

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 recalcitra. 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 Oses 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 tÍbio 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

Prossegue 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, atraiam 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.◆