

Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas.

CARLA CARVALHO LEITE (*)

I - BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL DESDE O ESTADO IMPERIAL

Desde a formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1889) até o início da República Velha, os olhares sobre a criança no Brasil passaram por questões de saúde - preocupação liderada pela medicina higienista -, pela responsabilidade penal (Código Criminal de 1830), pela assistência aos "ingênuos" - assim chamados os filhos de escravas, nascidos após o início da vigência da Lei do Ventre Livre ⁽¹⁾ - e pela assistência à criança órfã ou abandonada - que se dava, em grande parte, através do seu acolhimento em instituições mantidas pela Igreja Católica, notadamente as Santas Casas de Misericórdia, que geralmente acolhiam as crianças através das "rodas de expostos" ⁽²⁾.

No período da República Velha (1889-1930), as atenções voltaram-se para a criança enquanto problema social ⁽³⁾, intensificando-se o recolhimento de "vadios" - assim consideradas as pessoas de qualquer sexo e idade - nas ruas da Capital Federal. Entrou em vigor o Código Penal de 1890, que instituiu a responsabilidade penal a partir dos nove anos de idade, legitimando, assim, a repressão e a internação de crianças e adolescentes nas chamadas *casas de correção* ou *reformatórios* - instituições destinadas a "menores delinquentes e abandonados". Enfim, a política de proteção à criança, na República Velha, caracterizou-se pelo

(1) A Lei do Ventre Livre entrou em vigor em 28/09/1871.

(2) MARCILIO, Maria Luiza. "A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950", em *História Social da Infância no Brasil*. DE FREITAS, Marcos Cezar (org.). São Paulo. Ed. Cortez, 2003. As "rodas de expostos" tiveram origem na Idade Média e foram utilizadas no Brasil desde o período colonial até a década de 1950. Consistiam em dispositivos de forma cilíndrica onde se colocavam bebês que se pretendiam abandonar. As rodas de expostos eram fixadas no muro ou na janela da instituição e tinham uma divisória no meio. Após depositar a criança na roda dos expostos, o expositor girava a roda, tocava um sino para avisar que um bebê acabava de ser abandonado e se retirava sem ser identificado.

(3) ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. "Olhares sobre a Criança no Brasil: Perspectivas Históricas", em *Olhares sobre a Criança no Brasil - Séculos XIX e XX*. Org. Rizzini, Irene. Rio de Janeiro. Série Banco de Dados - 5, Ed. Universitária Santa Úrsula, 1997, pp. 26-27.

recolhimento em associações filantrópicas subvencionadas pelo Estado e em instituições oficiais.

Na década de 1920, houve importantes marcos referentes à questão infanto-juvenil. Em 1921, na cidade do Rio de Janeiro – que, à época, era o Distrito Federal –, foi criado o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente. Em 1923 foi instituído o Juízo de Menores no Distrito Federal e em 1927 entrou em vigor o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como “Código Mello Mattos”, que consolidou normas de assistência e proteção aos menores, extrapolando a esfera do jurídico.

O Código de Menores de 1927 tinha forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre.

Ao tratar do Código Mello Mattos, RIZZINI sustenta que “o que o impulsionava era ‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os menores, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação”.⁽⁴⁾

No Governo Vargas (1930-1945), principalmente a partir do pós-1937 (política estadonovista), época em que se pregava a imagem de um Estado neutro e se consideravam o trabalho e a família como os principais objetos de intervenção assistencial, pode-se dizer que a preocupação do Estado com a criança tinha forte cunho assistencialista. Através do Decreto-Lei n. 37.999, de 05 de novembro de 1941, criou-se o Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.)⁽⁵⁾, “destinado a atuar junto aos menores desvalidos e delinqüentes”⁽⁶⁾.

Não foi necessário muito tempo para que inúmeras denúncias, advindas até mesmo de diretores do S.A.M., revelassem a violência cotidianamente praticada contra crianças e adolescentes institucionalizadas. Aliadas a mudanças no cenário político, tais circunstâncias fizeram desencadear o processo de extinção do S.A.M. e de criação de um novo sistema – a Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM) – que tinha por função instituir o “Anti-SAM”⁽⁷⁾.

A PNBEM, criada no primeiro ano da ditadura militar, que durou 20 anos no Brasil, tinha como meta integrar o *menor* na comunidade e, como discurso, “internar em último caso”⁽⁸⁾. Sua configuração era centralizadora quanto ao planejamento de assistência ao *menor*, partindo as decisões do órgão federal (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM), o qual tinha autonomia financeira e administrativa⁽⁹⁾. Por outro lado, a execução da assistência

⁽⁴⁾ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, p. 28.

⁽⁵⁾ Nas palavras de MARTHA ABREU e de ALESSANDRA FROTA MARTINEZ, o S.A.M. é definido como “órgão cujas atribuições envolviam-se com a organização do atendimento, com a realização de estudos sobre os menores e com a racionalização das formas de tratamento”. Ob. cit., p. 30.

⁽⁶⁾ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, p. 47.

⁽⁷⁾ RIZZINI, Irene. *A Institucionalização de Crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Edições Loyola, 2004, pp. 33-35.

⁽⁸⁾ RIZZINI, Irene. Ob. cit., p. 36.

⁽⁹⁾ ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. Ob. cit., p. 31.

ao *menor* era descentralizada, cabendo tal função aos Estados da Federação, através das Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEM's), que não tinham poder de decisão quanto ao planejamento das ações, nem autonomia financeira e administrativa – atributos específicos da FUNABEM.

Até o fim da década de 1970, não houve significativas alterações na *questão dos menores*, apesar de terem surgido algumas vozes que clamavam por mudanças nas políticas públicas relativas à infância e à adolescência ⁽¹⁰⁾. No entanto, na contramão dos anseios dos que clamavam por mudanças no olhar do poder público com relação ao tema, foi instituído, no ano de 1979, o novo Código de Menores, que adotou a Doutrina da Situação Irregular – cujos paradigmas serão adiante analisados – e teve curto período de vigência.

Depois de vinte anos de silêncio, o cenário de abertura democrática, iniciado nos anos 80, foi terreno fértil para o debate das múltiplas questões relativas aos direitos humanos, incluindo-se, como não poderia deixar de ser, os direitos da criança e do adolescente. Antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança ⁽¹¹⁾, a Constituição da República de 1988 rompeu definitivamente os paradigmas da Doutrina da Situação Irregular, adotada pelo Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79), ao consagrar no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral ⁽¹²⁾, que veio a ser posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90).

Analisando os pilares de sustentação do sistema vigente anteriormente ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se melhor compreender o que se pretendeu destruir, o que se pretendeu construir e o que ainda se pretende transformar, com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

II - CÓDIGO DE MENORES (LEI FEDERAL Nº 6.697/79). DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E SEUS PARADIGMAS.

A Lei Federal nº 6.697/79 instituiu o novo Código de Menores, estabelecendo, no ordenamento jurídico brasileiro, a Doutrina da Situação Irregular, que tinha por destinatários crianças e adolescentes considerados em situação irregular, em conformidade com “*tipos abertos*” previstos naquela lei.

⁽¹⁰⁾ MARTHA ABREU e ALESSANDRA FROTA MARTINEZ, em artigo já mencionado, citam os seguintes marcos históricos daquela época: em 1975, a instituição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, com o objetivo de “*investigar as causas de tantos problemas entre as crianças carentes brasileiras*”; em 1978, a criação da Pastoral do Menor e do Movimento de Defesa do Menor.

⁽¹¹⁾ A Convenção da ONU sobre Direitos da Criança foi aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988.

⁽¹²⁾ A Doutrina da Proteção Integral encontra respaldo constitucional no art. 227, *caput*, da Constituição da República: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”.

Para melhor compreensão acerca da Doutrina da Situação Irregular, convém transcrever os artigos 1º e 2º do Código de Menores de 1979:

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

I - até 18 anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II - entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em Lei.

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

O artigo 2º dispõe sobre a “*situação irregular*” mencionada no inciso I do artigo 1º, nos seguintes termos:

“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 responsáveis;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-los;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - com desvio de conduta, em virtude de grave estado de inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

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

Observa-se que a expressão “*situação irregular*”, nos termos da lei ora comentada, englobava os casos de delinquência, vitimização e pobreza das

crianças e dos adolescentes, além de outras hipóteses extremamente vagas, que autorizavam a atuação amplamente discricionária do Juiz de Menores. De fato, o Código de Menores instituiu tipos abertos para caracterizar situações irregulares que justificariam a intervenção do Estado, através do Juiz de Menores, na vida da criança ou do adolescente que estivesse “em perigo moral” ou “com desvio de conduta”. Menores autores de infração penal, menores “privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”, menores vítimas de maus tratos, menores com “desvio de conduta”, menores em “perigo moral”, menores privados de representação ou assistência legal... Todos estavam em situação irregular.

Outro dado importante é o de que o Código de Menores não fazia qualquer distinção entre menor abandonado e menor delinqüente, considerando ambos em situação irregular e, portanto, passíveis de aplicação das mesmas medidas – geralmente, a de internação –, cujo cumprimento, em ambos os casos, se dava numa mesma unidade de atendimento. Apesar do discurso de internação “em último caso” pregado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), instituída no primeiro ano do Golpe de 1964, na verdade, era expressivo o número de internações em decorrência da chamada “situação irregular”⁽¹³⁾. A respeito do assunto, cumpre destacar a lição de MARTHA ABREU e ALESSANDRA FROTA MARTINEZ, para quem o Código de Menores de 1979

“reafirmava a concepção de anormalidade dos ‘menores criminosos e delinqüentes’, ampliando seu leque de ações ao caracterizar uma série de situações chamadas de ‘risco’ (abandono, violência doméstica, pobreza, indigência, exploração do trabalho, criminalidade, vícios, orfandade, etc.) nas quais a intervenção do Estado – via judiciário – seria legítima e necessária”.⁽¹⁴⁾

A Doutrina da Situação Irregular, nas palavras de JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, “é aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social, assim definida legalmente (no revogado Código de Menores em seu art. 2º)”.⁽¹⁵⁾

Sob a vigência do Código de Menores, havia, portanto, uma clara distinção entre *criança* e *menor*, considerando-se *criança* o(a) filho(a) proveniente de família financeiramente abastada e *menor* o(a) filho(a) de família pobre, consistindo a assistência à infância, mais especificamente aos *menores* – assim considerados os que se encontravam no vasto conceito legal de “situação irregular” – na proteção da criança contra a ação ou a omissão de sua família, vista pelo Poder Público,

⁽¹³⁾ RIZZINI, Irene. Ob. cit., pp. 36-39.

⁽¹⁴⁾ Ob. cit., pp. 31-32.

⁽¹⁵⁾ SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2002, p. 14.

em suas três esferas (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), e, por vezes, pela própria família, como incapaz de educá-la.

Em interessante estudo sobre a história da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil, IRENE RIZZINI, com base em dados estatísticos e textos da FUNABEM, constata que as próprias famílias manejavam o sistema de internamento, buscando internar seus filhos em idade escolar, “*desejando um ‘local seguro onde os filhos estudam, comem e se tornam gente’.*”⁽¹⁶⁾ Por oportuno, convém transcrever trecho em que a citada autora, ao concluir sua análise sobre o tema, pontua crítica pertinente a respeito da Doutrina da Situação Irregular:

“A legislação menorista confirmava e reforçava a concepção da incapacidade das famílias pobres em educar os filhos. O novo Código de Menores, instaurado em 1979, criou a categoria de ‘menor em situação irregular’, que, não muito diferente da concepção vigente no antigo Código de 1927, expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza”.⁽¹⁷⁾

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a “*situação irregular*”, o menor passava a ser *objeto* de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente **pobre** era considerado “*menor em situação irregular*”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e inclusão do menor no sistema de assistência adotado pela Política Nacional de Bem-Estar do Menor⁽¹⁸⁾.

Por fim, e nem por isso menos importante, ao se tratar da Doutrina da Situação Irregular e seus paradigmas, não se poderia deixar de tecer comentários a respeito do Juiz de Menores, autoridade a quem o Código de 1979 incumbia várias atribuições que ultrapassavam a função jurisdicional.

Sobre o tema, assim leciona EDSON SÊDA⁽¹⁹⁾:

“o Código ‘ampliou a função legislativa do magistrado, atribuindo-lhe o poder de determinar medidas de ordem geral à sociedade, através da instituição da chamada ‘portaria’; facultou a qualquer pessoa e encarregou as

⁽¹⁶⁾ RIZZINI, Irene, ob. cit., p. 40.

⁽¹⁷⁾ RIZZINI, Irene, *A Institucionalização de Crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Edições Loyola, 2004, p. 41.

⁽¹⁸⁾ Tratou-se da Política Nacional do Bem-Estar do Menor na parte introdutória deste trabalho.

⁽¹⁹⁾ SÊDA, Edson. *O novo direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Bloch, 1991, citado em RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, pp. 72-73.

autoridades administrativas (na prática, a polícia e o comissariado de menores) a conduzir ao magistrado os menores encontrados na referida situação irregular; deu ao magistrado amplos poderes para praticar atos 'ex officio', provenientes da caracterização do Juiz como autoridade que assume totalmente funções que pedagógica, funcional e democraticamente deveriam ser distribuídas entre vários estratos da sociedade e da administração pública; no caso dos infratores, fez do magistrado a autoridade que investigava os fatos, denunciava ou acusava, defendia, sentenciava e fiscalizava suas próprias decisões, ou seja, o novo Código instaurou o processo inquisitivo para aqueles a ele submetidos".

Observa-se que o Código de 1979 atribuía ao Juiz de Menores o exercício de função essencialmente legislativa, através do poder de editar portarias ⁽²⁰⁾, atos de natureza normativa, bem como a função de aplicar medidas de assistência, utilizando-se do sistema da PNBEM e nele interferindo diretamente, valendo lembrar que a FUNABEM era órgão do Poder Executivo Federal e a FEBEM, do Poder Executivo Estadual. Em relação aos *menores* que praticavam *infrações penais* ⁽²¹⁾, o Juiz de Menores também tinha amplos poderes para agir *ex officio*, aplicando a medida de internação independentemente de provocação por outro órgão ou agente, não se observando o "*princípio da inércia*", que constitui uma das características essenciais da função jurisdicional ⁽²²⁾.

Como já se mencionou, foi curto o período de vigência do Código de Menores de 1979. Diante de inúmeras denúncias apontando injustiças cometidas contra crianças e adolescentes internados, além de questões como a prostituição e o trabalho infanto-juvenil, emergiram debates sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como críticas sobre os paradigmas do sistema então vigente, surgindo no cenário político vozes não isoladas que pregavam o fim do estigma decorrente da expressão "*menor*", claramente excludente e classista, e das situações (chamadas) de risco, pugnando pelo reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos ⁽²³⁾.

Os anseios de vários segmentos da sociedade acarretaram numa conquista sem precedentes na história brasileira, com a criação, na Assembléia Constituinte,

⁽²⁰⁾ Assim dispunha o art.8º da Lei nº 6.697/79: "A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder".

⁽²¹⁾ Note-se que estamos nos utilizando da terminologia adotada pelo Código de Menores de 1979, que, no inciso VI do artigo 2º, se refere ao (menor) "*autor de infração penal*".

⁽²²⁾ A doutrina processualista é pacífica ao consagrar o princípio da inércia como inerente à função jurisdicional. O processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA trata do tema em *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 1998, Ed. Freitas Bastos, p. 75.

⁽²³⁾ ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. Ob. cit.

da Comissão Nacional Criança e Constituinte, culminando com a inserção, na Constituição da República, de princípios da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e, especialmente, com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

III - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E SEUS PARADIGMAS.

A Doutrina da Proteção Integral, instituída pela Constituição Cidadã e posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90 -, rompeu de vez os paradigmas que lhe antecederam: da "situação irregular", do "assistencialismo", da "estatalidade" e "centralização" das ações e das "funções anômalas" do Poder Judiciário.

No cenário legislativo internacional, a Doutrina da Proteção Integral veio a ser consagrada na Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, observando-se, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, antecipou-se à Convenção da ONU a respeito dos direitos infanto-juvenis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece logo em seu primeiro artigo que *"esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente"*.

No artigo 2º, expõe a definição legal de "criança" e de "adolescente", estabelecendo que *"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"*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui a *toda e qualquer criança e adolescente, sem distinção*, uma série de *direitos especiais*, reconhecendo a sua *"condição de pessoa em desenvolvimento"* (art. 6º) ⁽²⁴⁾. Ao contrário do Código de Menores de 1979, que criou um verdadeiro estigma ao voltar a atenção do Estado para *"menores em situação irregular"*, o Estatuto não estabelece distinções entre "tipos" de crianças e de adolescentes. Na verdade, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que pode estar em *"situação irregular"* é o Estado ou a sociedade, jamais a criança ou o adolescente.

O Estatuto reconhece a *criança e o adolescente como sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral* (art. 3º) ⁽²⁵⁾ e do reconhecimento de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, impõe à família, à sociedade e ao Estado, na mesma linha da

⁽²⁴⁾ "Art. 6º - 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."

⁽²⁵⁾ "Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

Constituição da República (art. 227, *caput*), o dever de assegurar, com prioridade absoluta, a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 4º, *caput*) e define o que se deve entender por “prioridade absoluta” (art. 4º, parágrafo único) ⁽²⁶⁾.

Com relação a atos infracionais ⁽²⁷⁾, houve uma significativa ruptura com o sistema anterior, notadamente no que diz respeito a direitos individuais e garantias processuais. A título de exemplo, note-se que, no sistema de Código de Menores de 1979, a apreensão e a internação de “menores”, incluindo-se, portanto, as crianças, constituíam a regra e se submetiam ao subjetivismo da autoridade competente – o Juiz de Menores. Já o Estatuto somente admite a apreensão de adolescentes (não admitindo a de crianças) em duas hipóteses: em caso de “*flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*” (art. 106, *caput*) ⁽²⁸⁾. Por sua vez, a medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada nas hipóteses previstas taxativamente na lei (art. 122, incisos I a III) ⁽²⁹⁾, a qual também traça limites de ordem temporal para o seu cumprimento (art. 121, §§ 2º a 5º) ⁽³⁰⁾, inclusive para o caso de internação provisória (“*antes da sentença*”), conforme se extrai do art. 108 ⁽³¹⁾.

Em meio a comentários sobre os paradigmas da Doutrina da Proteção Integral, JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA ressalta o seguinte:

⁽²⁶⁾ “Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único - 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; 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”.

⁽²⁷⁾ É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece três sistemas de garantia: o sistema primário, referente às políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes (arts. 4º e 87), o sistema secundário, que se volta a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, que merecem a aplicação de medidas de proteção (arts. 98 e 101) e o sistema terciário, que diz respeito às medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei.

⁽²⁸⁾ “Art. 106 - Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

⁽²⁹⁾ “Art. 122 - A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

⁽³⁰⁾ “Art. 121 - A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º - omissis.

§ 2º - A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 6 (seis) meses.

§ 3º - Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 (três) anos.

§ 4º - Attingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º - A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade”.

⁽³¹⁾ “Art. 108 - A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias”.

“a ideologia que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, posto que, analisada a doutrina da situação irregular se constatava que para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente”. ⁽³²⁾

Além de tais aspectos mais diretamente ligados a crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, insta ressaltar que o Estatuto também “redistribuiu” os papéis entre “velhos atores” – Poder Executivo e Poder Judiciário –, definindo suas atribuições, restringindo as funções do Juízo da Infância e da Juventude (que se limitam àquelas previstas nos arts. 148 ⁽³³⁾ e 149 ⁽³⁴⁾), determinando a municipalização do atendimento (art. 88, inc. I) ⁽³⁵⁾ e prevendo a responsabilização

⁽³²⁾ Ob. cit., p. 16.

⁽³³⁾ “**Art. 148** – A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II – conceder remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção a crianças ou adolescentes; VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis. **Parágrafo único** – Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito”.

⁽³⁴⁾ “**Art. 149** – Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: 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; II – a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º – Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: 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”.

⁽³⁵⁾ “**Art. 88** – São diretrizes da política de atendimento: I – municipalização do atendimento; II a VI – omissis”.

do Poder Público ⁽³⁶⁾ por omissão ou oferta irregular de todos os serviços exemplificativamente elencados no art. 208 ⁽³⁷⁾ .

Por outro lado, também coloca em cena novos atores, como o Conselho Tutelar (arts. 131 a 140), o Conselho de Direitos (art. 88, inc. II e art. 89) e a sociedade civil, além de atribuir ao Ministério Público (arts. 200 a 205) funções compatíveis com o seu perfil institucional estabelecido pela Constituição da República.

Numa linha completamente diversa da concepção “menorista”, que incumbia somente ao Poder Estatal o dever de promover ações dirigidas aos estigmatizados “menores”, o Estatuto chama a sociedade civil para promover ações de atendimento (art. 86) ⁽³⁸⁾ e, com base na democracia participativa imposta pela Constituição da República (art. 204, inc. II, c/c art. 227, § 7º), a convoca para participar da formulação das políticas e do controle das ações em todos os níveis (art. 88, inc. II) ⁽³⁹⁾ , o que se faz através dos Conselhos de Direitos.

Abolindo os paradigmas da centralização das decisões na esfera federal – decisões que emanavam da FUNABEM, de acordo com a Política Nacional de Bem-Estar do Menor – e da promoção de políticas sociais através do Juízo de Menores, o Estatuto determina a municipalização do atendimento – que decorre da descentralização político-administrativa imposta pelo art. 204, inc. I, da Constituição da República – como uma das diretrizes da política de atendimento

⁽³⁶⁾ Em razão da “municipalização do atendimento” (uma das diretrizes da política de atendimento previstas no art. 88 do E.C.A.), todos os serviços elencados no art. 208 são de atribuição do Município (BEZERRA, Adão Bomfim. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, pp. 686-689.

⁽³⁷⁾ “**Art. 208** – Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I – do ensino obrigatório;

II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII – de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”.

⁽³⁸⁾ Ao tratar da política de atendimento, o Estatuto assim determina em seu art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

⁽³⁹⁾ “**Art. 88.** São diretrizes da política de atendimento:

I – omissis;

II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

III a VI – omissis”.

(art. 88, inc. I), significando que o Município deve “*assumir poderes até então privativos daquelas instâncias superiores da Federação brasileira*”.⁽⁴⁰⁾

Outra significativa mudança paradigmática consiste na nova feição dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao Ministério Público no trato da defesa dos interesses individuais e transindividuais de crianças e adolescentes, em consonância com o perfil institucional estabelecido pela Constituição da República de 1988.

Em capítulo que lhe é dedicado com exclusividade⁽⁴¹⁾, o Estatuto confere ao Ministério Público uma série de atribuições relativas à atuação extrajudicial e à deflagração de ações judiciais cuja legitimidade a citada lei lhe atribui (art. 201), além de determinar a sua intervenção em todos os processos e procedimentos em que não for parte (art. 202), sob pena de nulidade absoluta (art. 204). Determina, ainda, a sua intimação pessoal (art. 203), que se lhe dê vista dos autos depois das partes, faculta-lhe o requerimento de juntada de documentos e a realização de diligências (art. 202), determinando, outrossim, a fundamentação de suas promoções (art. 205).

No intuito de destacar a relevância alçada pelo Ministério Público no cenário da defesa dos direitos infanto-juvenis, cumpre mencionar, nesta oportunidade, as atribuições que lhe incumbe o Estatuto, ainda que sem tecer comentários específicos sobre cada uma delas, a fim de não se escapar do objeto deste trabalho.

O artigo 201 do ECA confere ao Ministério Público as seguintes atribuições: legitimação para promover ações em face de adolescentes pela prática de ato infracional e, inclusive, para lhes conceder remissão (incisos I e II); legitimação para promover e acompanhar ações de alimentos, de suspensão e destituição de poder familiar, de nomeação e de remoção de tutores, curadores e guardiães (inciso III)⁽⁴²⁾; oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude (inciso III); promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização da hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do artigo 98 (inciso IV); promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência (inciso V); instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los, expedir notificações para colheita de depoimentos, requisitar condução coercitiva em caso de não comparecimento injustificado, requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais, federais, da administração direta ou indireta, requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas, além

⁽⁴⁰⁾ SEDA, Edson. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*, Ed. Malheiros, 2002, p. 272.

⁽⁴¹⁾ O Capítulo V do Título VI do Livro II do Estatuto da Criança e do Adolescente é composto dos artigos 201 a 205, que tratam do Ministério Público.

⁽⁴²⁾ O dispositivo deve ser aplicado em consonância com o disposto no artigo 98 e no artigo 148, parágrafo único, ambos do ECA.

de promover inspeções e diligências investigatórias (inciso VI); instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude (inciso VII); zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (inciso VIII); impetrar mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas corpus* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente (inciso IX); representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível (inciso X); inspecionar as entidades (públicas e particulares) e os programas de atendimento, adotando as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas (inciso XI); requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições (inciso XII).

O Código de Menores de 1979 tratava do Ministério Público no Capítulo III do Título I ("Do Processo") do Livro II ("Parte Especial"), mais especificamente, nos artigos 90 a 92 ⁽⁴³⁾, os quais determinavam, basicamente, que as funções do Ministério Público seriam exercidas pelo Curador de Menores, o qual seria intimado pessoalmente nos processos e procedimentos regulados por aquela lei e teria livre acesso a qualquer local em que se encontrasse um menor. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou novas e modernas atribuições do Ministério Público, condizentes com o perfil institucional delineado pela Constituição da República de 1988.

No entanto, não se pode deixar de destacar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente ainda traz em seu texto alguns resquícios do chamado *sistema menorista*. No art. 149 ⁽⁴⁴⁾, permite que o Juiz da Infância e da Juventude edite portarias regulamentadoras (ou disciplinadoras), que, contudo, à luz da nova ordem constitucional, não têm caráter legiferante, ao contrário da portaria instituída pelo Código de Menores de 1979. No intuito de não se ultrapassar o objeto específico deste trabalho, deixa-se de aprofundar, nesta oportunidade, o debate sobre o instituto da portaria disciplinadora, fazendo-se breve menção ao entendimento dominante entre os pensadores da área do Direito da Criança e do Adolescente ⁽⁴⁵⁾ no sentido de que a portaria disciplinadora, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, configura ato judicial proferido em

⁽⁴³⁾ Lei nº 6.697/79 (Código de Menores): "Art. 90 - As funções do Ministério Público serão exercidas pelo Curador de Menores, ou quem suas vezes fizer, nos termos da legislação local". "Art. 91 - O representante do Ministério Público será intimado, pessoalmente, para qualquer despacho ou decisão proferida pela autoridade judiciária nos procedimentos e processos regulados por esta Lei". "Art. 92 - O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre menor".

⁽⁴⁴⁾ O art. 149 do E.C.A. está transcrito na nota de rodapé nº 34.

⁽⁴⁵⁾ A respeito do assunto, remete-se o leitor a excelente artigo de autoria do Dr. MURILLO JOSÉ DIGIACOMO, membro do Ministério Público paranaense, intitulado "O Estatuto da Criança e do Adolescente e as portarias judiciais", publicado na página da internet do Ministério Público do Estado do Paraná, na

decorrência de prévia tramitação de procedimento jurisdicional no qual necessariamente deve intervir o Ministério Público, sob pena de nulidade.

Além de tal aspecto, também importa salientar que o Estatuto, ao contrário do Código de Menores, que autorizava ao Juiz de Menores determinar medidas de “*ordem geral*”, de acordo com seu “*prudente arbítrio*”, estabelece requisitos específicos e prevê hipóteses taxativas para a edição de portarias. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente somente admite a edição de portarias que tenham por objeto a entrada e permanência de crianças e adolescentes nos estabelecimentos mencionados no inciso I do art. 149 e a participação de crianças e adolescentes nos eventos mencionados no inciso II do art. 149, estabelecendo, ainda, os limites previstos nos §§ 1º e 2º. Nesse particular, é importante ressaltar que abusos vêm sendo cometidos por grande parte dos Juízos da Infância e da Juventude, não sendo raros casos de instauração de portarias que extrapolam as matérias admitidas taxativamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Que dizer da observância da prévia instauração de procedimento com a intervenção do Ministério Público... Via de regra, edita-se a portaria e se dá posterior ciência de seus termos ao Ministério Público.

Adotando outro resquício do *menorismo*, o Estatuto permite a instauração de auto de infração “*por servidor efetivo ou voluntário credenciado*” (art. 194, *caput*)⁽⁴⁶⁾. O servidor efetivo – Comissário de Justiça da Infância e da Juventude – e o servidor voluntário credenciado – que, no Estado do Rio de Janeiro é o “*colaborador voluntário*” – pertencem aos quadros do Poder Judiciário, sendo lotados no Juízo da Infância e da Juventude. Ora, a instauração de auto de infração por servidor do Poder Judiciário parece contrária ao princípio da inércia, que caracteriza essencialmente a função jurisdicional.

Feitas essas considerações críticas que, por fugirem ao tema proposto neste trabalho, não devem ser analisadas, pelo menos nesta oportunidade, com a profundidade que merecem, resta concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto do desejo de que crianças e adolescentes – que, durante décadas, ficaram à margem da sociedade brasileira – nunca mais tenham seus direitos fundamentais violados. Infelizmente, ainda nos dias atuais, lêem-se nos jornais manchetes discriminatórias com relação a crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco por omissão do Estado, por omissão de seus pais ou em razão de sua conduta⁽⁴⁷⁾. Ainda são veiculadas matérias jornalísticas

parte do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente (www.mp.pr.gov.br), acessado em 30 de junho de 2005.

⁽⁴⁶⁾ “*Art. 194 – O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível*”.

⁽⁴⁷⁾ Recentemente, foi publicada, em jornal de grande circulação nacional, a seguinte matéria: sobre a operação realizada no Município do Rio de Janeiro denominada “*Operação Turismo Seguro: Turismo: 130 menores já estão de volta às ruas. Dos 188 detidos em 3 dias, só 17 continuavam em abrigos*”.

- que, na verdade, refletem o pensamento corrente na sociedade - cujo discurso subjacente não muito difere daquelas manchetes de jornal, tão comuns na década de 80, que anunciavam "menor assalta criança"⁽⁴⁸⁾.

Parece que nosso pensar e nosso agir com relação às crianças e aos adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados ainda estão profundamente enraizados nas bases da Doutrina da Situação Irregular. Parece também não ser o Estatuto da Criança e do Adolescente fruto de transformações já sedimentadas. Ao contrário, o Estatuto nos convoca a uma transformação de mentalidade, impondo um modelo que, com o esforço de quem nele acredita e por ele luta, vai, aos poucos, se tornando realidade.

Seria o Estatuto da Criança e do Adolescente uma lei utópica e, por isso, inalcançável o sistema por ele estabelecido? O Estatuto conteria normas praticamente inaplicáveis? Ultimamente, muitas vezes têm se levantado contra o Estatuto da Criança e do Adolescente, em tons de crítica quanto a um suposto excessivo favorecimento conferido aos sujeitos de direitos a quem dita lei se dirige. Certamente, o Estatuto não é uma lei perfeita, eis que, por princípio, qualquer fruto da atividade humana padece de imperfeições que, paradoxalmente, movem a atividade humana numa constante busca do que falta para se chegar ao perfeito, ao ideal... Contudo, antes de criticá-lo, deve-se refletir até que ponto se permitiu, ao longo desses quinze anos, a aplicação do sistema garantista e inovador imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A quem queira refletir e porventura venha a fazer tais perguntas, responde-se com outra, juntamente com JORGE TRINDADE, para início de conversa: "Acaso estava equivocado Calderón de La Barca quando percebeu que la vida es sueño?"⁽⁴⁹⁾. Sem sonho, sem utopia, não há construção.

(48) SARAIVA, João Batista Costa. Ob. cit., p. 15.

(49) TRINDADE, Jorge. *Delinquência Juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 181.

(*) CARLA CARVALHO LEITE é Promotora de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de Família, Infância e Juventude de Nilópolis (RJ) e Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.