputado pela Paraíba, que expõe a improficuidade do ensino em regime de internato. Nesta ocasião, Mello Mattos exercia o cargo de Promotor no Distrito Federal, onde ficou de 1891 a 1893, passando, a partir de 1894, a dedicar-se à advocacia criminal.

Foram arquitetadas, neste período, diversas modalidades de estabelecimentos, desde instituições “de refúgio” ou “depósito”, onde o menor aguardava o destino legal ditado pelo Tribunal, até estabelecimentos que os abrigariam por tempo indeterminado, com uma proposta de “regime educativo”.

Para os menores moralmente abandonados (não viciosos ou pervertidos), eram indicadas as “escolas” de prevenção ou preservação, uma para menores do sexo masculino e outra para as do sexo feminino, situadas dentro do perímetro urbano (1906). A eles seria ministrada instrução básica e dedicação ao trabalho, fixado em 8 horas diárias. Estas instituições eram também denominadas de “estabelecimentos industriais”. Via-se com bons olhos o aproveitamento dos menores nas fábricas, como treinamento para o trabalho. O mesmo pode ser dito a respeito na utilização da mão-de-obra infantil e da juvenil nas zonas rurais, através da criação dos “Patronatos Agrícolas”, destinados aos “menores abandonados” e à “mocidade desaparelhada”, visando à educação moral, cívica, física e profissional dos menores desvalidos.

Para os menores delinqüentes, prescrevia-se a “Escola de Reforma”, localizada na zona suburbana da cidade, que, em 1906, imaginava-se dividida em duas seções, uma industrial destinada aos menores que tivessem sido absolvidos e uma seção agrícola para os condenados.

No Rio de Janeiro foram criadas, em 1903, a Colônia Correccional de Dois Rios, com internamento destinado aos jovens desviantes, e a Escola Quinze de Novembro, um instituto preventivo-correccional para crianças entre 9 e 14 anos.

A cidade de São Paulo igualmente criou seu instituto-modelo para menores abandonados e delinqüentes. Em 1902, no bairro do Tatuapé, Cândido Mota instalava o Instituto Disciplinar de São Paulo.

Em Belém do Pará, o asilo Lauro Sodré converteu-se em uma colônia Artística, Industrial e Agrícola da Providência (1899), onde foram matriculados quatrocentos alunos e instaladas quinze oficinas.

Dizia orgulhoso o governador do Estado: “Não há outro estabelecimento de ensino secundário profissional que se lhe possa equiparar no Brasil”. Pretendia-se que a instituição fosse autofinanciável, com a venda dos trabalhos dos meninos. Desde 1921 o Diário Oficial do Estado era impresso em suas oficinas.

Em Belo Horizonte instala-se, em 1909, a instituição da utopia da elite liberal-filantropica. Tratava-se do Instituto João Pinheiro, concebido nos moldes de similares da França (particularmente, a Escola de Mettray, escola-prisão criada em 1840 para menores delinqüentes e abandonados), que praticava uma pedagogia preventiva e regenerativa.

O Instituto João Pinheiro foi considerado modelar. Foi planejado para reproduzir em seu interior um sistema similar ao da sociedade brasileira, ou seja, uma República representativa, com seus poderes executivo, legislativo e judiciário, com estados e municípios. “Em miniatura será praticada a federação republicana, tomando parte, tanto quanto possível, os educandos na administração dos aposentos (municípios), dos pavilhões (estados) e do Instituto (República)”. Havia o desejo de reproduzir, em seu interior, a República dos sonhos burgueses, a cidade disciplinada, saneada, higiênica, onde os cidadãos conhecem seus direitos e cumprem seus deveres.

A instituição foi dividida em grandes grupos: o trabalho manual, o trabalho nas oficinas, o trabalho agrícola e o trabalho interno. A criança seria formada pelo trabalho, o qual teria ainda a virtude de afastá-la do ócio e dos vícios, preparando-a, ao mesmo tempo, para se transformar em um cidadão útil e integrado na sociedade.

Vários outros Estados procuraram criar internatos para isolar a infância “perigosa” da sociedade, a fim de regenerá-la e educá-la para o trabalho.

Essas primeiras instituições totais instaladas no país marcaram o projeto nacional de assistência e educação da infância abandonada, carente ou infratora. Criou-se dentro delas uma cultura de repressão e de disciplina militar homogeneizadora, difícil de ser extirpada. Com o Código Civil Brasileiro, de 1916, o Estado ganhou maiores poderes para intervir nas famílias das crianças desviantes ou perigosas e delas retirá-las a fim de interná-las em instituições preventivas ou corretivas.

Em 1917, Alcindo Guanabara (jurista e senador pelo Distrito Federal) elaborava um projeto em que propunha a reformulação da assistência à “infância necessitada”. Influenciado por modelos europeus, seu projeto seria mais um passo em direção ao aperfeiçoamento do projeto filantrópico e da intervenção do Poder Público no espaço privado. Os menores em estado de abandono material ou moral, ou os que sofriam maus-tratos físicos, deveriam ser separados de seu lar, por meio de destituição do poder familiar, e internados por medida “profilática”.

Os menores deveriam ser classificados, de acordo com o Projeto Guanabara, por sexo e idade, no momento do atendimento e internação: em um pavilhão seriam recolhidos os meninos entre 7 e 14 anos e, em outro, estariam abrigados os de 14 a 20 anos. Os que entram em conflito com a lei seriam segregados dos demais, a fim de se evitar todo tipo de contaminação. Para os primeiros, o destino seria a escola premonitória, que poderia, ter regime de liberdade, guardados os devidos cuidados com a ordem e a disciplina. Na instituição, os meninos que nunca tivessem delinqüido estariam longe de sua família “patológica”. Por sua vez, os que haviam praticado atos infracionais

deveriam ser encaminhados para as escolas correccionais, como as instituições norte-americanas chamadas **probation system**. Esse sistema previa a divisão dos estabelecimentos em duas seções internas e incomunicáveis: a industrial, com fins preventivo e educacional profilático, para os absolvidos pela lei; a agrícola, com objetivos mais corretivos, para os condenados, dentro de um regime duro e militar.

A Lei 4.242, de 5 de janeiro de 1921, que fixava “a Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921”, assinada pelo Presidente Epitácio Pessoa, foi o indicador concreto de que o caminho político havia sido encontrado. O artigo 3º da referida lei autorizava o Governo a “organizar o serviço de assistência e proteção a infância abandonada e delinqüente”. É o tema central da lei, que discorrerá em minúcias sobre os pontos centrais acima sintetizados. Foi uma vitória reconhecida por todos os autores envolvidos. Os anais da História registram que entre 1919 e 1922, Mello Mattos e o então Ministro da Justiça Alfredo Pinto acertaram que o primeiro redigiria o projeto que deu origem a Lei 4.242/21 na parte que organiza a assistência e a proteção dos “menores”. Esse foi talvez o embrião do Juízo Privativo de Menores, criado em 1923 pelo Decreto 16.272 (art. 37).

De 1923 a 1927¹⁻² assistiu-se ao avolumar de capítulos, artigos e incisos, procurando-se cobrir, com todo o detalhamento possível, a regulamentação da assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente. **Ainda em 1923, o Decreto 16.273, reorganizava a Justiça do Distrito Federal, incluindo a figura do Juiz de Menores na administração da Justiça**³⁻⁴. No ano de 1924, o Decreto nº 16.300

¹ Alcindo Guanabara queria, ainda, que a imputabilidade absoluta passasse de 9 anos para 12. Segundo ele, o discernimento para os delinqüentes estaria compreendido entre 12 e 17 anos de idade.

² Foi criado, pela Lei Orçamentária nº 4.242, de 1921, o Serviço de Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente. Mesmo sem “crime ou delito”, o Poder Público passava a intervir na família, arrancando dela seus filhos, internando-os em instituições totais, para o “bem-estar social” e como medida preventiva.

³ Em 1923, foi aprovado o Regulamento de Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinqüentes que regulamentava a Lei de 1921. Nos locais onde não houvesse estabelecimentos apropriados para receber os menores infratores de 14 a 18 anos, eles poderiam ser “recolhidos às prisões comuns, porém separados dos condenados maiores, sujeitos a regime adequado disciplinar ou educativo, em vez de penitenciário.

⁴ Em 1923, em Genebra, a Liga das Nações proclamava a primeira **Declaração dos Direitos da Criança** que teve repercussão no País.

instituí a Inspeção de Higiene Infantil, como parte do Departamento Nacional de Saúde Pública. Vêem-se aí claramente os resultados da ação de Moncorvo Filho, sobretudo no que se refere aos artigos sobre “assistência à primeira infância”, “inspeção sanitária escolar” e “profilaxia de doenças transmissíveis próprias das primeiras idades”, que ele vinha desenvolvendo há tempos. No mesmo ano, aprovou-se o regulamento do Conselho de Assistência e Proteção dos Menores (Decreto nº 16.388), que seria posteriormente embutido no Capítulo V, da Parte Especial, do Código de Menores de 1927.⁵

III - O CÓDIGO “MELLO MATTOS” (CÓDIGO DE MENORES DE 1927)

Em 02.02.1924, Mello Mattos é nomeado Juiz de Menores do Distrito Federal - aqui um parêntese: Entre os Decretos 16.272 e 16.273 de 1923, que organizaram a Justiça do Distrito Federal e foi criado um Juízo de Menores e a nomeação de Mello Mattos, alguém foi nomeado ainda que interinamente para ocupar o cargo de Juiz de Menores do Distrito Federal? Há registros no sentido de que sim, e registros de que ninguém exerceu tal cargo. Contudo, Mello Mattos foi o primeiro Juiz Titular de Menores do Brasil e da América Latina.

Uma outra curiosidade: em 05.11.1924, o presidente Arthur Bernardes, institui, através do Decreto 4.867/24 o dia 12 de outubro como Dia das Crianças, o que comemoramos até hoje.

No ano de 1926, aprovou-se o Projeto que instituí a Código de Menores e, em 1927, foram consolidadas as leis de assistência e proteção aos menores (Decreto nº 17.943- A). De um ano para o outro, o Decreto praticamente duplicou, incorporando novos capítulos e artigos, o que resultou numa lei extremamente minuciosa, contendo 231 artigos. Nos termos dos dispositivos que a compõem, chama a atenção a especificação detalhada das atribuições da autoridade competente, o Juiz de Menores, bem como as prerrogativas do Juizado de Menores. Um sem par de situações encaixavam-se na sua esfera de ação.

⁵ O Brasil reunia as leis de proteção às crianças abandonadas e delinquentes em seu primeiro Código de Menores, de 1927, projeto não-punitivo, recuperador, disciplinar, tutelar e paternal. No Estado Novo, a Constituição de 1939 proibia o trabalho infantil a menores de 14 anos, mas tolerava a situação de aprendiz para criança entre 8 e 14 anos. Nova tentativa de reforma foi decretada em 1941, resultando na criação do Serviço de Assistência ao Menor - o SAM, antecessor direto da Funabem. O SAM passou a aglutinar a assistência à infância no país, abandonando em parte o ideal filantrópico do jovem útil a si e à sociedade, tornando a criança uma verdadeira prisioneira das instituições totais.

A legislação reflete um protecionismo que bem poderia significar um cuidado extremo no sentido de garantir que a meta de resolver o problema do menor efetivamente seria bem sucedida.

A introdução do Capítulo X, que trata “Da vigilância sobre os menores”, emprestará um tom policial investigativo ao Código, estabelecendo ampla liberdade a que a “autoridade pública competente fiscalizasse qualquer local onde existissem menores e procedesse a investigação que considerasse necessária. Embora tal tendência já se fizesse presente em decretos anteriores, o Código de 27 vai muito mais longe, ao exercer vigilância sobre o que seria permitido exibir a menores, vetando-lhes tudo aquilo que fizesse “(...) temer influência prejudicial sobre o desenvolvimento moral, intelectual ou psíquico, e possam excitar-lhes perigosamente a fantasia, despertar instintos maus ou doentios, corromper pela força de suas sugestões” (art. 128, parágrafo 4).

O acompanhamento do processo que conduziu à aprovação do Código de Menores, com base em pesquisa de diversas fontes históricas disponíveis, leva a crer que ocorreu efetivamente uma mobilização conjunta dos atores sociais envolvidos na busca de sua atualização política. Porém, isso não basta. Não seria unicamente o poder de pressão dos representantes do pensamento humanitário em torno da “nobre causa da infância”, como a ela se referiam, que conduziria à decisão política de intervenção por parte do aparelho de Estado.

A concepção de uma política de “assistência e proteção ao menor” vinha sendo discutida no país desde o início do século, em meio a uma complicada conjuntura política, na qual estava em questão o destino do País. Era um Brasil convulsionado por interesses que não se coadunavam, entre a tradicional estrutura agrária de poder e a ascensão de novos grupos, embalados por ideais republicanos de construção nacional.

Os discursos que, nos primeiros anos republicanos, refletiam uma preocupação em promover a educação do povo brasileiro como um todo, partiam dos higienistas, representados por grandes nomes na área de saúde pública, tais como Oswaldo Cruz, Miguel Couto e Belizário Pena. Estes tratavam de destacar as pobres condições de vida e saúde dos brasileiros, sobretudo das populações sertanejas.

A infância sempre vista como a “semente do futuro”, era alvo de sérias preocupações. Os criminalistas, diante dos elevados índices de delinqüência, buscavam por vezes na infância a origem do problema: uma das causas do aumento espantoso da criminalidade nos grandes centros urbanos é a corrupção da infância que, balda de educação e de cuidados por parte da família e da sociedade, é recrutada para as fileiras do exército do mal.

O século XX trouxe a tensão provocada por um redimensionamento econômico próspero cujo custo social foi, por um lado, a politização dos trabalhadores urbanos pelos anarquistas e, por outro, a prisão ou deportação das suas principais lideranças acusadas de subversão. Num país de tradição escravocrata, as críticas à situação de vida das crianças (sem escola, com trabalho não regulamentado e regulamentos desrespeitados, habitando em condições desumanas) abriram frentes para reivindicações políticas de direitos e contestações às desigualdades.

Fechavam-se os trinta primeiros anos da República com um investimento na criança pobre, vista como criança potencialmente abandonada e perigosa, a ser atendida pelo Estado. Integrá-la ao mercado de trabalho significava tirá-la da vida delinqüencial, ainda associada aos efeitos da politização anarquista e educá-la com o intuito de incutir-lhe a obediência. Pretendendo domesticar as individualidades e garantindo com isso os preceitos de uma prevenção geral, os governos passaram a investir em educação, sob o controle do Estado, para criar cidadãos a reivindicar disciplinadamente segundo as expectativas de uma direção política cada vez mais centralizadora. Para tal, escola e o internato passam a ser fundamentais.

IV - DA POLÍTICA DO BEM-ESTAR DO MENOR E DO CÓDIGO DE MENORES DE 1979 - LEI 6.697/79

O tempo histórico é outro. Nos anos 60, os contestadores políticos não se chamam mais anarquistas; agora são identificados como subversivos. São adultos, respondem juridicamente por suas ações e são passíveis de penalizações e torturas. E, neste momento de transe, a grande parte da sociedade brasileira permaneceu intolerável ao diferente, fosse ele o infrator material ou o contestador convicto pretendendo justiça social.

Desde o Código de Menores de 1927 até a Política Nacional do Bem-Estar do Menor que ficou consagrada no Código de Menores de 1979, foram mais de sessenta anos usando da prática de internação para crianças e jovens, independentemente de tratar-se de regime político democrático ou autoritário. Em certos momentos, a ênfase esteve na correção de comportamentos, noutros, na educação para a integração social. No passado enfatizava-se o atendimento especializado, agora se tecia loas ao interdisciplinar. Entretanto estes deslocamentos criaram, sem sombra de dúvidas, um diversificado setor de empregos para especialistas e condutores civis, atingindo-se ou não as metas pretendidas com os internos.

No Estado Novo, a “governamentalização” pretendeu atingir toda sociedade e para isso instituiu o paternalismo assistencial. Ademar de Barros, por exemplo, respondeu de imediato. Organizou o Serviço Social de Menores Abandonados e Delinqüentes (Decreto nº 9.744/38), com inúmeras atribuições, tais como fiscalizar o funcionamento administrativo e a orientação médico-pedagógica dos estabelecimentos de amparo e reeducação de “menores”; recolher temporariamente os “menores” sujeitos a investigação e processo; receber e distribuir pelos estabelecimentos do serviço os “menores” julgados; e entre outras exercer vigilância sobre eles.

No Rio de Janeiro, foi criado o SAM - Serviço de Assistência a Menores, através do Decreto-lei nº 3.799/41, durante o Estado Novo. A sua finalidade era a de “sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinqüentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares” (artigo 2º a). Ele substituiu a Escola Correccional Quinze de Novembro, que aprovou o seu regulamento e dispôs sobre a sua organização para “educar e velar sobre menores que, pelo abandono ou miséria dos pais, vivem às soltas e expostos à prática e transgressões próprias da idade”.

Tendo o SAM como modelo, surgiu em São Paulo o RPM - Recolhimento Provisório de Menores, em julho de 1954, mediante a lei estadual nº 2.705, subordinado diretamente ao Juizado de Menores. Destinava-se a abrigar também os acusados da prática de atos considerados infracionais, até que fosse estabelecida a sua situação definitiva. Fazia-se necessário um exame do “menor” que atendesse aos quesitos físicos mas, também, aos sociais, econômicos e psicológicos.

A ONU proclama, em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança; o Brasil é seu signatário e por isso mesmo deveria obedecer aos seus princípios. Já não havia discriminação de qualquer espécie à criança. Sobre a criança desviante, a ONU proclama que “Nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado” (art. 37b). A Declaração Universal dos Direitos da Criança garante, também, aos infratores, no mesmo artigo, que:

Toda criança privada de liberdade seja tratada com humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada de adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contacto com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais

Finalmente, garante a Declaração que:

Toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal, ou outras autoridades competentes, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

Iniciado o período militar, em 1964, o Estado passou a entender que o menor de rua, o menor em conflito com a lei e o menor abandonado colocavam em jogo a ordem social e a Doutrina da Segurança Nacional. Entretanto, ao mesmo tempo, fazia sucesso na Europa e nos Estados Unidos o chamado Estado do Bem-Estar Social, de promoção humana. No Brasil ele já seduzia algumas lideranças políticas e intelectuais bem antes dos militares.

Sob a inspiração de Mário Altenfelder foi criada a Funabem (1/12/1964), órgão nacional em relação à criança desviante ou abandonada. Suas funções eram amplas; formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, coordenar e fiscalizar as entidades que exercitassem essa política; adotar medidas que prevenissem ou corrigissem as causas do desajustamento das crianças; fazer cumprir os compromissos constantes de documentos internacionais a que o Brasil tinha aderido; priorizar os programas que visassem à integração do menor na comunidade por meio de assistência à própria família, do incentivo à adoção e da instalação de menores em famílias ou lares substitutos. A Funabem, na mente de seus fundadores, deveria “buscar um fim único - o bem-estar do menor, o qual seria visto não como despesa, mas como o investimento mais salutar que qualquer nação poderia fazer para seu futuro”.

Com a criação da Funabem começaram a surgir as primeiras Febem's nos Estados. A maioria delas aproveita os equipamentos e a organização dos institutos totais criados anteriormente. As mudanças internas e de organização, porém, permanecem praticamente as mesmas.

Em 1979, aprova-se novo Estatuto do Menor, mais uma vez destinado, discricionariamente, ao abandonado e ao infrator. A grande inovação foi a mudança radical do instituto da adoção, descobrindo-se que para a criança sem família a melhor solução é sua instalação em um lar substituto.

Preparava-se o campo para os programas interdisciplinares de reeducação inaugurados com a PNBM que pretendia alterar a ênfase repressiva anterior pela educativa. A Lei 4.513/64 extinguiu o SAM e propunha sua modernização como Funabem. A ela caberia formular e implantar a PNBM - Política Nacional do Bem-Estar do Menor em cada estado integrando-se a programas nacionais de desenvolvimento econômico e social, dimensionando as necessidades afetivas, nutritivas, sanitárias e educacionais dos internos e ressocializando os métodos.

O Código de Menores de 1979 atualizou a PNBM, formalizando a concepção “biopsicossocial” do abandono e da infração e explicitou a estigmatização das crianças pobres como “menores” e delinquentes em

potencial através da noção de ‘situação irregular’ expressa no artigo 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) 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 uma grave inadaptação familiar ou comunitária; VI autor de infração penal.

Num modo de exclusões econômicas, interdições de prazeres e ilegalidades do tráfico, a prisão e o internato representam um novo circuito de vítimas formado por condenados pela justiça, ampliando, desta maneira, o circuito das compaixões. Em nome da suposta integração social, da ordem, da educação da disciplina, da saúde, da justiça, da assistência social, do combate ao abandono e a criminalidade, as ações se revezam para consagrar os castigos e as punições em um sistema de crueldades. Ora, se é sabido que a prisão não educa ou integra adultos infratores, ela não deveria servir de espelho para a educação de jovens ou para sequer corrigir-lhes supostos comportamentos perigosos.

As práticas que segregavam a criança de seu meio familiar e social e sua permanência prolongada em instituições totais faliram, ou não conseguiram atingir seus objetivos. A maioria dessas instituições de tipo prisional, para os jovens infratores, não passaram de escolas de crime. Seus ideais de regeneração e educação dos meninos raramente foram atingidos.

Em razão do aumento dos meninos de rua e dos jovens violentos e em conflito com a lei nas megalópoles brasileiras da década de 1980, e diante da falência dos sistemas de proteção e de abrigo aos menores

infratores, e, ainda, depois da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do processo de redemocratização do país e a discussão da nova Carta Magna brasileira, a questão da criança pobre e marginalizada ganha foros de discussão nacional.

V - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1990

Aprovada a Constituição brasileira de 1988, a criança - não mais o menor - tem seus direitos plenamente garantidos (art. 227). Torna-se prioridade absoluta da nação e sujeito de direito. É uma mudança radical e o início de uma nova fase na compreensão do problema da criança marginalizada, abandonada ou infratora. Não se trata de impunidade do crime, mas de respeito à dignidade de cada ser humano, notadamente dos mais fragilizados.

No caso da criança infratora, estavam estabelecidas as garantias básicas em todas as etapas do processo: direito de ser informada das acusações de que era vítima; direito à assistência judiciária; direito à defesa técnica por advogado; direito à presença dos pais ou dos responsáveis; direito de confrontar-se com as vítimas e as testemunhas para defesa; direito de ser ouvida pessoalmente pela autoridade competente. Como percebe-se, tudo em plena consonância com a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU.

Elaborou-se a seguir o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990. Dele já se disse, e com razão, que provocou uma verdadeira revolução copernicana no País em relação à criança.

Para o infrator foram previstas medidas socioeducativas que vão da advertência, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e inserção em regime de semiliberdade até, para os casos extremos, a inserção em estabelecimentos educacionais, com perda da liberdade. Esta última medida, a mais severa, só deveria ser aplicada em período muito reduzido de no máximo três anos e apenas para os casos em que a infração for grave ameaça ou violência grave; nos casos de reiteração no cometimento de outras infrações graves e por descumprimento reiterado e injustificável de medidas anteriormente impostas. O internamento deveria sempre ser desprezado quando outra medida se apresentasse mais eficaz.

O ECA, ao admitir o internamento em situações excepcionais, assegura os seguintes direitos ao adolescente infrator: permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsáveis; manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los.

Desde a implantação do ECA, o Poder Judiciário e as direções das Febens⁶ pouco têm avançado na adoção de medidas socioeducativas de semiliberdade e de liberdade assistida. É mais fácil decretar a internação dos jovens infratores, mesmo sabendo ser esta uma medida excepcional.

Mas, mesmo quando a liberdade assistida é empregada, não se considera a escolarização do jovem. A preocupação centra-se na inserção desse jovem no mercado de trabalho, coisa que nos dias de hoje é algo difícil para quem é despreparado. Raros são os programas que alteram o quadro de analfabetismo ou de abandono social dos jovens infratores.

Hoje, a validade das FEBENS é discutida por todos os seguimentos que trabalham em favor da criança. As críticas são duras, e há quase unanimidade em considerar urgente a reformulação dessa instituição.

No entanto, os vários saberes e experiências em relação à criança e ao adolescente em conflito com a lei pouco têm feito no sentido de se encontrar um sistema global alternativo para o atendimento dessa categoria da população brasileira. As propostas e as ações que têm sido desenvolvidas no interior dessas instituições são praticamente pontuais, efêmeras, nunca atacando a questão em profundidade com propostas e objetivos abrangentes e duradouros. Falta, em muitos casos, vontade política; na maioria das vezes, falta competência no trato com crianças em dificuldades e em conflito com a lei.

De qualquer forma, as raras experiências bem-sucedidas no interior dessas instituições são sempre interrompidas no momento em

⁶No Estado do Rio de Janeiro não há FEBEM. As medidas de internação, semiliberdade, liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade em alguns municípios e executada pelo DEGASE (Departamento Geral de Ações Socioeducativas). Na capital, o Poder Judiciário, no caso a 2ª VIJ, executa diretamente ou através de convênios e parcerias as medidas de liberdade assistida, prestação de serviço à comunidade e as demais protetivas (tratamento anti-drogas, tratamento psicológico etc.).

que mudam os governos ou seus diretores. Há falta de continuidade nas políticas públicas voltadas para a criança.

Diante da violência e do aumento da criminalidade infantil, a sociedade acuada e sem perspectivas de soluções, aprova, por vezes, soluções simplistas e falsas. Há inúmeros projetos tramitando na Câmara Federal que visam a rebaixar a maioria penal de 18 para 16 anos, aplicando-se aos jovens o mesmo Código Penal que se aplica aos adultos. Supõe-se, erroneamente, que assim se acabará com a criminalidade juvenil. Ledo engano, pois isso só irá acirrar a violência na sociedade. As soluções são mais complexas e exigem o empenho e a integração de esforços⁷.

Temos a convicção de que somente a integração decisiva dos poderes judiciário, de promoção social, de educação e de saúde, somada aos saberes da universidade, propiciará o encontro de soluções para enfrentar a cada vez mais grave situação da infância pobre, excluída, infratora. Urge a busca de um projeto humanista integrado de medidas preventivas e de medidas corretivas, dentro da mais avançada concepção psicopedagógica da criança e da adolescência em situação de risco, mesmo estando ainda dentro das iníquas estruturas sociais do país, causa maior do desajuste de nossa infância e adolescência.

Os planos dos governos de levar a escola para todos nunca se concluem. A escola não completa as carências da sociabilidade e muitas vezes caracteriza-se como local prioritário para obtenção de alimentos, por meio da merenda.

O artigo 227 da Constituição Federal afirma que será “com absoluta prioridade” que se deverá assegurar os direitos às crianças e aos adolescentes, princípio que se repetirá no parágrafo único do artigo 4º do ECA.

A criança e o jovem se transformam em prioridades de Estado. A legislação pretende protegê-los da família desestruturada e dos maus-tratos que venham sofrer; quer garantir educação, políticas sociais,

⁷ Basta ver, por exemplo, que a maioria dos adultos presos está na faixa entre 15 e 25 anos de idade. Entretanto, a responsabilidade penal aos 18 anos não inibe a criminalidade entre os jovens, ao contrário.

alimentação e bases para o exercício da cidadania. Recomendada que a internação seja evitada, utilizada apenas como um recurso deradeiro, e pretende superar a associação pobreza-delinquência que estigmatizou grande parte de crianças e jovens como “menores”. Sem dúvida, a Constituição e o ECA exigem um Estado presente no dia-a-dia zelando pelo futuro das crianças e adolescentes, vigiando e penalizando quem ferir os menores de idade, por meio de política de proteção a “criança e adolescente” garantida pelo ECA, e vigiando e penalizando infratores por meio de políticas de prevenção ao crime com base na aplicação do Código Penal.

Cria-se o Conselho Tutelar, funcionando em cada município como “órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, encarregado pela sociedade para zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente” (art. 131) e espera-se uma fiscalização da sociedade sobre o Estado posto que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (art. 5º).

A redução das políticas sociais deixou mais evidente a pobreza existente e durante o acomodamento à nova situação uma nova escalada do crime ganhou as manchetes de jornais, rádios e televisões. Mais uma vez pobreza e criminalidade são associados e outra diversificação da indústria do controle do crime se prepara para acontecer. Ampliam-se os ramos de vigilância privada, crescem as milícias particulares e os grupos de extermínio e se exigem ações jurídicas cada vez mais penalizadoras para os infratores. Os pobres, entretanto, permanecem vistos como infratores em potencial e, por conseguinte, como delinquentes emergentes.

Três pontos redimensionam a relação caridade-crueldade no final do século XX no Brasil, e que chamamos por nova filantropia: a contenção de programas sociais de Estado com parcerias não-governamentais; a ação jurídico-policial de encarceramento de infratores como medida de prevenção geral contra violências levando à proliferação de prisões e à diversificação das penas com medida socioeducativas; e a disseminação da ação contra violentadores de crianças e adolescentes.

VI - CONEXÕES ENTRE O CÓDIGO DE MELLO MATTOS DE 1927 (DECRETO 17.943-A DE 1927) E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1990 (LEI 8.069/90).

Sempre que se tem uma Lei nova Revogadora há um movimento no sentido de descaracterizar a Lei antiga revogada, até mesmo para deixar transparecer que o novo é melhor que o velho. O moderno é mais eficiente e eficaz. Quase sempre é uma falsa sensação.

No caso da área da justiça e da Infância e Juventude, muita coisa que se apregoa como novo, não passa de uma roupagem diferente a uma idéia ou prática antiga. Algumas vezes o “novo” o “moderno” conseguiu ser pior que o antigo.

Por isso, trazemos aqui as conexões entre o Dec. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 e a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que passou a vigor a partir de 12 de outubro de 1990 (teve 90 dias de **vacatio legis**), sessenta e três anos depois.

Suprimiram-se propositadamente as conexões com a lei intermediária, o Código de Menores de 1979, por não ser o mesmo objeto de abordagem neste trabalho, muito embora tenham sido feitas muitas referências ao mesmo ao longo do texto.

O método adotado na exposição dessas conexões entre o ECA e o Código Mello Mattos é o comparativo, colocando-se lado a lado os dispositivos, fazendo-se necessário, um sintético comentário sobre o tema central focado.

Assim:

QUADRO 01

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
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. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

QUADRO 02

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
Art. 2º Toda criança de menos de dois anos de idade entregue a criar, ou em ablactação ou guarda, fora da casa dos pais ou responsáveis, mediante salário, torna-se por esse fato objeto da vigilância da autoridade pública, com o fim de lhe proteger a vida e a saúde.	Sem dispositivo correspondente Art. 34. O poder público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Observe que aqui a Lei nova foi omissa e essa omissão é prejudicial. O art. 34 do ECA, entretanto permite que se estabeleça uma espécie de acolhimento, sob a forma de guarda remunerada. Alguns municípios e ONG's têm colocado em prática programas de **FAMÍLIAS ACOLHEDORAS**, de caráter excepcional e provisório. O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Criança e Adolescente à convivência familiar e comunitária define o acolhimento familiar como medida protetiva. No caso, apesar de limitação etária de até dois anos de idade, vê-se claramente que o Código Mello Mattos foi além do ECA e do próprio Plano Nacional, mostrando-se ainda atual e sem dúvida mais eficaz para resolver o problema da criança e do adolescente que, por alguma razão, não pode ser integrado de mediato na sua família de origem, ficando sob cuidado de um terceiro (família acolhedora) até que a situação jurídica da criança com relação a sua família seja definida. Se ela não puder voltar para sua família de origem, seria aplicada outra medida protetiva (vg, colocação definitiva em família substituta).

QUADRO 03

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
Art. 4º A recusa de receber a autoridade encarregada da inspeção ou qualquer pessoa delegada ou autorizada em virtude de lei, é punida com as penas do crime de desobediência, e em caso de injúria ou de violência, com as do crime de desacato.	Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:

O Código Mello Mattos foi mais além ao estabelecer que qualquer pessoa delegada ou autorizada (no caso os comissários de justiça, por exemplo) também merece a proteção pessoal no exercício de suas funções, aumentando ou fortalecendo, em razão da especialidade da Lei, a autoridade e o prestígio do servidor e da justiça titular.

QUADRO 04

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
<p>Art. 6º A pessoa que quiser alugar-se como nutriz, é obrigada a obter atestado de autoridade policial do seu domicílio, indicando se o seu último filho é vivo, e se tem, no mínimo, a idade de quatro meses feitos, e se é amamentado por outra mulher que preencha as condições legais.</p>	<p>Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.</p> <p>§ 3º Incumbe ao poder público proporcionar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.</p>

O aleitamento materno é essencial ao desenvolvimento da criança. Ao invés de dar apoio alimentar à nutriz ou à gestante como fez o ECA, seria preferível estabelecer, como faz o Mello Mattos, a possibilidade de ser a prática remunerada, como forma de incentivar esse benefício à saúde da criança.

QUADRO 05

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
<p>Art. 14 São considerados expostos os infantes até 7 anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja.</p> <p>Art. 23 Os expostos, que não forem recolhidos a estabelecimentos a esse fim destinados, ficarão sob a tutela das pessoas que voluntária e gratuitamente se encarreguem da sua criação, ou terão tutores nomeados pelo Juiz.</p>	<p>SEM DISPOSITIVO CORRESPONDENTE</p>

No caso, embora seja polêmico, Código Mello Mattos permite que o abandonado menor de sete anos não fique nas ruas e ainda possa ser

submetido a uma **TUTELA IMPOSITIVA**. Os riscos são grandes, mas é melhor deixar as crianças nas ruas ou nos abrigos indefinidamente?

Acredito que os dispositivos do Código Mello Mattos poderiam ser aprimorados para diminuir a quantidade das crianças na faixa de 5/6 anos abandonadas nos abrigos.

Como fazer? É preciso discutir muito, mas não fazer nada é deixar as crianças ao sabor do destino ou da ocorrência de um milagre, o milagre da colocação familiar substituta após anos de abrigo.

QUADRO 06

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
Todo capítulo IV - menores abandonados. Inibição do Poder Familiar e Remoção da Tutela. Arts. 26 a 54	Todo capítulo III. Do Direito a Convivência Familiar e Comunitária Família Natural e Substituta. Guarda, Tutela e Adoção. Arts. 19 a 53

Aqui observa-se que naquilo que houve uma evolução social, o código Mello Mattos ficou defasado (v.g, art. 26 - que trata dos menores vadios, hoje completamente sem a menor pertinência lógica e jurídica) e naquilo que não houve mudança, o ECA apenas repetiu o que já existia no código Mello Mattos com, às vezes, as mesmas palavras (casos de perda e suspensão do pátrio-poder, hoje poder familiar. Art. 24 do ECA e arts. 32 e 34 do Código de 1927).

Obviamente, os dispositivos antigos se tornaram incompatíveis pela evolução do direito de família, com quem o Direito da Infância e Juventude, tem estreitas vinculações e ligações.

QUADRO 07

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
Art. 55 - Das medidas aplicáveis aos menores abandonados. A autoridade a quem incumbir a assistência e proteção ao menores, ordenará	Art.101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

a apreensão daqueles de que houver notícias, ou que lhe forem presentes, como abandonados, os depositará em lugar conveniente, e providenciará sobre sua guarda, educação e vigilância podendo, conforme a idade, instrução, profissão, saúde, abandono ou perversão do menor e a situação social, moral e econômico dos pais ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, adotar uma das seguintes decisões:

- a) entregá-lo aos pais ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob condições que julgar úteis à saúde, segurança e moralidade do menor;
- b) entregá-lo a pessoa idônea, ou interná-lo e hospital, asilo, instituto de educação, oficina, escola de prevenção ou de reforma;
- c) ordenar medidas convenientes aos que necessitam de tratamento especial, por sofrerem de qualquer doença física ou mental;
- d) decretar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela;
- e) regular de maneira diferente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, se houver para isso motivo grave e for do interesse do menor.

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta. Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Observa-se que aqui, em alguns pontos, o ECA foi mais didático, especificando as modalidades do “tratamento especial” a que se referiu o Código de Mello Mattos (art. 55, “c”), em pelo menos 4 incisos (art. 101, II, IV, V e VI).

Contudo, não permitiu ao Juiz “regular de maneira diferente” no “interesse do menor (sic)” e não admitiu a colocação em família substituta compulsória (art. 55 “a”) ou o abrigamento obrigatório à criança ou adolescente expostos (art. 55 “b”), como fez o Código Mello Mattos, o que, apesar das respeitáveis opiniões em sentido contrário e de outras controvérsias que possam surgir, seriam medidas que emergencialmente,

poderiam tirar grande parte das crianças e adolescentes das ruas.

É claro que existem outras alternativas, inclusive de base (políticas públicas), mas isso não pode servir de desculpas para não se fazer nada. Então que se discuta o tema e apresentem-se alternativas viáveis para tornar a Lei exequível, ou pelo menos para atualizá-la e adequá-la às necessidades atuais mais emergentes.

QUADRO 08

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
<p>Art. 126 - Da vigilância sobre os menores A autoridade pública encarregada da proteção ao menores pode visitar a escola, oficinas e qualquer outro lugar, onde se achem menores, e proceder a investigações, tomando as providências que forem necessárias.</p> <p>§ 1º Também pode visitar as famílias a respeito das quais tenha tido denúncia, ou de algum outro modo venha a saber, de faltas graves na proteção física ou moral dos menores.</p> <p>§ 2º Pode ordenar o fechamento dos institutos destinados exclusivamente a menores, nos casos da infração das leis de assistência e proteção aos menores e ofensas aos bons costumes, procedendo à verificação dos fatos em processo sumaríssimo, remetendo depois os culpados ao Juiz que couber.</p> <p>§ 3º As funções de vigilância e inspeção podem ser exercidas por funcionários especiais, sob a direção da autoridade competente.</p>	<p>Art. 95. As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.</p> <p>Art. 97. São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem obrigação constante do art. 94, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos:</p> <p>I - às entidades governamentais:</p> <ul style="list-style-type: none">a) advertência;b) afastamento provisório de seus dirigentes;c) afastamento definitivo de seus dirigentes;d) fechamento de unidade ou interdição de programa. <p>II - às entidades não-governamentais:</p> <ul style="list-style-type: none">a) advertência;b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas;c) interdição de unidades ou suspensão de programa;d) cassação do registro. <p>Parágrafo único. Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade.</p>

Basta uma singela leitura para se observar que, não obstante a lei nova (ECA) ter aprimorado a redação, as normas de fiscalização do Código Mello Mattos não sofreram profundas modificações e ainda continuam atuais.

QUADRO 09

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
Prevenção Arts. 127 a 131	Prevenção Arts. 70 a 85

Inegavelmente a sociedade evoluiu, a política de costumes acompanhou essa evolução e o capítulo destinado à prevenção de violação de Direitos da Criança e do Adolescente previsto no ECA mostra-se mais adequado a realidade atual do que o Código Mello Mattos. Contudo é importante salientar que muitos dispositivos atuais tiveram inspiração no código antigo.

QUADRO 10

CÓDIGO DE MELLO MATTOS	ECA
Art. 131 - A autoridade protetora dos menores pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento, que ao seu prudente parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder.	<p>Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:</p> <p>I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. <p>II - a participação de criança e adolescente em:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. <p>§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:</p>

- a) os princípios desta Lei;
 - b) as peculiaridades locais;
 - c) a existência de instalações adequadas;
 - d) o tipo de frequência habitual ao local;
 - e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
 - f) a natureza do espetáculo.
- § 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

O poder normativo do Juiz da Infância e Juventude no Código de Mello Mattos era muito mais amplo e explícito.

Há que se ponderar, sem dúvida, que a moderna concepção da proteção judicial dos interesses coletivos autoriza que o juiz da infância e da juventude, ao exercer o seu poder geral de cautela, adote providências regulamentadoras da situação de determinados grupos de pessoas.

Assim, não há como dizer-se genérico e abstrato o interesse das crianças e dos adolescentes abrigados em determinado município sob a jurisdição de um único juízo. Isso na verdade é um interesse coletivo, tanto sob a ótica dos abrigados quanto dos abrigos. O mesmo pode ser dito com relação ao regramento das diversões públicas existentes num município, numa comarca. Os estabelecimentos que devem obedecer aos ditames dos artigos 74 e seguintes e 149 do ECA formam uma coletividade. A proteção judicial dos interesses difusos e coletivos é prevista na Lei (artigos 208 e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e isso é o quanto basta para afastar o pouco substancial argumento de que as portarias têm caráter geral.

As providências judiciais efetivas de prevenção seja através de que forma for (inclusive portarias) nada têm de represtinação implícita do revogado art. 8º da Lei 6.697/79 que fundamentava as portarias de caráter geral. São, isso sim, o melhor instrumento judicial de prevenção, de conciliação e harmonização de interesses e de efetividade da Lei 8.069/90 (ECA).

Limitar a incidência das Portarias aos casos mencionados no art. 149 da Lei 8.069/90 é desconsiderar vários dispositivos da própria lei mencionada, dentre eles o já transcrito artigo 70 e os artigos 72, 151, 191, 209, dentre outros. Vale a pena transcrevê-los:

Art. 72- As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 151- Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Art. 191- O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos.

Parágrafo único - Havendo motivo grave, poderá autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada.

Art. 209- As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores.

É possível o questionamento quanto à forma, o seja, qual o procedimento necessário para a edição de uma portaria (se é necessário um processo ou procedimento prévio, ou se tal providência é facultativa), mas isso é secundário, porque a parte insatisfeita, tão logo tome conhecimento do teor da Portaria pode submetê-la ao crivo do próprio juiz, solicitando a sua revogação ou mudança, ou ao tribunal, à segunda instância, através de recurso próprio (art. 199 da Lei 8.069/90)

ou de uma das ações autônomas de impugnação (MS., por exemplo). O exercício desse instrumento não é arbitrário e definitivo.

VII – OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS DA ÉPOCA DE MELLO MATTOS E SUAS CONEXÕES COM O ECA. AS FUNÇÕES DO JUIZ DE “MENORES” E DO JUIZ DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Adotaremos agora outro método, diferente do comparativo. Talvez um método explicativo, fazendo menção ao texto dos artigos da Lei anterior e suas conexões, onde o mesmo se relaciona com a legislação atual, remetendo-se o leitor às suas próprias conclusões, após a leitura dos dispositivos enfocados.

Assim, o Decreto-lei 6.026, de 24.11.1943, em seu art. 11 estabelece: Art. 11 – A autoridade policial encaminhará ao Juiz competente o menor de 18 anos que viajar desacompanhado do pai ou responsável, se não tiver destino ou meios próprios de subsistência.

A autorização de viagem está regulada nos arts. 83 a 85 da Lei 8.069/90 ECA.

O eminente Des. Alyrio Cavallieri, em seu livro **Falhas no Estatuto** dá um brilhante parecer em que acredita ser inconcebível a disparidade dos artigos do ECA que regulam o tema, segundo os quais uma criança ou adolescente não pode se hospedar em hotel, pousada ou estabelecimentos congêneres sem estar acompanhado ou autorizado pelos pais ou um responsável, mas pode viajar desacompanhado em determinadas distâncias, sem autorização dos mesmos.

O mesmo Dec.-Lei 6.026/43, no seu art. 12 dispõe o seguinte: Art. 12 - O processo de alimentos devidos a menores abandonados será iniciado com a petição ao Juiz de menores e obedecerá ao rito estabelecimento no art. 685 do Código de Processo Civil.

Hoje, é fora de propósito o Juiz peticionar e ofende vários princípios constitucionais (devido processo legal etc.). A legítima é do MP (art. 201, III do ECA). Mas seria preciso intensificar a propositura de tais ações de alimentos em benefício, sobretudo, da criança abrigada.

O Dec.-Lei 6.026, de 24.11.1943 estabelece as medidas e o procedimento aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados Infrações Penais.

Destacamos dois dispositivos, a saber:

Art. 2º - São as seguintes medidas aplicáveis aos menores de 14 a 18 anos:

a) se os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciam a periculosidade, o Juiz poderá deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interná-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão;

b) se os elementos referidos na alínea anterior evidenciam periculosidade o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o Juiz declare a cessação da periculosidade.

§ 1º - Em casos excepcionais, o Juiz poderá mandar internar o menor perigoso em seção especial de estabelecimento destinado a adultos, até que seja declarada a cessação da periculosidade, na forma da alínea b deste artigo.

§ 2º - Completada a maioria sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, observar-se os §§ 2º e 3º do art. 7º do Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

§ 3º - O Juiz poderá sujeitar o menor desligado em virtude de cessação da periculosidade a vigilância, nas condições e pelo prazo que fixar, e cassar o desligamento no caso de inobservância das condições ou de, nova revelação de periculosidade.

Art. 3º - Tratando-se de menor até 14 anos, o Juiz adotará as medidas de assistência e proteção indicadas pelos motivos e circunstâncias de fato e pelas condições do menor.

O capítulo destinado a apuração de ato infracional atribuído a adolescentes (Procedimento a partir do art. 171 do ECA) e as medidas aplicáveis - socioeducativas - (arts. 113 a 125 do ECA) parece-nos mais adequados e avançados que o Código Mello Mattos.

A proteção ao trabalho do menor de idade tem regramento específico na CLT e no ECA, ficando fora, assim, da abordagem referente ao Código Mello Mattos; chama a atenção de todos a inoperância do Senac - Serviço Social de Aprendizagem em relação aos adolescentes

em conflitos com lei, o que era uma tônica na era Mello Mattos e continua sendo nos dias atuais.

O art. 145 de Mello Mattos estabelece o seguinte: Art. 145 - As multas cobradas em virtude de infração das leis protetoras dos menores serão recolhidas ao Tesouro Nacional ou às repartições fiscais estaduais, como receita especialmente destinadas aos serviços a assistência aqueles.

O artigo 88 do ECA assim está redigido: Art. 88. São diretrizes da política de atendimento... IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente.

Melhor seria, sem dúvida, a fórmula estabelecida no Código Mello Mattos de vinculação e afetação dos recursos arrecadados para projetos específicos.

A parte especial do Código de Menores (artigos 146/231, agrupados em cinco capítulos) destina-se exclusivamente ao Distrito Federal. Dispõe sobre o Juízo especializado e o direito adjetivo nele aplicável; institui um abrigo provisório de menores; uniformiza os preceitos relativos aos institutos disciplinares; cria, enfim, o Conselho de Assistência e Proteção aos Menores.

O esquema era perfeito e assaz avançado para a época. Entre seus maiores méritos deve-se destacar o de haver servido de modelo aos Estados, aos quais era então permitido legislar sobre Direito Processual.

Dos cinco capítulos acima, quase nada mais resta. O Decreto-lei nº 6.026 alterou profundamente as normas judiciárias relativas a infratores. Com a instituição do Serviço de Assistência a Menores, ficando apenas os artigos referentes à organização do Juízo Privativo de Menores e os que disciplinam o processo de abandono. Desmoronou, pouco a pouco, a edificação monumental que Mello Mattos com tanto carinho erigia. Cuidou-se tão-só de retirar-lhe peças; o que ficou, necessitasse ou não de reforma, permaneceu inalterado.

Um outro registro: O ECA apresentou como inovação a inclusão dos conselhos. Mas isso já constava do Código Mello Mattos, nesta parte que tratava apenas do Distrito Federal e também no Projeto de Lei nº 1000/56 que sugeriu a criação de um Conselho Nacional de Menores e de Conselhos Estaduais e Municipais de Menores.

Finalmente, o ECA foi tímido a tratar da equipe interprofissional do Juízo da Infância e Juventude. Limita-se a dizer nos arts. 150 e 151 o seguinte:

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

O Código Mello Mattos estabeleceu, de maneira muito completa, que:

Art. 148 - No Juízo Privativo de Menores haverá mais o seguinte pessoal:

1 curador que acumulará as funções de promotor;

1 médico-psiquiatra;

1 advogado;

1 escrivão;

4 escreventes juramentados;

10 comissários de vigilância;

4 oficiais de justiça;

1 porteiro;

1 servente.

Art. 149 - O curador desempenhará as funções de curador de órfãos nos processos de abandono, e de suspensão ou perda do pátrio poder ou destituição da tutela, e as de promotor público nos processos de menores delinqüentes, e nos das infrações penais às leis de assistência e proteção aos menores. Nas outras

ações terá as atribuições que lhe couberem como representante do ministério público.

Art. 150 - Ao médico-psiquiatra incumbe:

I - proceder a todos os exames médicos e observações dos menores levados a Juízo, e as que o Juiz determinar;

II - fazer às pessoas das famílias dos menores as visitas médicas necessárias para as investigações dos antecedentes hereditários e pessoais destes;

III - desempenhar o serviço médico do abrigo anexo ao Juiz de menores.

Art. 151 - Ao advogado compete defender nos processos criminais os menores que não tiverem defensor, e prestar nos processos cíveis assistência aos litigantes pobres.

Art. 152 - Aos comissários de vigilância cabe:

I - proceder a todas as investigações relativas aos menores, seus pais, tutores ou encarregados de sua guarda, e cumprir as instruções que lhe forem dadas pelo Juiz;

II - deter ou prender os menores abandonados ou delinqüentes, levando-os à presença do Juiz;

III - vigiar os menores que lhes forem indicados;

IV - desempenhar os demais serviços ordenados pelo Juiz.

§ 1º - Os comissários de vigilância são da imediata confiança do Juiz.

§ 2º - Poderão ser admitidas na qualidade de comissário de vigilância, voluntários, secretos e gratuitos, pessoa idôneas, que mereçam a confiança do Juiz.

Art. 153 - O escrivão, escrevente juramentado, oficiais de justiça, porteiro e servente exercerão as funções que lhe são peculiares e atribuídas por leis, regulamentos e praxe do foro.

Como se sabe a função jurisdicional pressupõe um conflito de interesses (prévio, anterior à interveniência do Judiciário), uma situação não resolvida ou uma determinação legal para a participação do “poder desarmado”, na expressão de alguns juristas.

Normalmente costumam dizer que na justiça de “menores” (melhor dizer Justiça da Infância e da Juventude), o juiz deve interferir em

todas as relações jurídicas que tenham a participação de um “menor abandonado” ou “carente” (melhor dizer na situação jurídica prevista no art. 98 da Lei 8.069/90).

Assim, não são poucos os que sustentam que deve haver um “patrulhamento” para o juiz tirar os menores da rua, como ocorreria no Código de Mello Mattos.

Sob a ótica da legislação revogada (Lei 6.697/79, antigo código de menores), a função do Juiz de Menores poderia ser tida tranqüilamente como anômala, posto que não se enquadrava nas atividades normais do Judiciário (funções jurisdicionais) e nem tampouco nas funções não jurisdicionais da magistratura (atividades secundárias ou atos do governo interno). Na verdade, por uma tradição histórico-social, talvez, confiava-se ao Juiz o papel de pai-social ou investiam-lhe de um “**patria potestas**” quase tão absoluto quanto o exercido pelo **pater famílias** a que alude o Direito Romano.

Destarte, a medida mais eficiente para a satisfação da sociedade era a “Prisão” Cautelar. Todos os problemas (pobreza, infração penal, abandono, maus-tratos etc.) eram “resolvidos” com a “internação”, indistintamente. Todos os casos eram nivelados e a proposta de “solução” era única, até mesmo porque o Judiciário não tinha outra alternativa. Em vias normais, levava-se o problema ao juiz e todos já o tinham como resolvido. Quem levou o problema ficou livre dele e o juiz massificava sua decisão, com uma medida qualquer, sendo mais usual a internação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei referida ficou incompatível com o novo sistema introduzido, colocando para escanteio as doutrinas do Direito Penal e da Situação Irregular. A Constituição Federal (art. 227) assegurou a todas as crianças e adolescentes um tratamento igualitário, tanto a nível de direitos, quanto a nível de deveres. Efetivou a doutrina da proteção integral, a qual foi regulamentada pela Lei 8.069/90. Todas as crianças e adolescentes são agora considerados sujeitos de Direitos, observada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Portando, operou-se a “DESJURISDICIZAÇÃO” (a palavra foi utilizada pelo Momento Nacional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 21.09.89), tirando-se o Juiz do papel central do sistema

de controle social. O Poder Judiciário agora, a partir da vigência da Lei 8.069/90, só pode atuar mediante provocação. Preventivamente atua em parceria com os Conselhos Municipal, Estadual e Federal da Defesa da Criança e do Adolescente, com os Conselhos Tutelares, com o Ministério Público e Defensoria Pública, quer fiscalizando o cumprimento da Lei, quer colaborando com as entidades de atendimento na execução das medidas aplicadas. Repressivamente ou na composição de conflitos, atua mediante provocação e sempre através de um processo regular.

Pode o juiz exercer o seu **munus** julgando um adolescente pela prática de um ato infracional, julgando, v.g., os pais de uma criança por descumprimento dos deveres inerentes ao pátrio-poder, destituindo-os do mesmo ou aplicando uma multa (ver art. 249 da Lei 8.069/90), julgando o dirigente de uma instituição por infrações às normas administrativas protetivas ou mesmo regulando a idade de entrada e permanência dos jovens em bailes, boates ou congêneres (ver art. 149 da Lei 8.069/90). As atribuições são múltiplas, mas é raro poder o juiz agir de ofício.

Portanto, o Poder Judiciário voltou às suas atividades normais na Justiça da Infância e da Juventude, sendo respeitados pela Lei e pela Constituição todos os princípios atinentes à jurisdição, ação e processo.

Já ficou assentado que pode haver processos com ou sem contraditório, ou seja, de jurisdição contenciosa ou voluntária (com algumas particularidades) na Justiça da Infância e da Juventude.

Também não há dificuldades para descobrir quais as ações cotidianas na justiça tutelar. O exame atento do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente nos dá os tipos de ações (e, conseqüentemente de processos) que tramitam perante o juízo de “menores”.

Entretanto, além das representações para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, das ações civis públicas fundadas em interesses afetos à criança e ao adolescente, das adoções, das ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, ou para aplicar penalidades administrativas aos pais, dirigentes de entidades e outras pessoas - ver arts. 245 a 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente -, dos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar (art. 148, *caput*) ou das ações de guarda, tutela, destituição, perda ou modificação do pátrio poder, guarda ou tutela, de suprimimento de capacidade

ou consentimento para casar, emancipação, designação de curador especial, ação de alimentos e as atinentes ao registro civil, quando a criança ou o adolescente se enquadrar numa das hipóteses previstas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existem outros processos, outras ações que podem ser apreciadas na justiça tutelar?

A resposta é afirmativa.

Há uma quantidade imensa de casos que, embora não mencionados no art. 148, são inquestionavelmente da competência da justiça tutelar. Os exemplos são múltiplos: Qual o juízo competente para, v.g., exigir que os hospitais proporcionem condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, no caso de internação de criança ou adolescente (art. 12 do Estatuto da Criança e do Adolescente). E para os pais terem ciência do processo pedagógico de ensino nas escolas (art. 53, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente). Como garantir judicialmente a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública (art. 4º, parágrafo único)?

Parece claro que a competência é da Justiça da Infância e da Juventude. Apesar de não haver previsão expressa no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as matérias postas em foco são decorrentes do sistema tutelar e, **veniam petimus** para dizer o rol dos assuntos mencionados no citado artigo 148 não é exaustivo.

Veja-se que não há como subtrair do adolescente o direito de postular a revisão ou substituição da medida socioeducativa imposta pela prática de um ato infracional (conforme artigos 99/100, 113, 111, 124, II, 141 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e esse assunto não está regulado no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, a despeito da ausência de previsão legal, sustentamos ser possível, viável e recomendável a instauração, até mesmo de ofício, de procedimentos verificatórios ou de investigação judicial preliminar para apuração de ocorrência (ou não) de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente). O art. 73 da Lei 8.069/90 fala da responsabilização pela inobservância das normas preventivas (v.g. arts. 74 a 85), mas

é necessário apurar para fornecer ao Ministério Público, por exemplo, elementos para o início da ação cabível.

Como as instâncias são diferentes e não há inibição de se apurar a nível administrativo o que está sendo apurado penal e civilmente, entendemos que mesmo com a instauração da ação penal, deve-se apurar na justiça tutelar a infringência de norma estatutária, até mesmo para se aplicar a multa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Havendo mera suspeita de maus-tratos (art. 13 da Lei 8.069/90) ante a inércia do Conselho Tutelar, ou mesmo na sua atuação, não se deve apurar as circunstâncias antes de se colocar o caso na esfera criminal?

Se uma mãe abandona um filho, não se deve apurar a causa ou se a mesma possui outros filhos?

Se um pai impede o filho de estudar, não é necessária uma verificação do caso?

A praxe judiciária institucionalizou o chamado “pedido de providências” que, na verdade, não retrata uma ação e nem há um procedimento, no sentido de rito, mas uma investigação judicial preliminar, a análise de uma ocorrência que até pode chegar a aplicação de uma das medidas específicas de proteção (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Deve-se observar, entretanto, o disposto no art. 153, com as ressalvas já feitas quanto ao contraditório e à ampla defesa.

Aliás, isso não é nada inovador: o artigo 160 do Decreto nº 17.943-A, de 17.10.1927 (antigo Código Mello Mattos) diz que “Antes de ser iniciada a ação própria, o juiz pode proceder administrativamente às investigações que julgar convenientes, ouvindo o curador de menores quando entender oportuno”. Há quem sustente que o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente é repositório do dispositivo acima enfocado.

Quanto aos procedimentos, a Lei 8.069/90 regulou apenas o de perda e suspensão do Pátrio Poder (art. 155), o de destituição da tutela (art. 164), o de colocação em família substituta, guarda, tutela e adoção (art. 165), o de apuração de ato infracional atribuído a adolescente (art. 171), o de apuração de irregularidades em entidade de atendimento (art. 191), o de apuração de infração administrativa

às normas de proteção à criança e ao adolescente (art. 194) e para a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos (arts. 215 e seguintes).

Para os demais tipos de ações temos ou a aplicação subsidiária de outras Leis procedimentais (arts. 224, 198 e 152) ou se observa o já mencionado artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante ressaltar que, a princípio, foi introduzida uma jurisdição especial sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, onde não importa o modo procedimental, o rito ou o batismo da ação pela qual a questão é levada ao Judiciário. Sobreleva a qualquer interesse o conteúdo do direito em discussão. O procedimento é apenas um meio de instrumentalizar a jurisdição.

VIII - SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO - SINASE

A Política atual de atendimento à área do jovem em conflito com a lei tem muitas semelhanças com a Política aplicada na Década de 30, do século passado. Priorizava-se a descentralização administrativa com o fortalecimento do município, que estava florescendo como terceira unidade federativa. Porém, isso ocorreria apenas no Distrito Federal, tanto que, como observamos no capítulo anterior, houve uma parte do Código de Mello Mattos que só vigorava no território do Distrito Federal, com a gestão compartilhada através dos Conselhos de Direitos e ainda que, de forma embrionária, a formação de uma rede de atendimento. Essa idéia naufragou com a Constituição Brasileira de 1946, que fortaleceu muito as outras duas unidades Federativas (União e Estados) no campo social - daí a criação de organismos nacionais de formação da Política Social - SAM, FUNABEM.

Enquanto era tratado como mera unidade administrativa do Estado, o Município sempre pôde, como as crianças, jogar a solução do problema para os que o tutelavam: o Estado e a União.

Agora, com a Constituição de 1988, a União, o Estado e o Município são entidades autônomas e solidárias no encaminhamento dos destinos do Brasil e dos brasileiros.

A Constituição é o grande contrato que a sociedade brasileira firmou, distribuindo responsabilidades para cada uma dessas esferas

da realidade nacional. O Município se governará em função dos interesses dos munícipes, seus habitantes, captando recursos e tomando decisões públicas em relação às questões que lhes são afetas. O Estado fará a mesma coisa na defesa dos interesses dos municípios que o compõem. E a União governará os assuntos que realizam aspirações comuns a todos os brasileiros, respeitando as peculiaridades dos Estados e Municípios.

Ao criar direitos constitucionais da criança e do adolescente, a Constituição, por injunção de movimentos populares dos municípios junto aos Constituintes Federais de 1988, deu aos Municípios direitos e deveres públicos para com seus filhos não adultos.

Isso quer dizer que o Estado e a União devem parar de fazer o que até hoje foi muito comum no Brasil: gastar-se muito dinheiro em programas paralelos de assistência, pulverizando recursos que deveriam logicamente ser aplicados harmonicamente numa política comandada apenas e só apenas pelos interesses locais, interesses esses definidos sempre com a participação das entidades representativas da população local.

Esse poder municipal de definir a política peculiar local para a infância e a adolescência está regulado no Estatuto da Criança e do Adolescente. (Lei 8.069/90)

Havia até então, o problema do menor abandonado (ou infrator) que era federal. Para isso havia uma Política de Bem-Estar do Menor que era federal, mas devia ser executada pelos Estados. Mas, é claro, os Estados pediam “ajuda” aos municípios para cumprir essa execução. E havia um “órgão executor” para essa política. Tudo isso acabou: o que há, são crianças e adolescentes atendidos ou violados em seus direitos, que moram no município, são filhos de pais que moram no município, vivem em vizinhanças num bairro do município e que cultivam seus valores, suas aspirações, suas alegrias e tristezas na comunidade do próprio município. Cabe ao Município discutir e resolver a situação do atendimento dos direitos dessas crianças e desses adolescentes em sua realidade comunitária e decidir como fazer para que os direitos ameaçados ou violados sejam instaurados em sua plenitude.

Ao enumerar direitos, estabelecer princípios e diretrizes da política de atendimento, definir competências e atribuições gerais e dispor sobre os procedimentos judiciais que envolvem crianças e adolescentes, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente instalaram um sistema de “proteção geral de direitos” de crianças e adolescentes cujo intuito é a efetiva implementação da Doutrina da Proteção Integral, denominado Sistema de Garantia de Direitos (SGD). Nele se incluem princípios e normas que regem a política de atenção a crianças e adolescentes, cujas ações são promovidas pelo Poder Público em suas 3 esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pelos 3 poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e pela sociedade civil, sob três eixos: Promoção, Defesa e Controle Social.

No interior do SGD existem diversos subsistemas que tratam, de forma especial, de situações peculiares. Dentre outros subsistemas, incluem-se aqueles que regem as políticas sociais básicas, de assistência social, de proteção especial e de justiça voltadas ao atendimento de crianças e adolescentes. É nesse contexto que se insere o atendimento ao adolescente em conflito com a lei desde o processo de apuração, aplicação e execução de medida socioeducativa. Pode-se dizer que a reunião de suas regras e critérios, de forma ordenada e que almeje reduzir as complexidades da atuação dos atores sociais envolvidos, possibilita a construção de um subsistema que, inserindo-se no SGD, atua sobre esse ambiente específico relacionado a esses adolescentes. A esse subsistema específico dá-se o nome de Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), o qual se comunica com os demais subsistemas internos ao Sistema de Garantia de Direitos (tais como Saúde, Educação, Assistência Social, Justiça e Segurança Pública) e deles sofre interferência.

O SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. Este sistema nacional inclui os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todas as políticas, planos, e programas específicos de atenção a esse público.

Não se deve confundir municipalização do atendimento com descentralização político-administrativa, já que se a municipalização fosse uma espécie de descentralização estaria inserida no inciso que trata desta temática (inciso III do artigo 88 do ECA) e não como diretriz autônoma disposta no inciso I do art. 88 do mesmo Estatuto. Esclarece-se, ainda, que o conceito de atendimento na diretriz da municipalização não tem o mesmo significado do disposto no § 7º do artigo 227 da CF, já que o primeiro visa a determinar que as práticas de atendimento à criança e ao adolescente ocorram no âmbito municipal, enquanto o segundo refere-se a toda política destinada à criança e ao adolescente. Nesse sentido, a municipalização do atendimento é um mandamento de referência para as práticas de atendimento, exigindo que sejam prestadas dentro ou próximas dos limites geográficos dos municípios. Portanto, a municipalização do atendimento preconizada pelo ECA não tem a mesma significação do conceito de municipalização adotado pela doutrina do Direito Administrativo, que o assume como uma modalidade de descentralização política ou administrativa.

Dentro desse contexto, a municipalização das medidas de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade é ainda mais premente, uma vez que elas têm como locus privilegiado o espaço e os equipamentos sociais do Município.

Quanto à descentralização, é preciso distinguir entre a administrativa e a política. Esta diz respeito à distribuição de competência de formulação de políticas entre os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Na descentralização política cada um dos entes exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central, ou seja, não dependem de concessão ou transferência.

Já a descentralização administrativa refere-se ao modo como o Poder Público exerce suas atribuições, ou seja, como administra e implementa políticas públicas. Para a compreensão da descentralização administrativa é importante perceber que o Estado pode executar suas atribuições de dois modos: de forma centralizada - quando as atribuições são executadas por meio de órgãos e agentes integrantes da própria administração direta - ou de forma descentralizada - quando o Estado executa suas atribuições em cooperação com organizações não-governamentais.

IX - COMEMORAÇÃO DOS 80 ANOS DO CÓDIGO DE MELLO MATTOS. COMEMORAR O QUÊ E PARA QUÊ?

A palavra comemorar, do latim *commemorare*, segundo o Aurélio, é trazer à memória, fazer recordar, lembrar. Nos anos iniciais da República, as elites intelectuais chamavam a atenção para a necessidade do cultivo da memória nacional pelos escolares e pela população. Autores, como José Veríssimo, diziam até mesmo que o desconhecimento do passado e a ausência de sua rememoração eram ameaças à unidade nacional. O tema esteve presente entre os anos 20 e 25 em outros autores como Coelho Neto, Rocha Pombo e Olavo Bilac (Bittencourt, 1990), sendo possível perceber que a temática da memória nacional implicava um conjunto de rituais que deveriam estar presentes nas festas: a saudação à bandeira, o canto dos hinos, a inauguração de monumentos e estátuas de heróis, leitura de contos e poesias pátrias etc. Esses artifícios colocaram-se como fundamentais para a celebração da nação, das instituições, da escola e da criança.

O tempo republicano brasileiro, ainda por ser consolidado, precisaria construir uma mentalidade cívica, pois a população, para viver a república e legitimá-la, deveria compreendê-la. Destaca-se que, nesta “nova” era, instaurou-se, nos diferentes discursos, a idéia de que novas virtudes precisariam adentrar-se pelos sentidos; nas festas, a república surge como espetáculo formador da população, simulacro de novos protagonistas da história.

Na perspectiva da invenção de um novo tempo, a regeneração da população foi indicada como urgente e, entre o passado e o presente, velhos e novos hábitos, esteve um vazio aflitivo: o novo cidadão precisaria ser penosamente trabalhado, “na quase transição do nada à existência” (Ozouf, 1989). No caso da criança, geração nascente, não haveria nada a conservar, tratava-se mesmo de um renascimento físico e mental para compor uma raça. Mais que sua formação, colocou-se como imperativo a sua criação, sua invenção. Entretanto, as elites destacaram que isso não era suficiente, era preciso também inventar a família, a mãe, a professora, enfim, as mulheres, além, evidentemente, de novas escansões para o tempo público - a festa da criança era uma delas.

Nesse contexto instituíram-se os discursos legitimadores e propagadores das idéias a subsidiar as políticas sociais sobre a infância. Todos aqueles que se preocupam com o progresso inevitável, porém lento ou progressivo e enorme, segundo o povo e as instituições; todos convergem os seus esforços para um fim comum, cada qual como lhe parece, mas todos olhando para este progresso por um prisma único - a educação da infância.

Observamos que, neste aspecto, a população brasileira foi representada pela falta, ou seja, pela ausência de atributos positivos, em geral relacionados à longa duração das experiências da escravidão.

A família brasileira, eivada assim por esses defeitos consuetudinários, não pode, pois, senão muito excepcionalmente, proporcionar uma conveniente educação inicial à criança durante a pequena e a média infância.

Na firme intenção de sanear o povo, entendendo aí as famílias e as crianças, já desde o século XIX disseminaram-se as práticas higienistas, com estratégias de amplo alcance, no objetivo de criar hábitos relativos ao cuidado com o corpo e sanitização dos espaços (cidades, escolas, moradias etc). Diferentes instituições e serviços de inspeção sanitária foram criados, além de campanhas de vacinação e combate a doenças, destacando-se ainda a organização de vários Congressos de Medicina.

Em relação à infância, mais especialmente, foi criado, em 1899, no Rio de Janeiro por Moncorvo Filho, o Instituto de Proteção e Assistência à Infância. Em Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, o mesmo instituto foi criado em 1910 e reconhecido como de utilidade pública em 1919.

Vários eventos aconteceram no intuito de estabelecer parâmetros de ação interventora do meio e da hereditariedade da criança, como o 1º Congresso Pan-Americano da Criança, 1916, realizado em Buenos Aires, sendo Moncorvo Filho um dos articuladores-chave, e o 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, em 1922, desencadeando uma série de estratégias jurídicas.

A combinação entre higienismo e eugenia, ações interventoras da medicina, esteve também associada ao campo jurídico. Em janeiro de 1916 foi promulgado o Código Civil Brasileiro (Lei 3.017), depois de uma longa tramitação que se arrastava desde o Império.

Mas, nenhum marco foi superior ao Código de Mello Mattos de 1927. Ele representou um simbolismo muito grande para registrar o fato de ser o 1º Juízo de Menores na América Latina instalado na Capital Brasileira. A própria História de vida profissional de Mello Mattos, marcada por vários episódios, foi inspiradora da postura dos Juízes que lhe sucederam e, mais, de todos os outros Juízes que exerceram a mesma função em outras Capitais e Comarcas Brasileiras.

Foi o Código de Menores que teve vida mais longa (de 1927 a 1979), enquanto a Lei 6.697/79 vigorou por 11 anos e o ECA (Lei 8.069/90) tem 17 anos de vigência.

Celebremos, trazemos à memória o passado, mas, como registrado no corpo deste trabalho, muito do Código Mello Mattos está presente na Legislação atual. Muito da postura e profissionalismo do homem Mello Mattos se encontra presente no atuar dos juízes atuais.

Contudo, talvez o maior legado que Mello Mattos tenha deixado é a lição de que sem a vocação, não se pode exercer congnamente a função de Juiz da Infância e Juventude.

Ao se ler a Biografia de Mello Mattos e ao constatar que muitas coisas que ele fez, inspirou ou figurou nos anais encontram-se presentes, a sensação que se tem é de que as coisas ficariam muito mais difíceis sem o “Bandeirante” da área “Menorista”, que pelo seu exemplo e vocação, contagiou e contagia a todos.

A sua biografia registra vários pioneirismos no campo da Justiça especializada. Destacamos a criação do Comissariado voluntário de vigilância (art. 152 do Código de Mello Mattos), quadro ainda hoje existente. Contudo o registro dos fatos abaixo descritos nos mostra o pioneirismo da prevalência da intervenção da justiça nas diversões públicas e na esfera da própria família (pátrio-poder, hoje poder familiar) em benefício do melhor interesse da criança.

DATA/ANO	ECA
12/1927	Estréia no Teatro João Caetano a peça Ouro à beça. O interesse puramente comercial leva os empresários a pretender a realização de matinée infantil, como fora possível até então, pois, até o advento do Código, a freqüência de menores dependendo da sensibilidade dos pais era inteiramente livre nos espetáculos teatrais e nos cinemas.

12/1927	Mello Mattos baixa portaria considerando a revista Ouro à bessa imprópria para menores de 18 anos
12/1927	A maioria das empresas resolve fechar as suas casas de espetáculos em demonstração de solidariedade aos empresários atingidos pela proibição judicial (greve dos teatros).
12/1927	Impetrado habeas corpus à Corte de Apelação do Distrito Federal. A 1ª Câmara declara inidôneo o remédio. Impetrado recurso para o STF, que também não aprecia o mérito, julgando incabível o habeas corpus.
Início 1928	A questão agora envolve praticamente “todas as diversões os cinemas e os teatros”. O advogado Prado Kelly impetra habeas corpus ao Conselho Supremo da Corte de Apelação do Distrito Federal em favor de diversos pais que, com seus filhos adolescentes, queriam freqüentar os teatros e cinemas da cidade, livres de quaisquer restrições impostas pelo juiz de menores.
1/03/1928	O Conselho concede a ordem.
03/1928	Mello Mattos procura restringir os efeitos da medida aos que dela se haviam beneficiado, e comunica essa deliberação ao Conselho, mas este acolhe o argumento de Prado Kelly de que a decisão operava em caráter geral. Declara também inconstitucional o Código de Menores, nos dispositivos aplicados, por entender que este feria o Código Civil e impunha restrições ao pátrio-poder. Mello Mattos procura, em novo ofício, mostrar o acerto do seu ponto de vista, e é punido com trinta dias de suspensão.
19/04/1928	Em parecer publicado em O Jornal, Clovis Bevilacqua defende o ponto de vista de Mello Mattos, considerando que as regras do art. 128 do Código de Menores e seus parágrafos não constituíam atentados ao pátrio-poder, “sendo antes desdobramentos do conceito fundamental contido no Código Civil”, pois “não diminuem a autoridade dos pais quando esta é exercida para o bem dos filhos”.
11/06/1928	Finalmente, o STF, apreciando caso idêntico apresentado pelo Tribunal da Relação de Minas Gerais, decide pela constitucionalidade do Código de Menores e sua aplicação a outros menores que não os abandonados e infratores, e pela competência dos juizes de menores para executar os referidos dispositivos. A decisão tornou-se memorável pelo vigor do pronunciamento de alguns ministros. Pouco depois, em vários outros estados, tomou-se a mesma orientação.
29/12/1928	É baixado provimento, longamente fundamentado, concedendo o prazo de três meses para que, nos estabelecimentos industriais, fossem postos em execução os preceitos do Código em relação ao trabalho de menores.

Isso tudo nos mostra que muito da força institucional da Justiça da Infância e Juventude se deve ao pioneirismo de Mello Mattos.

CONCLUSÃO

O presente ensaio buscou, de uma forma muito superficial contextualizar o Código Mello Mattos na história Jurídico-Política Brasileira, destacando alguns episódios marcantes no cenário da proteção à infância deste o início do século passado.

A modernização da Justiça, preconizada por Ataulfo de Paiva, na década de 1920, ao que parece ainda não se concretizou, pois até hoje se discute (e se pretendem restringir) as competências do Juiz da Infância e Juventude, por exemplo nas ações coletivas (art. 148, caput da Lei 8.069/9).

Desde a criação da Colônia Correccional de Dois Rios e da Escola Quinze de Novembro, em 1903, ainda não encontramos o modelo de Instituição ideal, em temas de vagas e de pessoal especializado⁸. Chegamos a considerar o Instituto João Pinheiro, criado em Belo Horizonte em 1909, por vários anos, uma instituição modelar.

⁸ O SINASE estabeleceu, tendo como paradigma resoluções do CONANDA, o seguinte:

Semiliberdade

Espaços diferenciados para adolescentes com progressão de medida e adolescentes oriundos de primeira medida.

Para atender até vinte adolescentes na medida socioeducativa de semiliberdade a equipe mínima deve ser composta por:

- 01 coordenador técnico
- 01 assistente social
- 01 psicólogo
- 01 pedagogo
- 01 advogado (defesa técnica)
- 02 socioeducadores em cada jornada
- 01 coordenador administrativo e demais cargos nesta área, conforme a demanda do atendimento.

Internação

Para atender até quarenta adolescentes:

- 01 diretor
- 01 coordenador técnico
- 02 assistentes sociais
- 02 psicólogos
- 01 pedagogo
- 01 advogado (defesa técnica)

Demais profissionais necessários para o desenvolvimento de saúde, escolarização, esportes, culturas, laser, profissionalização e administração.

Socioeducadores

A regularização numérica de um socieducador para cada dois ou três adolescentes ou de um socieducador para cada cinco adolescentes dependerá do perfil.

A relação numérica de um socieducador para cada adolescente ocorrerá em situações de custódia hospitalar que exige o acompanhamento permanente (24 horas).

A Falência das Políticas Públicas e Sociais fez com que se fizesse em 1923 (criação do Juizado de Menores - Dec. 16.273), o que ocorreu com as Eleições em 1934. Deixaram tudo nas mãos do Judiciário. No caso de problema da Infância, deixaram tudo nas mãos de um único Juiz, Mello Mattos, que por sua importância e destaque, até hoje empresta seu nome para designar a Lei, o Código, ou melhor, o Decreto que, ao compilar e consolidar vários atos normativos, instituiu o Código de Menores de 1927 (Dec. 17.943-A).

Quando se estabelece conexões entre o Código de Mello Mattos e o Estatuto da Criança e do Adolescente, observamos vários pontos de ligação, destacando-se o Poder Normativo do Juiz da Infância e Juventude (que tivemos oportunidade de destacar), a liberdade vigiada (Mello Mattos) ou assistida (ECA), as medidas protetivas (ECA) ou destinadas ao Menor Abandonado; a equipe técnica imprescindível do Juizado da Infância e Juventude e muitos outros pontos.

Desde o código de Menores de 1927 até a Política Nacional do Bem-estar do Menor que ficou consagrada no Código de Menores de 1979 (Lei federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), foram mais de sessenta anos usando da prática de internação para crianças e jovens, independentemente de tratar-se de regime político democrático ou autoritário. Em certos momentos, a ênfase esteve na correção de comportamentos, noutros, na educação para a integração social. No passado enfatizava-se o atendimento especializado, agora se tecia laos ao interdisciplinar. Entretanto estes deslocamentos criaram, sem sombra de dúvidas, um diversificado setor de empregos para especialistas e construtores civis, atingindo-se ou não as metas pretendidas com os internos.

A passagem de uma perspectiva do atendimento para a outra exigiu contratação de mão-de-obra especializada para responder às exigências do tratamento “biopsicossocial”. Abriam-se empregos para psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, médicos, dentistas, enfermeiros, economistas, educadores e uma nova burocracia administrativa para gerenciar os diversos pavilhões que foram construídos para abrigar os internos. Contudo, reforma não impediu a disseminação de violências praticadas em seu interior entre internos e pelas autoridades sobre os internos. Retirou o estigma que associa pobreza e miséria a abandono e delinqüência e fez do seu espaço uma “escola para o crime” sempre

atualizada. As tentativas de fugas, por sua vez, chegaram a ganhar a dimensão de rebeliões em que os internos ateavam fogo nos pavilhões, gerando destruições.

A criança e o jovem se transformam em prioridades de Estado. A legislação pretende protegê-los da família desestruturada e dos maus-tratos que venham a sofrer; quer garantir educação, políticas sociais, alimentação e base para o exercício da cidadania. Recomenda que a internação seja evitada, utilizada apenas como um recurso derradeiro, e pretende superar a associação pobreza-delinquência que estigmatizou grande parte de crianças e jovens como “menores”. Sem dúvida o Código de Mello Mattos e o ECA exigem um Estado presente no dia-a-dia zelando pelo futuro das crianças e adolescentes, vigiando e penalizando quem feriu os menores de idade, por meio de política de proteção à “criança e ao adolescente” garantida pela lei, e vigiando e penalizando infratores por meio de políticas de prevenção ao crime com base na aplicação do Código Penal.

A redução das políticas sociais mais evidentes a pobreza existente e durante o acompanhamento à nova situação uma nova escalada do crime ganhou as manchetes de jornais, rádios e televisões. Mais uma vez pobreza e criminalidade são associados e outra diversificação da indústria do controle do crime se prepara para acontecer. Ampliam-se os ramos de vigilância e armamentos graças à informatização em nome da segurança privada, crescem as milícias particulares e os grupos de extermínio e se exigem ações jurídicas cada vez mais personalizadas para os infratores. Os pobres, entretanto, permanecem vistos como infratores em potencial e, por conseguinte, como delinquentes emergentes, desde o Código de Mello Mattos...

Bem provavelmente é difícil mudar as idéias preconcebidas. Mas não se pode ter uma noção de uma coisa sem examiná-la antes. É preciso dar à Lei tutelar estatutária uma chance para que ela se mostre viável ou não. Negar sua aplicação porque se tem uma opinião formada chega às raias do absurdo.

A intenção de todos é única: defender o interesse da criança e do adolescente e o da sociedade. Encontrar o ponto de equilíbrio é tarefa árdua. A lei criou um caminho para resolver o problema. Pode não ser o melhor ou o único, mas é um caminho que se não levará à Ariadne, certamente não entregará a matéria ao Minotauro.♦

Do Menor Infrator ao Adolescente em Conflito com a Lei: Uma Trajetória Social, Legislativa e Jurisdiccional

Siro Darlan

Desembargador do TJ/RJ. Presidente do CEDCA

O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança, que é o tratado internacional mais ratificado em todo planeta. Apenas duas nações deixaram de acordar sobre as normas que nosso país se comprometeu a executar e cumprir inteiramente através do decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990.

Inspirado no texto dessa Convenção, cujo teor integra nossa Carta Magna, conforme prescreve seu § 3º do artigo 5º, o legislador constitucional outorgou a condição de sujeitos de direitos aos menores de 18 anos, o último segmento social excluído do reconhecimento pleno da cidadania. O artigo 227 da Constituição Federal contém os princípios que devem pairar na legislação infraconstitucional para assegurar com absoluta prioridade os direitos fundamentais de crianças e adolescentes no Brasil.

O texto atribui uma responsabilidade solidária a todos os brasileiros, família, poder público e sociedade, que assumem o dever de laborar para que nenhuma criança ou adolescente sofra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ainda sob inspiração da Convenção, acatada e subscrita por quase todas as nações do mundo moderno e civilizado, que em seu artigo 1º define como criança “todo ser humano com menos de

dezoito anos de idade”, o legislador constituinte estabelece no artigo 228, como cláusula p etra, a idade penal em dezoito anos.

Trata-se de direito individual fora do âmbito do artigo 5  da CF/88, e reforçado com a inser o do   3  do mesmo artigo 5 , que incorpora no texto da própria Carta Magna os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Apesar desse cenário legal, quando se fala em tomar medidas legais para combater a criminalidade, inevitavelmente vem   tona a discussão sobre a redu o da maioridade penal - a idade em que, diante da lei, um jovem passa a responder inteiramente por seus atos, como os cidadãos adultos; existem atualmente no Congresso Nacional 54 projetos de lei com esse objetivo. O assunto voltou com força ao noticiário depois da morte da criança João Hélio, barbaramente assassinado por quatro jovens adultos e um adolescente, no Rio de Janeiro. Embora tenha havido a participa o de quatro adultos, a presença de um adolescente no grupo foi suficiente para acirrar novo debate em torno do tema da redu o da responsabilidade penal.

Todas as pesquisas apontam índices altíssimos de aprova o dessa medida, com quase 90% dos entrevistados apoiando uma reforma nas leis que reduza para 16 anos a responsabilidade criminal no país. Até mesmo no âmbito judicial, uma pesquisa feita pela Associa o dos Magistrados Brasileiros também realizou um levantamento informal sobre o assunto, e 85% dos magistrados se manifestaram em favor da maioridade penal aos 16. Como se vê, a idéia conta com o apoio de uma expressiva maioria da popula o.

Por que será que tanta gente está disposta a empunhar essa bandeira? Aqueles que defendem a redu o da maioridade penal acreditam que os adolescentes infratores cometem crimes porque não são suficientemente punidos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)   considerado tolerante demais com a delinq ncia e, portanto, não cumpriria sua fun o de intimidar os jovens que pensam em transgredir a lei. Além disso, supõe-se que o número de adolescentes envolvidos com a criminalidade esteja aumentando vertiginosamente, e que essa tendência s  poderá ser revertida com a ado o de medidas repressivas.

Ora,   verdade que jovens cada vez mais novos são recrutados por criminosos adultos - sobretudo os chefes e subchefes do tráfico

de drogas - para atuar em suas quadrilhas. E tornam-se personagens que o livro **Meninos no Tráfico**, de MV Bill e Celso Ataíde tão bem retratou, assim como o livro **Cidade de Deus** de Paulo Lins, e depois o filme de Fernando Meirelles apresentaram ao mundo: “vapores” (que fazem ligação entre os traficantes e os usuários de drogas), “aviões” (que levam a droga para fora das favelas), “fogueteiros” (vigilantes que soltam rojões para anunciar a chegada da polícia ou do carregamento de droga) e “soldados” (seguranças de pontos de venda).

Em parte é relativa impunidade que leva o tráfico a procurar “empregados” nessa faixa etária, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no máximo três anos de internação (privação total da liberdade) para adolescentes infratores. Há, no entanto, outros motivos que influiriam na preferência dos traficantes pela mão-de-obra infantil, que são uma suposta impulsividade característica da idade e o fascínio que a carreira criminosa exerce sobre os jovens. “O tráfico seduz porque promete mais dinheiro, mais respeito e mais força dentro de comunidades em que o contexto familiar se tornou muito vulnerável”, diz o geógrafo Jailson de Souza e Silva, doutor em educação e líder comunitário do Complexo da Maré, no Rio de Janeiro.

Contudo, é a falta de respeito aos seus direitos fundamentais, retratado com ênfase pela atuação preconceituosa das forças policiais no Complexo do Alemão, ao submeter à população empobrecida ao constrangimento de ver seus filhos uniformizados, indo para a escola, sendo revistados desrespeitosamente por policiais indiscriminadamente, pelo simples fato de residirem em área dominada pelos criminosos.

Fatos como esses reforçam na mente infantil a sensação de falta de proteção e desrespeito por parte do poder público que, além de não prover a comunidade com as políticas públicas necessárias e condizentes com sua situação de pessoas em processo de desenvolvimento, ainda os submetem a um tratamento que nem os próprios criminosos promovem.

Diante dessa mistura de ambição de consumo, acesso a armas e ousadia, associada à idéia de quem não tem mais nada a perder, não é de surpreender que a figura do “adolescente em conflito com a lei” provoque tanto pavor à sociedade. Também é compreensível que esse sentimento seja comum entre os professores, para quem a

situação inspira impotência, uma vez que a escola deveria ser um dos antídotos para a sedução do crime, mas não tem sido assim, graças à falta de investimento oficial na educação dos mais necessitados. Ainda assim, o quadro é menos sombrio do que se costuma crer: as estatísticas mostram que os homicídios cometidos por adolescentes estão bem abaixo de 10% do total do país.

Algumas das críticas mais comuns às leis brasileiras são: o artigo 228 da CF/88 não é cláusula pétrea, está fora do âmbito do art. 5º da CF/88; o crime organizado recrutaria adolescentes para suas ações criminosas, estimulando a impunidade pela benevolência do Estatuto da Criança do Adolescente; o adolescente atual possuiria discernimento, o que outrora não teria, em face do acesso aos meios de informática e comunicação; o adolescente, no cível, já possui capacidade plena aos dezoito anos e como já pode votar com 16 anos e escolher os representantes do País, inclusive o Presidente da República, poderia também usar do mesmo discernimento para responder penalmente pelos atos infracionais praticado - como poderia um adolescente exercer o direito ao voto e não ser imputável pela prática do crime eleitoral? Na maioria dos casos, das seis medidas socioeducativas (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade e internação), apenas a prestação de serviços à comunidade e a internação resolvem parcialmente a situação.

Por outro lado, contestam-se tais críticas afirmando-se que: um jovem de 16 anos está em processo de desenvolvimento e “formação” e, portanto, não teria “capacidade para seus atos”; o artigo 228 da CF/88 é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/88), pois se trata de direito individual fora do âmbito do artigo 5º da CF/88, como ocorre, também, com as garantias tributárias (art. 150 e ss da CF/88), reconhecidas pelo STF como tais; o sistema penitenciário já se encontra falido e a simples redução da maioria penal apenas favorecerá a escola do crime, que moldará ainda mais o adolescente para a prática delituosa; o discernimento do adolescente não ocorre pelo critério etário, pois em nada adiantará reduzir a idade de 18 para 16 anos, que dentro de 1 ano nada alterará, ou seja, um adolescente infrator não irá consultar o Código Penal antes de praticar o fato, simplesmente porque mudou a legislação penal.

A violência continuará existindo, porquanto fruto de vários fatores: social, econômico, familiar, religioso, ou seja, ausência do direito ao trabalho e ao salário justo, apelos desenfreados ao consumo, impunidade e o fracasso dos mecanismos de controle social, corrupção dos órgãos públicos, desresponsabilização do Estado pelas crianças e adolescentes etc. A personalidade do jovem infrator, em regra, está em construção, sendo que o nível de consciência e informação é inferior ao de um adulto delinqüente. Inimputabilidade não significa impunidade, pois adolescentes respondem no Estatuto da Criança e do Adolescente, com diversas medidas socioeducativas, inclusive de privação de liberdade.

Há ainda outros, como o Juiz Guaraci Vianna, da Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, que defendem a manutenção da idade penal, mas com ampliação dos prazos da medida de internação para os adolescentes que cometam atos infracionais mais graves.

O Professor Thales Tácito Pontes de Pádua Cerqueira, em seu livro **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente - Teoria e Prática**, defende que as PECs 18/99 e 20/99 deveriam ser fundidas para atender ao meio-termo: a) com 16 anos de idade, em atos infracionais mediante violência ou grave ameaça, e usando do critério bio-psicológico (demonstra compreender o caráter ilícito do fato e se determina a realizá-lo com esse entendimento, isto é, possui capacidade intelecto-volitiva), o adolescente responderia pelo Código Penal em estabelecimento adequado e separado dos demais presos com 18 anos de idade; b) em atos infracionais mediante violência ou grave ameaça, e usando do critério bio-psicológico, caso o adolescente de 16 anos não possua a capacidade intelecto volitiva, responderia de acordo com o ECA (porém a internação deveria ser aumentada de 3 para 5 anos no máximo, sem limitação de até 21 anos); em atos infracionais que não sejam praticados mediante violência ou grave ameaça, o adolescente deve responder conforme o que determina o ECA, como forma de impedir que seja desviado para a Justiça Comum.

Entendo, com a máxima vênia, que todos esses respeitáveis posicionamentos seriam possíveis, se estivéssemos em dia com nossas dívidas em relação à prioridade absoluta que deve ser atribuída à efetivação das políticas públicas destinadas a esse público infanto-juvenil.

Admitiria até repensar uma ampliação da responsabilidade penal se os agentes políticos estivessem sendo responsabilizados pela incúria na administração pública.

É impressionante o argumento de alguns que afirmam que os jovens da modernidade possuem maior discernimento em face do acesso à informática e ao conhecimento. De que jovens estão falando os que assim argumentam? Talvez conheçam apenas os jovens com os quais convivem em sua família ou no meio social que freqüentam. Mas essa não é a realidade de milhões de jovens brasileiros que, segundo o Senador Cristovam Buarque, precisam ultrapassar o muro do atraso mental e da ignorância que a falta de uma educação de qualidade levantou para separar a elite brasileira da realidade social.

Segundo o Senador, a libertação se faz através de um processo educacional de qualidade, em que todos tenham iguais acessos: a escola do filho do pobre (insistem no processo de exclusão maior pelo encarceramento) deve ter a mesma qualidade da escola do filho do rico. Esse é o único gesto revolucionário capaz de transformar operários em operadores, libertá-los das necessidades e derrubar o muro da desigualdade, assegurando a mesma chance a cada brasileiro, vencendo também o muro do atraso. Quando vamos derrubar esse muro?

Antes, pois, de se pensar em aumentar a responsabilidade do jovem em desenvolvimento, é preciso dar a ele uma chance de desenvolvimento com dignidade e respeito. É preciso dar uma chance à cidadania. Não se pode cobrar aquilo que não lhes foi dado.

De acordo com a legislação brasileira, apenas as crianças até 12 anos são inimputáveis - isto é, não podem ser julgadas ou punidas pelo Estado. Se cometerem crimes, nada sofrerão a não ser o atendimento pelos Conselhos Tutelares, que podem aplicar as medidas de proteção que a lei prevê (art. 101 ECA). De 12 a 18 anos, o jovem infrator será levado a julgamento, tal como ocorre com os adultos, com a diferença apenas de que se trata de uma justiça especializada, ou seja, uma Vara da Infância e da Juventude, onde estará sujeito a passar pelo devido processo legal e a receber várias punições: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

Embora devesse ser uma exceção, a internação é a opção mais comum. Na prática, os estabelecimentos educacionais que a lei menciona são instituições como a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem) de São Paulo e o Degase no Rio de Janeiro. Em geral, elas se assemelham mais a prisões do que a escolas, e foram concebidas antes do início da vigência do ECA, em 1990. A frequência à escola propriamente dita é obrigatória para os jovens que cumprem as medidas em regime de liberdade assistida ou semiliberdade. O primeiro é aquele em que o adolescente não é internado em instituição alguma, mas deve se apresentar diariamente a um orientador designado para acompanhar seu comportamento. Em semiliberdade, os jovens infratores passam todos os dias recolhidos a uma instituição, mas podem realizar atividades além dos muros, dependendo de seu comportamento.

Na condição de Conselheiro de Direitos, visito com frequência alguns estabelecimentos de cumprimento das medidas socioeducativas, e recentemente, após visitar o Instituto Padre Severino, escrevi o seguinte artigo, que foi publicado em alguns jornais do Rio de Janeiro:

VISITA AO INFERNO POR R\$ 4.400 POR ADOLESCENTE

Após ler no jornal a declaração atribuída à Secretária Nacional dos Direitos Humanos da Presidência da República, de que um jovem privado da liberdade custava ao contribuinte R\$ 4.400 por mês, tive a curiosidade de visitar uma unidade destinada a ressocializar adolescentes. Fui até o Instituto Padre Severino na condição de Vice-Presidente do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, acompanhado do Vice-Presidente da OAB-RJ [Ordem dos Advogados do Brasil], Dr. Lauro Schuch, e de vários conselheiros tutelares.

Antes, procuramos o novo diretor do Degase - Departamento Geral de Ações Sócio-Educativas, responsável pela administração do Sistema Sócio-Educativo no Estado, e não o encontramos. Diante do emocionado debate sobre redução da responsabilidade penal, resolvemos documentar a visita com uma câmera, para poder dar visibilidade a esse lado da moeda.

Não foi surpresa saber que onde só cabem 130 jovens em cumprimento de medida havia 230. Horrorizada, a equipe que visitava o Instituto Padre Severino constatou que o lugar que chamam de cama era um beliche de cimento sem colchão, onde dormem dois, às vezes três jovens adolescentes. Escova de dente só possuem aqueles que recebem dos familiares. Assim mesmo, é cortada pela metade pelos agentes de segurança. O local destinado à higiene pessoal estava infestado de ratos e baratas, e a comida era servida em “quentinhas” frias e com limite de cinco minutos para engolirem o que é servido duas vezes ao dia.

As oficinas profissionalizantes não funcionam porque há mais de três anos não recebem materiais, e os mestres estão ociosos. Uma única oficina ainda resiste ao aprendizado de fazer pipas, graças a doações dos funcionários e ao esforçado professor.

Os jovens permanecem enjaulados nas celas infectas e promíscuas de onde só saem para o refeitório e para as salas de aula, único serviço que funciona bem graças ao convênio com a Secretaria de Educação e aos esforços das professoras que se dedicam ao ensino básico e precário dos jovens infratores. Os médicos e medicamentos são raros, não há antibióticos, e muitos jovens apresentam sinais de violência em seus corpos sem o tratamento adequado. Sarna e coceiras são constatados sem maior esforço através de simples visualização.

Não é sequer fornecido aos jovens um chinelo, e muitos, exceto aqueles que o recebem dos familiares, andam descalços no chão imundo e impuro.

Contudo, o Brasil é signatário do documento que impõe aos países civilizados o respeito às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade. E, ao se verificar que os jovens brasileiros estão sendo submetidos a Unidades que não cumprem tais regras, lembra-se a preocupação do Presidente da República ao atribuir as causas reais da violência à falta de respeito à legislação por parte dos administradores públicos.

Reza o documento acima citado que 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 deveria ser eco-

nomizado esforço para abolir, na medida do possível, a prisão de jovens.

Afirma, ainda, que o Estado signatário só pode privar de liberdade os jovens de acordo com os princípios e procedimentos estabelecidos 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, como por exemplo, o efeito de cumprimento de uma sentença depois da condenação, para os tipos mais graves de delitos, e tendo presentes, devidamente, todas as circunstâncias e condições do caso.

Foi encontrado na unidade um jovem com 14 anos privado da liberdade havia 30 dias por haver sido surpreendido pescando em área proibida. E o mais grave é que, contrariando norma legal, encontrava-se no mesmo espaço físico de outros que haviam cometido atos infracionais mais graves.

Há mais de três anos que o Instituto Padre Severino não recebe qualquer material para desenvolver ensino profissionalizante. Entretanto, as Regras Mínimas de Riad destacam que a privação da liberdade deverá ser efetuada em condições e circunstâncias que garantam o respeito aos direitos humanos dos jovens. Deverá ser garantido, aos jovens reclusos em centros, o direito a desfrutar de atividades e programas úteis que sirvam para fomentar e garantir seu desenvolvimento e sua dignidade, promover seu sentido de responsabilidade e fomentar neles atitudes e conhecimentos que ajudem a desenvolver suas capacidades como membros da sociedade.

Segundo as Nações Unidas, os jovens privados de liberdade terão direito a contar com locais e serviços que satisfaçam todas as exigências da higiene e da dignidade humana. E as instalações sanitárias deverão ser de um nível adequado, e estar localizadas de maneira que o jovem possa satisfazer suas necessidades físicas na intimidade e de forma asseada e decente.

Finalmente, o Brasil está obrigado a garantir que todos os centros de detenção ofereçam a todo jovem (terá) uma alimentação adequadamente preparada e servida nas horas habituais, em qualidade e quantidade

que satisfaçam as normas da dietética, (da) higiene e (da) saúde e, na medida do possível, as exigências religiosas e culturais. Todo jovem deverá ter, a todo o momento, água limpa e potável.

Quem é o infrator? A autoridade governamental que descumpra a Constituição do país e até mesmo os compromissos assumidos com a comunidade internacional ou o jovem que, diante desse exemplo de transgressão, comete atos infracionais? Não seria o caso de cobrar dos adultos exemplos e coerência no desempenho de suas funções públicas, para então discutir a redução de responsabilidade penal para jovens?

O Ministério Público, através de seus atentos promotores de Justiça, buscou na autoridade governamental o compromisso de respeito a uma lei - o ECA - que está em vigor há quase de 17 anos, e assinou com o Governo do Estado um Termo de Ajustamento de Conduta através do qual o Governo do Estado se comprometeu a cumprir alguns artigos da lei. Mais uma vez, deixaram de cumprir os compromissos assumidos e deixaram o Ministério Público com um título de execução na mão, e os adolescentes infratores, só eles, são punidos: continuam na escola do crime e da violência.

Como ressocializar esses jovens mantendo-os no viveiro re-alimentador da violência que os vitimiza desde sua concepção? O resto é hipocrisia, enganando-se a sociedade através do desvio do verdadeiro debate, que pode levar à paz social tão almejada.

Como se vê, as unidades de internação costumam ser idênticas e muitas vezes piores que as prisões dos adultos. Podemos afirmar que, muitas vezes, os jovens infratores são punidos mais severamente que os adultos. As unidades funcionam sempre com superlotação e más condições estruturais, com permanente ameaça de rebelião. As famílias são mantidas à distância, e os poucos familiares que conseguem manter os vínculos são submetidos a constrangimentos, como revistas que os obrigam a ficar de cócoras, quase totalmente despidos, o que inibe as visitas e coloca longe o objetivo de reinserção familiar e comunitária.

Um dos pontos mais criticados do ECA é o limite máximo de três anos de internação, não importa qual tenha sido o delito cometido. Alguns países, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, consideram

a gravidade do delito mais importante do que a idade do autor. Esse princípio permite à justiça norte-americana aplicar até a pena de morte a crianças. A maioria dos países da Europa e das Américas, porém, adota legislação especial para os cidadãos menores de 18 anos.

Segundo alguns juristas, como o Desembargador Alyrio Cavallieri, do Rio de Janeiro, defender uma posição raivosa contra a revisão do ECA, como fazem os movimentos sociais que se recusam a discutir outros pontos de vista e se afastam da opinião pública, só serve para alimentar a posição da maioria da população a favor de mudanças na lei. Ele é contra a redução da maioridade penal, mas apóia a revisão ampla do Estatuto para evitar recortes que sejam prejudiciais à doutrina de proteção integral.

A polêmica não se encerraria, no entanto, com a discussão de revisões isoladas do Estatuto. O princípio básico da lei - o de que pessoas até 18 anos estão em fase de formação, e por isso devem ser objeto de mecanismos de proteção - é questionado por muitos. Mas há os que reconhecem que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi um grande avanço já que antes crianças e adolescentes eram vistos como propriedade dos pais, que poderiam até espancá-los. Hoje, porém, são sujeitos de direitos como o são todos os demais cidadãos adultos.

Um desses direitos, expressos no texto constitucional e disciplinado nos artigos 53/59 do ECA, é o direito à educação, que é dever do Estado prover. Segundo o Senador Cristovam Buarque, a representação da classe média, ao assumir o poder, tornou-se política, social e ideologicamente conservadora, e, por isso, não derrubou o terceiro muro, e ainda se beneficia dele para proteger seus privilégios de classe detentora do conhecimento. Esse é um assunto tabu, direta e intimamente relacionado com o adolescente infrator. Segundo pesquisa do governo federal, 96,6% dos jovens que cometeram algum delito não concluíram o Ensino Fundamental. Estatísticas também mostram que o grau de incidência de infrações está diretamente relacionado à carência social das comunidades em que ocorrem. É tarefa da escola dar aos alunos uma concepção cidadã do ser humano que não se restrinja ao seu papel de consumidor, diz o Senador, e para isso ela tem que estar vinculada à comunidade. A libertação da violência não está mais na

economia, nem na estatização, mas na educação e na distribuição do conhecimento.

Finalmente, transcrevo artigo de minha autoria publicado nos jornais do Rio de Janeiro sobre uma das razões da delinquência, para afirmar que nosso grande desafio é o investimento de inclusão de crianças e adolescentes no processo de cidadania, através da efetivação de seus direitos fundamentais regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, antes de pensar no aprimoramento do processo cruel de exclusão social desses desprotegidos cidadãos em condição peculiar de desenvolvimento:

COMO FABRICAR UM BANDIDO

“Escolha uma criança, de preferência negra e de uma família de prole numerosa; é recomendável o sexto ou sétimo filho, e que o pai seja omissivo no cumprimento do exercício do poder familiar, e que sequer tenha registrado seu filho. Os irmãos devem preferencialmente ser de pais diferentes e, a mãe, se não for alcoólatra, deve estar desempregada. Deve residir em comunidade onde o poder público só comparece para trocar tiros e deixar vítimas. Não pode ter escola, nem posto de saúde e recebe com frequência a visita do “caveirão”. Será fácil achar essa comunidade no Rio de Janeiro.

Ensine, desde cedo a essa criança, que ela não é amada, que é rejeitada por sua própria mãe, que a todo instante demonstra sua insatisfação com a maternidade. Para tanto, espanque-a pelo menos três vezes ao dia para que ela saiba que, na vida, tudo tem que ser tratado com muita violência. Impeça qualquer possibilidade de desenvolver-se sadia, pois esse fato estragará todo o nosso projeto. Importante: repita sempre para essa criança que ela é má, coisa ruim e odiada pela família, principalmente porque chegou para dividir o pequeno espaço que a abriga e a escassa alimentação.

Pode-se optar por deixá-la em casa, na ociosidade; afinal, faltam vagas nas creches do município, ou, se preferir, encaminhe-a para uma escola onde os professores faltem muito e as greves sejam frequentes, caso contrário ela pode correr o risco de gostar

de estudar e aí ser muito difícil continuar analfabeto, o que pode colocar em risco nosso projeto.

Na escola, procure discriminá-la e desestimular seu estudo, reprovando-a sempre. E, se praticar alguma traquinagem, expulsa-a da escola. Importante também: não permita que seja alfabetizada, porque ela pode desejar entrar no competitivo mercado de trabalho e ocupar o espaço reservado aos filhos das elites.

Outra opção interessante é colocar a criança para trabalhar desde muito cedo. Infância pra que? Perder tempo com brincadeiras não é coisa para criança favelada. Tem mesmo é que ganhar a vida muito cedo, e ainda trazer dinheiro para sustentar a família faminta. A rua está cheia de espaço público para que elas fiquem vendendo balas e jogando bolinhas até que possa ser “usada” na exploração sexual, uma atividade lucrativa muito estimulada por adultos.

Fragilize-a. Não permita qualquer acesso à saúde; médicos e medicamentos devem ser mantidos à distância. Os hospitais públicos devem ser sucateados. Afinal, é preciso garantir os lucros cada vez maiores dos poderosos planos de saúde. Para acelerar sua debilidade, aproxime-a das drogas; a cola de sapateiro é um bom começo e ajuda a “matar a fome”. Se usar maconha, prenda logo esse marginal por estar usando uma droga tão cara, já que tem disponível a cola e o “crack”, muito mais baratos.

A campanha pela redução da responsabilidade penal é imprescindível para pôr logo esses “perigosos bandidos” na cadeia. Afinal, são eles os grandes responsáveis por tanta violência, ainda que os índices oficiais não cheguem a 2% dos atos violentos atribuídos aos jovens, e o Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro tenha constatado que eles são agentes de violência num percentual de 9,8% contra 91,2% onde são vítimas. Pura manipulação dos dados para favorecer estes “trombadinhas”. Reduzindo a responsabilidade penal, você fica livre mais rápido dessa “sujeira” que ocupa os logradouros públicos, denunciando a incompetência dos administradores públicos para implementar

as políticas públicas necessárias para promover os excluídos à categoria de cidadãos.

É claro que eles já têm maturidade para responder por seus atos criminosos. Afinal, assistem diariamente às nossas pedagógicas novelas, e são informados pelos despreziosos noticiários que, mesmo tratando o telespectador como a família Simpson, jamais influencia a nossa “livre” opinião. E, claro, que todas as crianças e adolescentes do Brasil têm à sua disposição as melhores escolas do mundo.

A educação pública também deve ser da pior qualidade. Onde já se viu o ensino público competir com os tubarões do ensino particular? Caso isso venha a ocorrer, como manter os altos preços das mensalidades escolares? E a queda do lucro - e isso, nunca! Aquela idéia maluca de construir escolas de atendimento integral, com médicos, dentistas, atividades profissionalizantes, prática esportiva, felizmente já saiu de pauta. Ficamos livres daqueles insanos, que já morreram. Queriam aplicar todo nosso dinheirinho dos mensalões e sanguessuga em educação. Que desperdício!

Pode-se até fazer concessões com relação ao lazer. Deixe-a soltar pipas e foguetes, somente se estiver a serviço dos bandidos. Isso pode ser muito lucrativo para essa criança. O tráfico dá a ela a oportunidade que os empresários negam, de participar na divisão das riquezas com seu “trabalho ilícito”. Pode-se permitir, também, que brinque de mocinho e bandido e que as armas sejam de verdade, assim morrem mais rápido. As estatísticas mostram essa realidade.

O direito à convivência comunitária lhe deve ser assegurado, mas com ressalvas. Mantenha-a em uma comunidade comandada pela bandidagem. Ali ela não terá outra opção: ou adere ou morre. Se aderir, isso será por pouco tempo, porque logo será presa; é mais fácil prender crianças como “bucha de canhão” do que os adultos que as exploram e coagem; ou, então, logo ela será um número nas estatísticas do extermínio. Vez por outra, deixe-a fazer um estágio nas “escolas de infratores”. A convivência com

outros adolescentes de mais idade, que praticam infrações mais graves, poderá aperfeiçoá-la e promovê-la a outra categoria do crime. Detalhe: essa “escola” deve estar à margem das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, e os “educadores” devem odiar crianças e estar sempre munidos de palmatórias e cassetetes. Não pode essa escola ser dotada de qualquer proposta pedagógica, porque corre o risco de desviar o adolescente de seu destino criminológico.

Providencie uma poderosa campanha publicitária na mídia, para que a opinião pública eleja essa criança seu inimigo público número um. Exiba sempre, nas primeiras páginas dos jornais, toda e qualquer infração praticada por criança ou adolescente, ainda que essa violência a eles atribuída seja uma raridade. Repita, sempre, nos maiores jornais e emissoras de televisão, que ela é uma perigosa assassina, responsável por toda a violência existente no país. Nunca admita a efetivação dos preceitos constitucionais que lhe garantem direitos fundamentais que são costumeiramente desrespeitados pela família, pelo Estado e pela sociedade. Nunca diga que ela é vítima da omissão e da ausência de políticas básicas; isso pode ser considerado demagogia, e até acusarem você de defensor dos direitos humanos, o que é um conceito pejorativo no meio dos humanos.

Com uma campanha desse tipo, garanta-se que os verdadeiros bandidos e mafiosos ficarão em segundo plano. Corruptos fraudadores, ladrões do dinheiro público só merecem publicidade uma vez ou outra para disfarçar. A ênfase maior deve ser dada ao “pivete”, “trombadinha” e “dimenor”.

Nunca deixe que se faça uma campanha para a colocação em família substituta: isso pode reduzir em muito o exército dos excluídos, e considerar mais uma forma desleal de competição com nossos “mauricinhos” e “patricinhas”.

Tudo o que você proíbe a essas crianças, estimule aos outros adolescentes. Deixe que freqüentem boates promíscuas, onde podem exercitar suas carências afetivas agredindo os outros e usando drogas. Lá, a venda de bebidas alcoólicas é livre para

adolescentes abastados. O sexo é livre e sem limites. Nossos filhos precisam aprender a serem "homens" desde cedo. O acesso às drogas é permitido e até estimulado. Deixe que essa criança perceba que existe essa diferença no tratamento aos cidadãos que vivem sob a mesma lei. Isso servirá para aumentar as diferenças sociais, o ódio e a frustração de não poder ser tratada como o outro.

Pronto, você conseguiu, finalmente, criar o seu monstro. Agora conviva com ele."♦

Mello Mattos - O Juiz de Menores “Da situação irregular à proteção integral (do Código Mello Mattos ao Estatuto da Criança e do Adolescente)”

Libórni Siqueira
Desembargador do TJ/RJ

Inicialmente há que se afirmar que todas as normas destinadas à criança, ao adolescente e à família guardam enunciados claros e objetivos apenas com o passar dos anos; em decorrência das mudanças sociais, trocam-se os termos criando-se doutrinas que não alteram a situação irregular, aquela que é contrária à lei e à justiça e que permanece.

Ortega y Grasset esclarecem que o homem não tem natureza, mas história, sendo que o passado, as experiências vividas deságuam e formam o presente.

É impossível apagar-se a memória da historicidade do nosso “direito do menor” no que concerne ao primeiro Código de Menores da América Latina, de autoria do inesquecível Mello Mattos, Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927.

A “situação irregular” foi substituída pela “proteção integral” que não sendo atendida é uma “situação irregular”.

A proteção integral começa com o encontro dos dois gametas, masculino e feminino, e se estende até a maioridade observando-se que, neste período, há um complexo de intercorrências científicas como: biogênese, neurogênese, psicogênese e sociogênese, todas influenciando na fase ontogenética e epigenética.

É sabido que o ser humano não é apenas um conglomerado de células, mas um ente social que traz consigo uma realidade histórica e cultural.

Qualquer que seja o problema, está presente uma “situação de risco” pois a simples ameaça aos direitos fundamentais da criança,

do adolescente e da família, importará na responsabilidade da pessoa física ou jurídica conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, que no seu art. 1º., inciso III, apresenta como fundamento do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana” e no art. 3º., inciso III, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Será que conseguimos minimizar a problemática ou temos que usar os sofismas dos políticos e enganadores?

O que nos revelam os fatos históricos da criança e do adolescente, preocupação constante de Mello Mattos e de todos nós?

I - Em 1640 o Padre Antonio Vieira perguntava: “não sei que pior mal se faz ao Brasil, se a enfermidade ou as trevas”. Queria referir-se à ausência da saúde e da educação.

II - Na Carta Régia de 12 de dezembro de 1693, o Rei de Portugal responde a Antonio Paes de Sande:

“Eu, El Rey vos envio muito saudar. Havendo visto o que me escrevestes acerca da pouca piedade que achastes nesta Capitania com as crianças engeitadas, achando-se muitas mortas ao desamparo, sem que a Misericórdia, nem os oficiais da Câmara as queiram recolher, dizendo não terem rendas para as mandar criar, apontando-se como remédio o aplicar para despesa da criação destes engeitados a própria pertencente às obras pias que dessa Capitania vem para este Reino de poucos a esta parte por Ordem Minha.. Fui servido não admitir este arbítrio por ser esta consignação feita para se alimentarem viúvas pobres e pessoas desamparadas; e por ser muito próprio da obrigação da Câmara o cuidado destas crianças, por atenderem ao bem comum de sua terra, e se não se lembraram até agora de Me avisar desta matéria para se acudir ao remédio della. Me pareceu Mandar-lhes estranhar este descuido e ordernar-lhes que dos bens do Conselho tirem o que for necessário para esta despesa, havendo tal arrecadação nesta consignação que de nenhuma sorte possa ser divertido para outro efeito, porque assim Hei por bem. De que Me pareceu avisar-vos para que fiqueis atento a resolução

que neste particular Fui servido tomar. Escripta em Lisboa a 12 de Dezembro de 1693 - Rey - para o Governador da Capitania do Rio de Janeiro.”

Com quanto incisivos os Termos da Ordenação Real, nada faz o Governo pela menoridade desvalida.

III - Lembramos ainda que surgiu o primeiro filantropo, Romão de Matos Duarte, que fundou, em 1738, a Casa dos Expostos, a Roda, no Rio de Janeiro. Problema verdadeiramente alarmante na época é o da mortalidade infantil, mesmo nesta instituição. Outro fato foi a memorável visita à Roda do Imperador D. Pedro I, em 1823, quando, em cerca de 13 anos de existência, tinham sido internados perto de 12.000 crianças e sobrevivido, apenas 1.000.

IV - Em 1821 quando D. João VI deixou o Brasil com a Família Real nossa população não ultrapassava os quatro milhões de habitantes dos quais 1.300.000 eram escravos africanos, importados, ilegalmente, em sua grande maioria.

V - Assinada a Abolição da Escravatura em 1888, num rasgo emocional, estes escravos abandonaram as fazendas e rumaram para os grandes centros: analfabetos, famintos, sem trabalho, sem moradia gerando o processo de marginalização social banhados pelo alcoolismo, a doença e a criminalidade, com os efeitos até os dias atuais por não ocorrer o devido preparo do Governo.

VI - No mesmo ano, 1888, o Inspetor do Ministério do Império, Ramiz Galvão, relatava: “Por tal forma estão fora de dúvida o atraso e a insuficiência do nosso ensino primário, assim como a necessidade de prover a instrução profissional e remediar não só a má organização dos estudos secundários, mas ainda os defeitos que se introduziram no regime dos cursos superiores, que escusado é deter-me em manifestarvos quanto urge atender a este importante assunto a que se liguem os mais vitais interesses do Brasil”.

Tudo isto por culpa de um governo como hoje que não faz o célebre desvio a prevenção pela ausência dos recursos indispensáveis para a educação e a saúde - hoje o quadro é o mesmo.

VII - Em 1927 o célebre médico Miguel Couto dizia: “Só vejo, no meu país, um único e grave problema - a educação”. Hoje repetiria a mesma expressão com maior ênfase.

VIII - O notável cientista Leonídio Ribeiro e Burle de Figueiredo, este Juiz de Menores do Rio de Janeiro, criavam em 1936 o Laboratório de Biologia Infantil, enfatizando no trabalho apresentado, em 1938, no Primeiro Congresso Latino-Americano de Criminologia - Buenos Aires:

“Eis porque penso que o método verdadeiro científico e eficiente de realizar uma campanha de prevenção do crime deve repousar sobre a criação de centros médico-pedagógicos, destinados a realizar o estudo sistemático das crianças que praticam reações anti-sociais, a fim de poder descobrir, precocemente, as causas biológicas que estão concorrendo para provocar ou agravar suas tendências ou predisposições para o crime, de acordo com as idéias antigas da escola antropológica lombrosiana, renovadas agora pelo professor Di Tullio, de Roma, com a sua “constituição delinquencial”.

O que se faz hoje? Abriga-se ou interna-se.

IX - O Departamento Nacional da Criança, Decreto-lei nº 2.024 de 17.02.1940, fixou as bases da organização da proteção à maternidade, à infância e à adolescência em todo o país, especificando no art. 1º.:

“Será organizada, em todo o país, a proteção à maternidade, à infância e à adolescência. Buscar-se-á, de modo sistemático e permanente, criar para as mães e para as crianças favoráveis condições que, na medida necessária, permitam àquelas uma sadia - segura maternidade, desde a concepção até a criação do filho, e a estas garantam a satisfação de seus direitos essenciais no que respeite ao desenvolvimento físico, à conservação da saúde, do bem-estar e da alegria, à preservação moral e à preparação para a vida”.

Eis a proteção integral do art. 2º. do Estatuto.

X - O Desembargador Sabóia Lima, em 1939 disse ao Jornal **O Globo**:

- O problema da assistência à infância abandonada ainda não saiu, rigorosamente, entre nós, dos domínios das discussões acadêmicas para

a realidade das iniciativas fecundas. Os estabelecimentos para menores desvalidos se encontram superlotados, e a legião dos que aguardam uma vaga aumenta desoladoramente.

Basta atualizar o ano de 2007 e a história se repete.

XI - As nossas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 são unânimes em preservar os direitos da criança, do adolescente e da família, destacando-se o art. 127 da Constituição 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 das 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 do 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 da sua prole”.

Hoje o enunciado se encontra no artigo 227 da CF de 1988 e no art. 70 do ECA.

XII - Em 19/08/2003 o **Jornal do Brasil** publicava:

*“Cegueira Social - A estatística do analfabetismo é de envergonhar. De acordo com o IBGE, 16 milhões de brasileiros são incapazes de rascunhar simples frases ou entender o que lêem. E mais de 30 milhões são analfabetos funcionais. Isto é, têm menos de quatro das séries do ensino fundamental. Resultado: a baixa escolaridade empurra o país para humilhante 73º lugar no **ranking** do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), medido pela Unesco, e agrava a situação de miséria endêmica em que vive grande parte do povo”.*

XIII - Em 08/08/2004 o então Presidente de Egrégio Tribunal de Justiça, Des. Miguel Pachá, afirmava que, no Rio, metade dos condenados têm entre 18 e 24 anos de idade conforme levantamento feito na Vara de Execuções Penais.

XIV - Vamos além com outra estatística levada a efeito em 07/03/2005: gravidez tira da escola 25% dos adolescentes, pois o problema é a maior causa de evasão escolar de 15 a 17 anos.

Poderíamos prosseguir com inúmeros outros elementos que compõem a história evolutiva do nosso “direito do menor”, hoje “direito da criança e do adolescente”; contudo acreditamos ser o suficiente para demonstrar que apenas as estatísticas aumentaram e que a subcultura, a subalimentação, o colonialismo e as classes sociais bem definidas estão presentes nos efeitos de diversas causas desprezadas.

Retornamos à figura exemplar de Mello Mattos, conhecido como o “Melinho das crianças” que soube enfrentar heroicamente todas as distrofias sociais seculares por ser um Juiz diferente, por não se limitar à clausura do gabinete e ao limite dos despachos processuais.

Tomando o exemplo da atuação de Mello Mattos é que podemos definir o Juiz de Menores:

- será o mestre, para ensinar o novo caminho aos que se perdem na estrada da vida;

- será o pai, que o menor não teve, em razão de uma paternidade irresponsável, ou pelo abandono na orfandade;

- será o sociólogo, para a interpretação correta dos fatos sociais;

- será o psicólogo, para situar o menor dentro do contexto emocional que se lhe apresenta;

- será o confessor, para ouvir e diluir todos os males que a fé cristã exalta;

- será o perene idealista, para manter acesa a chama de esperança nos dias futuros;

- não deve ser apenas o receptor dos “efeitos”, mas o estudioso das “causas” e propugnador constantes das soluções preventivas;

- seu espírito deve estar provido com as lentes de grande alcance para a pesquisa dos miasmas que destroem a razão;

- suas palavras e seus escritos representam bisturis de luz rasgando os abscessos sociais, para que todos se conscientizem e interrompam a disseminação do mal que é a indiferença pela criança.

Terminamos estas linhas de homenagem a Mello Mattos com nosso poema.

“MENINO DE RUA”

Des. Libórni Siqueira

Eu sou o menino de rua,
aquele que nasceu despercebido,
nem mesmo sabe se foi concebido,
ou se por engano se fez nascido,
fruto do desamor já conhecido.

Eu sou o menino de rua,
meu nome não consegui registrar,
pois na verdade sou órfão de pais vivos.
Nos direitos da criança, ouço falar
que são meros enunciados dativos.

Eu sou menino de rua,
Sempre objeto dos planejamentos,
programas e célebres comissões.
Com verbas minguadas nos orçamentos,
vítima constante nas omissões.

Eu sou menino de rua,
que nem mora em barraco de favela,
e no Natal, pela fome que passa,
deixa o vazio estômago na janela,
que até mesmo Papai Noel acha graça.

Eu sou menino de rua,
falado nos livros dos professores,
que enfocam o assunto com elegância,
pois são eméritos doutrinadores
no lançar suas teorias, em abundância.

Eu sou menino de rua,
que chamam de pivete, abandonado,
trombadinha, gamine, infrator,
carente, exposto e marginalizado,

tratado com desprezo e sem amor.

Eu sou menino de rua,
Analfabeto, por não ter escola,
deficiente mental, por não ter saúde
meu direito, se converteu na esmola
demagógica, que não mais ilude.

Eu sou menino de rua,
que às vésperas dos dias festivos
mandas recolher nas instituições,
para mostrar aos turistas amigos,
um visual sem famintos e ladrões.

Eu sou menino de rua,
que nas noites frias dorme ao relento,
coberto por uma folha de jornal
que me protege da chuva e do vento.
Já não sei se sou criança ou animal.

Eu sou menino de rua,
Perambulante, sem rumo e sem fé.
Pois no futuro não tenho esperança,
dizem tudo para mim que não é
e destroem os meus sonhos de criança.

Eu sou menino de rua,
Refrão de campanha eleitoral
dos políticos sou a prioridade
e até afeto a segurança nacional
com a minha irresponsabilidade.

Eu sou menino de rua,
e como eu, muitos e muitos milhões,
vítimas das conquistas do poder
e das ideológicas ambições

dos que substituem o ser pelo ter.

Eu sou menino de rua,
que morre sem o afeto e o carinho,
que a tua insensibilidade negou.
Nós andamos pelo mesmo caminho
que a Redenção Suprema nos legou.

Eu sou menino de rua,
que tem o corpo e a alma nua,
o eterno filho de DEUS, o JESUS,
pois tenho seu, o mesmo sofrimento
que me segue do calvário à cruz
sem ter ao menos MARIA por alento,

Vamos, faz alguma coisa sensata
Sacia esta fome que me mata!...

A Vida que se Fez Lei

Inês Joaquina Sant'Ana Santos Coutinho
Juíza da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso - Teresópolis (RJ)

Denilson Cardoso de Araújo
Serventuário do TJ-RJ

A comemoração dos 80 anos do Código Mello Mattos oferece oportunidade para que lhe seja prestada justa homenagem, até pela recente passagem dos 17 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre aquele ancião e este jovem que busca afirmação, reflexões se impõem.

Se evoluímos do paternalismo filantrópico à construção democrática de comprometermos comunitários e estatais, temos ainda, ligando os dois marcos legais, a mesma miséria da realidade social brasileira. Injusta e excludente nos anos 20 do século passado. Cruel e certamente mais complexa em pleno Século XXI. No entanto, vencer a injustiça não é obra somente de textos, mas tarefa de homens de bem. Com a ação, bons homens podem minorar imperfeições de maus textos e podem maximizar o bem que lhes dispuserem textos bons. Mas os inertes e os omissos agravam maldades e impedem bondades, independente das letras que lhes forneçam.

Mesmo quando escritos à custa de lágrimas, pólvora ou sangue, textos não operam mágica. Precisam ser trazidos à vida, em luta miúda e cotidiana, olhando nos olhos do desespero. E essa operação exige vontade e coragem.

Não duvidamos que o ECA inicie um novo mundo na tutela dos direitos infanto-juvenis. A mudança de paradigma é uma realidade. Mas não autoriza o desprezo para com tudo o que, de mundo anterior, existia. Queimar caravelas na chegada ao mundo novo - sabe-se - não é atitude dos sensatos. A evolução da sociedade faz natural que o avanço de ontem, hoje, seja atraso. Mas - é certo - não houve Copérnico sem Ptolomeu.

Para o desenvolvimento da humanidade, da democracia e da ciência jurídica e para a construção de um direito infanto-juvenil qualificado e robusto, não podem ser desprezadas contribuições sem as quais os caminhos necessários ao progresso não teriam sido abertos. Nessa trilha de raciocínio, cremos ser possível conceder à obra de Mello Mattos - e ao trabalho dos que o sucederam - a merecida importância, tantas vezes desnecessariamente mitigada no intuito de defenderem-se os inegáveis avanços promovidos pela Lei 8.069/90.

O Direito - lembremos - não se constrói no vazio.

DIREITO ESCRITO - TERRITÓRIO DE LUTA

Grandes obras legislativas ecoam nos tempos, dando voz à altivez de um povo na medida de grandeza do Direito que praticou. Norberto Bobbio registra que o herói do mundo clássico é o grande legislador. E realça o fato na seguinte história exemplar:

“A obra de Platão começa com as seguintes palavras: ‘Quem é que vocês consideram como o autor da instituição das leis, um deus ou um homem?’, pergunta o ateniense a Clíncias; e este responde: ‘Um deus, hóspede, um deus’.”¹

Natural que o direito escrito tantas vezes se pretenda intocável, perene, remetendo o Magistrado à condição estabelecida por Montesquieu de “mera boca que pronunciava a lei”, sem autonomia de interpretá-la ou adequá-la. Mas sabemos que a lei escrita não congela o Direito. Luta política e jurisprudência estão aí, conectando realidade social e processo legislativo.

O novo, entre conflito e perplexidade, força as paredes do arcaico. Não mais o mero registro unilateral das vontades e concessões do príncipe, o Direito, agora é socialmente contratado, conforme Rousseau. Surge a compreensão do Direito como repositório de valores, mais do que carta de instruções para a pequena desavença contratual e cotidiana. Momentos assim geram atestados de maturidade, como a Magna Carta de 1215 e as declarações de direitos firmadas pela Revolução Americana, pela Revolução Francesa ou pela Assembléia Geral da ONU,

¹ Em A Era dos Direitos, p. 56.

documentos que inauguraram novos tempos. Assim fizeram as diversas Cartas de Direitos das Crianças.

Documentos assim têm irresistível efeito multiplicador. Seus princípios dizem quem somos ou, pelo menos, quem almejamos ser. A lei que instrumentaliza um princípio, inoculada no ordenamento, “contamina” com o bem as leis circunvizinhas. Por isso é que se estabelece, em torno de cada palavra, um verdadeiro campo de batalha, mais que técnica, ideológica, tanto no momento em que as leis são redigidas quanto no passo em que a hermenêutica as transporta à realidade concreta.

Mas a lei depende da gradual evolução, nos povos, do sedimento cultural que firmará solo para edifícios legais que expressam sua alma. Assim ensinou Jean-Jacques Rousseau:

*“Como o arquiteto que, antes de construir um edifício, sonda e examina o solo para ver se pode agüentar o peso necessário, o sábio legislador não começa redigindo leis boas por si mesmas, mas antes examina se o povo a que são destinadas está apto para suportá-las”.*²

Já Ferdinand Lassalle ensina que as leis não são apenas a tinta no papel, mas os “fatores reais de poder”³. Direito escrito nada mais é do que a resultante do atrito entre, dentre outros: governo, classes sociais e poder econômico. Se este último predomina, marxistas avisam que a legislação é sempre um instrumento de dominação, apenas viabilizando a manutenção do **status quo** pela classe dominante.

Por isso é que Rudolf Von Hering, no inspirador **A Luta pelo Direito**, combatendo o espontaneísmo da Escola Histórica de SAVIGNY, ensina que “a força viva” do direito “só se afirma numa disposição ininterrupta para a luta”⁴, construído em “um trabalho sem tréguas, não só do Poder Público, mas de toda a população”⁵.

² **O Contrato Social** - Capítulo VIII - Do Povo - p. 60 - Ediouro, 19ª edição.

³ Tese defendida na célebre obra **A essência da Constituição**.

⁴ **A Luta pelo Direito**, Martin Claret, 2005 - p. 27

⁵ P. 27

Se é no bom combate que se fazem leis progressistas, os que entendem de luta não desprezam o pequeno avanço, a cabeça de ponte conquistada e a ser defendida, como passo para a vitória mais ampla.

Com essa rápida digressão entendemos que, considerados os “fatores reais de poder” de então, e as regras, ainda de mera e miúda cabotagem, com que se fazia a navegação política na década de 1920, Mello Mattos, na verdade, avançou ao Cabo da Boa Esperança.

CONTEXTUALIZANDO O CÓDIGO MELLO MATTOS

O país vivia grande efervescência quando surgiu a obra de Mello Mattos. De um lado, o poder das elites conservadoras e rurais buscava perpetuação através de autoritarismo e conchavos de governadores. Washington Luiz, em meio à carestia e à recessão, apontava a polícia como solução para os problemas sociais brasileiros, num tempo de sufrágio excludente. Não mais censitário, permanecia masculino e para os poucos alfabetizados, em eleições fraudadas “a bico de pena”.

Ocorriam lutas por alterações desse quadro. Na Revolta da Chibata (1910), os marinheiros - inclusive grumetes menores de idade - lutavam com João Cândido por comida e contra a crueldade dos castigos físicos. Nos anos 20, os tenentes se mobilizavam como porta-vozes de segmentos médios da população. Prestes marchava pelo Brasil com sua Coluna. Era fundado o Partido Comunista.

A população dava um salto, passando, entre o final do século XIX e início do século XX, de 10 para 30 milhões, com os menores de 19 anos representando 51% dos habitantes.⁶ Sofria-se o impacto da industrialização nascente, com todas as suas conseqüências sociais. A proletarização operária gerava situações de miséria e exploração, como as descritas na ficção de Charles Dickens. O inchamento das cidades provocava a vivência do abandono, como descrito em **Capitães de Areia** de Jorge Amado.

André Ricardo Pereira descreve o quadro das principais cidades brasileiras ao final do século XIX, agravado no período a que nos referimos:

⁶ Dados em “Diretrizes Nacionais para a Política de atenção integral à Infância e à Adolescência”, do CONANDA, p. 15, no sítio www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/diretrizes2.htm.

“... da noite para o dia (surgia), uma perigosa malta de pessoas marginalizadas que ameaçavam a ordem vigente, seja como massa ativa nos constantes motins urbanos, seja no exemplo negativo de um extrato que não vivia do trabalho ‘honesto’. No interior dessa malta, destacava-se, pela primeira vez, o grupo de crianças e adolescentes. No período anterior, eram pouco visíveis, pois as crianças tinham como destino as Casas dos Expostos e os adolescentes trabalhavam como escravos.”⁷ (nosso grifo)

Como tratar da questão, àquela altura do nosso desenvolvimento histórico? Que forças atuariam em tal embate? As lutas operárias apenas conheciam a incipiente mobilização dos avós anarquistas, recém-chegados na imigração. O “povo brasileiro” era construção ainda dispersa, com lutas de fraca organicidade e consistência, com baixo grau de consciência, sem condições de efetiva conquista de direitos e espaços de poder. O aparato oficial se constituía de poucos, em favor de poucos.

Roberto da Silva esclarece bem o contexto:

“...as leis são formuladas, na sua origem, para assegurar os direitos de um protótipo de homem, que no caso brasileiro apresentava-se, no início do século, como homem branco, letrado e cristão, a mulher e a criança tornaram-se tributários destes direitos apenas a partir da relação de parentesco e de consangüinidade com o varão.”⁸

O então recente Código Civil Brasileiro cuidava preferencialmente desse homem branco e proprietário, idealizado pelo Estado. Aos pobres e pretos, o Código Penal. Mas os relatos da época já registravam a perplexidade das elites para com o “problema do menor”. O

⁷ No ensaio “Criança X Menor: A origem de dois mitos da política brasileira” constante de *Que História é essa?* (Relume Dumará, 1994), conforme citados por Judite Maria Barboza Trindade em “Mulheres e abandono de menores em Curitiba: Das imagens do progresso à construção coletiva das representações”, disponível em www.dhi.uem.br/publicacoesdhi/dialogos/volume01/vol04_atg3.htm.

⁸ Conforme consta em “Painel: pobreza e exclusão social no Brasil - 300 anos de Políticas Públicas para a criança brasileira” - Em www.facom.ufba.br/pretextos/silva1.html. - acesso em 07/07.

contexto era de limpeza da paisagem para saúde do sonho dourado de nossas elites europeizadas. Era necessário eliminar os fétidos cortiços e esgotos que corriam pelas ruas. Era necessário controlar as epidemias e dar novos ares ao Rio de Janeiro com a derrubada do Morro do Castelo, reprimindo “capoeiras” e “vadios” improdutivos e limpando a paisagem da nódoa de crianças pobres, entregues à mendicância ou à delinquência.

Há dois elementos a serem compreendidos. Primeiro, a filosofia positivista que imperava naquele quadrante histórico. Dela resultava um dirigismo das elites que, na visão da época, tornava o comando das oligarquias uma necessidade, já que, “sob o país oficial, estava o mundo informe”, ou seja, o povo difuso e composto de “incapazes de seguir diretrizes próprias no jogo das instituições, que não conseguiam assimilar e que a grande maioria de seus membros não podia sequer compreender”⁹.

Raimundo Faoro menciona as avaliações sobre o fracasso da aventura republicana, na comparação com os modelos que se pretendeu copiar: “Falhara a entrega da nação a uma sociedade que, não livre, carecia de elementos vivos de coesão”, pelo que “o governo deveria educar, cultivar e orientar o povo”.¹⁰

Sobre este aspecto, e de particular interesse ao tema focalizado neste trabalho, é emblemático o discurso do Senador Lopes Trovão em 1896, quando brada:

*“... Temos uma pátria a reconstruir, uma nação a firmar, **um povo a fazer** e para empreender essa tarefa, que elemento mais útil e moldável a trabalhar do que a infância? São chegados os tempos de **trabalharmos na infância a célula de uma mocidade melhor, a gênese de uma humanidade mais perfeita.**”¹¹ (nosso grifo)*

A quem mais entregar missão desta grandeza? Se não havia povo, ainda também não estavam constituídas, com densidade reivindicativa,

⁹ Conforme Raimundo Faoro, mencionando Oliveira Vianna. *Os Donos do Poder*, p. 278.

¹⁰ Op. Citada, p. 296/297.

¹¹ Cfe. Irene Rizzini, citada no trabalho do CONANDA, antes mencionado, p. 16.

camadas médias em condições de alguma intervenção política efetiva, como detecta Faoro:

“A classe média, a camada média da sociedade, segundo denominações divergentes, não tinha condições objetivas de aspirar ao comando político do país (...) reclama não um papel próprio, mas o abandono de um Estado não intervencionista (...)”¹²

Era inevitável o dirigismo elitista em face da dispersão das forças populares e da incapacidade de ação das camadas médias que esboçavam atuação apenas no âmbito militar.

Positivismo mais dirigismo eram conservadores e, se impulsionados a alguma atitude proativa nas questões sociais, assim se fazia apenas como forma de prevenir e esterilizar os reclamos e reivindicações nascentes. Ainda de perto se contemplavam as brasas da Grande Guerra e da Revolução Soviética de 1917.

Eram passadas menos de três décadas da abolição da escravatura, precedida de reforços “pseudocientíficos” à mitologia quanto à maldade congênita do negro. Joaquim Manuel de Macedo chegou a escrever, numa espécie de contra-ficção, os três contos antiescravistas de **As vítimas algozes**, em resposta à publicação, no Brasil, de **A Cabana do Pai Tomás**, de Harriet Beecher-Stowe¹³. Defendia que a escravidão precisava terminar, não porque os negros eram “bonzinhos” e dignos de pena, mas, sim, porque o sistema os transformava em criminosos cruéis. Sua tese era reforçada pelo noticiário que registrava crimes de escravos contra senhores, reação desesperada à ausência de horizontes. Não bastasse serem tidos por inferiores, sem alma e sem direitos, veio a disseminação do conceito do negro “ladino” e aterrorizante, visão que provavelmente se agravou quando o início da República recebeu a ilusão cientificista e o positivismo que permitiram à criminologia preconceituosas teorias de maldade congênita.

¹² Op. Citada, p. 302

¹³ Conforme LUIZ FELIPE DE ALENCASTRO, em “Vida Privada e Ordem Privada no Império”, no v. 2 de **História da Vida Privada no Brasil**, p. 90/91 (Companhia das Letras, 1998).

Neste contexto estabelece-se a preocupação com a criminalidade juvenil. Por detrás do pequeno delito se ocultaria a monstruosidade. Havia uma perspectiva higienista, com o viés da eugenia. Unem-se a pedagogia, a puericultura e a ciência jurídica para atacar o problema, tido como ameaçador aos destinos da nação: “o problema do menor”.

Ocorre a conscientização quanto à gravidade das precárias condições de sobrevivência das crianças pobres. Havia epidemias, superstição materna e pátrio poder impermeável às orientações quanto às providências básicas de saúde e higiene. Era elevada a taxa de mortalidade infantil. No caso dos expostos, entregues às Santas Casas de Misericórdia, o índice chegava a 70%.

Marcos dessa reflexão foram o Centenário da Independência e a Exposição Mundial de 1922, no Rio de Janeiro. O clima era de ufania, esperança e crédito na capacidade humana de transformação da realidade. A questão da criança é realçada, destacando-se nessa reflexão médicos, políticos e advogados. O futuro do Brasil - descobre-se - dependia de atenção especial para com a infância.

Efeméride importante ocorreu, também em 1922: o Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, realizado na Capital da República, em conjunto com o Terceiro Congresso Pan-Americano da Criança, sob inspiração de conferências internacionais. Criou-se uma agenda mais sistemática para a proteção social, influenciando em questões de higiene, medicina, pedagogia, assistência social e legislação. Surgem recomendações para criação de leis de proteção à infância. Diversas tentativas, capitaneadas por grandes idealistas como Tobias Barreto, passando por Evaristo de Moraes, Lopes Trovão, Alcindo Guanabara, dentre outros, foram empreendidas, mas sem que o Congresso as aprovasse ou simplesmente, as discutisse. Até que vem o Projeto de Mello Mattos.

É NESSE QUADRO QUE SURGE, COM TODAS AS HONRAS, UMA OBRA DA IMPORTÂNCIA DO CÓDIGO DE MENORES INSTITUÍDO EM 1927. Muitos criticam a não adoção das recomendações da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, que a Liga das Nações, com o voto brasileiro, aprovou em 1924. Esquecem-se os críticos das características muito particulares do Brasil em relação ao

pensamento internacional. O mundo de então vivia o tempestuoso entre-guerras da ascensão nazi-fascista e a débil Liga das Nações, já em passo de derrocada, pouca condição tinha - como ocorre com a ONU hoje - de impor normatividade às declarações de princípios.

Não se pode apreciar o Código Mello Mattos com juízos fora desse contexto. Ninguém despreza o pioneirismo operado, com as limitações de seu tempo, por Fra Angélico, porque a técnica de Da Vinci ou a inventiva de Picasso seriam superiores! A cada um a sua circunstância. Lembremos o ensino de Marx que, embora referido em outro contexto, não atende só aos marxistas:

*“Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado”.*¹⁴

UM HOMEM DE LUTA, NO LUGAR CERTO E NA HORA CERTA

José Cândido de Albuquerque Mello Mattos foi um pioneiro. Foi um homem de grandeza moral que, com os mecanismos legados pelo passado brasileiro, obscuro e complexo, acendeu uma lanterna em direção ao futuro, em auxílio à infância desvalida. Engajou-se com o que de progressista então havia. Foi jurista e escritor respeitado, advogado militante, com atuação destacada, referido por Evaristo de Moraes, luminar do nosso direito, como “advogado de incontestável talento”.¹⁵

Como parlamentar, em 1904, esteve na linha de frente da campanha pela vacinação obrigatória, apoiando Oswaldo Cruz e atuando com firmeza nas duras refregas em torno do tema na Câmara dos De-

¹⁴ MARX, Karl - O 18 Brumário de Luís Bonaparte, p. 15. Fon Fon e Seleta. Rio, 1968.

¹⁵ Consta da Biblioteca do Senado Federal estudo crítico assinado por Rui Barbosa em torno de um **habeas corpus** impetrado no Supremo Tribunal Federal por Mello Mattos, em favor de políticos confinados pelo Executivo na Ilha de Fernando de Noronha (senador João Cordeiro, deputados Alcindo Guanabara e Alexandre José Barbosa Lima, e major Thomaz Cavalcante de Albuquerque): “A lição dos dois acórdãos: estudo crítico acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de **habeas corpus** contra atos do poder executivo”, na página do SICON, codificado sob nº 680.867. A referência de Evaristo de Moraes se encontra no artigo que menciona o embate entre ambos no julgamento de um crime passionnal envolvendo personalidades da época sob o título “Tragédia de Tijuca”, no endereço <http://www.oabsp.org.br/institucional/grandes-causas/a-tragedia-de-tijuca>.

putados, onde ajudou a aprovar a autorização legislativa.¹⁶ Ainda no Congresso, apresentou em 1906, o projeto que resultou na criação do Instituto que hoje leva o nome do grande sanitarista brasileiro. Foi também, entre 1920-1924, diretor do Instituto Benjamin Constant, de educação para cegos. Em 6 de março de 1924,¹⁷ profere o primeiro despacho como Juiz de menores, função em que teve, ainda, notável atuação extrajudicial e humanista. Permaneceu à frente do Juizado até seu falecimento, em 1934.

Como descreve Guaraci Vianna, *“cuidava de forma paternal dos pequenos filhos de famílias pobres do Rio de Janeiro, ora entregando-os aos cuidados de seus amigos e conhecidos bem de vida, ora internando-os em patronatos ou instituições filantrópicas da época”*.¹⁸

Alguém poderá atribuir ingenuidades ao notável Magistrado, esquecendo-se de que, contra carências assassinas, filantropia é muitas vezes a Cruz Vermelha que salva vidas. Talvez a infância de esforços, como os do socialismo utópico, cujo desdobramento desembocam em revoluções. Mello Mattos não era um ingênuo, como não o eram os utópicos Robert Owen, Fourier ou Saint-Simon. Como estes, o grande magistrado era um homem de sonhos, mas também de compromisso e de ação. Alyrio Cavallieri relata:

“Seu espírito humanístico levou-o a tentar preencher as lacunas existentes nos anos vinte, na área do amparo às crianças. Criou estabelecimentos para menores e sua esposa, Dona Chiquinha, foi diretora de asilo. O primeiro juiz menorista, de tal modo se dedicou ao amparo direto que ganhou o apodo carinhoso de ‘Mellino das crianças’”.¹⁹

¹⁶ Há um discurso virulento contra sua atuação, em que o parlamentar vencido, além de chamar a medida de odiosa e violenta, acusa o “nosso amorável e cândido” Mello Mattos de ser um carrasco, que se prestou a “fazer movimentar o lúgubre aparelho da guilhotina”. - Ver transcrição, do discurso proferido na sessão de 29.09.1904, em <www2.prossiga.br/Ocruz/textocompleto/imprensa_sobre/sessão/1904.htm>.

¹⁷ Cf. Cavallieri, ob. citada.

¹⁸ **Direito Infante-Juvenil** - Freitas Bastos Editora, 2004 - p. 6. Sobre este aspecto entendemos que, de certa forma, é o que fazem os Juízes da Infância e da Juventude, nos dias atuais, em seus diversos programas de apadrinhamento, amplamente divulgados em suas cartilhas de atividades, na área da prevenção.

¹⁹ Ob. citada, p. 14.

Mereceu seu grande título: **foi o primeiro Juiz de Menores da América Latina!** Estava à frente de seu tempo, como em tão boas letras diz Guaracy Vianna, referindo-se à apresentação do projeto de lei de sua autoria, que deu início ao processo legislferante que resultaria no consagrado Código:

“1925 - **um jurista maior** avança no tempo”²⁰. (nosso grifo)

Referenciado pelas discussões internacionais em torno do tema, com a autorização legislativa fornecida em 1926 (Lei 4.242/21) a partir de seu projeto de 1925, promoveu a consolidação e sistematização de uma legislação de assistência e proteção aos menores. **Na edição do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, surgiu o Código de Menores. Pela primeira vez tinha-se direito escrito especializado, codificado, em torno de tema tão relevante.**

O CÓDIGO MELLO MATTOS E SEUS VALORES

Cuidou-se, naquele quadrante histórico, da infância “exposta”, “abandonada” e “delinqüente”. Era uma legislação direcionada, sim, ao pobre e, àquela altura, era natural que o fosse. Afinal, vivíamos numa sociedade patriarcal, onde pontificava o poder quase absoluto do pai de família sobre sua prole, praticamente sem ingerência estatal. Na concepção da época, os que tinham pai estavam protegidos. Mas, e os que não tinham família? Se podemos nos surpreender com métodos e motivações, não podemos desrespeitar nossa própria história. Frente ao grito das ruas, ainda sem efetividade, a lei - como dissemos - era uma concessão estatal mobilizada pelas lutas, apenas, dos integrantes mais conscientes e progressistas da elite.

Num país com mentalidade tão retrógrada, sem dúvida, o Código Mello Mattos era uma notável lei. Embora usando terminologias que hoje nos soam estranhas (como “expostos”, “vadios”, “transviados”, “libertinos”), ou adotando institutos que hoje repudiamos (guarda “mediante soldada”), efetivamente avançava. Exemplos: permitia-se a intervenção do Estado no pátrio poder de quem submetesse os filhos a abusos, negligência e crueldades (art. 31); garantia-se que o “menor delinqüente” de até quatorze anos não fosse “submetido a processo

²⁰ Ob. citada, p. 39.

penal de espécie alguma” (art. 68), devendo aquele, entre quatorze e dezoito anos merecer “processo especial” (art. 69); proibia-se o recolhimento do menor à prisão comum (art. 86); vedava-se o trabalho aos menores de doze anos (art. 101) e, aos que tinham menos de quatorze anos, sem que tivessem instrução primária, assim, impulsionando sua escolarização.

Instituiu a grande legislação, assim, a primeira estrutura de proteção aos menores, com a definição ideal para os Juizados e Conselhos de Assistência, trazendo clara a primeira orientação para que a questão fosse tratada sob enfoque multidisciplinar.

Frente à novidade, houve resistências, como relata Tamy Valéria de Moraes Furlot:

“O Código de Menores de 1927, que causou tanto protesto dos industriais por suas medidas de regulamentação do trabalho infantil, procurava estabelecer medidas para garantir o bem-estar físico e moral das crianças. Crueldade, negligência, abuso de poder, exploração pela primeira vez constavam como motivos plenamente justificáveis para o Estado destituir alguém do pátrio poder.”²¹

Os industriais de tecelagem tentaram obter prorrogação do prazo para a execução do Código, “especialmente sobre o artigo relativo à duração do trabalho dos menores”. Mello Mattos indeferiu a petição, considerando-a “ilegal, injurídica, desumana e impatriótica”. Julgou que aceitar a alegação da indústria, segundo a qual substituir o operário menor de 18 anos pelo adulto encareceria a produção e diminuiria o orçamento doméstico, levaria a “conclusões que atingem as raias do absurdo”: “sacrificar a saúde e o direito dos operários menores para proporcionar maiores lucros pecuniários aos seus patrões, e permitir aos pais tirarem dos filhos rendimentos, como se estes fossem propriedade sui generis, que aqueles tivessem o direito de explorar até a custa dos seus perecimentos”.²² No Rio de Janeiro, em junho de 1929,

²¹ Em “Segredos de Família: violência doméstica contra crianças e adolescentes na São Paulo das primeiras décadas do Século XX”, disponível no sítio http://www.dhi.uem.br/publicacoesdhi/dialogos/volume01/vol04_rsm2.htm.

²² LIMA, Marcos Alberto Horta. “Legislação e Trabalho em Controvérsias Historiográficas: O Projeto Político dos Industriais Brasileiros (1919-1930)”. Em <http://libdigi.unicamp.br/document/?view=vtls000350096>.

foi negado o agravo interposto contra 500 multas aplicadas por Mello Mattos a empresas que descumpriam o Código. Também em São Paulo, tendo o Conde Matarazzo à frente, os industriais se mobilizaram contra o Código, alegando inclusive motivos humanitários, para seguirem na exploração do trabalho infantil.²³

Libórni Siqueira, esclarecendo que, pela primeira vez, trazia-se a “noção de pátrio dever, ao invés de pátrio poder”,²⁴ menciona inclusive o questionamento que se deu, nas instâncias jurídicas, à constitucionalidade do novo diploma, tido pelos pais como invasivo do poder familiar:

“Os reflexos no contexto sócio-familiar foram grandes, eis que os pais consideravam uma intromissão exagerada ao exercício do pátrio poder, pois era uma verdadeira revolução no disciplinamento do assunto. Provocado, o Colendo Superior Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à validade do decreto que foi implantado e executado.”²⁵

O caso dizia respeito à intervenção precursora de Mello Mattos, em Portaria baixada com base no art. 131 do Código, vedando o ingresso indiscriminado de menores de dezoito anos a apresentações de teatro de revista. Ridicularizado na imprensa e combatido pela classe artística, o grande Juiz foi à luta, aceitou o debate e, ao final, vencedor, consolidou o indispensável “princípio da precaução”.

Sua obra tornou-se um marco referencial, cumprindo papel histórico. Ousaríamos dizer, mesmo, que não se teria o Estatuto da Criança e do Adolescente sem Mello Mattos. A idéia de uma legislação especial, com a característica de sistema, proporcionada por um Código, atribuindo deveres paternos, impondo obrigações estatais e criando estruturas, foi essencial - parece-nos - para que, hoje, encontrasse o ECA amparo mais firme para tornar-se instrumento de construção de cidadania. Ambos os diplomas - o primeiro em 1927 e o último em 1990 - estão

²³ Idem. Insistindo na tese de que “a escola do trabalho” era a solução para a “salvação da raça”, chegam a mencionar que em Taubaté teriam aumentado a criminalidade e a prostituição infanto-juvenil, porque lá tecelagens cumpriam o Código.

²⁴ Em **Adoção no Tempo e no Espaço - Doutrina e Jurisprudência** - Forense, 1993 - p. 29.

²⁵ Ob. citada, p. 40- 41.

absolutamente antenados com o avanço possível em seus períodos históricos. Não seria possível crianças e adolescentes, sujeitos de direito, aptos à reivindicação e garantia, sem a anterior definição das obrigações socioestatais em favor do menor.

Natural que a realidade tenha defasado aquela obra legislativa, destino inexorável do qual não escapam nem mesmo construções insignes como as de Nelson Hungria e Clóvis Bevilácqua, e de que, certamente, não escapará o nosso ECA.

ENTRE O CÓDIGO MELLO MATTOS E O ECA

Vencido o esquema da República Velha, o Brasil se moderniza sob impulso governamental, vincado na forte tradição autoritária de uma nação de burguesia atípica que, por sua origem patrimonialista, preza favores governamentais. A industrialização gera uma classe operária de relevo, o governo central manipula concessões. Vem o sufrágio feminino, surgem as leis trabalhistas e os partidos ligados às classes populares. Campanhas mobilizam multidões.

Entretanto, as forças militares se consolidam como sombra do populismo, por vezes indo à boca de cena assumir o papel principal quando alguém ousava o improvisado, à margem do enredo programado. É assim que, nos anos 60, o regime se fecha. Na resistência, o novo movimento operário serve de base à emergência de organizações e reivindicações que vocalizam os anseios de um povo que agora quer protagonismo. Os progressos internacionais na luta por direitos se transmitem às lutas nacionais.

Memoráveis campanhas levaram à Constituição Cidadã de 1988, com significativos avanços. A correlação de forças se altera até ao ponto da quase vitória do candidato das esquerdas nas eleições presidenciais de 1989. Não estávamos mais na elitista **belle époque!**

Nesse contexto privilegiado surge o ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Os “fatores reais de poder”, modificados, alteravam o direito escrito. Por isso, torna-se impossível a comparação, fora de contexto, entre dois diplomas que refletem suas épocas. Os méritos do ECA não ofuscam o brilho da obra de Mello Mattos. Repetimos: um preparou o caminho para o outro.

Entretanto, antes do surgimento do ECA, o Código Mello Mattos, em dada altura, tornara-se insuficiente, frente à realidade modificada. Como verificou Alyrio Cavallieri, empoeirava-se na estante.²⁶ Na transição entre uma e outra realidade, sob novos mecanismos de atenção ao problema da criança, destaca-se a atuação dos Juízes de Menores, tema que merece algumas considerações.

O PAPEL DOS JUÍZES

É comum, hoje, depreciar-se o papel exercido pelos Magistrados menoristas, cabendo, também aqui, a observação de que a crítica não pode ser descontextualizada. Cabe ao Magistrado promover as adequações que a realidade pede, priorizando a visão que melhor faça avançar o Direito e melhor produza Justiça. Entretanto, Juízes trabalham com as leis que lhes são dadas, sendo obrigados, ainda, a atentar para o grau médio de consciência dos seus jurisdicionados. Também neste campo verifica-se a ação dos “fatores reais de poder”.

Os juízes que atuaram entre o Código Mello Mattos e o ECA, inclusive sob a égide do Código de Menores de 1979, merecem, no entanto, o reconhecimento, obviamente contextualizado, da sua contribuição. Assim se deve olhar a crítica à “doutrina da situação irregular”. Ainda que os novos tempos a tenham tornado obsoleta e a realidade tenha demonstrado a má prática que inspirou em alguns, é de justiça reconhecer a sua bem intencionada base teórica. Adolescentes em “risco moral e social”, a rigor, estão em “situação irregular” em relação ao que lhes seria ideal.

Os trabalhos que tratam do tema²⁷ deixam claro que se pretendeu impedir o estigma que acompanhava o adolescente que recebia a pecha de “infrator” ou “delinqüente”. A idéia era a de que aquele necessitava de família, escola, saúde e formação profissional para que saísse da criminalidade e que o miserável (“carente”) precisaria de família, escola, saúde e formação profissional, para que na criminalidade não ingressasse.

²⁶ Sobre este fato Alyrio Cavallieri relata o início de sua carreira no Juizado de Menores, quando sua “primeira providência foi desencavar na biblioteca o Código de Menores”. Ob. Citada, nota 34, p. 26.

²⁷ Além da clássica obra **Direito do Menor**, de Cavallieri, há um texto publicado pelo aposentado Ministro do STF, Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando era Desembargador, na **Revista Jurídica Mineira** de setembro de 1986 (disponível em www.bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1875/1/o_direito_do_menor.pdf).

Em visão isenta não se pode deixar de perceber que Cavallieri, como principal formulador, preocupava-se com a demarcação do território da atuação jurisdicional. Operador consciente e angustiado não vislumbrava, na realidade brasileira, em tempos de ditadura militar, possibilidade de aplicação da “doutrina da proteção integral”. Daquele ponto de vista, seu discurso guarda irretocável coerência, até porque pugnava por restringir a atuação extrajurisdicional dos Juizados de Menores, no intuito de impelir os agentes estatais pertinentes ao cumprimento das suas obrigações.²⁸

Também naquela época - seu livro **Direito do Menor** é de 1976 - já defendia a tese de que toda a perspectiva do “menorismo” era no sentido de tratar a criança como sujeito de direitos,²⁹ discussão, aliás, que não era nova, vindo desde os anos 40³⁰.

Mais contribuições foram dadas por outros magistrados.

Alberto Augusto Cavalcanti de Gusmão, que militava no Juizado da Capital da República nos anos 60 - “viga mestra do menorismo brasileiro”, como o chamou Cavallieri, quando participou da Comissão Revisora do Código de Menores, ainda em 1968, tentou incluir no anteprojeto a Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela ONU em 1959. Acabou obstado por questões metodológicas e certamente, políticas, sem que se possa deixar de registrar seu esforço.³¹

O Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, instalada em 1975 para investigar o “Problema da Criança e do Menor Carentes no Brasil”, registra o esforço dos Magistrados em busca da atualização do Código de Menores, mencionando projeto de revisão de autoria do Senador Nelson Carneiro, que então tramitava:

²⁸ Ob. citada, p.16.

²⁹ Ob. citada, p. 20.

³⁰ Cristina Lazzarotto Fortes, em sua dissertação “Políticas Públicas em direção à prevenção da violência contra crianças e adolescentes” relata: “Em 1940, com o novo Código Penal, falou-se em reformular o Código de Mello Mattos, tendo em vista que aquele passou a idade da imputabilidade penal para os 18 anos. Assim, em 24 de novembro de 1943 foi aprovado o Decreto-Lei nº 6.026, conhecido como ‘lei de emergência’, que atualizou o processo destinado aos menores abandonados e delinquentes. Projetos de lei foram apresentados para a reformulação do Código de Mello Mattos, os quais ensejaram o debate entre juristas da época. As questões eram ‘o menor enquanto objeto do direito penal e o menor enquanto sujeito de direitos’ e, ainda, a ‘perspectiva judiciária pura’, pela qual o Judiciário não deve cumprir o papel da administração, tampouco do serviço assistencial.”

³¹ Cavallieri, ob. citada, p. 12/13.

“Nesse projeto são aproveitadas as sugestões feitas em 1957, pelos Juízes de Menores do Brasil, tendo em conta o que, à época, tramitava na Câmara dos Deputados.”³²

Na mesma CPI vários Juízes deram seu testemunho demonstrando as necessárias mudanças legislativas e organizacionais. Já se falava na necessidade de municipalização e participação comunitária. Também havia a crítica às instituições de internação, como na fala de Nelson Lopes Ribeiro Lima, Juiz de Menores em Recife. O Magistrado, após defender o fim das medidas coercitivas, propôs um rol de providências de proteção e prevenção nas áreas de saúde e alimentação, dentre outras, realçando a necessidade de fechar “os reformatórios para os necessitados de correção, por inadequados e prejudiciais à infância e à adolescência”.³³

A atuação dos Juízes de Menores, dentro de uma estrutura injusta e sob uma lei defasada, sob a pressão de uma realidade social dramática que os obrigava à ação,³⁴ merece ser mais bem analisada em estudo próprio. O certo é que não se pode, por culpa dos que eventualmente foram somente repressivos ou se fizeram meros espectadores do passo lento da história, desprezar aqueles que lutaram contra a realidade injusta, tornando-se, eles próprios, fatores de transformação.

Não se pode esquecer que um dos mais brilhantes e decisivos autores do ECA, o Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, autor da idéia dos Conselhos, foi, ele próprio, Juiz de Menores, em virtuosa luta contra a realidade que enfrentava.

Se havia ímpeto transformador, é natural que os Juízes menoristas vissem a concepção de sua atuação nos marcos em que a dispôs o francês Gaston Fédou, como um *“direito novo, que leva os juristas clássicos a uma certa inquietação”*, pelo que *“teria efeitos comparáveis à erupção de um vulcão ou de um estremecimento da terra”*.³⁵

³² “A Realidade Brasileira do Menor”, p. 50 (Câmara dos Deputados - Centro de Documentação e Informação, 1976).

³³ Ob. citada, p. 51 e 228.

³⁴ Cavallieri registra os episódios em que famílias famélicas que buscavam internar filhos, ainda não delinquentes, em reformatórios, para que ao menos tivessem cama e comida.

³⁵ Conforme citado por Cavallieri - Ob. citada, p. 6 e 27.

Também compreende-se que os autores do ECA, com passionalidade cívica, freqüentemente usem a expressão “revolução” para referir-se ao novo diploma, embora seja lamentável que cheguem a usar adjetivação desrespeitosa quando se referem aos “menoristas”, sem qualquer ressalva, como representantes da barbárie.³⁶

É de todo compreensível - e até certo ponto, recomendável - que assunto de tamanha relevância eleve temperaturas. Tudo o que não precisamos no trato com a questão infanto-juvenil é de mornidão. Guardamos discordâncias com os que parecem desconhecer os profundos avanços trazidos pelo ECA. Igualmente temos diferenças de método e discurso em relação a certos defensores do ECA, especialmente quando não tributam o respeito devido às contribuições do passado.

Não devemos esquecer o ensino de Mahatma Gandhi: *“Discórdia honesta é freqüentemente um bom sinal de progresso”*. Lembrando que um grande teatrólogo já nos alertou sobre a pouca estatura intelectual que caracteriza toda unanimidade, sejamos honestos na discórdia! O que para nós faz efetiva diferença é a postura que assume o Magistrado frente à realidade concreta, diante de problemas tantas vezes sem solução legal ou institucional. Aí, para nós, o ponto de convergência dos realmente honestos. Aí, recordamos Mello Mattos.

Em sua obra **Direito do Menor** afirma Cavallieri, às fls. 16: *“Os juizados de menores não devem ter funções que extrapolem os limites da prestação jurisdicional”*. Entretanto, o mesmo autor menciona (às fls. 166/169) circunstância dos anos 70 em que precisou baixar Portaria criando, ainda que em aparente contragosto, o que seria função de outra esfera pública, o SLA - Serviço de Liberdade Assistida, então voltado prioritariamente para a recuperação de toxicômanos.

É de se notar que nem um dos mais importantes Juízes da atualidade, apaixonado defensor do novo paradigma oferecido pelo ECA, o Doutor João Batista Saraiva, titular da Vara especializada da Comarca de Santo Ângelo (RS), escapou dos apelos das urgências cotidianas. A

³⁶ Edson Seda de Moraes, em entrevista, comparou os menoristas a bárbaros situando-os entre adversários de combates atuais como terroristas e George Bush. Na seção “Memória Nova do Estatuto” no sítio www.risolidaria.org.br/util/view_noticia.jsp?txt_id=200511240013.

organização não governamental CEDEDICA (Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente), nasce de sua iniciativa de mobilizar, no próprio Juízo, voluntários aos quais capacitou para o acompanhamento da execução das medidas de liberdade assistida.³⁷

Experiências similares ocorrem em todo o Brasil. Em Recife (PE), o Juiz Luiz Carlos de Barros Figueiredo, querendo minimizar os índices de internação de seus adolescentes, criou grupo de voluntários para acompanhamento das medidas em meio aberto.³⁸ No Distrito Federal, sob o comando do Juiz Renato Rodvalho Scussel, a Vara da Infância e da Juventude mobiliza voluntários em programas próprios, de que é exemplo a “Rede Solidária Anjos do Amanhã”.³⁹

Diversos Magistrados têm sido distinguidos no prêmio “Innovare”, do Ministério da Justiça, por sua ação catalisadora de apoios e compromissos de voluntários e instituições, em prol dos direitos infanto-juvenis.

Destaque-se também o hoje Desembargador Siro Darlan, quando, à frente da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, deixou registrada sua ação proativa, nem sempre compreendida por muitos, mas sempre respeitada por quem conhece a realidade dos problemas infanto-juvenis.

Na Comarca de Teresópolis, dentro das limitações que possuímos, igualmente não ousamos descansar a consciência frente aos clamores das mazelas com as quais diariamente nos defrontamos. Por isso também ali, à sombra do Dedo de Deus, buscamos motivar e mobilizar voluntários dispostos a contribuir na recuperação de vidas e na prevenção de situações de risco.⁴⁰

³⁷ A experiência de Santo Ângelo se encontra no link “histórico” do sítio www.cededica.org.br junto a outras experiências que dela se originaram

³⁸ Conforme mencionada no trabalho “Análise situacional e algumas experiências inovadoras no atendimento sócio-educativos aos adolescentes autores de ato infracional no Brasil” que pode ser localizado seguindo o endereço <www.socialtec.org.Br/Downloads/InfanciaJuventude/...>

³⁹ Conforme livro Comemorativo dos 40 anos da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal editado em 2007 pelo TJDF. (P. 71)

⁴⁰ Desde 1990 cerca de 300 jovens em estado de risco moral e social que receberam medidas socioeducativas ou protetivas reúnem-se no EOJ - Encontro de Orientação de Jovens, coordenado pelo Comissariado de Justiça e no qual o orientador voluntário promove atividades de aconselhamento, acompanhamento e dinâmica com grupos de cinco a dez jovens, visando à criação de valores e referências positivas. Além disso atuam voluntários em Programas de Recuperação de Alcoólatras, de Justiça Terapêutica, Orientação de Pais, Reforço Escolar, Iniciação à Informática, Teatro e Artesanato, dentre outros.

MAGISTRADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE É MAGISTRADO SENSÍVEL. PORTANTO, NÃO PODE DESCANSAR NOS CONFORTOS DO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. AGE. Esta a concórdia a ser construída.

LEI E REALIDADE

O desenrolar da nossa história demonstra como é penosa a construção democrática. Não se deve descurar, inclusive, de que se tenta fazer no Brasil algo novo. Sem experiência de democracia representativa em moldes estáveis, até pelo clamor das suas deficiências, esforçamo-nos por apontar para modelos de democracia participativa. Não é uma transição fácil. Por isso, não é possível imaginar a proteção aos direitos infanto-juvenis sem uma atuação efetiva do Magistrado especializado.

É cinzento o pano de fundo dessa tentativa. O Estado de Bem-Estar, que nos chegou com tanto atraso pela Constituição de 1988, defronta-se com o retraimento do modelo econômico em que se baseava. A modernização produtiva, destruindo empregos, coloca desafios que não eram os esperados no momento constituinte.

A solidariedade possível num ambiente de pleno emprego se torna penosa num quadro de precarização, informalidade e disputa constante. As organizações sindicais se debilitam. Tendo sido elas o móvel das transformações, estas também acabam em compasso de espera. As batalhas se tornam individuais e corporativas. Os valores éticos são corroídos.

A redução do Estado neoliberal é acompanhada pela emergência do terceiro setor. As organizações não governamentais, se por um lado criam espaço de reivindicação mais ordenado e pontual, por outro são incorporadas ao modelo excludente, na medida em que se tornam válvulas de escape para as deficiências estatais, não se descurando que reforçam, de algum modo, a tradição filantrópica.

É neste quadro que a malha do sistema de garantias, previsto pelo ECA, precisa se instalar. Daí a árdua batalha para a criação dos Conselhos Tutelares e dos Conselhos de Direitos, para seu aparelhamento e para conscientização de Conselheiros e autoridades. Ocorrem tensões, cooptação e oportunismos. Candidatos a Conselheiros, em tempos

de emprego precário, buscam o mandato como forma de subsistência. Outros anseiam por uma pré-verança. Ao mesmo tempo, escasseiam militantes para a cobertura das frentes abertas à participação, sendo comum a ação múltipla de alguns heróicos abnegados em diversos Conselhos.⁴¹

Por outro lado, o modelo previsto pelo legislador tem se mostrado, em alguns casos, apenas uma maximização das possibilidades representativas, já que a discussão popular mais ampla e a fiscalização contínua exigida em modelos participativos continuam obstadas pelo individualismo dos tempos.

Esta é a realidade com que nos defrontamos. Em termos de infância e juventude os desafios são maiúsculos e não podem esperar. Criança com fome não espera. Criança abusada não espera. Criança carente do remédio salvador não espera. Família desesperada, sem saber como agir com o filho pré-adolescente que se envolve com o tráfico, não merece esperar.

Somente agora - dezessete anos depois! - alcançamos a instituição de Conselhos em 90% dos municípios brasileiros. E muitos deles existem apenas no papel ou - em alguns casos - bravos Conselheiros que lutam contra adversidades quase intransponíveis. Por isso, a lenta e penosa construção do sistema de garantias, preconizado pelo ECA, exige leitura de compromisso teleológico da diretriz do seu art. 262: *“Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária”*. Mais que transitória, a regra é de transição, impondo ao Juiz que atue. Essencial é impedir a lacuna, até a chegada dos novos tempos de plenitude participativa, dos quais deve também ser, com os demais atores, um construtor substantivo.

Como ocorreu com Mello Mattos, não nos é dado o conforto de descansarmos sobre o princípio da inércia!

⁴¹ Sobre as dificuldades nessa área, é interessante este trecho do trabalho de Rubens Pinto Lyra “As vicissitudes da democracia participativa no Brasil” que, embora refira informações de 1998, infelizmente não parece vencido pela realidade: “(...) Mesmo com relação aos Conselhos de Saúde, da Criança e do Adolescente e Tutelar, cujo funcionamento é, por lei, obrigatório, as atitudes de Governadores e Prefeitos são frequentemente marcadas pela lerteza, ou mesmo completa inação. (...) Esta predisposição negativa de prefeitos, a nível nacional, é confirmada na Paraíba pela denúncia do Procurador da República Antonio Edílio Teixeira para quem ‘95% dos Conselhos existentes na área de saúde, só funcionam no papel. Na prática não existem e isso é muito preocupante porque quem deve decidir sobre a saúde é o Conselho e não o prefeito, como ocorre atualmente’ (Correio da Paraíba, 9-5- 1998)...”. - Em www.ufpb.br/ufpb/home/ouvidoria/artigos/demopartic.htm.

MELLO MATTOS, UM EXEMPLO DE LEI VIVIDA

Mello Mattos foi mais que um Juiz, mais que o autor de um código. Foi o apóstolo de uma causa. Os relatos de seu empenho pessoal enobrecem a história da Magistratura brasileira. Necessário que, com a ferramenta democrática e abrangente dos tempos atuais, o ECA, exerçamos a luta pelos direitos infante-juvenis com o mesmo ímpeto missionário daquele grande mestre, impregnando-nos com sua indissociável paixão transformadora.

Onde existirem Conselhos atuantes, Promotores de Justiça eficazes, Chefes de Executivo compromissados, entidades sérias e responsáveis, caminhem juntos os Magistrados. Onde ocorrer desleixo ou omissão para com os deveres estatutários, os Magistrados devem colocar-se como ponta de lança do avanço necessário, agindo e motivando o agir. O novo exige atitude nova. A antiga (e inevitável) onipresença solitária do Juiz agora é presença catalisadora e solidária.

É interessante notar a coincidência na adjetivação que dois importantes líderes da Magistratura especializada atribuíram à missão que exercemos. Disse Cavallieri, o líder que atuou em tempos tão difíceis: “Os juízes de menores são os juízes novos de um direito novo”.⁴² Diz João Batista Costa Saraiva, referência atual de Magistrado na dianteira do bom combate: “Há, sim, um Novo Direito, e deve existir um Novo Juiz. Aliás, se não existir um Novo Juiz, apto a operar este Novo Direito, Novo Direito não existirá, pois ao Juiz compete dar eficácia às normas”.⁴³

Não nos cabe aqui descermos à minúcia do debate doutrinário por detrás de tais assertivas. Não pretendemos estar à altura de tais mestres. O certo é que Saraiva e Cavallieri, cada um a seu tempo, ‘novos’ e inovadores foram. Como, antes de todos, o foi o grande Mello Mattos. Poderão acusar-nos de simplórios, românticos ou ingênuos. O certo é que aprendemos que as letras envelhecem. A atitude transformadora, no entanto, que está acima de teses, das doutrinas e das associações, forçando os muros da realidade na busca de horizontes para as crianças brasileiras - que precisam mais de certezas do que

⁴² Ob. citada, p.136

⁴³ Em “O perfil do Juiz e o Novo Direito da Infância e da Juventude” - disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e na Revista AJURIS nº 85 - março/02.

de esperanças - esta, nunca envelhece. Guerreiros experientes são guerreiros mais sábios. É na inércia, na falta do bom combate, que mora a decrepitude. Mello Mattos, ainda hoje, por ser dos que deram às narinas da Lei, os próprios pulmões, tem o frescor dos que lutam sempre. São os indispensáveis, como diria Brecht.◆

Mello Mattos: O Homem, o Juiz, o Legislador

Thiago Ribas Filho

Desembargador. Ex-Presidente do TJ/RJ. Coordenador da Comissão Judiciária de Adoção - CEJA/RJ.

A iniciativa do Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de inspiração do seu nosso querido e admirado Diretor Desembargador Fonseca Passos, de festejar os oitenta anos da edição do Código de Menores, de autoria do Juiz Mello Mattos (Decreto nº.17.943-A, de 12.10.27), é merecedora dos maiores aplausos, por levar a nossa Comunidade Jurídica a uma pausa, nas suas tantas atividades habituais, para preocupar-se um pouco mais com o grave problema das crianças e adolescentes em estado de abandono, o que vem levando cada vez mais ao seu ingresso na marginalidade, à prática de pequenos e de graves atos infracionais.

Inexistia, até então, na legislação brasileira, de forma direta e específica, o devido cuidado para com a categoria “menor”, a delimitação de limites etários para o exercício de seus direitos e responsabilidades, como a maioridade civil e a maioridade penal, situação que pode ser verificada de um breve estudo da evolução do Direito do Menor no país.

A primeira tentativa de aprovação de um Código de Menores ocorreu na década de 1910, sem êxito.

No ano de 1923, pelo Decreto nº.16.272, veio a ser aprovado um Regulamento de Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinqüentes, criando-se, na oportunidade, no Distrito Federal, um “Juízo de Menores, para assistência, proteção, defesa, processo e julgamento de menores abandonados e delinqüentes” (art. 37).

Em 2 de fevereiro de 1924, houve a nomeação de Mello Mattos para Juiz de Menores do Distrito Federal, o primeiro com esta competência no Brasil e na América Latina. Por sua iniciativa é que, em 1º de dezembro de 1926, surgiu a Lei nº 5.083, autorizando o Governo a consolidar as leis existentes de proteção a menores, adicionando-lhes novos dispositivos e adotando medidas necessárias à guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinqüentes.

A 12 de outubro de 1927, foi expedido o Decreto nº17.943-A, que consolidou a legislação de assistência e proteção aos menores e veio a se constituir no primeiro Código de Menores do Brasil, cuja vigência permaneceu até 1979, quando foi sucedido pelo segundo, criado pela Lei nº 6.697/79, de inspiração do grande Juiz Alberto Augusto Cavalcanti de Gusmão, em cujo esboço, no art. 5º, pela primeira vez, restou expresso que

“a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado”.

É interessante assinalar que no seu anteprojeto figuravam, na parte geral, disposições com o título “Dos Direitos do Menor”, que acabaram por ser retiradas pela Comissão Revisora do Ministério da Justiça, ao fundamento de que constituiriam uma impropriedade do ponto de vista de técnica legislativa.

Bem mais adiante, em 13 de julho de 1990, foi editado o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente, com grandes inovações, mas onde, lamentavelmente, o teor do referido artigo 5º veio a ser substituído por um tímido enunciado:

“Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Como se vê, demorada foi, e tem sido, a implantação de uma política que cuide com prioridade das crianças e dos adolescentes, patrimônio nacional necessário preservar, por representar o futuro do nosso país, vergonhosamente colocado em segundo plano na ordem jurídica brasileira.

O Direito do Menor - e quando se passou a usar a palavra “Menor” fazia-se referência a menor abandonado, a menor delinqüente, a menor vítima de uma situação irregular -, é, sem dúvida, um dos maiores Direitos do nosso sistema, uma delicada planta que devemos cultivar, a partir do apoio e prestígio que deve ser dado aos nossos valorosos Juízes da Infância e da Juventude, sacrificados e muitas vezes esquecidos, e lutando para que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro venha a aprovar projeto de especialização de algumas Câmaras para apreciação de tal matéria, como ocorre em outros Estados, dada a sua grande importância.

É bom deixar aqui anotado que, tal como houve atraso na legislação em dar autonomia a esse ramo novo do Direito, nas nossas Faculdades era ele relegado a um segundo plano, o que só veio a se modificar no ano de 1975, quando, por inspiração e insistência do grande Juiz Alyrio Cavallieri, ainda hoje, para nossa alegria, na sua trincheira de luta em favor da criança e do adolescente, foi criada a Cadeira de Direito do Menor, no Curso de Direito da Universidade Gama Filho.

Passando, objetivamente, ao nosso tema - CÓDIGO MELLO MATTOS - o seu exame nos mostra a clarividência, cultura e idealismo de seu autor, que, com as inovações nele trazidas, abriu um vasto caminho, com reflexos que vêm ainda a alcançar a nossa legislação atual.

Esse diploma abordou, com técnica e precisão, a situação dos menores de 18 anos, associando a palavra “menor” à menoridade civil e penal, destacando da lei geral a categoria crianças e adolescentes, tanto os em estado de abandono como os infratores.

Trata dos abrigados, dos meninos de rua - classificando-os, sem receio da denominação, de “vadios”, “mendigos” e “libertinos” -, da inabilitação do pátrio poder, das medidas aplicáveis aos abandonados e delinqüentes, da liberdade vigiada, do trabalho dos menores, da obrigatoriedade da existência de um Juízo Privativo, do processo - onde é, entre outros, assegurado o “segredo de justiça” -, dos abrigos e dos institutos disciplinares, entrando até em minúcias quanto ao pessoal necessário para um bom trabalho e ao ensino indispensável ao exercício de uma profissão, antes de alcançada a maioridade. Entre as figuras que deveriam atuar nos Juizados, colocou Mello Mattos um médico psiquiatra (art. 148 do Código), o que por certo terá escandalizado

muitos de seus contemporâneos, numa visão antecipada do que veio a ocorrer posteriormente, a criação de uma equipe técnica que hoje atua com psicólogos e assistentes sociais.

Sem haver utilizado as expressões, sente-se, da leitura atenta do Código, estarem ali impregnados os princípios da “proteção integral” e do “interesse superior da criança e do adolescente”, preconizados pela ONU e que vieram a constar da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

O zelo e a atenção para com o menor, decorrentes da visão avançada de Mello Mattos, levaram à redação pioneira de artigos de grande importância, que colocam o juiz como o guardião das crianças/adolescentes e do seu interesse, que sobrelevará qualquer bem juridicamente tutelado, atribuindo-lhe um poder quase legislativo, mas com a salvaguarda de impedir práticas abusivas, pelas quais poderá ser responsabilizado.

É o que se vê do teor do artigo 131, que dispõe:

“A autoridade protetora dos menores pode emitir, para a proteção e assistência destes, qualquer provimento, que ao seu prudente arbítrio parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder”.

Sob este aspecto, é conhecida a atitude vigorosa e desassombrada de Mello Mattos quando, como Juiz de Menores do Distrito Federal, em dezembro de 1927, decidiu proibir o ingresso de menores para assistir a um espetáculo apresentado no Teatro João Caetano, que considerou impróprio, decisão confirmada pela Corte de Apelação, mas, a seguir, reformada pelo Conselho Supremo da Corte de Apelação, cujo entendimento foi a favor do direito dos pais de decidir sobre a vida dos filhos, pela supremacia do pátrio poder. Entendendo o Juiz que a ordem de **habeas corpus** só beneficiava aos impetrantes, o Supremo Tribunal Federal veio a estendê-la sem limitação, o que foi questionado pelo magistrado, do que decorreu sua suspensão por 30 dias e condenação em multa de dois contos de réis de seus vencimentos, além de ser afastado da Vara. Mais tarde, o Supremo reconheceu, por oito votos contra dois, a constitucionalidade do Código e manteve a vigência do artigo 131 da lei.

O mestre Luiz Mendizábal Osés, Professor de Direito do Menor do Instituto da Juventude e Presidente do Estúdio de Derecho Del Menor, Madrí, Espanha, na comemoração dos 50 anos do Código de Menores, no ano de 1977, rendeu, com justiça, as maiores homenagens a Mello Mattos e afirmou que o seu magistério “criou escola, não somente em sua pátria, pois o sinal indelével de seu diáfano pensamento deixou sua marca no velho solar ibérico”. Considerou magistral o texto do artigo 131 do Código, ao permitir “a existência de uma manifestação **sui generis** do poder público que se atribui à jurisdição especializada de menores”, e acrescentou: “Quando reiteradamente se vem postulando, como exigência inarredável, a nível universal, que a proteção aos menores deve ter um caráter preventivo, o que se pretende é evitar aquelas situações ou influências prejudiciais ou nocivas que vão influir negativamente na evolução de suas personalidades e que, se não eliminadas, vão provocar sua marginalização cultural, social e jurídica. Não se trata de adotar uma série de medidas terapêuticas, mas de procurar que elas só sejam aplicadas em última instância, quando já não exista em outro remédio”.

Deixe-se aqui assinalado que, não se afastando da prioridade à função judicial do seu Juizado, Mello Mattos, com seu espírito humanístico, procurou, em sua atuação, preencher as lacunas existentes à sua época no tocante ao amparo as crianças, criando estabelecimentos para menores em estado de abandono. Sua dedicação foi de tal natureza que veio a ser chamado, carinhosamente, de “MELLINHO DAS CRIANÇAS”.

Um outro artigo, realmente inovador, que chama a atenção do estudioso do Código de 1927, é o de nº160, que diz:

“antes de ser iniciada a ação própria, o juiz pode proceder administrativamente às investigações que julgar convenientes, ouvindo o Curador de Menores quando entender oportuno”.

Mais uma vez, e no interesse do menor, dá-se um poder ao Juiz para, com cautela, investigar os motivos de um ato praticado, cuja explicação pode impedir a abertura de um processo ou começá-lo em condições diversas das que se apresentavam inicialmente.

As novidades do CÓDIGO MELLO MATTOS foram de importância sem igual para a trajetória da legislação especial que trata das crianças e dos adolescentes e seu grande mérito, repete-se, foi o de instituir o princípio da proteção integral e do superior interesse daqueles para quem se dirige. Elas levavam a mostrar que nenhum menino/jovem deve ser criado e viver fora de um lar e, por isso, na impossibilidade de permanecer no seio de sua família biológica, deve ser prontamente disponibilizado para ser acolhido em família substituta.

Não há notícia de que Mello Mattos tenha cogitado da possibilidade de que tal disponibilização, na hipótese da inexistência de candidatos brasileiros, pudesse se dar para famílias estrangeiras, mas é evidente que, pela sua linha de conduta, estaria de acordo com a legislação em vigor que a admite, já que o seu cuidado maior foi o do bem estar dos menores. Esta é uma questão importante, merecedora de ser abordada, quando se sabe da resistência às adoções internacionais, ainda feitas por grupos preconceituosos ou desconhecedores da realidade brasileira, reveladora da existência aproximada de 80.000 crianças/adolescentes nos nossos abrigos (pesquisa recente da Associação dos Magistrados Brasileiros apresentada no lançamento da campanha de adoção “Mude um destino”). Esse tipo de adoção é amplamente seguro, segue as diretrizes da Convenção de Haia de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, sua concessão ocorrendo após habilitação dada por Comissões Judiciárias de Adoção, existentes em todos os Estados da Federação e no Distrito Federal.

O “bom juiz Mello Mattos” se constituiu em um belo marco na história do Judiciário Brasileiro e, particularmente, da Justiça do hoje Estado do Rio de Janeiro, em cuja capital atuou e veio a integrar a antiga 3ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, no ano de 1930.

A justíssima homenagem que ora lhe é prestada, pelo Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião da passagem dos oitenta anos da promulgação do Código de Menores que veio a ser conhecido pelo seu nome, é oportunidade para reverenciar a sua memória e torná-lo melhor conhecido das novas gerações dos que atuam nos mais variados segmentos da Comunidade Jurídica, como modelo, a ser seguido, de homem, jurista e legislador.◆

Igualdade, Identidade e Direito à Diferença

Notas sobre os Múltiplos Estatutos Jurídicos do Cidadão do Século XXI

Nagib Slaibi Filho
Desembargador do TJ/RJ
Professor EMERJ e da UNIVERSO

1. A LIBERDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Eis o brado dos revolucionários franceses ao derrubarem a Bastilha e os ancestrais direitos subjetivos que privilegiavam reis, nobres e todos aqueles que dominavam os burgueses, estes sem títulos, mas ansiosos pela liberdade de atuação em que prosperem a livre competição e a individualidade.

A liberdade de cada um vai até onde começa a liberdade de outrem, proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, de onde decorre a norma de que a liberdade tem a sua fonte ou origem não no texto frio da lei, mas decorre simplesmente da condição humana.

A liberdade é o estado natural do ser humano, conquista individual em constante processo de desenvolvimento pessoal; não é uma concessão benévola do poder nem uma caritativa esmola do semelhante.

Com os franceses, aprendemos que a liberdade é o poder de buscar a realização pessoal, perseguir a própria liberdade, alcançar os bens e os espaços necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, de escolher os próprios caminhos e decidir sobre o seu destino, realizar a própria História, dela ser o sujeito e não simples objeto da História de seu semelhante.¹

¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, art. XXIX: Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos

E é por isso que Jean-Jacques Rousseau proclamou logo no início de seu **Contrato Social**: “os homens nascem livres e iguais em direitos, mas é a sociedade que os escraviza”.²

A Constituição de 1988, também liberal, no seu art. 3º, impôs como tarefa ou objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a instituição de uma sociedade livre, justa e solidária, decalque tupiniquim certamente mais palatável do que a divisa **Liberté, Egalité et Fraternité**.

A liberdade é o fundamento do regime político do liberalismo (daí o nome...), perspectiva política do individualismo filosófico que é bem expresso pelo afresco no teto da Capela Sistina, de Michelangelo Buonarroti, recordando que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus.

2. O DIREITO À INDIVIDUALIDADE

No entanto, a liberdade somente pode florescer em ambiente de igualdade,³ justiça e fraternidade, fundando-se no pressuposto de que o indivíduo é o motivo da formação dos grupos sociais, a fonte da soberania popular, a razão dos interesses público e social, o fim último do Estado e da própria sociedade.

Cada indivíduo traz em si um universo absolutamente diferenciado.⁴

e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

² Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, art. 1 - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

³ Verbetes igualdade, do Vocabulário Jurídico, de Plácido e Silva: Do latim *aequalitas*, de *aequalis* (igual, semelhante), é indicativo da semelhança de caracteres ou elementos componentes de duas coisas. Igualdade. É designação dada ao princípio jurídico instituído constitucionalmente, em virtude do qual todas as pessoas, sem distinção de sexo ou nacionalidade, de classe ou posição, de religião ou de fortuna, têm perante a lei os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Mas, pela instituição do princípio, não dita o Direito uma igualdade absoluta. A igualdade redunha na igual proteção a todos, na igualdade das coisas que sejam iguais e na proscrição dos privilégios, isenções pessoais e regalias de classe, que se mostrariam desigualdades.

⁴ O indivíduo tem direito de ser ele mesmo. A estrutura de seu pensamento deve ser respeitada desde quando cada um tenha suas experiências pessoais, sua ideologia e seu credo. Tem ele o direito de viver a vida que escolheu, em que a personalidade tem proteção integral e o ser humano se torna um ser único. Afirma-se que o direito à identidade pessoal pode ser analisado, sob as óticas estática e dinâmica. A primeira diz respeito ao nome, à origem genética; já a segunda refere-se a seu estilo individual e suas verdades biográficas. É aquilo que o torna singular. É ser pai dos seus próprios atos. Portanto, a identidade deve ser respeitada independentemente do aspecto social e condição pessoal (Maria Celina Bodin Moraes. “Sobre o nome da pessoa humana”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 48-74, 2000).

Como as estrelas no céu, brilhamos cada um com fulgor absolutamente único.

As pessoas têm a mesma dignidade, mas são diferentes.

E por serem diferentes, não podem ser discriminadas, incriminadas ou recriminadas por suas diferenças.

É totalitária, incongruente e inútil a idéia de padronizar as pessoas, uniformizar os pensamentos, destruir a identidade individual - tal idéia discrepa com a individualidade característica dos seres humanos.

3. O DIREITO À IDENTIDADE

O indivíduo é um ser único, a pessoa humana é o ser indivisível, a unidade mínima existencial da humanidade.

A dignidade da pessoa humana, como valor relevante do Estado Democrático de Direito,⁵ somente pode ser reconhecida pela identidade⁶ de cada indivíduo.

O direito à identidade tem por objetivo o conjunto de características e circunstâncias que distinguem uma pessoa e graças às quais é possível individualizá-la.

E o mesmo art. 3º da Constituição de 1988 também diz, no inciso IV, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil⁷ *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

⁵ Constituição, art. 1º, inciso III.

⁶ Segundo o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em julgamento de 20 de junho de 2002: O direito ao nome constitui o cerne, e factor mais importante, do direito à identidade pessoal. Por identidade devemos entender “conjunto de elementos que permitem saber quem uma pessoa é”, abrangendo a “consciência que uma pessoa tem de si mesma”, e é formada pelo “conjunto do nome, de apelido, de parentesco, de profissão, e até de sinais físicos (altura, cor dos olhos, etc.) que individualizam a pessoa”. Ou seja, se bem vemos, a identidade tem duas vertentes distintas: A consciência ou a idéia que uma pessoa tem de si própria; e o conjunto de elementos que levam as outras pessoas a identificá-la ou reconhecê-la. Trata-se de uma questão de individualização da pessoa.

⁷ Dispondo sobre os objetivos fundamentais ou tarefas, do disposto no art. 3º são extraídas normas que se dirigem não só ao Estado ou Poder Público, mas a toda a sociedade, pois a expressão República Federativa do Brasil designa todo o País e não somente o Poder Público, como decorre do disposto no art. 1º da Constituição de 1988. Bem expressivo do caráter instrumental do Poder Público é o que está nos dispositivos iniciais da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: O povo é o sujeito da Vida Política e da História do Estado do Rio de Janeiro. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. A soberania popular, que se manifesta quando a todos são asseguradas condições dignas de existência, será exercida: pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com valor igual para todos; pelo plebiscito; pelo referendo; pela iniciativa popular do processo legislativo. O Estado do Rio de Janeiro é o instrumento e a mediação da soberania do povo fluminense e de sua forma individual de expressão, a cidadania.

Igualdade é tratar os iguais com igualdade, os desiguais com desigualdade, na proporção dessa desigualdade, buscando sempre maior igualdade, ensinou Rui Barbosa no início do século XX.

Afirme-se o valor da diferença e o desvalor da indiferença e do desprezo!

A maior indignidade possível é o desprezo à humanidade inerente a qualquer ser vivo nascido de mulher, mesmo porque em cada limitado ser humano há a infinita universalidade do Criador.

O Direito, e desde logo a Constituição, distingue entre os seres humanos para que possam ser tratados de acordo com a sua individualidade, o seu momento histórico, as suas necessidades, as suas qualidades e os seus defeitos.

A diferença é que constitui a identidade.

4. DA DIFERENÇA NASCE O ESTATUTO JURÍDICO

Ex facto oritur jus, diziam os antigos: do fato nascem os direitos.

O status, a situação pessoal, os papéis do indivíduo na sociedade indicam as normas jurídicas que regulam a sua atuação e o seu relacionamento com as demais pessoas.

Na trajetória de sua existência, o indivíduo se insere em diversos processos de integração com os demais seres.

Os direitos decorrem da situação pessoal, dos papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo, das diversas relações decorrentes dos grupos sociais em que se integra, de acordo com os valores que a sociedade faz predominar em determinado momento histórico.

Dos status pessoal decorre o estatuto jurídico ou regime jurídico específico, previsto genericamente na Constituição e geralmente minudenciado pelas leis.

Sobre o verbete estatuto, consta no Dicionário Houaiss:

s.m. 1. regulamento ou conjunto de regras de organização e funcionamento de uma coletividade, instituição, órgão, estabelecimento, empresa pública ou privada 2. **jur** lei ou conjunto de leis que disciplinam as relações jurídicas que possam incidir sobre as pessoas ou coisas 3. condição de um indivíduo numa sociedade, numa hierarquia; status <o e. de nobre se transmite por linha de sucessão hereditária> □ e. **do estrangeiro jur** lei que

define os direitos e deveres do estrangeiro no Brasil, e dispõe sobre os institutos da deportação, expulsão, extradição e naturalização, além de normas sobre infrações, penalidades e seu procedimento □ e. **personal jur** conjunto de regras que regulam as questões de estado e de capacidade de um indivíduo □ e. **real jur** conjunto de leis relativas ao regime da propriedade, à disposição e à transmissão de □ bens etim lat. **statutum** 'estatuto, regulamento, sentença, aresto'; neutro substv. de **statútus**, a, um, part. pas. de **statuère** 'pôr, colocar, estabelecer, fixar, constituir'; ver -sta-; f.hist. sXV estatuto, sXV statuto □ sin/var ver sinonímia de regulamento [sic].

Similarmente ao conteúdo do estatuto jurídico, o regime jurídico é expressão que designa o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde as normas de origem constitucional até as disposições normativas privadas que regulam determinada situação. Neste sentido é que são usadas as expressões regime jurídico do casamento, da magistratura, do empregado etc.

Estatuto jurídico ou regime jurídico constituem expressões promiscuamente usadas na terminologia jurídica, ambos designando objetos que podemos considerar equivalentes.

Tantos e mais variados serão os estatutos pessoais quantos os papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo.

No velho liberalismo, em que se pretendia tratamento absolutamente igualitário para pessoas e situações diferentes, de forma a lhes assegurar situação que permitisse a competição, falava-se muito no **homo medius**, expressão que significava uma válvula de escape para situações em que se verificava a impossibilidade de tratamento diferenciado.⁸

⁸ Logo após a Constituição instituir a reparabilidade do dano moral no seu art. 5º, X, predominou entendimento jurisprudencial que mandava conceder o equivalente a cem salários mínimos para tal indenização, independentemente da situação concreta, o que levava a alguns absurdos, como, por exemplo, reparar com a mesma quantia lesões de valores díspares, como a perda de um ente querido ou a indevida inscrição do nome do consumidor no rol dos inadimplentes. Nem o texto constitucional, nem o texto legal estabeleceram limite mínimo ou máximo para a reparação do dano material ou moral, o que deve ser arbitrado em atenção a cada caso concreto, assim prevalecendo o julgamento por equidade, que leve em conta os diversos elementos da situação fática. Aliás, o julgamento por equidade está devidamente autorizado, como quer o art. 127 do Código de Processo Civil: a indenização mede-se pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Hoje, em atenção ao fundamento da dignidade da pessoa humana posto como fundamento do Estado Democrático de Direito, e aí seguindo a tendência de outros países, o Direito considera, tanto quanto possível, a pessoa inserida no seu grupo social, de acordo com o seu modo de ser.

Aliás, a atenção ao estatuto pessoal do indivíduo vem mitigar o absolutismo da pretensa igualdade do velho liberalismo e acena, paradoxalmente, com certo retorno às épocas da humanidade em que os direitos dependiam da situação da pessoa, como na Idade Média, em que os direitos, privilégios e responsabilidades dos nobres eram diferentes dos direitos do camponês ou do clérigo.

Os diversos estatutos ou regimes jurídicos incidem sobre o indivíduo, dependendo do seu papel social, econômico e cultural. Pode-se até mesmo falar em regime jurídico do meio ambiente, regulando a inserção do indivíduo e dos grupos sociais, o que decorre do disposto no art. 225 da Constituição, das leis federais, estaduais, municipais e distritais sobre o tema e, até mesmo, nos atos normativos dos órgãos administrativos encarregados de zelar pelo meio ambiente.⁹

A Constituição é profusa nas distinções e em diversos estatutos ou regimes jurídicos, que nela buscam a sua fonte e o seu conteúdo.

5. OS DIVERSOS REGIMES JURÍDICOS DECORRENTES DA IDADE

Ao nascer, o homem não é produto pronto e acabado quanto à sua inclusão social, pois o pleno desenvolvimento de sua personalidade exige longos anos de cuidados à pessoa em formação,¹⁰ em amparo que também se deve prestar ao idoso desvalido,¹¹ pelas pessoas que o cercam e pelo ambiente em que está inserido.

⁹ O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (Mandado de Segurança nº 22.164, Celso de Mello, DJ 17/11/95). No mesmo sentido: RE 134.297, 22/09/95.

¹⁰ Constituição, art. 227, em redação decorrente das declarações internacionais de direitos das crianças e dos adolescentes.

¹¹ Constituição, art. 230.

Como o homem não é um produto completo e acabado ao nascer, o estatuto jurídico decorrente da idade é o que aqui se considera como paradigmático de um regime jurídico.

A Constituição é a fonte deste estatuto, como se vê na promessa de proteção integral à pessoa em formação (art. 227) ou no amparo ao idoso (art. 230), colocando como obrigados não só a família, mas também a sociedade e o Estado, este atuando em caráter suplementar.

Interessante observar que a distinção do tratamento da pessoa em decorrência da idade constitui elemento comum dos textos constitucionais e até mesmo legais.

A Carta Magna, exige no art. 14, § 3º, VI, o mínimo de trinta e cinco anos para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador; trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; e dezoito anos para Vereador,¹² a mesma idade para a imputabilidade penal no art. 228, embora com dezesseis anos o jovem possa ser eleitor.

O septuagenário fica dispensado de votar e até mesmo impedido de continuar ocupando cargo público efetivo, embora possa ser comissionado ou mesmo eleito.

6. OS ESTATUTOS JURÍDICOS DECORRENTES DO SEXO E DO GÊNERO

De sexo e gênero,¹³ a despeito do que está no art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, diz o art. 201, I, que o homem se aposenta com trinta e cinco anos de contribuição, e a mulher com trinta anos, reduzindo-se de cinco anos em se tratando de professor do ensino infantil, fundamental ou médio; o inciso II, que o homem se aposenta com sessenta e cinco anos e a mulher com sessenta anos.

O disposto no art. 143, § 2º, isenta as mulheres e os eclesiásticos do serviço militar obrigatório, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

¹² Constituição, art. 14, § 3º, VI

¹³ Sexo se refere às diferenças biológicas entre os homens e as mulheres. Gênero se refere aos papéis sociais diferenciados que definem os homens e as mulheres dentro de um contexto cultural específico. Os papéis dos gêneros variam enormemente em diferentes sociedades e culturas. A idade, a raça e a classe social são os principais fatores que determinam os papéis sociais de cada gênero, os quais apresentam plasticidade e mutações.

7. OUTROS ESTATUTOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS

Portador de deficiência temporária ou permanente, em maior ou menor grau, através das leis de proteção aos portadores de necessidades especiais.

Proprietário de bens móveis e imóveis tem os direitos e obrigações previstos nas leis federais, estaduais e municipais que regulam o uso da propriedade e a sua função social, assim se distinguindo se proprietário urbano (Estatuto da Cidade) ou rural (Estatuto da Terra).

Educando ou educador, pelas regras da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Inquilino ou locador, pela Lei nº 8.245, de outubro de 1991, que muitos denominam de Estatuto da Locação Predial Urbana.

O estatuto jurídico das pessoas casadas e em união estável está no Código Civil e nas declarações de vontade que podem as partes formular nos termos dados pela ordem legal, escolhendo, por exemplo, o regime jurídico dos bens.

O estatuto do empregado e do empregador decorre da Consolidação das Leis do Trabalho e das convenções entre as categorias profissionais, bem como das regras específicas postas nas decisões coletivas da Justiça Laboral.

O Estatuto do Advogado e de outros profissionais liberais, através das respectivas leis que regulam a sua atuação.

O estatuto do consumidor e do fornecedor de serviços ou vendedor de mercadorias está no Código de Defesa e Proteção do Consumidor, complementado pelas sentenças coletivas e até mesmo pelos termos de ajustamento de conduta exigidos pelo Poder Público.

O Estatuto do Estrangeiro, o Estatuto do Índio, o Estatuto da União Estável, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Torcedor e tantos outros.

Tantos e mais variados serão os estatutos pessoais quantos sejam os papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo.

8. FONTE DO DIREITO ESTATUTÁRIO

O Direito estatutário decorre não só do texto legal, mas também

da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito, e somente se aplica a equidade quando houver autorização da norma legal.¹⁴

Não raramente, o juiz brasileiro se vê obrigado a resolver o conflito de interesses mediante as regras de estatutos pessoais que não decorrem do direito legislado, como, por exemplo, as regras futebolísticas baixadas pela Federação Internacional de Futebol (FIFA), que é uma pessoa jurídica de direito privado que conta com mais associados que a própria Organização das Nações Unidas; ou as regras decorrentes do Código de Direito Canônico, da Igreja Católica romana.

9. NÃO EXISTE DIREITO ADQUIRIDO A DETERMINADO REGIME JURÍDICO

Em tema de regime jurídico ou direito estatutário, não se pode imobilizar os direitos com a alegação de irretroatividade da lei ou de direito adquirido, como reiteradamente afirma o Supremo Tribunal Federal.¹⁵

Se houvesse a imutabilidade da situação a despeito da alteração do regime jurídico, as locações residenciais anteriores à Lei nº 8.245 de 1991 estariam imunes à denúncia vazia; os casamentos anteriores à emenda constitucional que criou o divórcio estariam imunizados à

¹⁴ É que o art. 126 do Código de Processo Civil manda que o juiz não se exima de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei; no julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Somente pode o juiz julgar por equidade quando autorizado pela lei, prossegue o art. 127 do mesmo Código. Julgar por equidade é afastar o critério legal, é dar ao caso a solução mais justa e conveniente, ainda que deixando de aplicar a norma decorrente do texto legal.

¹⁵ No Agravo de Instrumento nº 532251, julgado em 9 de março de 2007, afirmou o Ministro Gilmar Mendes: O problema relativo à modificação das situações subjetivas em virtude da mudança de um instituto de direito não passou despercebido a Carlos Maximiliano, que assinala, a propósito, em seu clássico *O Direito Intertemporal*, verbis: “Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalve ou mande indenizar” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*, cit. p. 62). Essa orientação básica, perfilhada por nomes de prol das diferentes correntes jurídicas sobre direito intertemporal, encontrou acolhida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assentou-se que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinado instituto jurídico. Em acórdão mais recente, proferido no RE no 94.020, de 4 de novembro de 1981, deixou assente a Corte, pela voz do eminente Ministro Moreira Alves: “[...] em matéria de direito adquirido vigora o princípio - que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes - de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato” [RE nº. 94.020, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272)]. Esse entendimento tem sido reiterado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, arrola os seguintes precedentes: RE nº 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 115, p. 379; ERE no 105.137, Relator Ministro Rafael Mayer, RTJ 119, p. 783; RE nº 105.322, Relator Ministro Francisco Rezek, RTJ 118, p. 709.

extinção do vínculo sob tal fundamento; não poderiam ser libertados os beneficiados pela Lei Áurea, de 13 de maio de 1888 etc.

Ao mandar notável comissão redigir o projeto do que se tornou o célebre Código Civil francês de 1804, pretendia Napoleão Bonaparte conter, em somente um diploma legal, toda a regulação da vida do cidadão, desde o seu nascimento até a morte, passando pelas obrigações, contratos, relações familiares e propriedade e posse das coisas móveis e imóveis.

Desde então, observou-se que tal empreendimento seria inútil, sendo necessária a edição de outras leis, ditas extravagantes ao Código Civil, para que se regulassem situações específicas, como, por exemplo, as relações mercantis.

No Brasil, a recente edição de novo Código Civil, vigente a partir de janeiro de 2003, não foi suficiente para se evitar a edição de tantas leis específicas, entre as quais se destaca, pela importância social, a recente Lei Maria da Penha,¹⁶ considerada como o Estatuto da Violência Doméstica, amparando não só a mulher como quaisquer membros da entidade familiar, até mesmo independentemente da opção sexual.

10. O CARÁTER CONCURSAL DO DIREITO ESTATUTÁRIO

Característica importante das leis que introduzem Estatuto é o seu caráter concursal, compreendendo vários ramos do Direito, desde o Direito Civil, passando pelos Direitos Administrativo, Processual e Criminal.

Veja-se a abrangência de leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente ou o Código de Defesa do Consumidor, instituindo até mesmo ramos jurídicos a que se pretende conferir autonomia até mesmo em face do Código Civil, este certamente o tronco de onde se esgalharam tantos estatutos.

¹⁶ Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Desde Justiniano, no seu esforço de centralização do poder e do Direito, responsável pela edição do *Corpus Iuris Civilis*, os ramos jurídicos dependem dos interesses tutelados, dedicando-se o Direito Privado aos interesses privados e o Direito Público aos interesses que transcendem dos interesses individuais.

11. CONCLUSÃO

Verifica-se que o desenvolvimento do sentimento jurídico na sociedade do século XXI exige a regulação das condutas sociais em atenção ao fundamento da identidade do indivíduo e dos grupos sociais em que está o mesmo inserido.

Não mais pode ser considerado como subsistente o velho liberalismo do século XIX, a exigir a todo custo um tratamento igualitário que levasse em conta somente a condição do indivíduo pela presunção da sua capacidade de competir e triunfar nos embates da vida.

Cada vez mais, teremos a regulação jurídica através dos estatutos jurídicos, de forma tal a assegurar a individualidade imanente a cada ser humano.

Eu sou um, mas há muitos em mim (Unus ego sum et multi in me)...¹⁷◆

¹⁷ Ver: LIMA, Máriton Silva. *A lei na filosofia, na teologia e no direito* (incluindo os direitos sociais nas encíclicas dos papas e a literatura latina, com expressões traduzidas). São Paulo: Livro Pronto, 2006.

Da Situação Irregular à Proteção Integral (Do Código Mello Mattos ao ECA)

Leonardo de Castro Gomes
Juiz de Direito do TJ/RJ

No início era o crime.

O primeiro olhar diferenciado dirigido à pessoa em formação por parte da legislação nacional tem sua origem no direito penal, através da Teoria do Discernimento ou Doutrina do Direito Penal do Menor.

Pelo Código Penal do Império de 1830, os menores entre sete e 14 anos, que agissem com discernimento, seriam recolhidos à Casa de Correção pelo tempo que o Juiz julgasse necessário, não podendo passar dos 17 anos¹. Entre 14 e 17 anos, estariam sujeitos à pena de cumplicidade, ou seja, dois terços da pena que cabia ao adulto pela prática de idêntico crime. Menores entre 17 e 21 anos gozariam do benefício da atenuante da menoridade.

O Código Penal de 1890, o primeiro da era republicana, seguiu a linha do Código do Império. No entanto, inovou ao declarar a irresponsabilidade de pleno direito em relação aos menores de nove anos. Manteve a pesquisa do discernimento para determinar a imputabilidade dos menores entre nove e 14 anos de idade, ordenando que fossem recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial. Tornou obrigatória a pena da cumplicidade e manteve a atenuante da menoridade.

A imputabilidade para menores de 14 anos era baseada na pesquisa do discernimento, fixada de acordo com um critério biopsicológico. A subjetividade de tal apuração (não havia equipe interdisciplinar para análise psíquica da criança) dava margem a influências de fatores

¹ O limite de idade mínima de sete anos já era previsto nas Ordenações Filipinas que aqui vigoravam até o advento do Código Penal de 1830.

sociais diversos no julgamento, contribuindo para tratamento diferenciado de acordo com os interesses da classe dominante local.

Não havendo Casa de Correção e, igualmente, não havendo Instituição Disciplinar Industrial, os menores eram lançados nas prisões dos adultos em deplorável promiscuidade.

O Código de Mello Mattos (Decreto nº 17.943-A/1927) rompe com a Teoria do Discernimento, estabelecendo em seu artigo 68 que

O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.²

Afastando-se um pouco da ótica meramente penal, o Código de Mello Mattos consolidou leis esparsas de assistência e proteção a menores. Seguindo tendências originárias da legislação norte-americana, concedeu a juízes o poder de intervir nos lares desfeitos, em especial nas famílias pobres. A visão ainda era, de certo modo, penalista, na medida em que a intervenção se justificava como medida profilática, a fim de se evitar o descaminho da criança para o crime.³

2 Posteriormente, o Código Penal de 1940 eleva novamente a idade mínima do agente sujeito ao Direito Penal. Conforme exposição de motivos do Ministro Francisco Campos ao Exmo. Presidente Getúlio Vargas: não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos) senão para declará-los inteira e irrestitadamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva de legislação especial. Desde a Constituição de 1988, porém, dezenas de Projetos Legislativos vêm tramitando no Congresso Nacional seguindo a tendência contrária ao que se deu até o Código Penal de 1940, ou seja, visando a diminuição da idade mínima para a imputabilidade penal. A maior parte daqueles Projetos tomam por referência a idade de 16 anos (PEC's 582/2002, 633/1999, 150/1999, 133/1999, 68/1999, 531/1997, 426/1996, 386/1996, 301/1996, entre outros). Outros fixam a idade de 14 anos, tal como no Código de Mello Mattos (PEC's 242/2004, 169/1999 e 167/1999). Há ainda Projeto de Emenda Constitucional que fixa a idade mínima para a imputabilidade penal em 12 anos (PEC 345/2004) e 17 anos (PEC 260/2000). Outros põem a questão para se decidir em plebiscito (PEC's 1579/2005, 1474/2004, 1144/2004, 1028/2003). Por último, a PEC 321/2001 sugere, 70 anos depois de sepultada pelo Código de Mello Mattos, o revigoramento da teoria do discernimento, através de nova redação do artigo 228 da Constituição Federal: A maioridade penal será fixada nos termos da lei, devendo ser observados os aspectos psicossociais do agente, aferidos em laudo emitido por junta de saúde, que dentre outros quesitos avaliará a capacidade de se autodeterminar e de discernimento do fato delituoso.

³ Fora do âmbito penal, o instituto da guarda foi pioneiro no sistema jurídico na abordagem do melhor interesse da criança em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. A partir do advento do Código Civil de

Embora a Doutrina da Situação Irregular tenha sua base legal no Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/1979), onde foi efetivamente sistematizada, a idéia de intervenção do Poder Público de acordo com a ótica da tipicidade já vinha na legislação que o antecedeu. O Código de 1927 classificava os menores em expostos (art. 14), abandonados (art. 26), vadios (art. 28), mendigos (art. 29) e libertinos (art. 30) e, a partir daí, criava mecanismos para a sua assistência e proteção.

Aqueles eram os delinquentes e abandonados, referidos expressamente em seu artigo 1º como objecto da lei. No Código de Menores de 1979, a referência não é feita à pessoa do menor de acordo com a sua classificação, mas à situação irregular em que se encontra inserido.

Em termos ontológicos, portanto, não houve mudança significativa. A Lei de 1979 continuou tratando da assistência, proteção e vigilância (art. 1º) dos delinquentes e abandonados, pois a delinquência e o abandono representavam a síntese das chamadas situações irregulares, elencadas em seu artigo 2º. A finalidade ainda era a ação preventiva, evitar a marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade.⁴

Veio então a Constituição de 1988, que adota a Doutrina da Proteção Integral resumida em seu artigo 227, o qual posteriormente foi disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/1990). A nova doutrina representou verdadeira ruptura com o direito assistencialista que vigorava por mais de sessenta anos no trato da pessoa em formação.

1916, não se fala mais na posse dos filhos, tal como referia o Decreto nº 181/1890. O artigo 326, § 1º, daquele Código, de acordo com sua redação originária, prevendo a hipótese de desquite por culpa concorrente dos cônjuges, estabelecia que as filhas menores e os filhos até seis anos de idade ficariam sob a guarda da mãe. Era a aplicação, ainda que limitada, da Teoria da Preferência Materna (na origem norte-americana denominada Tender Years Doctrine), pela qual se admitia presumidamente que a criança estaria melhor assistida em seus primeiros anos de vida aos cuidados da mãe (segundo Clovis Beviláqua, em comentários ao Código Civil dos E.U.B., na idade mais tenra, a criança exige desvelos, que somente o amor materno sabe ter). O interesse da criança, assim, guardava relevância jurídica. Aos seis anos, porém, os filhos homens seriam entregues ao pai. Somente havendo motivos graves, poderia o juiz regular a guarda de forma diversa (art. 327). A Teoria da Preferência Materna foi integralmente aplicada entre nós pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962, que deu nova redação ao parágrafo primeiro do artigo 326 do Código Civil, omitindo o limite de idade para a permanência do filho com a mãe, regra que foi mantida pela Lei de Divórcio (Lei nº 6.515/1977). Somente com o advento do Código Civil de 2002 a Teoria da Preferência Materna cede à Teoria do Tie Breaker (Desempate), adotada nos EEUU desde a primeira metade do século XX, pela qual todos os fatores eram considerados para se determinar a guarda de menores, devendo prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança. A propósito, Tânia da Silva Pereira, *O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

⁴ Paulo Lucio Nogueira, *Comentários ao Código de Menores*, p. 13-14.

A disciplina do artigo 227 da Constituição Federal pelo ECA seguiu orientações da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que desde o início da década de 1980 já trabalhava no texto da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que foi incorporada em nosso Direito Interno pelo Decreto nº 99.710, de 21/11/1990.

A finalidade do sistema deixa de ser a prevenção à marginalidade e passa a ter uma dimensão muito mais ampla: o bom desenvolvimento do ser em formação, em todos os aspectos: físico, moral, educacional, social e espiritual. Não se quer apenas minimizar os riscos da marginalidade, mas propiciar a própria evolução da sociedade, através da proteção integral de suas crianças. Logo, a preocupação deixa de ser somente com aqueles em situação de risco, os delinquentes e abandonados. Passa-se a ter o foco sob toda e qualquer pessoa em formação, do zero aos 18 anos, esteja ou não sob o poder familiar regular.⁵

Esta foi uma inovação da doutrina da proteção integral que, passados dezessete anos, muitos ainda não assimilaram. Ainda são recorrentes as vozes que se insurgem contra iniciativas da Justiça da Infância e da Juventude na proteção de crianças e adolescentes da classe média, por exemplo.⁶

Para sua melhor compreensão, a proteção integral deve ser considerada a partir de três aspectos fundamentais para a sua caracterização: (a) titularidade, pela criança e adolescente, de direitos próprios da sua condição de pessoa em desenvolvimento; (b) o dever de todos assegurarem tais direitos e (c) a prioridade absoluta na garantia de tais direitos.

⁵ Em uma de suas diversas entrevistas televisivas na defesa do novo sistema, que ocorreram nos primeiros anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o então Juiz do 1º Juizado da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, Dr. Siro Darlan de Oliveira, pronuncia frase que bem define este aspecto do direito protetivo: “Seja rico ou seja pobre, o Estatuto sempre vem”.

⁶ Em outubro de 2000, foi considerada polêmica decisão que preferi quando em auxílio na 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, proibindo a participação de crianças e adolescentes na novela *Laços de Família*, veiculada em horário nobre da televisão, em razão da produção do referido programa expor artistas de tenra idade em situações de violência simulada, que lhes causavam estresse e tensão por não terem capacidade de discernir ficção da realidade. Dentre outros relatos nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, uma criança artista demonstrava verdadeiro pavor ao cruzar, nos bastidores, com o ator que simulou violência na cena de que participou. Nove meses depois, em julho de 2001, adolescentes entre 12 e 18 anos foram desautorizadas de participar do desfile de modas *Fashion Rio*, por estarem afastadas da escola. Em ambos os casos, diversas críticas da imprensa desavisada eram feitas no sentido de que a Justiça protetiva deveria se preocupar, com exclusividade, com os menores que povoam nossas ruas e praças (os abandonados e os delinquentes), deixando os filhos da classe média, vítimas de violência e descaso educacional nos estúdios e passarelas, à sorte dos mercados televisivo e de moda.

No que tange ao primeiro aspecto, salienta-se que a criança deixa de ser objeto de atuação estatal e passa a ser sujeito de direitos. Nasce a criança cidadã. A atuação do Poder Público não mais se dá em razão dos interesses da sociedade, mas em razão dos interesses da criança em causa.⁷

Neste sentido, é corolário lógico a delimitação do poder da Justiça Especializada. Na apuração de ato infracional, o artigo 111 do ECA passa a assegurar diversas garantias processuais ao adolescente, inclusive a defesa técnica por advogado. Por outro lado, a função normativa do Juiz da Infância e da Juventude passa a ser restrita à matéria elencada no artigo 149 do ECA (entrada e permanência em locais de diversão, participação em espetáculos públicos),⁸ ao passo que o Código de Menores de 1979 previa em seu artigo 8º a possibilidade de a autoridade judiciária determinar medidas indistintas de caráter geral, ao seu prudente arbítrio, desde que necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder. O dispositivo repetia a regra do artigo 131 do Código de Mello Mattos, de 1927. O grau de discricionariedade outorgado ao Juiz de Menores foi de grande valia para aqueles com sensibilidade para a causa. No entanto, tornava-se uma arma perigosa na mão de Juízes sem vocação, o que, em tese, o sistema atual minimiza.

Os direitos a que se refere a Doutrina da Proteção Integral são aqueles próprios da pessoa em formação, ou seja, os que guardam um caráter instrumental para o bom desenvolvimento físico, moral, educacional, social e espiritual, que, conforme dito antes, é a finalidade do sistema protetivo infanto-juvenil.⁹ Com efeito, somente através jda

⁷ Sob este aspecto, a medida de abrigo, que outrora bem acomodava os interesses da sociedade em relação às crianças e adolescentes que poluíam a vista das ruas e praças (para muitos ainda tida como a solução final, desde que se mostrem à prova de fugas), passa a ter caráter excepcional e temporário, como medida transitória para a reinserção familiar, pois subordinada ao direito da criança à convivência com sua família e sua comunidade.

⁸ Defendo, contudo, a possibilidade de o Juiz da Infância e da Juventude expedir Portarias sem força coercitiva, com caráter orientador, de acordo com atribuição prevista no artigo 151 do ECA, que prevê equipe interdisciplinar para orientação geral do público no que tange às normas de proteção.

⁹ É diferente no sistema protetivo do idoso, com base na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Lá, a finalidade maior é a sua dignidade. A proteção à saúde e à vida do idoso, por exemplo, não está atrelada à idéia de sobrevida, pois não se alveja seu desenvolvimento, mas de vida digna, com garantia de tratamento igualitário, preservação de autonomia e condições mínimas de subsistência. Em vista da preservação da autonomia, por exemplo, não se concebe a abordagem proibitiva em relação ao idoso, ainda que fumar um cigarro ou se deliciar com uma costeleta de porco seja contrário à recomendação médica. Ao passo que proteger a criança, em muitas vezes, é dizer não, proteger o idoso, na grande maioria das vezes, é dizer sim. Na mesma linha, é bastante defensável a tese da eutanásia ou ortotanásia à luz da proteção integral do idoso. A vida digna há

satisfação do direito 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 é possível atingir o desenvolvimento pleno da pessoa em formação. Por sua vez, se violado qualquer destes direitos, coloca-se em risco o bom desenvolvimento, exigindo-se, destarte, a intervenção da rede protetiva.¹⁰

Pelo segundo aspecto, tem-se que aos direitos dos quais são titulares crianças e adolescentes corresponde o dever de todos (família, Poder Público e sociedade). O trato com a criança deixa de ser assunto inerente à família, e todos passamos a ter uma cota de responsabilidade sobre a criança do vizinho.

Atendo-se ao vocábulo todos, a própria criança deve ser garantidora de seus direitos. Não cabe a ela optar por cabular aulas ou viver nas ruas, longe da família e sob o efeito de drogas. Os direitos próprios da condição de pessoa em desenvolvimento são direitos indisponíveis por natureza e devem ser exercidos de forma integralizada. Educação e lazer, por exemplo, devem conviver em harmonia. O exercício de um direito jamais poderá prejudicar o do outro.¹¹

O terceiro aspecto, a prioridade absoluta, coloca os interesses da criança e do adolescente em posição sempre à frente dos interesses do adulto. O parágrafo único do artigo 4º do ECA trata da prioridade absoluta de forma não exaustiva, com maior foco no que tange a responsabilidade do Poder Público e, infelizmente, representa um dos pontos menos respeitados de todo o Estatuto:

A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*

de se terminar através de uma morte igualmente digna.

¹⁰ O Projeto de Lei Nacional da Adoção (PL nº 1.753/2003) prevê a adoção como direito da criança e do adolescente. Apesar das motivações bem intencionadas, a inovação legal, se aprovada, estará em total descompasso com a sistemática protetiva. Isto porque a adoção em si não guarda caráter instrumental para o bom desenvolvimento da criança, mas representa um mero mecanismo para a garantia da convivência familiar, esta sim fundamental para uma formação sadia. Outras formas de inserção familiar podem ser suficientes, e até mais adequadas para a criança em causa.

¹¹ Parafraseando o poeta Arnaldo Antunes, “a criança não quer só comida, ela quer comida, diversão, arte e balé”.

- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Demarcados os aspectos da proteção integral infanto-juvenil,¹² resta destacar equívoco que usualmente se comete na interpretação do artigo 98 do ECA, o qual diz que:

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

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;*
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;*
- III - em razão de sua conduta.*

O engano decorre de sua confusão com as situações irregulares definidas no artigo 2º do Código de Menores de 1979:

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:*

¹² No sistema protetivo do idoso, inegavelmente inspirado no ECA, os mesmos aspectos são considerados, embora não de forma incisiva, dada a peculiaridade da finalidade da proteção. Lá se busca a garantia de dignidade, da qual a igualdade é faceta. Os instrumentos para se atingir a igualdade se revelam como um misto de proteção integral e de ações afirmativas, cujas polêmicas infundáveis tornam o direito do idoso de difícil sistematização. A indisponibilidade dos direitos do idoso é discutível, e a prioridade absoluta por vezes se mostra relativa, em especial quando em confronto com direito da criança e do adolescente, cuja prioridade tem sede constitucional. Não quer isto dizer que às crianças e adolescentes se deva garantir desconto em ingressos de teatro ou transporte gratuito, tal como se fez no Estatuto do Idoso, pois tais mecanismos são típicos das ações afirmativas, fórmula para a busca da igualdade, com a qual o ECA não se contenta, pois a rigor se quer que as crianças atinjam um patamar evolutivo superior ao dos adultos de hoje.

- 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.

As distinções entre as hipóteses de um e do outro dispositivo são perceptíveis não somente através de suas interpretações teleológicas e sistemáticas, mas inclusive através de sua interpretação simplesmente literal.

Veja que o Código de Menores de 1979 não contemplava nenhuma hipótese semelhante à do inciso I do artigo 98 do ECA. A *Doutrina da Situação Irregular* não vislumbrava a titularidade de direitos peculiares pelos menores de 18 anos, nem tampouco a responsabilidade da sociedade e do Poder Público para sua proteção. Aquela era concentrada na pessoa dos pais, salvo quando estes faltassem, caso em que caberia ao Poder Público intervir subsidiariamente, com o fito de afastar os riscos da criminalidade. O Poder Público agia praticamente em substituição ao pátrio poder.

Por outro lado, o Código de 1979 era comedido nas hipóteses de intervenção. A *falta*, ação ou omissão dos pais, por exemplo, só exigia a intervenção do Poder Público quando privasse o menor de *condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória*. O ECA exige a intervenção da rede protetiva sempre que ameaçado ou violado direito reconhecido naquela Lei. Dada a diversidade de direitos contemplados no novo sistema, a intervenção se dá de forma muito mais ampla e complexa.

Neste sentido, considero um erro crasso se reportar ao artigo 98 do ECA como uma referência às *situações irregulares*.¹³ Ainda que,

¹³ Lamenta-se a redação da Lei Fluminense nº 4.504, de 11/01/2005, que alterou diversos dispositivos do CODJERJ para adequar a competência da Justiça Especializada aos novos parâmetros do ECA e prever a competência protetiva do idoso. Na ocasião, elaborei Anteprojeto encaminhado à Presidência do Tribunal de Justiça, que o alterou drasticamente, acabando por inserir a atual redação do artigo 92, I, do CODJERJ, com evidente apego ao sistema anterior à proteção integral, cujos 60 anos de vigência impregnou com seus fundamentos o inconsciente coletivo da sociedade e de juristas (Art. 92 - Compete aos juizes de direito, especialmente em matéria

efetivamente, as hipóteses daquele artigo sejam aquelas contrárias à norma protetiva, *irregulares* sob o ponto de vista da proteção integral, a terminologia referida acaba por remeter ao conceito utilizado na doutrina que antecedeu a atual e, nesta prática inconsciente, alguns julgados de segunda instância acabam reformando decisões da Justiça Especializada sob o argumento de que não caberia a sua intervenção fora das hipóteses de *delinqüência e abandono*.¹⁴

Muito mais do que uma evolução do sistema anterior, de caráter assistencialista, que se iniciou com o *Código de Mello Mattos de 1927*, e que prosseguiu com maior cientificidade pelo *Código de Menores de 1979*, o *Estatuto da Criança e do Adolescente* trouxe inovações que rompem com a estrutura conceitual existente no trato jurídico da pessoa em formação. Embora inegáveis pontos de contato entre os sistemas jurídicos das duas épocas¹⁵, a finalidade bem mais abrangente e profunda da doutrina da proteção integral representou verdadeira revolução (tal como o *Código de Mello Mattos* o foi em sua época), propiciando, inclusive, a diversificação da rede de apoio ao sistema.¹⁶

Conseqüência lógica de tamanha mudança, logo surgiram intermináveis embates entre defensores de um e de outro sistema. Es-

da infância, da juventude e do idoso: I - processar, julgar e praticar todos os atos concernentes a crianças e adolescentes em situação irregular e de risco e ao idoso abrigado ou abandonado ou em situação de risco, situações definidas nas respectivas legislações (arts. 98 da Lei 8069/90 e 43 da Lei 10741/03), determinando as medidas relativas à sua guarda ou abrigo, tratamento, vigilância, assistência e educação).

¹⁴ A questão é especialmente mal solucionada quando na definição da competência nas ações de guarda ou tutela, se aquela caberia à Justiça da Infância e da Juventude ou à Vara de Família ou de Órfãos. O critério previsto no artigo 148, parágrafo único do ECA, de caráter eminentemente material, acabou se transformando, por força da jurisprudência, em um critério pessoal, definindo-se a competência de acordo com a pessoa do demandante. Se for pessoa da família, aquela é da Vara de Família, eis que resta descaracterizado o abandono. Se for terceiro estranho à família, a competência é do Juízo da Infância e da Juventude. Ignora-se, de regra, se a causa de pedir está atrelada a ameaça ou violação de direito da criança envolvida, se tem por base maus-tratos, por exemplo. Porém, de outra forma, atualmente, também poderia não ser a solução ideal. Regras de competência são, na verdade, regras de conveniência para a jurisdição. Na Comarca do Rio de Janeiro há apenas três Juízos da Infância e da Juventude, em contraposição a dezenas de Juízos de Família. A concentração das demandas de guarda naqueles Juízos, utilizando-se efetivamente um critério material para fixação de competência, poderia inviabilizar seu funcionamento.

¹⁵ Dentre os pontos de contato mais representativos de um e outro sistema, destaco (a) a quebra do princípio da inércia da jurisdição em relação à Justiça Especializada e (b) a atuação preventiva, que no *Código de Mello Mattos de 1927* e no *Código de Menores de 1979* são tratadas como medidas de vigilância (respectivamente, artigos 126 e seguintes e 48 e seguintes), e no ECA são tratadas como dever de todos, disciplinado a partir de seu artigo 70.

¹⁶ A criação de Conselhos Tutelares municipais a partir do ECA, verdadeiro ponto de referência na rede de proteção atual, visa, conceitualmente, propiciar os meios de atuação da sociedade de acordo com a sua cota de responsabilidade na proteção integral à criança e ao adolescente, colchão teórico que não existia anteriormente. Embora previsto o Conselho de Assistência e Proteção aos Menores no *Código de 1927*, a sua estrutura era centralizada no Distrito Federal, então a cidade do Rio de Janeiro. Não tinha, propriamente, um caráter comunitário.

tatutistas se vangloriam de almejar soluções mais condizentes com as demandas atuais da infância e da juventude, intervindo de forma mais profunda para a transformação positiva da realidade social. Menoristas afirmam que tamanha pretensão fez o sistema perder o foco, perder consistência. Por este motivo o Estatuto não seria uma lei factível, e por isso é tão desrespeitada.

Bons argumentos existem para ambos os lados. De certo, apenas, é que, há muito, as discussões envolvendo crianças e adolescentes não se limitam ao crime.◆

Adoção.

Histórico. Tratamento dispensado, inicialmente, ao instituto pela legislação civil pátria: Código Civil de 1916 e Código de Menores de 1979. Nova visão dada ao instituto pela Carta Magna de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora. Membro do Conselho de Vitaliciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

HISTÓRICO

A adoção, como ensina Pontes de Miranda, invocando o magistério de Durand de Maillane - é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado “relação fictícia de paternidade e filiação: *Adoptio est actu legitimus quo quis sibi filium facit quem non generavit*”. (Tratado de Direito de Família, v. II, p. 177).

Nascida com a Lei das XII Tábuas, a adoção - é ainda Pontes de Miranda quem observa - para sua efetivação não exigia, de início, solenidade. Tinha lugar por simples ato de “autoridade do magistrado (*imperio magistratus*)”. (Obra citada, v. II, p. 178)

O mais antigo documento que a respeito da adoção dispôs - como registrou Libórni Siqueira em sua obra: **Adoção no Tempo e no Espaço** (p. 7) - foi o “Código de Hamurabi, nascido entre os anos de 1728 e 1686, antes de Cristo”.

Em seguida, lembra o douto autor, do instituto da adoção cuidou o Código de Manu, quando admitiu que pudesse ter lugar a colocação

de um estranho na família do adotante “por dação, por recepção e por compra” (obra citada, p. 10).

Na Roma antiga, a adoção tinha lugar levando em conta a necessidade de manter e perpetuar, no seio da família, o culto religioso, o que a falta de filhos tornava impossível.

Quando adotado, tinha, então, o filho adotivo, de renunciar ao culto religioso de sua família natural, tornando-se, em relação à nova família, *heres sacrorum*.

A adoção conheceu em Roma duas formas primitivas: a *adrogatio* e a *adoptio*. A primeira se aplicava aos *sui iuris*, e até o século III se fazia de forma muito solene, em comícios, com a presença de representantes do Estado, da religião e do povo (*populi auctoritate*), incumbindo ao magistrado, que a tal reunião pública presidia, dirigir ao adrogante, ao adrogado e ao povo indagações (*rogationes*) antes de decidir pela admissão, ou não, da adoção. A segunda forma (*adoptio*) era a adoção *strictu sensu*, usada quando o adotado era *alieni iuris*, ato que tinha lugar de forma bem mais simples do que a *adrogatio*.

Sob o império de Justiniano - lembra Libórni Siqueira, a adoção podia ter lugar sob duas formas: *adoptio plena* e *adoptio minus plena*, exigindo-se para sua concessão que o adotante tivesse, pelo menos sessenta anos e fosse dezoito anos mais velho do que o adotado, exigência que se explicava pelo fato de, sendo como é a adoção verdadeira imitação da natureza (*adoptio natura imitatur*), desejável então seria que o adotante, pela diferença de idade, pudesse, efetivamente, ser pai do adotado, e, considerando a idade atingida, já não possuísse mais expectativa de gerar filhos. (Apud autor e obra citados, p. 13).

Da adoção, no Brasil, antes da República, trataram inicialmente as ordenações Filipinas, em disposições que guardavam “traços marcantes dos direitos romano e canônico” (Ib. Idem, p. 15).

Posteriormente, entre nós, o instituto da adoção assumiu feições mais modernas, caracterizando-se como verdadeiro pacto triangular, celebrado com a participação do adotante, do adotado e dos pais biológicos deste último, afastando-se daquela idéia original que movia o *pater familias*, sem expectativa de prole, a admitir no grupo familiar, através da adoção, pessoa estranha à condição de filho, para suprir -

como já disse anteriormente - a necessidade de perpetuação dos cultos religiosos que sem a existência de filhos estariam fadados à extinção.

A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

As regras de disciplina da adoção, no ordenamento civil pátrio, nasceram com o Código Civil de 1916 e estavam contidas nos artigos 368 a 378 do referido diploma legal.

Constitui questão elegante a discussão sobre se a adoção representaria na realidade um contrato (teoria contratualista) ou se, por sua natureza, constituiria uma instituição de Direito de Família.

Sobre essa questão, perfeita é a posição de J. M. Leoni de Oliveira, firme a reconhecer - com apoio na opinião, dentre outros, de Caio Mario da Silva Pereira - na adoção um ato complexo, que tem, “na sua primeira fase, um caráter negocial, isto é, na fase postulatória, a manifestação de vontade do adotante e do adotado; e na sua segunda fase tem caráter judicial, publicista, com a instrução, a fim de verificar da conveniência ou não da adoção, que culmina com a sentença judicial” (apud autor citado **Guarda, Tutela e Adoção**, p. 152).

Para Libórni Siqueira a adoção seria, na verdade, ato de natureza híbrida: “que na sua formação é um contrato e no seu conteúdo instituição” (Obra citada, p. 5).

Foi inspirado no bocado latino *adoptio natura imitatur* - buscando, portanto, estabelecer entre o adotante e adotado condições que guardassem sintonia com os laços de filiação com a adoção exsurgidos - que formulou o Código Civil de 1916, em seus arts. 368 e 369, regras especiais, consistentes na exigência de que o adotante tivesse mais de 50 anos, não tivesse prole legítima ou legitimada, e houvesse, entre adotante e adotado, a diferença mínima de 18 anos.

Com a nova redação que deu a Lei 3.133/57 aos artigos acima citados, a idade mínima do adotante foi fixada em 30 anos e diferença de idade entre adotante e adotado foi estabelecida em 16 anos, tendo a Lei referida introduzido ao art. 368 o parágrafo único, que estabeleceu como requisito, para que a adoção pudesse ser admitida, que o adotante fosse casado há mais de 5 anos, não mais se formulando, contudo, a exigência de que não tivesse ele prole legítima ou legitimada, de

outro lado só admitindo a adoção por duas pessoas se fossem marido e mulher (art. 370).

No Código citado estabeleceu-se, como forma de efetivação da adoção, a escritura pública (art. 375), prevendo-se a possibilidade da dissolução do vínculo por acordo das partes, e, nos mesmos casos em que no Código fora admitida a deserção (arts. 1.595, I, II, III e 1.744, I à V).

No referido diploma legal, exigiu-se, para a concessão da adoção, o consentimento do adotado; no caso de se tratar de menor, nascituro ou incapaz, era necessária a autorização do representante legal (art. 371); em relação ao menor ou interdito, foi prevista no Código a possibilidade de desligarem-se eles do vínculo da adoção no dia imediato em que cessasse a interdição ou a menoridade (art. 373).

No Código Civil de 1916 declarou-se, expressamente, ainda, que o parentesco resultante da adoção estava limitado ao adotante e adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 376), por força da adoção transferindo-se o pátrio poder do pai natural para o adotivo (art. 378).

Em matéria sucessória, estabelecia o estatuto civil de 1916 que a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos (art. 377); no caso de terem sobrevivendo à adoção filhos legítimos, ao filho adotivo tocaria, então, a metade da herança que coubesse a cada um destes (art. 1.605, § 2º).

Já vigente o Código Civil de 1916, revelou-se imperiosa a necessidade da edição de uma legislação que disciplinasse com mais especificidade a adoção, notadamente a de menores.

O Código Mello Matos - obra de José Candido de Albuquerque Mello Mattos, o primeiro Juiz de Menores da América Latina - que foi no Brasil a legislação que, pela primeira vez, enunciou regras relacionadas com a assistência e proteção aos menores, que fossem havidos diante da lei como em situação irregular ou entregues ao abandono, como registrou Libórni Siqueira, a respeito da adoção não dispôs, embora tivesse deixado "clara a intenção do legislador nesse particular quanto à regência do instituto", circunstância que, contudo, acrescenta o douto menorista, não representa demérito ao arcabouço jurídico do Código

“considerado pelos estudiosos do assunto a obra-prima da legislação desde o seu nascimento até hoje, se analisarmos o espaço-tempo de sua vigência” (obra citada, p. 42 e 43).

A ADOÇÃO NO CÓDIGO DE MENORES DE 1979

Sobre a adoção de menores em situação irregular, o Código de Menores de 1979 (Lei 6.697 de 10-10-79) estabeleceu dois tipos de adoção: a adoção simples (arts. 27 e 28), cuja disciplina mandada observar foi a do Código Civil então vigente e a adoção plena - revestida da característica da irreversibilidade - esta última que veio, aliás, substituir a figura da legitimação adotiva, criada pela Lei 4.655/65, e pelo Código de Menores revogada.

Levando em conta as conseqüências pessoais e patrimoniais da adoção resultantes, notadamente as que envolviam o reconhecimento de direito sucessório (art. 37), fixou o legislador, no Código de Menores de 1979, regras especiais para a concessão da adoção plena, exigindo do adotante a idade mínima de 30 anos; no caso de adoção por duas pessoas e estabeleceu, como requisito, que fossem elas casadas há mais de cinco anos sem prole, dispensado o prazo no caso de prova de esterilidade de um dos cônjuges.

Erigidos foram, também, pelo Código, em requisitos para o deferimento da adoção, a existência de diferença de idades de pelo menos dezesseis anos entre adotante e adotado, e que este último tivesse, no máximo sete anos, ou que - à época em que tal idade houvesse completado - já estivesse ele sob a guarda dos adotantes (art. 30 e seu parágrafo único).

Por exceção, admitiu o Código que pudessem requerer a adoção plena o viúvo ou a viúva, desde que provassem que o menor adotando já estivesse integrado ao novo lar e houvesse iniciado o estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge (art. 33). No caso de cônjuges separados judicialmente, era permitida a adoção quando o estágio de convivência de três anos tivesse se iniciado na constância da sociedade conjugal, e desde que houvesse acordo sobre a guarda do adotando após a separação do casal (art. 34).

Foi no Código de Menores de 1979 que pela vez primeira dispôs-se sobre a adoção de menor por estrangeiro não domiciliado

no país (artigos 20 e 108, parágrafo único), restringindo, nesse caso, a adoção à modalidade simples.

A ADOÇÃO NA CARTA MAGNA DE 1988

Na Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso (arts. 226 a 230) a respeito do instituto da adoção - matéria que a rigor só devia ser tratada em lei ordinária - dispôs o legislador constituinte, desde logo cuidando de declarar que a adoção só poderia ter lugar com a assistência do Poder Público. A toda evidência queria se referir, mais diretamente, à adoção de pessoa menor - especialmente a considerada em situação irregular, como tal definida nos arts. 27, 28 e 29 a 37 do Código de Menores, adoção essa que, anteriormente, já era feita sob a tutela do Estado, com a observância das condições e regras nos artigos referidos.

Diante dos termos em que a norma do parágrafo 5º do art. 227 da Constituição Federal de 1988 foi redigida, exurgiu, à época, discussão sobre se, a partir de então, teria desaparecido a figura da adoção civil de pessoa maior feita através de escritura pública, como admitia o Código Civil de 1916, só subsistindo, então, a forma de adoção prevista no § 5º do art. 227 da Carta de 1988, ou seja, a realizada com a assistência do Poder Público, demandando para sua efetivação a prolação de sentença judicial.

À época em que a discussão foi levantada, não tivemos dúvida em sustentar, que a adoção civil de pessoa maior continuava a ser possível nos termos e segundo a disciplina do Código Civil de 1916, levando em conta que, estando como está o parágrafo 5º do art. 227 da C.F. de 1988, inserido em dispositivo que disciplina direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo como são sempre os parágrafos ancilares em relação ao contido no caput do respectivo artigo, com ele, portanto, guardando estrita relação, a outro tipo de adoção, senão a de menores teria querido, então, se referir o legislador constituinte, quando, no § 5º, do art. 227, citado, estabeleceu forma especial, pela qual, em tal caso, a adoção devia ser efetivada.

A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, desapareceu a figura da adoção simples, só subsistindo para aplicação a adoção sob a forma plena - na Lei expressamente declarada irrevogável, tendo como destinatários os menores de no máximo dezoito anos à época do pedido, limite de idade que, todavia, admitiu a Lei, possível de ser ultrapassado no caso de o adotando já se encontrar sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40).

Para o adotante foi exigida a idade mínima de mais de 21 anos, não se formulando qualquer restrição ao seu estado civil (art. 42), exigindo-se entre adotante e adotado a existência da diferença mínima de idade de pelo menos dezesseis anos (§ 3º do art. 42).

De real importância foi a advertência feita pelo legislador no § 5º do art. 42 do Estatuto, muito clara a lembrar que a adoção só há de ser concedida “quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Sobre o novo tratamento dado pelo ECA à adoção de pessoa menor, tecendo um paralelo entre as inovações introduzidas pela Lei 8.069/90 e as disposições anteriormente contidas no Código Civil de 1916, registrou J. M. Leoni de Oliveira, em sua obra **Guarda, Tutela e Adoção**, já anteriormente citada:

“Tão diversas são a adoção restrita do Código Civil e a adoção plena do ECA, que se torna difícil uma definição que abranja ambos os sistemas. De fato, verificaremos mais adiante a diversa natureza jurídica desses tipos de adoção. Tanto pode a adoção ter sua base na pluralidade de vontades, como no caso de adoção pelo sistema do Código Civil, quanto pode ela ter sua base na sentença judicial, que pressupõe o devido processo legal, como no caso de adoção do ECA”. (obra citada, p. 148)

A diferença entre as previsões anteriormente contidas no revogado Código de Menores de 1979 e as que foram posteriormente inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente é, de certa forma expressiva e merece ser referida.

No que diz respeito à adoção por ambos os cônjuges ou concubinos, além de formular o ECA a exigência de que um deles já

haja completado vinte e um anos, considerou importante que fosse demonstrada a estabilidade da família (art. 42, § 2º).

Em outra disposição (art. 42, § 4º) admitiu o Estatuto a adoção por divorciados ou separados judicialmente, desde que a convivência do adotando com eles tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal e haja acordo sobre a guarda e regime de visitas.

Expressamente proibiu, porém, o Estatuto, a adoção por ascendentes ou irmãos do adotado (§ 1º do art. 42) e por tutor ou curador enquanto não tenham prestado conta de sua gestão (art. 44).

Novidade capaz de dar lugar a sérias discussões, levando em conta as conseqüências patrimoniais advindas, constituiu a previsão, contida no § 5º do artigo 42 do Estatuto, que admitiu a possibilidade de se tornar efetiva a adoção posteriormente à morte do postulante, naqueles casos em que o adotante “após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

É que questionável parece, do ponto de vista processual, a possibilidade de, após o falecimento do postulante em processo em que está em discussão direito personalíssimo, como tal intransmissível, prosseguir-se na lide, que, à luz das disposições contidas no art. 267, X do Código de Processo Civil, teria, na verdade, de ser extinta.

Com relação aos efeitos pela adoção produzidas - como antes já estava estabelecido no Código Civil de 1916 (art. 378) - previu o Estatuto, com a adoção, a transferência do pátrio poder (hoje poder familiar) do pai ou mãe biológicos para o pai ou mãe adotivos, tendo tido o cuidado de declarar que tal poder não seria aos primeiros devolvido, quando ocorresse a morte do adotante (art. 49).

Como exceção à regra que estabeleceu o desligamento, por força da adoção, dos vínculos existentes entre o adotado com os pais biológicos e parentes - salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art.41) - previu o Estatuto, no parágrafo único do artigo referido, no caso de adoção por cônjuge ou concubino do filho do outro, a manutenção dos vínculos da filiação do adotado com o cônjuge ou companheiro do adotante, conforme o caso, pai ou mãe biológico do primeiro.

Essa previsão, sem dúvida, tem indiscutível conteúdo social e humano, na medida em que, existindo, entre o adotante e o seu cônjuge ou companheiro, uma relação de casamento ou união estável

soaria, afinal, injusto e ao mesmo tempo doloroso, que o recebimento, no seio da família, do filho de um dos cônjuges ou companheiro, em conseqüência da adoção, pudesse trazer para o pai ou a mãe biológico a decretação da perda do vínculo do parentesco com o filho, em relação ao qual, nada obstante, por força da lei, continuará ele, então, a exercer o poder familiar como agora prevê o artigo 1.631 do C.C. 2002.

Dentre os efeitos pela adoção produzidos, de especial importância, para o adotado, é o que, a este, na área sucessória, garante os mesmos direitos em lei assegurados aos filhos do adotante, havidos ou não da relação do casamento (art. 41), previsão que, aliás, guarda perfeita harmonia com o estatuído no § 6º do art. 227 da Carta Magna.

A propósito dos requisitos necessários para a concessão da adoção, alinhou o ECA, como indispensáveis, os seguintes: a autorização dos pais ou responsável do adotando, só dispensada quando os pais sejam desconhecidos ou tenham sido do pátrio poder (hoje poder familiar) destituídos (art. 45 caput e seu § 1º); a concordância do adotando quando este tiver mais de 12 anos (art. 45 § 2º); o estágio de convivência, por período que for pelo juiz fixado (art. 46), podendo dito estágio ser dispensado quando houver convivência anterior por tempo considerando razoável ou o adotando tiver menos de um ano (art. 46 § 1º).

Para os candidatos à adoção, criou a Lei (ECA) uma espécie de cadastro, sob a responsabilidade da autoridade judiciária organizado, ao lado de um registro das crianças e adolescentes em condições de serem adotados (art. 50), tendo sido previsto um cadastro especial para estrangeiros (art. 52 parágrafo único).

Prolatada que seja a sentença, em processo em que o Ministério Público é ouvido, constitui-se o vínculo da adoção, devendo proceder-se à inscrição do julgado no Registro Civil, passando, então, a constarem do registro de nascimento do adotado os nomes dos adotantes como pais e os de seus ascendentes, cancelando-se o registro original, nenhuma observação podendo ser feita, no novo registro, sobre a origem do ato, só sendo possível a concessão de certidão para salvaguarda de direito (art. 47, caput e §§ 1º a 4º).

Por força da adoção, conferido é ao adotado o nome do adotante, a pedido deste, sendo possível a modificação do prenome do adotado (§ 5º, do art. 47).

A sentença de adoção produz efeitos a partir de seu trânsito em julgado (art. 47, § 6º). Todavia, quando prolatada em processo em que o adotante, após inequívoca manifestação de vontade, tenha falecido, antes da prolação da sentença, os efeitos desta retroagirão à data do óbito (art. 42, § 5º).

No caso de adoção por pessoa estrangeira, residente ou domiciliada fora do Brasil, estabeleceu o Estatuto condições especiais, a saber: exigiu a apresentação de documento de habilitação expedido pelo país de origem do adotante (art. 51, § 1º); previu a realização de estudo psicossocial e o exame da pretensão por Comissão Estadual Judiciária da Adoção (art. 52, caput); fixou o período de estágio - a ser cumprido em território nacional - em, no mínimo, quinze dias para criança de até dois anos e de trinta dias para criança acima daquela idade (art. 46, § 2º), tendo proibido a saída do adotado do Brasil enquanto não consumada a adoção (art. 51, § 4º).

Sobre a adoção internacional, algumas considerações merecem ainda ser feitas.

Na Carta Magna de 1988 (art. 227, § 5º), ao preconizar o legislador constituinte a edição de regras especiais disciplinadoras das condições para a efetivação da adoção por estrangeiros, deixou clara a preocupação, perfeitamente explicável, que o problema sempre despertou, conhecidos que são os riscos que representam as tentativas - que no país mais de uma vez foram surpreendidas - do estabelecimento de tráfico de crianças brasileiras para o exterior.

Admitida que se encontra, pela legislação pátria, a adoção por pessoa estrangeira, não domiciliada no país, não parece, contudo, em nossa visão, constituir ela a melhor solução para a colocação de uma criança brasileira em lar substituto.

Com efeito, a adoção, como é sabido, deve, sempre que possível, imitar a natureza (Mazeaud - Mazeaud).

Assim sendo, desejável será sempre que se procure manter uma criança junto às suas raízes, identificada com seus costumes, religião e berço, o que, em princípio, só será possível através da adoção por pais

que possam tais condições proporcionar, não parecendo oportuno e razoável que, para tal **desideratum**, sejam buscadas soluções importadas, nem sempre adequadas.

A opinião que temos sobre essa delicada questão não constitui posição frontalmente intransigente à adoção de criança brasileira por estrangeiro não domiciliado no país.

Guarda, porém, fidelidade com o entendimento que temos sedimentado no sentido de que, enquanto existir um casal brasileiro inscrito na lista de espera, apto para a obtenção da adoção, nada há de justificar a colocação de uma criança brasileira em lar substituto no exterior.

A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O instituto da adoção recebeu, no Código Civil de 2002, nova completude normativa, substancialmente inovadora, em relação ao estatuto civil pátrio de 1916, mas que guarda certa simetria com as regras e condições estabelecidas na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Toda a matéria relacionada com a adoção encontra-se contida nos artigos 1.618 a 1.629 do Código em vigor.

A exemplo do que já fora anteriormente estabelecido no ECA (art. 41), proclamou-se no art. 1.626, caput, do Código Civil de 2002, que, com a adoção, é atribuída ao adotado a condição de filho, ficando este desligado de qualquer vínculo com os pais ou parentes consangüíneos, salvo com relação aos impedimentos matrimoniais.

A mesma diferença de idade (dezesseis anos) entre adotante e adotado, antes prevista no § 3º do artigo 42 do ECA, é atualmente exigida pelo Código Civil de 2002 (art. 1.619).

Como anteriormente já se estabelecia no art. 43 do ECA, segundo o estatuído no artigo 1.625 do Código em vigor, há de se avaliar, quando da concessão da adoção, em que medida poderá esta representar, para o adotado, real benefício.

De outro lado, a exemplo do que já estava previsto nos artigos 47, caput e 45 e seus parágrafos do ECA, exige o Código Civil de 2002, para a constituição do vínculo da adoção, a prolação de sentença ju-

dicial (artigo 1.623), no caso de adoção do menor sendo necessária a autorização - revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção - dos pais ou do representante legal e o consentimento do adotando, se ele já tiver mais de doze anos, dispensado tal consentimento - diz agora o Código Civil de 2002 em dispositivo mais explícito - quando se tratar do menor exposto, quando sejam desconhecidos seus pais ou estejam eles desaparecidos ou destituídos do poder familiar, sem que tenha havido nomeação de tutor, ou quando se tratar de órfão não reclamado, por mais de um ano, por qualquer parente (artigo 1.621 e seus parágrafos 1º e 2º).

Novidade constitui a previsão atualmente contida no parágrafo único do artigo 1.623 do Código Civil que, mesmo no caso de maior de dezoito anos, exige que a adoção seja feita com a assistência do Poder Público, através de sentença judicial.

Para o adotante, não é mais, atualmente, exigida a idade mínima de vinte e um anos - como anteriormente previa o artigo 42 caput do ECA - mas sim a de dezoito anos, no caso de adoção por cônjuges ou companheiros, admitindo, agora, a lei, que apenas um deles tenha completado idade (artigo 1.618, parágrafo único do Código Civil).

A adoção por duas pessoas só continua sendo possível se forem os adotantes marido e mulher ou viverem em união estável (arts. 42, § 2º do ECA e 1.622 do Código Civil), sendo permitido, como anteriormente já o era, a adoção conjunta por divorciados ou separados judicialmente, desde que haja acordo sobre a guarda do adotando e o regime de visitas, e o estágio de convivência tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal (arts. 42, § 4º do ECA e 1.622, parágrafo único do Código Civil). Essa última previsão sempre mereceu, de nossa parte, crítica, por nos parecer que, nesse caso, estando-se diante de um lar desfeito, não estar-se-ia, afinal, proporcionando ao adotando um ambiente familiar estável, como a própria lei preconiza.

A mesma crítica que antes fizemos ao disposto no artigo 42, § 5º do ECA - pelos problemas que poderá desencadear - ora formulamos ao artigo 1.628 do Código Civil de 2002, que admite o deferimento do pedido de adoção, mesmo quando o adotante haja falecido no curso do processo.

A exemplo do que antes já se encontrava estabelecido no artigo 44 do ECA, prevê o Código Civil em vigor, em seu artigo 1.620, que não pode o tutor ou curador adotar do pupilo ou curatelado, enquanto não prestar contas de sua administração.

Manteve, outrossim, o novo Estatuto Civil pátrio, no parágrafo único do artigo 1.626, a previsão, anteriormente contida no artigo 41, § 1º do ECA, reconhecendo a subsistência do vínculo da filiação entre o adotado e o cônjuge do adotante, no caso de adoção pelo cônjuge ou companheiro do filho do outro.

De outro lado, embora não tenha sido pelo legislador expressamente dito no novo Código Civil, por não terem sido declaradas revogadas as disposições que no ECA disciplinam a matéria, e, por se harmonizarem, plenamente, com as regras no referido Código estabelecidas, que dispõem sobre: a igualdade de direitos dos filhos; as relações de parentesco; a sucessão e o princípio da irretroatividade do reconhecimento da filiação (artigos 1.628, 2ª parte, 1.596 e 1.610), devem ser havidas como subsistentes, para aplicação, as disposições contidas nos artigos 41, § 2º, 42, § 1º e 48 do ECA que, respectivamente, reconhecem: o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes e o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau; que proíbem a adoção por ascendente e irmãos do adotando e que proclamam a irrevogabilidade da adoção.

Importante é ainda registrar que nenhuma alteração introduziu o Código Civil nas normas do ECA, que asseguram a assunção, pelo adotado, do nome do adotante, e que possibilitam a alteração do prenome daquele (art. 47, § 5º), nem nas regras procedimentais que disciplinam a adoção por nacional e por estrangeiro. Note-se que, a despeito do silêncio feito no Código, a regra expressa em seu artigo 1.635, inciso IV - que declara extinto o poder familiar pela adoção - deve ser havida como subsistente para aplicação a norma do artigo 49 do ECA, que exclui a possibilidade do restabelecimento do referido poder para os pais naturais, após a morte do adotante.

Como considerações finais - por constituir questão tormentosa que vem desafiando a opinião dos juristas e a posição da jurisprudência nos tribunais - permitimos reproduzir, neste artigo, em apertada síntese, algumas idéias que alinhamos em nossa obra **União Estável**, ainda

no prelo, a respeito da adoção de menor por pessoas do mesmo sexo.

Tendo sempre presente que a adoção constitui imitação da natureza, pensamos que tal imagem só estará composta quando a uma criança for dado um lar substituto em que os adotantes sejam marido e mulher, unidos pelos laços do casamento ou duas pessoas, evidentemente de sexos diferentes, que vivam em união estável, em condições de assumir, em tal contexto, as figuras paterna e materna.

Sobre essa delicada questão, merece ser citado o pensamento do douto constitucionalista Ives Gandra Martins, expressado em magnífico artigo publicado em 16-01-2007, em coluna do **Jornal do Brasil**, forte a lembrar que o instituto da adoção “objetiva ofertar uma família à criança sem família. E família, pelo parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, só pode ser constituída por um homem e uma mulher, e, se tiverem prole, por qualquer deles - se viúvo ou separado - e os filhos que lhe cabe educar e preparar para a vida”.

Com o pensamento de Ives Gandra Martins nos declaramos plenamente identificados, na oportunidade acrescentando que, além do absoluto óbice constitucional que existe, para reconhecer-se, como representativa de uma verdadeira família, a convivência estabelecida por um par homossexual, imperioso é atentar-se para a regra do artigo 1.622 do Código Civil em vigor, expresso a proclamar que:

“Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável”.

Destarte, levando em conta que a expressão marido e mulher, usada no texto da lei, evidentemente se refere a duas pessoas unidas pelos laços do casamento, e que a alusão feita pela lei a conviventes de uma união estável evidentemente não pode ser vista como abrangente da relação estabelecida entre parceiros do mesmo sexo - que com a figura da união estável não guarda a menor simetria - forçoso é convir, concluindo, que a adoção por parceiros homossexuais, à luz da Carta Política brasileira de 1988 e do Estatuto Civil pátrio em vigor, não pode e não deve, de forma alguma, ser admitida.◆

Tutela e Adoção Remuneradas* (Auxílio Financeiro por Lei Estadual)

Décio Xavier Gama
Desembargador TJ/RJ

A recente Lei do Estado do Rio de Janeiro, nº 3.499/00, publicada no D. O. de 8 de dezembro de 2000, estabelece que será concedido “auxílio-adoção” a servidor público estadual que acolher criança ou adolescente “egresso de entidade de atendimento”, mediante guarda, tutela, ou adoção, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Esse benefício será concedido em valores equivalentes a salários mínimos, de 3 a 5, conforme a idade da criança, e deve ser pelo valor máximo, se se tratar de menor ou adolescente portador de deficiência ou doença grave.

As três situações diferentes de acolhida do menor credenciam o funcionário do estado a receber o benefício estadual sob denominação única de auxílio-adoção, visando estimular pessoas ou casais a participar na solução do problema de crianças que, assistidas pelo estado, se acham longe da presença dos pais, de qualquer forma ausente o pátrio poder. Os objetivos da lei, portanto, foram os de retirar as crianças das casas de acolhimento para lhes dar criação no seio de uma família, mediante um subsídio.¹

Contudo, criou-se o auxílio apenas para funcionário público estadual em detrimento de direito idêntico de outras pessoas aptas a receberem o benefício. Não deveriam ser excluídas, outras categorias sociais, que se oferecessem para colaborar na solução de problemas da criança desamparada. A vantagem é de caráter genérico e deve

* Publicado na *Revista EMERJ* nº 13, v. 4, 2001.

¹ Nunca é demais acrescentar, contudo, que, as pessoas dispostas a colaborar com a assistência a menores carentes, se o fazem pensando em adoção ou mesmo tutela, estão mais na expectativa de encher a própria família de encanto, beneficiando-se da presença de um novo ser como filho. Aspiram antes, com ou sem filhos biológicos, a dedicar-se a ter filhos de outrem como se fossem seus, ainda que por tutela ou adoção.

aproveitar a todos que preenchem as condições objetivas previstas na lei. As condições pessoais de criação do menor cabem ao Juiz definir para o deferimento da medida, mas a igualdade de direitos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, deveria ser observada (art. 5º, da Constituição Federal).

Por outro lado, a mencionada lei estadual, não andou bem em conceder o mesmo auxílio para as três situações diferentes de acolhida. O subsídio, ou auxílio, somente para a guarda, já se acha previsto em **sede legislativa própria**, que é a da lei civil federal. Para a tutela é o Código Civil taxativo em dizer que deve ser voluntária e **gratuita**. Bastaria que a lei baixasse a regulamentação do benefício para a guarda e previsse a fonte de custeio orçamentário para respectiva despesa. Contudo, no tocante à extensão do benefício, o art. 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente admite que seja instituído apenas para a guarda:

“O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão, ou abandonado”.

Igualmente assim, dispõem as Constituições do Estado do Rio de Janeiro (art. 54) e da União Federal (art. 227, § 3º, VI).

No tocante à tutela e à adoção, a lei civil (Cód. Civil e o ECA) não prevê as suas concessões senão mediante os cuidados e a responsabilidade da especialização de hipoteca (art. 37) no caso de tutor, e com a irrevogabilidade e o caráter de permanência (art. 48), no caso de adoção. Para a tutela já o Código Civil é específico e incisivo:

“Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimentos públicos para esse fim destinados. Na falta desses estabelecimentos, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem da sua criação” (art. 412).

Esse dispositivo de lei, não foi revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao contrário, o ECA, que dispõe sobre a tutela em três artigos, é explícito em determinar que a medida será deferida “nos termos da lei civil” (art. 36).

Na adoção, por maioria de motivos, também não se concebe a idéia de ser efetuado algum pagamento para os adotantes, como se acha implícito na lei federal, desde a introdução do instituto em nosso sistema jurídico (Código Civil, 1916). A condição de filho adotado atribui à criança ou adolescente os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, que têm os naturais e os biológicos (art. 41, do ECA). Se assim não fosse estariam sendo deferidos direitos diversos para duas classes de filhos: os biológicos, que não ensejariam subsídio para os pais e os adotados, que permitiriam aquele auxílio. Os adotados ostentariam, portanto, a marca de que os seus pais eram remunerados para tê-los.

A Constituição de 1988 banuiu, no entanto da legislação, qualquer diferença entre filhos de qualquer natureza quanto a direitos e qualificações (art. 227).

A própria disposição do casal ou da pessoa para aceitar a condição de tutor ou de adotante tem enorme diferença daquela com que se apresenta o homem ou a mulher para aceitar o encargo de simples guardião do menor. A tutela é de nomeação dos pais ou avós em testamento ou, na sua falta, é atribuído o encargo a parentes consanguíneos do menor, em gradação legal. Nesse caso, da mesma forma como na adoção, não pode haver interesse financeiro por parte dos que se apresentam para o acolhimento do menor.

Ocorre, ainda, que, no sistema jurídico e hábitos do Brasil, se busca uma situação permanente, em que a escolha da criança é procurada e esperada pelos adotantes, como se fosse seu próprio filho. O adotante visa a uma perfeita integração da situação de filho sem qualquer distinção com os irmãos já existentes ou que possam a vir a existir. Essa busca de integração completa, essa quase ânsia ou expectativa dos adotantes de receber um filho de outrem como próprio, na forma da lei, mostra que, para os adotantes, não se fazia mister criar qualquer auxílio do poder público, sendo mesmo fora de propósito equiparar o instituto da adoção às outras duas modalidades de família substituta, para fins de concessão de ajuda financeira.

Bem diversa é a situação da pessoa que se dispõe a colaborar na **guarda** de criança que se acha em “casa de acolhimento”. Aí é que se pode imaginar até mesmo haver remuneração pelo trabalho,

como prevê o art. 34, do ECA. A guarda tem a grande vantagem de regularizar uma situação de fato, em regra preexistente, a de obrigar à prestação de assistência material, moral e educacional da criança, bem como de conferir-lhe representação e a condição de dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciário (art. 33º e §§).

A vinculação dos adotantes é mais profunda com o menor que a da simples guarda, ou da tutela. Os adotantes têm a iniciativa na adoção e grande é o interesse que manifestam, no caso, em receber o menor como se fosse seu filho. No caso da tutela, a aceitação do encargo de tutor decorre mais dos laços de parentesco com o tutelado na ordem prevista no art. 409 do Cód. Civil. Para se admitir a hipótese de tutela da lei estadual, somente na falta de tutor testamentário ou de parente consanguíneo, na ordem legítima, poderia a criança ser confiada a particular para se incumbir, como tutor, voluntária e gratuitamente, de criá-la e educá-la (art. 412 do C.C.).

Na simples guarda não se inicia um estágio de convivência do menor com o seu guardião, como ocorre na adoção que é irrevogável. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando (art. 42 do ECA), mas na tutela os parentes têm total prevalência para assumirem o encargo.

Na tutela, se procura dar à criança uma representação legal e se pressupõe também a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder, o que não ocorre com a guarda.

A consequência dessa situação de irrevogabilidade da adoção e da vinculação do adotado à condição mesmo de filho dos adotantes para todos os efeitos de direito e, ainda, de até um prévio estágio de convivência da criança ou adolescente é que o instituto não se coaduna com a idéia de pagamento de um subsídio pelo Estado em razão de o casal ter adotado uma criança.

Nada disto acontece com a simples guarda. Ali o interesse é de simples proteção do menor e a medida, a cargo do Juiz da Infância e da Adolescência, tem o objetivo de deslocar o amparo do menor em situação de carência, das mãos do Estado, ainda que em situação temporária, para o seio de uma família, na sua expressão mais ampla. ♦

A Saga Mello Mattos na Mídia Brasileira

Ivone Ferreira Caetano

Juiz de Direito Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

Ao assumir, em 13 de dezembro de 2004, a titularidade da Vara da Infância e da Juventude e após conhecer a Biblioteca Cavalcanti de Gusmão, fui apresentada a um dos mais interessantes acervos bibliográficos abrangendo desde a criação do 1º Juizado de Menores do Brasil e da América Latina até a implementação das Leis de Assistência e Proteção à Infância e do 1º Código de Menores do Brasil, assim como da atuação do primeiro Juiz de Menores do Brasil e da América Latina, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos.

Nesse acervo, destacam-se charges e notícias publicadas nos jornais e revistas da época, de onde podem ser elaborados comentários do impacto provocado pelas decisões do Juiz Mello Mattos na sociedade, bem como detectar a intenção material da doutrina de proteção integral às crianças e aos adolescentes em situação de risco.

Ao combater abusos e irregularidades em relação a crianças e adolescentes, Mello Mattos não foi poupado de críticas pela imprensa. Muito ao contrário, por ser o precursor de uma nova legislação, baseada na Assistência e Proteção aos Menores, algumas de suas ações e decisões foram duramente criticadas pela mídia da época.

Algumas ações praticadas pelo eminente Magistrado foram objeto de aplausos, enquanto outras, de repúdio, agradando ou desagradando, por força dos interesses envolvidos nas questões abrangidas.

O Poder não intimidava Mello Mattos - seus atos e decisões, muitas vezes, entraram em conflito com interesses políticos.

*A conduta daquele magistrado encontra-se bem retratada na charge publicada no periódico **O Papagaio** (Rio de Janeiro, 29 de maio de 1928) em que o Juiz Mello Mattos não se intimida diante do olhar do Presidente da República na época, Washington Luis, continuando a redigir seus pareceres indiferente à pressão exercida.*

A sua “marca registrada” abalizou, de forma indelével, a trajetória dos demais Juízes de Menores e dos atuais Juízes da Infância e da Juventude, como ficará evidente ao longo deste artigo.

Os Juízes menoristas que lhe sucederam também não se intimidam com o Poder ao decidir em prol do interesse maior das crianças e adolescentes.

Juiz proibiu a participação de menores na novela *Laços de Família*

*“Soube de um bebê de 1 ano que teve de repetir dezenove vezes uma cena de violência. Como alguém pode permitir uma coisa dessas? É óbvio que essa criança sofreu um dano psicológico”. (Revista **Veja**, Edição 1.711 - 01/08/01)*

*“A pendenga teve seus reflexos ano passado, quando Siro protagonizou uma longa briga com a Rede Globo em torno da autorização para os menores atuarem na novela *Laços de Família*”. (Jan Theophilo - **Observatório da Imprensa** - 01/08/01)*

E a luta continua....

Justiça do Rio proíbe filho de Maninho de desfilhar no Salgueiro

“No Rio de Janeiro, a Juíza Ivone Ferreira Caetano, da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso do Rio, deferiu uma liminar nesta sexta-feira que proíbe o filho do bicheiro Waldemar Paes Garcia, mais conhecido como Maninho, de desfilhar no Salgueiro, amanhã, no desfile das campeãs. A escola de samba também foi proibida de levar para a avenida o carro alegórico com o telão com imagens de contraventores e antigos patronos. Caso

a escola descumpra as decisões, cada desobediência acarretará multa de R\$ 500 mil.” (Janaina Lage, da **Folha Online**, 11/02/2005)

Em contrapartida, à semelhança do ocorrido em 1928 em relação às Portarias do Juiz Mello Mattos...

Justiça permite que filho de Maninho desfile no Salgueiro

“A Justiça do Rio de Janeiro concedeu na noite deste sábado uma liminar permitindo que o filho do bicheiro Waldemir Paes Garcia, mais conhecido como Maninho, participe do desfile das campeãs do Carnaval, na Marquês de Sapucaí. O filho de Maninho deve sair no chão, acompanhado pela mãe. O carro alegórico com imagens dos bicheiros Miro e Maninho, mortos no ano passado, no entanto, não poderá entrar na avenida.” (**Folha Online** - 12/02/2005)

O Juizado, àquela época, já demonstrava preocupar-se com a proteção integral, proibindo a presença de “menores de 18 anos” em espetáculos com conteúdo “adulto”. Numa charge, a crítica é explicitada pela fala do pai, denotando incompreensão do cerne da proibição; numa segunda, a indiferença dos adultos às regras estabelecidas.

*O procedimento acima nos é informado pelas charges publicadas nos periódicos **Vida Nova** (Rio de Janeiro, 31/12/1927) e **A Esquerda** (Rio de Janeiro, 19/03/1928), em que, já naquela época, registrava-se a incompreensão dos pais e da sociedade quanto à exposição precoce das crianças a temas “adultos”.*

Atualmente, a Vara da Infância, da Juventude e do Idoso dispõe de comissários de Justiça para desempenhar a tarefa protetiva da fiscalização, promovendo, se for o caso, as lavraturas de autos de infração cabíveis.

Juiz Siro Darlan vetou a entrada de menores em show da banda Planet Hemp

“É inadmissível um pai deixar o filho aplaudir um grupo que se chama Planeta Maconha. Quer ser maconheiro, seja; mas induzir

os outros, não. Ou alguém deixaria o Fernandinho Beira-Mar sair por aí dizendo: ‘Seja traficante você também?’” (Revista **Veja**, Edição 1.711 - 01/08/01)

Decisões polêmicas quanto à participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos marcaram e marcam até a presente data.

*Registramos as proibições de apresentação de artistas mirins da época, como o “Pequeno Othelo” (posteriormente conhecido como Grande Othelo) e a pequena dançarina americana “Little Esther” (Notícias publicadas nos periódicos **A Noite** em 31/05/1927 e **Diários da Noite** em 09/06/1931).*

Em data recente, jovens modelos se apresentaram, exibindo a carteira de identidade, em gesto de solidariedade àquelas que não puderam desfilarem, por não comprovarem estar estudando, conforme manchete publicada na mídia.

Juiz da Infância proibiu o desfile de modelos menores de idade que não comprovaram estar estudando

*“Essas modelos são tão exploradas quanto as crianças que esmolem na rua. Eu faço a seguinte comparação: elas são Cinderelas - e a Justiça é o príncipe que calçará nelas o sapato da educação” - Juiz Siro Darlan. (Revista **Veja**, Edição 1.711 - 01/08/01)*

Em outra ocasião, o mesmo Juiz concluiu que a cena da Ópera **Suor Angélica** em que 75 crianças entravam nuas no palco era prejudicial para o bem-estar psicológico dos menores, recomendando que as crianças usassem uma malha da cor da pele. A Diretora Bia Lessa, em protesto, vestiu todas com sungas adornadas por tarjas pretas.

Em algumas ocasiões, Mello Mattos foi colocado na “corda bamba”. O exercício de sua função o submete a questionamentos até nas Instâncias Superiores. As críticas extrapolam a sociedade, alcançando até a própria instituição a qual o magistrado pertenceu.

O periódico **A Esquerda** (Rio de Janeiro, 09/03/1928), em charge, retrata jocosamente crianças gargalhando e observando o Juiz Mello Mattos, em vestimenta de malabarista circense, andando na corda bamba, expondo-se a um possível desequilíbrio e queda.

E atualmente, o Caso Cesó, em que o TJ recebeu representação contra a Juíza Titular da VIJL de Teresópolis por ter a mesma requisitado fita de entrevista com diretora de colégio, encontrando-se na imprensa, entre outras, a seguinte publicação:

“O Juiz tem adversários naturais, pois não joga para a platéia, nem joga para empatar, quando é chamado às investigações, aos Julgamentos” - Inês Joaquina Sant’Ana - Juíza Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da comarca de Teresópolis. (Jornal A Folha - Teresópolis - nº 594, 30/03/01)

E, em dias recentes, a Juíza Titular da 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso recebeu representação por trabalhar na calçada à noite, fora do horário de fechamento do prédio do fórum regional. De um lado a peculiaridade dos Juízes da Infância, de outro a realidade em que vivemos, sujeitos às questões de segurança.

Trabalho e disciplina

Juíza vai para a calçada trabalhar e pode ser processada

A Juíza Mônica Labuto Fragoso Machado, da Vara da Infância e Juventude do Fórum Regional de Madureira, no Rio de Janeiro, pode responder a processo administrativo no Tribunal de Justiça do estado. Motivo: ela descumpriu a ordem do tribunal de manter o fórum fechado depois das 21h. Há tempos a juíza de menores de Madureira vive um dilema. Ou descumbe de sua tarefa de despachar com os comissários de menores que fiscalizam bares e casas noturnas, ou cumpre a determinação do tribunal que, por razões de segurança, manda fechar o fórum às 21h. (Revista Consultor Jurídico, 14/08/2007)

O Juiz Mello Mattos, por força da Portaria proibitiva à entrada de menores em casas de diversões, sofreu representação, sendo-lhe determinada a suspensão ou retirada da mesma no prazo de 24 horas. Por força dessa Representação, os vencimentos do Magistrado foram suspensos e ele, provisoriamente, afastado de suas funções.

Tal acontecimento foi retratado na charge exibida pelo periódico A Noite (Rio de Janeiro, 17/03/1928), onde a cabeça do juiz Mello Mattos aparece com proporções distorcidas e olhos fechados, denotando inércia.

Recentemente, de forma coerente, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu, em questão semelhante, aprovar, por unanimidade, minuta de resolução defendendo a tese da necessidade da expedição de portarias normativas pelos Juízes da Infância e da Juventude, destacando-se trecho do voto da Eminente Desembargadora Relatora, Dra. Letícia Sardas: "...voto no sentido da aprovação da MINUTA DE RESOLUÇÃO ofertada por este pequeno grupo de magistrados, que, à frente de seu tempo, com certeza têm a consciência de que são os responsáveis pelo mundo em que vivemos".

Apesar das críticas, o Juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos é, indubitavelmente, um dos grandes vultos da magistratura brasileira e - por que não dizer - do cenário do País. Suas ações foram acompanhadas e valoradas, além dos limites deste território, em face da repercussão do seu trabalho como Juiz Menorista.

*Publicou-se na mídia a homenagem feita por grandes vultos da Justiça Argentina, oferecendo, **post mortem**, uma placa de bronze para ser depositada em seu mausoléu.*

Mesmo perante as transformações ocorridas em nossa sociedade ao longo desses anos, a situação das crianças e dos adolescentes, bem como dos Magistrados que militam na Área da Infância e da Juventude, não se modificou com a mesma agilidade e intensidade. Persistem o desconhecimento, as desestruturas das instituições e organismos que

deveriam dar suporte às Varas da Infância e Juventude. Ainda há violação dos princípios fundamentais da criança e do adolescente, permeada pela omissão e intolerância da sociedade e dos órgãos competentes em relação aos cuidados necessários a essa importante parcela de nossa sociedade.

Diante desse contexto, não se pode deixar de reconhecer as importantes conquistas e avanços que foram alcançados ao longo dos anos, dentre os quais, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90, que trouxe em seu bojo, no rastro da Constituição da República, art. 227 - Doutrina da Proteção Integral -, diretrizes determinantes de atendimento à criança e ao adolescente, que lhes proporcionassem o resgate da confiança e da auto-estima. Apesar disso, ainda nos defrontamos com o maior desafio de todos os tempos envolvendo esse segmento: o enfrentamento do problema da Criança e do Adolescente em situação de risco nas ruas e as causas que os conduzem a isso.

Mello Mattos, voltado para a questão, já adotava medidas de atendimento àquela pequena parcela da população.

*As charges publicadas no Periódico **Vida Policial** (Rio de Janeiro, 13/02/1926) demonstram o contraste existente entre as crianças abandonadas à própria sorte e aquelas que têm seus direitos assegurados.*

*Ressalta-se a matéria publicada no periódico **A Noite** (12 de janeiro de 1932), onde, com a manchete “Repressão à mendicância infantil”, vislumbra-se a indignação de Mello Mattos com a exploração de crianças, levadas à mendicância, pelos adultos. Na reportagem, relatam-se as diligências realizadas na Praça Mauá, com a presença do veículo denominado “tintureiro”, recolhendo e conduzindo as crianças “*

Entretanto, com a desigualdade/exclusão social instituídas neste país, essa questão atingiu nível insuportável - hoje, o que se vê é um enorme contingente de crianças e adolescentes perambulando pelas

ruas de nossas cidades, em situação de vulnerabilidade, expostos ao abandono, maus-tratos, exploração de sua capacidade laboral, sexual e à drogadição.

Apesar da luta daqueles que estão envolvidos na causa infanto-juvenil, a exploração de crianças/adolescentes ainda é um grave problema social. Não precisamos de “tintureiros”, nem de “depósitos” de crianças. Carecemos de políticas sociais, de estrutura para um eficaz encaminhamento e acompanhamento das crianças/adolescentes encontradas em risco social.

As ações realizadas pelo 1º Juiz de Menores objetivavam tratar e cuidar dessa parcela da sociedade. O mesmo cuidado na preservação do bem-estar das crianças e adolescentes deve ser a base de todo o trabalho dos Juízes da Infância.

Assim, apesar de todas as adversidades relatadas...

A luta de Mello Mattos, assim como daqueles que abraçaram a causa menorista, não foi nem será em vão.

Pois ontem....

O Juiz Mello Mattos, reconhecido pela imprensa da época como o “Pae das Crianças Pobres”, era fotografado cercado pelas crianças que buscava proteger (Revista da Semana, 18 de dezembro de 1926).

Assim como hoje...

A Juíza Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da comarca da capital do Rio de Janeiro, primeira mulher a ocupar este cargo, deixa-se fotografar, de maneira idêntica, junto à população infantil atendida por suas medidas.

Resta a certeza do dever cumprido!♦

Fonte de pesquisa:

Arquivo Histórico da Biblioteca Cavalcanti de Gusmão da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital.

Duas Crianças na Noite (Crônica)

Luiz Carlos Peçanha

Desembargador do TJ/RJ. Autor do romance
“O Sonho e o Vento”

Eu os vi quando saíamos do restaurante naquela noite de comemoração. Era quase madrugada. Estavam sentados em um canteiro, entre os carros que enchiam a calçada. Era um casal de crianças. Tinham aproximadamente sete anos. Vieram em nossa direção com uma pequena caixa contendo drops. O menino aproximou-se oferecendo-nos a bala. Ela ficou um pouco afastada, olhando seu companheiro. Vi aquelas crianças, tão abandonadas, tentando ganhar algum dinheiro, talvez para ajudar os pais que, certamente, viviam em um barraco miserável de algum morro da cidade. Eram tão pequeninas, tão frágeis, magrinhas, as roupas surradas. Meti a mão no bolso, tirei uma nota, imediatamente, ele me passou um pacote da bala. Outras pessoas saíam do restaurante e a menina correu para oferecer-lhes, também, sua mercadoria. No entanto, não teve sorte. Ninguém comprou nada. Voltou para perto do garoto e ficaram os dois juntos. Eram parecidos. Talvez fossem irmãos. Permanecemos algum tempo parados, olhando para eles. Aquelas duas figurinhas, perdidas na noite, me causavam uma sensação de culpa. Ao mesmo tempo revolta, por vê-las ali, na noite fria, procurando ganhar míseros reais. Foi quando o menino fez a pergunta que me penetrou bem fundo. Olhando para a fachada envidraçada da churrascaria, vendo o movimento das pessoas que comiam e bebiam, as luzes feéricas, os garçons se movimentando, fitou-me dizendo:

- É bonito lá dentro?

Eu deixava o restaurante satisfeito com a vida, a fome saciada e o menino queria apenas saber se era bonito lá dentro. O sonho tão perto e ao mesmo tempo tão distante.

Entro no carro. Afasto-me, mas vai comigo a imagem daquelas duas crianças. Corrói-me a angústia por não lhes ter mostrado o esplendor do lugar. Na cabeça, martelando, a pergunta que jamais esquecerei.
- É bonito lá dentro?◆



Edição Especial Comemorativa do
Octogésimo Ano do Código de Menores

(1927/2007)

Mello Mattos

Colaboração do
Museu da Justiça/TJRJ

- **DIPUB** -