Por Maria Mônica Sampaio Teixeira Pinto Marques, bacharel em Direito, assessora jurídica da Vara da Infância e Juventude.
Palestra proferida no Curso Cidadania e Justiça, promovido pela Associação dos Magistrados Trabalhistas, no dia 11/09/2006.

Os Direitos da criança e adolescente

O modelo atual de um sistema de direitos fundamentais para crianças e adolescentes, que elevou os então "menores" à condição de cidadãos, sujeitos de direitos e deveres, deve ser considerado como resultado de uma longa evolução.
Compreender e garantir a aplicação desse sistema é dever de todos nós, como integrantes de uma sociedade democrática de direito.

1. Histórico da evolução dos direitos da criança e adolescente

A história do direito juvenil, para melhor compreensão, pode ser dividida em três fases:
a) fase da indiferença
b) fase tutelar
c) fase cidadã

A primeira fase ou primeiro período é o compreendido entre o início do século XIX até a primeira década do século XX. No âmbito civil a criança era praticamente considerada como propriedade dos pais. Na esfera penal o sistema adotado era o retributivo e o tratamento entre adultos e menores de dezoito anos era indiferenciado. Isto é, o sistema vigente à época tratava de modo indiferente a questão, de forma que considerava os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de liberdade às crianças e adolescentes da mesma maneira que eram fixadas aos adultos. Todos eram recolhidos no mesmo espaço. Crianças e adolescentes eram submetidos a toda sorte de promiscuidades nas mesmas celas em que os adultos cumpriam suas penas.
No Brasil, era utilizado o sistema biopsicológico ou critério do discernimento, que pode ser representado pelo antigo método da "prova da maçã de Lubecca", que consistia em oferecer uma maçã e uma moeda à criança. No caso de escolha desta última, estava provada a malícia do infante, que no caso, já seria capaz de discernir entre o bem e o mal e, portanto, poderia ser penalizado. No início do século XIX (aproximadamente 1.808) a imputabilidade penal no Brasil iniciava-se aos sete anos. Posteriormente, o Código Penal da República (1.890) também utilizou o sistema biopsicológico, fundado na idéia do "discernimento", sendo que àquela época o menor entre nove e quatorze anos de idade era imputável e submetido à avaliação do juiz, que julgava a aptidão do menor para distinguir o bem do mal, o justo do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito. Não existiam garantias e requisitos objetivos a serem observados, o futuro do menor ficava exclusivamente a critério do magistrado, que decidia subjetivamente (e muitas vezes arbitrariamente).

O início do fim de tal etapa pode ser retratado pelo caso Marie Anne. Trata-se do primeiro episódio registrado de luta pelos direitos da infância. Aconteceu no ano de 1.896, a criança Marie Anne, nove anos de idade, era vítima de imensos maus tratos pelos genitores, fato que chegou ao conhecimento público em Nova Iorque. Na época, como já falado, os pais sentiam-se donos dos filhos e utilizavam todas as formas de castigos físicos para "educar" as crianças. A situação se tornou tão grave que o caso chegou aos tribunais, sendo que a infante foi defendida pela Sociedade Protetora dos Animais (visto que na época não existia entidade de proteção dos direitos infanto-juvenis) sob a tese de que se até os animais devem ser livres de toda sorte de tratamento violento e degradante, o mesmo deve se aplicar aos humanos e mais especificamente às crianças e adolescentes.
Era o fim da era da criança tratada como coisa. A partir de então crianças e adolescentes seriam objetos da proteção do Estado, sendo criado nos EUA o primeiro Tribunal de Menores do mundo.

A segunda fase ou segundo período iniciou-se no começo do século XX e caracterizou-se pelo caráter tutelar da norma. Foi resultado da profunda indignação moral da sociedade, que rebelou-se contra o antigo modelo devido à situação de promiscuidade existente nas celas conjuntas. A separação de adultos dos menores foi a vitória de tal período, que, todavia, ao incumbir-se da "missão" de reformar o antigo modelo acabou criando um novo sistema que tinha como alvo proteger os menores. O problema maior ocorreu na medida em que, para se assegurar essa proteção, foi criada uma política de supressão de garantias, isto é, princípios penais e constitucionais já estabelecidos (como o princípio da legalidade, por exemplo) foram ignorados, pois a formalidade e inflexibilidade da lei "atrapalhava" a efetiva tutela dos menores. O menor era o objeto da norma. Ele era o alvo da proteção e tutela do Estado, independente de qualquer sistema de garantias existentes.
O Juiz era mais que um julgador, ele tinha que representar a figura do bom pai de família; tinha que extrapolar sua função judicante, suprindo as deficiências de faltas de políticas públicas adequadas. O magistrado era o "pai" dos então menores, pois tinha um poder ilimitado de intervenção sobre a família e à criança, com amplo poder discricionário.
Nessa época o binômio carência/delinqüência sustentou a **doutrina da situação irregular**. Por esse modelo (Código de Mello Matos/1927 e Código de Menores/1979) não havia distinção entre infratores e abandonados, pois todos estavam em situação irregular, todos deveriam ser tutelados pelo Estado. Tal falta de distinção entre pobre e infrator gerou a criminalização da pobreza, vez que a criança pobre, por estar em situação irregular, era objeto da intervenção estatal da mesma forma que o menor infrator. Crianças abandonadas recebiam o mesmo tratamento que delinqüentes: eram jogadas nas unidades de atendimento da época, as chamadas FEBEMS. Assim, a doutrina da situação irregular não foi universal, pois só pretendia "proteger" aqueles menores que estivessem em situação de "abandono material ou moral". As demais crianças bem nascidas e bem assistidas eram excluídas da tutela desse sistema, fato que aumentou a questão da desigualdade social e preconceitos entra as classes. Esse foi o momento no qual foi criada uma associação perversa, na qual menores desvalidos significavam a mesma coisa que menores delinqüentes. Com tal modelo chegou-se a um estágio no qual 70% da população brasileira estaria em situação irregular.
O Código Penal de 1940 estabeleceu a imputabilidade penal em dezoito anos, fundando-se

no critério da imaturidade do menor. Isto é, devido ao fato do menor de dezoito anos ainda ser imaturo, ficaria sujeito à pedagogia corretiva da legislação especial. Posteriormente, com as alterações da parte geral do Código Penal, manteve-se a idade de dezoito anos para a imputabilidade penal, alterando-se, contudo, a justificativa, que passou a ser de política criminal, na mesma esteira das maiorias das democracias mundiais
A cultura tutelar, fundamento da doutrina da proteção irregular, incutiu em todos a idéia de que o menor é incapaz e, por isso, insuscetível de qualquer responsabilização. Tal condição de incapaz igualava o menor à figura do portador de transtornos mentais, tanto que as medidas aplicáveis aos menores faziam-se por tempo indeterminado, à semelhança com as medidas aplicadas aos inimputáveis por incapacidade mental.
O termo "menor" representou tal fase. Tal palavra ficou estigmatizada pela associação que se faz à figura do delinqüente e infrator e à categoria de pessoas abandonadas.

A terceira fase ou terceiro período, em total sintonia com a ótica dos Direitos Humanos, iniciou-se a partir da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e Adolescente, em 1.989. Tal convenção revogou a antiga concepção tutelar e firmou um novo paradigma na questão da criança e do adolescente, vez que estabeleceu a **Doutrina da Proteção Integral,** na qual crianças e adolescentes (e não mais menores) são verdadeiros sujeitos de direitos, "protagonistas de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento" .
Nesse sistema os direitos da criança e adolescente é que são objetos de tutela, e não os próprios infantes e jovens , como no antigo modelo. Todo o sistema de garantias do sistema penal é estendido à criança e adolescente, mormente quando lhe é atribuída a prática de ato infracional, ou seja, o Estado agora deve observar os princípios do Direito. O Juiz deve se limitar às questões jurídicas, não podendo mais intervir nas vidas das crianças e jovens utilizando justificativas subjetivas. O critério que justifica a atuação judicial não é mais o da situação irregular, mas sim o da violação aos direitos fundamentais da criança ou do adolescente.
Nas palavras de Mário Volpi "a Doutrina da Proteção Integral, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores. "
O ordenamento jurídico pátrio símbolo da Doutrina da Proteção Integral é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que ao contrário das legislações anteriores, não é destinado apenas a um segmento da população infanto-juvenil, mas a todos, indistintamente, desta feita em uma nova abordagem: crianças e adolescentes não mais como objetos do processo, mas sim sujeitos do processo.
Não se fala agora em incapacidade ou ausência de responsabilização, mas sim em sujeito de direitos e deveres, com a ressalva de que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, razão pela qual lhes deve ser destinada outra forma de sanção quando do cometimento de atos infracionais. Exatamente pela condição peculiar de pessoa ainda em desenvolvimento não se fala em pena, mas em medida de caráter sócio-educativo que se propõe a educar e reinserir o adolescente na sociedade.
É feita a distinção entre crianças com direitos fundamentais violados ou ameaçados e adolescentes em conflito com a lei. Às primeiras, cabem as medidas de proteção do

Estatuto da Criança e do Adolescente e aos últimos são aplicadas as medidas sócio-educativas, sem prejuízo da aplicação de medidas protetivas.
Vejamos um quadro comparativo que ilustra as maiores diferenças entre uma lei orientada pela Doutrina da Situação Irregular e uma legislação orientada pela Doutrina da Proteção Integral :

Situação Irregular	**Proteção Integral**
Menores	Crianças e adolescentes
Objetos de proteção	Sujeitos de direito
Proteção de “menores”	Proteção de direitos
Proteção que viola e restringe direitos	Proteção que reconhece e promove direitos
Infância dividida	Infância Integrada
Incapazes	Pessoas em desenvolvimento
Não importa a opinião da criança	É fundamental a opinião da criança
“Situação de risco ou perigo moral ou material” ou “situação irregular”	Direitos ameaçados ou violados
“Menor em situação irregular”	Adultos, instituições ou serviços em situação irregular
Juiz executando política social/assistencial	Juiz em atividade jurisdicional
Juiz como “bom pai de família”	Juiz técnico
O assistencial confundido com o penal	O assistencial separado do penal
Menor abandonado/delinqüente	Desaparecem essas determinações
Desconhecem-se todas as garantias	Reconhecem-se todas as garantias
Atribuídos de delitos como inimputáveis	Responsabilidade penal juvenil
Privação de liberdade como regra	Privação de liberdade como exceção e somente para infratores/outras sanções
Medidas por tempo indeterminado	Medidas por tempo determinado

2 - O Estatuto da Criança e do Adolescente

A Doutrina da Proteção Integral foi inserida primeiramente em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1.988, no artigo 227, que estabelece o seguinte:
“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”.
Dois anos após, em 1.990, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi lançado no sistema jurídico. Vejamos alguns pontos que fazem do ECA uma legislação em total consonância com o que há de melhor na proteção dos direitos da criança e do adolescente :

- Distinção entre criança e adolescente – criança é aquela entre 0 a 11 anos, 11 meses e 29 dias de idade e adolescente aquele entre 12 a 18 anos. Tal diferenciação é essencial, visto que crianças não respondem por ato infracional, ou seja, somente o adolescente de doze anos em diante é que poderá responder a processo infracional. Às crianças com menos de 12 anos de idade cabe a aplicação das medidas protetivas.
- Direitos fundamentais- é um dever do Estado, da família e de toda sociedade assegurar com toda prioridade a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

direito à vida : Bem maior. Protegido mesmo antes do nascimento.
direito à saúde: atendimento prioritário.
direito à alimentação: Comprovada violação a este direito, o Juiz da Vara da Infância e Juventude poderá aplicar a medida protetiva de inclusão em programa de auxílio à família.
direito à educação: direito da criança e adolescente de estudar em escola próxima à sua residência – art. 53, inciso V, do ECA.
direito à convivência familiar: O artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que é direito de toda criança e adolescente ser criado no seio de uma família, seja a biológica (regra) ou substituta (exceção). O Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a convivência familiar, sendo que a retirada da criança ou adolescente do seio de sua família só poderá ocorrer se os direitos do infante ou do jovem estiverem sendo ameaçados ou violados e todas as tentativas de reestruturação da família forem esgotadas.
direito à liberdade: A retirada da liberdade do adolescente só poderá ocorrer nos casos mais graves, mediante exceção, e sempre deverá ser por tempo determinado.

- Caso a criança ou adolescente tenha seus direitos violados ou ameaçados, enquadrar-se-á na situação de risco prevista no artigo 98, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que ensejará a aplicação das medidas protetivas previstas no artigo 101 do mencionado diploma legal:

Art. 101: "Verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
I- encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
II- orientação, apoio e acompanhamento temporários;
III- matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
IV- inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio á família, á 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;
VII – 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."

Nos casos de criança ou adolescente em situação de risco, é instaurado o procedimento chamado de “Pasta Especial”, que é o processo que irá acompanhar a situação da criança ou do adolescente, até que a situação de risco e de violação aos direitos cesse. São nas Pastas Especiais que o Juiz da Vara da Infância e Juventude irá aplicar as medidas protetivas.
Uma atenção especial merece a situação das crianças e adolescentes em situação de risco social/familiar no Distrito Federal. A escala de crianças e adolescentes que têm seus direitos fundamentais constantemente violados é crescente. Diariamente centenas de crianças são expostas à situações de risco, seja por maus-tratos, negligência, alcoolismo, abuso sexual, vulnerabilidade social e vários outros. Existe hoje, na Vara da Infância e Juventude, cerca de 3.500 processos somente de crianças vitimizadas, sem contar que essa cifra é apenas a ponta do iceberg, pois são apenas os casos que são denunciados pelo Conselho Tutelar, DPCA, SOS Criança etc. Milhares de violações sequer chegam ao conhecimento das autoridades, pois a omissão, o medo e a descaso imperam.
No universo das crianças e adolescentes vítimas de violações existe uma realidade mais cruel, que é a situação dos menores que se encontram abrigados no DF (cerca de 900). O abrigamento se dá quando as violações chegam a um nível tão extremo que não resta outra providência a ser tomada pelo Juiz da Vara da Infância ou Conselheiro Tutelar que não seja retirar o infante ou o jovem do convívio com seus familiares (na maioria das vezes os próprios agressores) e abriga-lo.
No Distrito Federal só existe uma abrigo público (CEAR). Os demais abrigos são em sua maioria instituições filantrópicas mantidas por doações e um pequeno subsídio governamental. A situação de todos os abrigos, inclusive o público, difícil, pois são muitas crianças e poucos recursos. Os operadores dos direitos da criança e adolescente se deparam com uma realidade muito frustrante, pois o Estatuto da Criança é perfeito no que tange à questão da proteção à criança em situação de risco, mas a estrutura hoje existente não está apta para fazer cumprir as regras do Estatuto.

- Aos pais e/ou responsáveis pelas crianças ou adolescentes, também poderão ser aplicadas algumas medidas (artigo 129), visto que não basta apenas acompanhar o infante, mas também sua família, até porque, na maioria das vezes as agressões, maus-tratos e abusos se originam dentro do próprio lar. Cumpre ressaltar que as sanções criminais cabíveis aos agressores correrão na Vara Criminal competente, sem prejuízo das medidas aplicadas pela Vara da Infância e Juventude.

Art. 129: "São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento à programa oficial ou comunitário de proteção à família;
II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxilio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
VII - advertência;
VIII - perda da guarda;
IX - suspensão ou destituição do poder familiar.”

Obs 1: Art. 23- A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou a suspensão do poder familiar.
Obs. 2: Art. 24 - A perda ou suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, por meio de processo, respeitado o princípio da ampla defesa e do contraditório, nos casos previstos na legislação civil e na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar (dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais).

- Caso seja verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual perpetrados pelos pais ou responsável, ficando insustentável a convivência da criança ou do adolescente com o agressor, o Juiz da Vara da Infância e Juventude poderá determinar o afastamento do agressor da moradia comum (artigo 130, do ECA).
- Quando a algum adolescente é atribuída a prática de ato infracional é instaurado o PIA (processo de infração de adolescente), no qual poderá o Juiz da Vara da Infância e Juventude aplicar as medidas sócio-educativas do artigo 112 .

Art. 112: "Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

> I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviço à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no artigo 101, I a VI.

§1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
§2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doenças ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições." (Obs: não existe no DF).