

INTRODUÇÃO

Os editais na área da infância e da juventude são extensos e densos, sendo que me coloco à disposição no twitter (@giancarlovey) para tirar dúvidas.

A carreira de Defensor Público é uma das mais bonitas que existem por permitir uma fenda nesse hermético sistema de Justiça, ao possibilitar que a voz dos excluídos, dos vulneráveis, alcance o Judiciário, enfim, o Estado. Somos a última chance, dentro do sistema, dessa pessoa ser ouvida. Na maioria das vezes, nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, estaremos na situação do “todos contra um”, e você será a última esperança desse um. Se você se identifica com essa atuação, é de pessoas como você que a Defensoria Pública e a população carente necessita.

AULA 1 – paradigmas legislativos, histórico

O primeiro tópico do edital de infância e juventude trata dos paradigmas legislativos, do histórico que compreende o tratamento da infância em indiferença absoluta à proteção integral. Longe de ser um tópico de utilidade meramente acadêmica, ousou considerar que se trata do tópico mais importante do edital, pois é a partir do conhecimento histórico, dialético, que constitui hoje o Direito da Criança e do Adolescente que conseguimos compreender as normativas hoje apresentadas, bem como desmistificar conceitos e interpretações que a elas são conferidas pelos atores jurídicos.

O Direito da Criança e do Adolescente, como qualquer outro fato social, não nasce por geração espontânea, ou em razão da atividade puramente racional de determinados pensadores deslocados do contexto histórico. A infância e a adolescência eram categorias desconhecidas, sendo que se compreendia, até meados do século XIX, a criança como um adulto que ainda não havia chegado em sua plena capacidade de desenvolvimento. A própria arte nos mostra que na Idade Média e início da Idade Moderna (fase da infância negada) a criança era vista como um miniadulto, caracterizada com feições e vestes de adultos, ainda que em estatura diminuta. Sua sorte era decidida pelo *pater familiae*, tal qual um objeto a ele pertencente, sendo famoso o sistema da “roda dos expostos” em que crianças indesejadas eram abandonadas, normalmente junto a entidades religiosas. A responsabilização penal das crianças era ou inexistente (igualando-se a criança a um objeto ou a um semovente) ou igual a dos adultos – quando muito restrita a pena de morte ou diminuída a severidade da pena em determinada idade. No Brasil, as Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal de 1890 são exemplos de legislações dessa etapa.

É com a consolidação do modelo de Estado liberal, com o desenvolvimento de categorias jurídicas e com o desenvolvimento da produção fabril, que implicou em uma enorme massa de excluídos e/ou de explorados pelo novo sistema implementado, que a criança passou a ser compreendida como necessitada de um tratamento especial, nem tanto em razão de compaixão ou compreensão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, mas sim em vistas a preparar

desde cedo aquele que seria mais um componente das engrenagens do sistema fabril.

É de se lembrar da obra de Michel Foucault – *Vigiar e Punir* – que consta do edital da DPE/SC, em que, com a mudança do sistema feudal para o capitalista, passou-se a exigir uma nova forma de controle que desembocou, inclusive, em uma tecnologia específica, microfísica, de poder disciplinar. Instituições como cárcere, fábrica, hospitais e escolas, instituições totais (locais em que a pessoa come, dorme e convive) passaram a ser especialmente arquitetadas para moldar as pessoas de acordo com as necessidades do Capital, moldando suas subjetividades, normalizando-os e tornando-os produtivos para suas necessidades.

Nesse cenário, a intervenção desde a mais tenra idade se fazia importante para moldar, docilizar, desde logo, permitindo que, ao alcançar a fase adulta, o indivíduo se apresentasse de forma produtiva e cumpridor das regras impostas pelo Direito.

É de João Batista da Costa Saraiva o apontamento de que a Lei do Ventre Livre (1871), que a princípio é tida como um grande avanço, criou uma diferenciação perversa: conforme seu art. 1º, os filhos nascidos de mulher escrava serão considerados livres, todavia ficariam sob poder e autoridade dos senhores de suas mães até a idade de 8 anos. Após isso o “senhor da mãe” teria a opção ou de permanecer com a criança até ela completar 21 anos de idade, utilizando-se de seus serviços, ou receber do Estado indenização e entregá-lo ao Governo que as receberia em instituições totais. A mão de obra que deixaria de ser escravizada necessitaria ser moldada de acordo com os novos padrões de produção.

Essa necessidade econômica, somada à indignação ingênua e caritativa de certos setores – principalmente vinculados à Igreja – foram culminantes para o surgimento das primeiras legislações próprias para crianças.

É famoso o caso, nos Estados Unidos, da criança Mary Anne que sofria maus tratos de toda a sorte de seus familiares. Uma vizinha missionária, indignada com a forma que a criança era tratada, procurou auxílio junto à Associação Protetora dos Animais, tendo em vista que inexistiam leis que protegessem a criança, tida até então como mera propriedade do *pater familiae*. A tese utilizada pela Associação foi a de que se um animal fosse tratado de igual forma ele mereceria proteção, portanto uma criança, que também seria um animal, mereceria, no mínimo, da mesma proteção jurídica. Esse teria sido o estopim para a criação de associações, legislações e tribunais de proteção às crianças.

Ocorre que, como já adiantado, havia um interesse claro em um determinado segmento do universo-crianças: aquelas que se apresentavam em desvio à norma, a necessitar de maior intervenção disciplinadora.

Nesse cenário, destaca-se a posição tomada pelo Instituto Interamericano da Criança (órgão da OEA) e o Primeiro Congresso Internacional de Menores, em Paris, em 1911, em que se assentou os princípios jurídicos que determinariam por toda a Europa, e por conseguinte no resto dos países de cultura ocidental, o Direito dos menores. Nem toda criança seria considerada “menor”, mas só aquelas que se

enquadrassem no binômio carência/delinquência, a necessitar de maior intervenção disciplinar. A “etapa menorista”, como ficou conhecido o período que daí se inaugurava, pautava-se na chamada “doutrina da situação irregular”, que atribuía o estigma “menor” às crianças e adolescentes que estivessem em desconformidade com a lei, portanto, em situação irregular.

Percebe-se desde logo que dois discursos daí se formaram: o real, que atende aos interesses econômicos, de necessidade de docilização dos corpos, incutindo-lhes as disciplinas em sua microfísica; o oficial/declarado, que mascara (aliena) o discurso real, de que tudo que se faz é em virtude da almejada proteção à criança.

O discurso oficial/declarado se desenvolveu a partir de quatro conceitos chave: situação irregular como doença social; menor como doente social; juiz como médico social e resposta estatal institucionalizada como remédio social. Por esse discurso biologizante, a constatação de uma situação irregular nada mais seria do que a tarefa do juiz em perceber a existência de um déficit na sociabilidade de alguém que, por isso, tal qual um enfermo, um ser frágil, necessitado de auxílio, alguém menor do que os outros (e daí a alcunha “menor”), necessitaria de uma atenção especial do Estado para que, atendido em suas necessidades, pudesse chegar a uma situação de plena autoafirmação. Ao juiz, tal qual um médico social ou um bondoso pai, em substituição ao *pater familiae*, competiria escolher a melhor resposta possível, amparado por saberes auxiliares como a Psicologia e o Serviço Social, a qual, por apenas visar o bem daquele indivíduo, não poderia estar de nenhuma sorte limitada por leis ou qualquer garantia. Os poderes do magistrado não deveriam encontrar limitação na lei, pois a lei não poderia se impor acima dos interesses do menor, cabendo ao juiz como médico social encontrar a medida mais adequada, ainda que de forma preventiva, a ajudar o menor.

Não é de se estranhar que, a partir de então, do princípio do interesse superior do menor se fez o que bem entendeu, pois com conceito tão aberto e em que o menor não era efetivamente considerado em sua vontade – era considerado objeto de tutela e não sujeito de direitos – o que era tido como seu interesse superior não refletia necessariamente o que interessava para aquele que estava sendo analisado, mas sim na visão de quem o analisava. Nas palavras de Emilio Garcia Méndez, “*as piores atrocidades da infância se cometeram muito mais em nome do amor e da compaixão do que da própria repressão. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso nada contra o amor quando ele mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Porém, tudo contra o amor quando se apresenta como um substituto cínico ou ingênuo da justiça*”.

No Brasil tivemos dois códigos de Menores correspondentes à essa etapa: de Mello Mattos (1927) e o da Ditadura Militar de 1979.

O Código de Menores de Mello Mattos, imbuído de maior finalidade correccionalista e disciplinadora, se dirigia ao: “*menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade*”, de forma a suprir as deficiências desempenhadas no núcleo familiar, considerando-se abandonados: 1) aqueles em situação de abandono real, ainda que temporária em virtude de prisão dos pais; 2) em companhia de responsável legal que se entregue à prática de atos contrários à

moral e aos bons costumes; 3) que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem ou que frequentem lugares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má-vida; 4) vítimas de maus tratos. **Delinquentes:** Os **menores de 14 anos** que cometerem crimes não seriam submetidos a qualquer espécie de processo e, no caso de serem abandonados, pervertidos ou estivessem em perigo de o ser, seriam encaminhados a casa de educação, escola de preservação ou o a pessoa idônea por todo o tempo necessário à sua educação no máximo até os 21 anos. Se o menor de 14 não se enquadrasse em alguma dessas hipóteses, ele deveria ser deixado com seus responsáveis, podendo o juiz fazê-lo mediante condições que julgar úteis. Os **maiores de 14 e menores de 18 anos** seriam submetidos a processo especial em que, se constatado que se trate de abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessário à sua educação, que poderá ser de 3 a 7 anos. Se ele não se enquadrar nesses casos, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de 1 a 5 anos. Os **maiores de 16 anos e menores de 18 anos**, no caso de imputação de crime grave e, analisadas suas condições pessoais, se fosse constatado que se trata de pessoa perigosa, será processado perante a justiça criminal, na forma de cúmplice, cumprindo a pena em estabelecimento para menores ou, em sua falta, em prisão comum separado dos condenados adultos, onde permaneceria até que se verificasse sua regeneração, com limite máximo de duração da pena no máximo legal. Os **maiores de 18 e menores de 21 anos** responderiam pelo Direito Penal de adultos, de forma atenuada, devendo cumprir a pena restritiva de liberdade em local separado dos presos adultos enquanto perdurar a menoridade. Os vadios, mendigos, capoeiras, que tiverem mais de 18 anos e menos de 21, serão recolhidos à Colônia Correccional, pelo prazo de um a cinco anos.

Mesmo em caso de absolvição o juiz poderia: a) entregar o menor aos pais sob condições; b) entrega-lo a pessoa idônea ou instituto de educação; c) sujeita-lo a liberdade vigiada.

Em 1942, no Governo de Getúlio Vargas, foi criado Serviço de Assistência aos Menores (SAM), um órgão vinculado ao Ministério da Justiça que funcionada como um equivalente ao sistema penitenciário para menores, sendo sua orientação correcional-repressiva, sendo seu sistema baseado em internatos (reformatórios e casas de correção) para autores de infrações penais e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para os menores abandonados. Eis o embrião do que viria a ser, futuramente, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), criada em 1964, em plena Ditadura Militar, com a finalidade de superar o histórico de violência que marcou o período de SAM. A Política que daí se instaurava propunha uma gestão centralizada e vertical da FUNABEM, com seus órgãos de execução nas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs). Como a FUNABEM incorporou o SAM, a lógica correcional-disciplinadora-repressiva também foi incorporada, sendo que com o advento do Código de menores de 1979 tais estabelecimentos passaram não mais, declaradamente, a se dirigir ao conjunto da população infanto-juvenil brasileira, mas apenas àqueles que estivessem classificados como em “situação irregular”.

O Código de Menores de 1979 definiu como em situação irregular o menor (art. 2º): **I** - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, por culpa ou manifesta impossibilidade dos responsáveis para provê-las; **II** - vítima de maus tratos; **III** - em perigo moral (encontrar-se, habitualmente, em ambiente contrário aos bons costumes ou em exploração de atividade contrária aos bons costumes); **IV** - privado de representação legal pela falta dos responsáveis; **V** - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; **VI** - autor de infração penal.

Das Medidas de Assistência e Proteção Aplicáveis ao Menor: **I** - advertência; **II** - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; **III** - colocação em lar substituto; **IV** - imposição do regime de liberdade assistida (nos casos V e VI) para vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor, cabendo ao juiz fixar regras de conduta do menor e designar pessoa capacitada ou serviço especializado para acompanhar o caso; **V** - colocação em casa de semiliberdade (como forma de transição para o meio aberto); **VI** - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado (nos casos V e VI) até que o juiz determine o desligamento, até o limite de 21 anos, ocasião em que, se não cessada a medida, passará à jurisdição do Juízo das Execuções Penais, até que esse juiz julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, conforme a lei penal.

Nas palavras de João Batista da Costa Saraiva, cerca de 70% das população infanto-juvenil se enquadrava nessa condição, a permitir supor que quem estava em situação irregular, de fato, era o Estado brasileiro. No tempo de vigência desse Código de Menores, 80% da população internada na FEBEM era composta por menores que não eram autores de fatos definidos como crimes, ou seja, a rigor, prendiam a vítima.

A implementação dessa política trouxe, ainda, o sequestro estatal das crianças em situação de carência e sua colocação sumária em lares adotivos, majoritariamente de classe média e correspondentes aos anseios produtivo-econômicos da sociedade, sem que houvesse de fato uma violação dolosa dos pais em relação aos deveres do pátrio-poder.

Internacionalmente, superada a etapa inicial de amoldamento da população à configuração fabril, em verdade passando a haver um excedente populacional em relação à demanda de trabalho, passou a ganhar força uma nova doutrina em relação ao trato de crianças e adolescentes, também em virtude das lutas por direitos sociais ocorridas no pós-guerras e na efervescência de direitos das minorias sociais (mulheres, negros, crianças,...), em superação à da situação irregular, que ficou conhecida como Doutrina da Proteção Integral. Essa concepção, que encontra seu embrião na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), apresenta a criança e o adolescente não mais como meros objetos de tutela a mercê do pátrio-poder e do bom arbítrio do juiz, mas como sujeitos de direitos e assim, portanto, merecedores de todos os direitos conferidos pelos diplomas nacionais e internacionais a todo ser humano. Mais do que isso, compreendendo-se que a criança estaria em uma posição de vulnerabilidade em relação aos adultos, em virtude de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as crianças e

adolescentes, que não deveriam ser discriminadas negativamente entre si (de onde se exclui a diferença entre menores e crianças), deveriam receber uma discriminação positiva em face dos adultos, ou seja, possuir mais direitos em relação àqueles. Por tal ótica de respeito aos direitos, evitar-se-ia que se interpretasse o novo paradigma com as lentes da doutrina anterior: o que se deve proteger não é a criança em si, o que poderia redundar em toda sorte de entendimentos arbitrários, mas sim os seus direitos, consagrados e positivados, ainda que diante da convicção pessoal do julgador isso não refletisse o que ele entenderia por ser a melhor forma de cuidado.

Essa nova concepção se concretizou em âmbito internacional com um conjunto de diplomas normativos: **Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente** (1989), Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Resolução A/RES/45/112 da Assembleia Geral da ONU - **Regras de Riad** - 1990), Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Resolução A/RES/40/33 da Assembleia Geral da ONU - **Regras de Beijing** - 1985), Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade (Resolução A/RES/45/113 da Assembleia Geral da ONU - **Regras de Havana** - 1990), Diretrizes do Conselho Econômico e Social da ONU para a administração da Justiça Juvenil (Resolução E/RES/1997/30 do Conselho Econômico e Social da ONU - **Diretrizes de Viena** - 1997); Resolução A/RES/45/114 da Assembleia Geral da ONU sobre **Violência Doméstica** (1990) e Resolução A/RES/45/115 da Assembleia Geral da ONU sobre **Utilização de Crianças em Atividades Criminais** (1990) que irradiaram a concepção, inclusive para o Brasil que, em período de redemocratização, aproveitando-se dos debates existentes na própria ONU, se antecipou à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e incluiu no ordenamento interno pátrio a doutrina da proteção integral na Constituição Federal de 1988, especialmente em seus arts. 227 e 228, além de previsões específicas no que concerne ao direito à educação e trabalho, por exemplo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigor desde 1990, um ano após a Convenção, foi considerado um dos diplomas mais avançados, mundialmente, no reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes, o que, todavia, não significa que alguns ranços legislativos do período anterior não tenham persistido, bem como que a implementação das políticas públicas e a interpretação feita pelos seus aplicadores não tenha de certa forma frustrado a real concretização desse ideal.

A mudança de paradigma pode ser sentida, ainda, em âmbito regional, na Opinião Consultiva n.º 17/02, e em âmbito internacional, nos Comentários Gerais do Comitê dos Direitos da Criança (CRC/GC - Committee on the Rights of the Child/General Comments - <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>).

SÚMULA DO CONGRESSO NACIONAL DOS DEF. PUB. DA INF. E JUV.: a legislação civilista vigente reconhece a superação da terminologia menor em favor do vocábulo criança e adolescente.

Filme:

- 1) Pixote, a Lei do Mais Fraco (1981) - <https://www.youtube.com/watch?v=MLf-GG4qfwo>
- 2) Entre os muros da prisão (2008): <https://www.youtube.com/watch?v=zhGedJyLgec>
- 3) O contador de histórias (2009): <https://www.youtube.com/watch?v=XXGPAFp3PC0>

Artigos:

- 1) http://www.coloquiomoda.com.br/anais/anais/11-Coloquio-de-Moda_2015/POSTER/PO-EIXO3-CULTURA/PO-3-O-TRAJE-DA-CRIANCA-NA-IDADE-MEDIA.pdf
- 2) <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/como-a-crianca-era-vista-e-tratada-desde-a-epoca-medieva-ate-o-seculo-xx/26547>
- 3) FRASSETO, F. A.; VAY, Giancarlo Silkunas. Encruzilhadas entre o panpunitivismo e a redução da maioridade penal. Boletim IBCCRIM, v. 23, p. 3-5, 2015 - https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5435-A-responsabilidade-penal-juvenil-na-encruzilhada
- 4) FERRAZ, Hamilton. Artigo disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/21/voce-conhece-a-historia-da-idade-penal-no-brasil/>
- 5) https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5444-Encarceramento-em-massa-e-a-PEC-1711993
- 6) https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5440-Adolescentes-o-Estado-se-revela-violador-de-direitos-e-a-sociedade-faz-coro-a-superficialidade
- 7) https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5441-Irracionalismo-e-reducao-da-maioridade-penal
- 8) https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5439-Duas-questoes-fundamentais-sobre-a-responsabilizacao-penal-de-adolescentes
- 9) https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5442-Violento-e-o-Estado
- 10) https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5443-Criminalizacao-da-adolescencia-os-novos-perigosos-e-a-reducao-da-idade-de-imputabilidade-penal
- 11) VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Tédney Moreira da. A Escola Correcionalista e o Direito Protetor dos Criminosos. Revista Liberdades. IBCCRIM: São Paulo. http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/142-ARTIGO
- 12) VAY, Giancarlo Silkunas. Trabalho de bandido e trabalho de gente de bem. Justificando: São Paulo. <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/08/05/trabalho-de-bandido-e-trabalho-de-gente-de-bem/>
- 13) VAY, Giancarlo Silkunas. Sistema, socioeducação e corresponsabilidade social. Empório do Direito: Florianópolis. <http://emporiiododireito.com.br/sistema-socioeducativo-socioeducacao-e-corresponsabilidade-social/>
- 14) MEDEIROS, Diego Vale de; MORALES, Rafaela Alvarez. A legislação civilista vigente reconhece a superação da terminologia menor em favor dos vocábulos criança e adolescente. Revista da Defensoria - infância e

juventude. São Paulo: EDEPE, p. 41. Disponível em:
<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/REVISTA%20DA%20DEFENSORIA%20-%20INFANCIA.pdf>

Sites com conteúdo diverso:

- 1) https://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_infancia_juventude
- 2) <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1375>
- 3) <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/Position-paper-Maioridade-penal-1.pdf>

Livros:

- 1) ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo [et. al]. Direitos da Criança e do Adolescente. Coleção Ponto a Ponto. Saraiva: São Paulo, 2016.
- 2) SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. 2ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- 3) SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013.
- 4) MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES, Ana Christina Brito. Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- 5) LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional - Medida Socioeducativa é Pena? São Paulo: Malheiros, 2012.