

IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PLURINACIONALIDADE E INTERCULTURALIDADE

RUBENS BEÇAK

EDUARDO GONÇALVES ROCHA

ADRIANA VICTORIA RODRÍGUEZ CAGUANA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P733

Plurinacionalidade e Interculturalidade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Adriana Victoria Rodríguez Caguana; Rubens Beçak; Eduardo Gonçalves Rocha. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-681-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PLURINACIONALIDADE E INTERCULTURALIDADE

Apresentação

Pensar criticamente sobre a Plurinacionalidade e sobre a interculturalidade, tema do GT que originou este livro, torna-se cada vez mais necessário. São desafios que a Constituição brasileira e, com maior radicalidade, a Constituição equatoriana lançaram como horizonte normativo. Muitas conquistas foram realizadas, certamente, a questão da diversidade está no centro da discussão sobre dignidade em ambos os países. Os artigos deste livro são contribuições valiosas nessa discussão.

Andrea Soledad Galindo Lozano realizou um estudo no campo da Antropologia Jurídica em que estudou o festival do sol (Inti Raymi), que ocorre em Cotacachi, no Equador. É mais que uma festividade, é uma celebração que visa restaurar o equilíbrio da comunidade, em que rito e conflitos violentos são atos simultâneos de uma mesma celebração sagrada. A autora, em “El poder detrás de la fiesta. Estudio de caso: inti Raymi” apresenta um sistema normativo próprio da comunidade estudada, com tensões com a Justiça estatal e com a justiça indígena.

Ainda sobre o estudo da questão indígena, Cristiny Mroczkoski Rocha e Adriana Fasolo Pilati Scheleder realizou uma pesquisa sobre como o não respeito à diversidade linguística pode comprometer o acesso à justiça dos povos indígenas. Em “O problema linguístico e a exclusão identitária: a experiência indígena no processo judicial brasileiro”, as autoras demonstra como o sistema de Justiça necessita alargar a noção de diversidade para gerar “espaços democráticos e isonômicos às minorias linguísticas”.

Flávio Couto Bernardes e Pedro Augusto Costa Gontijo realizaram um estudo no campo da teoria do Direito para defender que na base do Estado plurinacional está o reconhecimento e a alteridade. Para os autores, a lógica discursiva e dialógica, que tem por fundamento o reconhecimento da multiculturalidade, está no centro de legitimação dos Estados plurinacionais.

Bruno Henrique Martins Pirolo , Daniel Barile da Silveira, em “Efetivação de direitos sociais através da cultura de prática de movimentos sociais organizados e atuantes”, defende que a existência dos movimentos sociais é fundamental para a efetivação de Direitos Sociais.

Procurou-se no estudo explicar não apenas o surgimento dos direitos sociais e dos movimentos sociais, mas essencialmente a importância da ação dos movimentos sociais para a efetivação de Direitos nos Estados Democráticos.

Isabela Figueroa no artigo intitulado "A TERRA KAINGANG E O CAMINHO DE VOLTA PARA OS PELOTENSES", fez uma pesquisa sobre a reivindicação de terras de famílias de índios que buscavam abrigo no Rio Grande do Sul, tendo como finalidade a interculturalidade, tendo em vista as dificuldades que tais grupos enfrentam na sua inserção na sociedade.

Por fim, Luís Felipe Ramos Cirino e Rubens Beçak escreveram o capítulo “A influência cultural na responsabilização da administração pública nos sistemas brasileiro e francês: uma breve análise comparada”. Os autores comparam o sistema de responsabilização francês com o brasileiro, destacando que naquele país há um sistema dual de jurisdição, existindo um sistema de justiça administrativa, inexistente no Brasil.

“HÁ UM PASSADO NO MEU PRESENTE”: O NEOMENORISMO NA BIVALÊNCIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.

"THERE IS A PAST IN MY PRESENT": NEOMENORISM IN THE BIVALENCE OF THE INTEGRAL PROTECTION OF CHILDHOOD AND YOUTH.

Angelica Rodrigues Alves

Resumo

O artigo pretende apontar a continuidade da sistemática repressiva e determinista que fundamentou a extinta Doutrina da Situação Irregular direcionada à infância e juventude. Apesar da nova perspectiva, que alocou a criança e o adolescente enquanto sujeitos de direito, a práxis estatal permanece minorista frente aos adolescentes em conflito com a lei e os acolhidos. A partir de pesquisa bibliográfica interdisciplinar e de dados oficiais busca-se apontar que a Proteção Integral, que deveria servir como preceito emancipatório, tem se reafirmado enquanto elemento de (re)exclusão, fruto de uma interpretação ideológica dominante que se utiliza da bivalência de seus princípios norteadores.

Palavras-chave: Doutrina da situação irregular, Declaração da proteção integral, Menorismo, Acolhimento institucional, Internação

Abstract/Resumen/Résumé

The article aim at the continuity of the repressive and deterministic system that founded the extinct Doctrine of the Irregular Situation directed to childhood and youth. Despite the new perspective, which has assigned children and adolescents as subjects of law, state praxis remains minorist in relation to adolescents in conflict with the law and those who are institutionalized. From an interdisciplinary bibliographical research and official data, it is pointed out that Integral Protection, which should serve as an emancipatory precept, has been reaffirmed as an element of (re)exclusion, from a dominant ideological interpretation that uses the bivalence of its principles

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Irregular situation doctrine, Integral protection declaration, Minorism, Institutional reception, Internment

INTRODUÇÃO

Desde a primeira legislação brasileira voltada à infância e juventude, o chamado Código Melo de Mattos de 1927, até o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, este tema pende, como todo fenômeno sociocultural e jurídico, da atuação de agentes para a concretização de seus mandamentos e sua adequada interpretação principiológica.

Surgido com mote assistencialista e protetivo, o Código de Menores de 1927, que previa atuação tutelar estatal voltada principalmente à infância pobre pautada pelo positivismo que orientava às ciências nas primeiras décadas do século passado, criou um olhar de salvaguarda aos ditos *menores* em risco moral (abandonados, vadios, delinquentes). Com a discricionariedade do Juiz de Menores o estado tutelar lançava a institucionalização como forma de corrigir e reconduzir os infantes e jovens a uma vida social produtiva.

O Código de Menores de 1979 reproduziu a sistemática da doutrina da situação irregular, tendo em vista que não elencou, universalmente, direitos à infância, mas sim pontuou, de maneira repressiva, a atuação frente aos adolescentes em prática de infração penal, desvio de conduta e abandonados.

Esta dinâmica teve fim formal com a Constituição Federal de 1988 e a consequente promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que inaugurou a chamada Doutrina da Proteção Integral, consignando direitos fundamentais em regime de prioridade absoluta à universalidade da infância e juventude, consagrando tais indivíduos enquanto sujeitos de direitos. Pautado por princípios como o melhor interesse e a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda padece de concretização, principalmente em razão do denominado *neomenorismo*, que consiste em um retorno à visão bifocal da “compaixão-repressão”.

Continuísmos da prática orientada pela anterior doutrina da situação irregular podem ser vislumbradas principalmente nos pontos mais delicados da disciplina constante no Estatuto da Criança e do Adolescente, o acolhimento institucional e a aplicação de medida socioeducativa de internação.

Pretende-se, com o presente artigo, demonstrar que a retórica principiológica não foi capaz de efetivar a contento os avanços formais que revestem a proteção integral, muito em razão de uma interpretação equivocada dos seus fundamentos, que, possuindo conceitos amplos e abertos leva a uma atuação estatal que, em verdade, fere direitos fundamentais da infância e juventude, justamente devida a sua possível interpretação bivalente.

DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR

O primeiro diploma legislativo brasileiro a consolidar uma sistemática voltada à infância e juventude foi promulgado em 12 de outubro de 1927, (Decreto nº 17.943 – A), Código de Menores, denominado Código Mello Mattos, consubstanciado na chamada lei de assistência e proteção ao menor e apontava, de maneira preliminar, os destinatários de suas regras legislativas: “Art. 1º O menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistencia e protecção contidas neste código”. (BRASIL, 1927)

O Código Mello de Mattos, que transformou a fase do tratamento penal indiferenciado em fase tutelar (Méndez, 2000), previa o aporte dos profissionais de Medicina e Psicologia com vistas analisar a situação de irregularidade dos menores, “avaliando as condições em que eles viviam, de modo a definir seus predicados morais” (LYRA, 2013, p. 21).

Os *menores*, sob a ótica apresentada, consistiam no objeto de tutela do Código, em categoria diferenciada das denominadas *crianças*, em razão de situados dentro dos limites da exclusão, ou seja, em situação irregular.

O *menor*, adjetivado pela sua condição excludente (delinquente, abandonado, vadio, gatuno, capoeira) constituía uma subclasse, *inferior* categoria do gênero infância e juventude, que significavam à sociedade uma ameaça, real ou latente. Segundo Vianna (1999, p. 26) “ao se considerar que a classificação produzida (menores abandonados, vadios etc) correspondia determinados procedimentos – internação em instituições estatais, soltura mediante pedidos devidamente aprovados dos responsáveis etc”.

As situações descritas eram as circunstâncias autorizatórias da atuação estatal tutelar, sendo a autoridade, a quem incumbisse a assistência e proteção aos menores, responsável por ordenar a apreensão dos abandonados e seu *depósito em local conveniente*, providenciando sua educação e vigilância. A tutela era pautada não por uma retomada de humanidade, mas por uma atuação repressora e estigmatizante, que, com vistas a corrigir e prevenir a delinquência, retirava-os do convívio social, com a justificativa de assistência e proteção, mas que, aplicando a crítica *foucaultiana* (FOUCAULT, 1997) tinha por estratégia torná-los dóceis e uteis.

Quanto aos ditos delinquentes “autores ou cúmplices de fato qualificado como crime”, caberia um processo especial, se maiores de 14 anos e menores de 18, com diferenciadas consequências: se abandonado, pervertido ou a perigo de ser, seria providenciada sua colocação em asilo ou escola de reforma pelo prazo de três a sete anos; caso não fosse abandonado, pervertido

ou não estivesse em perigo de ser, a destinação seria a mesma, entretanto pelo prazo de um a cinco anos.

Aos que ainda não tinham 14 anos completos, em que pese não enfrentarem um processo especial para apuração do ato delituoso, no caso de serem considerados abandonados, pervertidos ou a perigo de ser, seriam mantidos em asilos, casa de educação ou escola de preservação pelo tempo necessário, no limite dos 21 anos. Mesmo os delinquentes absolvidos no processo especial poderiam ser entregues à pessoa idônea ou escola de reforma.

Aos vadios (definidos como os refratários a receber instrução ou entregar-se a trabalho sério e útil, vagando pelas ruas e logradouros públicos); mendigos (aqueles encontrados pedindo esmolas ou donativos a pretexto de venda de objetos) e os libertinos (os que convidavam outrem à prática de ato obsceno ou entregues à prostituição), caberia o encaminhamento a instituição de caridade ou escola de preservação no caso desta conduta ser habitual.

A educação, base retórica das estruturas de recolhimento dos menores, não possuía o intento emancipatório, mas de adequá-los ao seu *locus* social possível: o mundo do trabalho, e, caso não houvesse a adequação, a estrutura penal estaria apta a recebê-lo com a chegada da maioridade.

Com o advento do Código Penal de 1940, que em seu art. 23 (BRASIL, 1940) pontuou que os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis¹, sujeitando-os às normas da legislação especial foi necessária uma readequação do sistema de responsabilização especial, o que foi realizado pelo Decreto lei nº6026 de 24 de novembro de 1943 (BRASIL, 1943). Este diploma previa as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos, mantendo a idade de repercussão procedimental aos 14 anos, como antes fixada no Código Melo de Mattos.

Passou a haver a análise de periculosidade do menor autor de infração penal, que, uma vez constatada, ensejaria a internação em estabelecimento de reeducação ou profissional, em caráter obrigatório, e, na ausência de periculosidade, tal encaminhamento apresentava-se facultativo, sendo previsto, naquele diploma, que “art 10. em todos os casos, o Juiz estudará a personalidade do menor, sobretudo em seu ambiente familiar e social, mandando proceder reservadamente às perícias e inquéritos necessários à individualização do tratamento e da educação” (BRASIL, 1943).

¹ A reforma do Código Penal, promovida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, alterou o conteúdo do art. 23, passando a disciplinar a idade penal nos seguintes termos: Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Assaz, portanto, a leitura de Foucault, efetuada por Saliba (2006) no que diz respeito à estratégia de controle e organização social voltada à infância e juventude marginalizada: a necessidade da construção do indivíduo integrado à sociedade capitalista.

O surgimento da denominada marginalidade urbana brasileira, numa análise interpretativa histórico cultural, apresentada por Schneider (1987) ocorreu no pós Segunda Guerra, a partir da soma dos fatores de modernização do setor agrícola, que produziu a migração para as cidades, a baixa capacidade de absorção da força de trabalho e a taxa de incremento demográfico que conduziram a uma significativa gama de indivíduos passíveis de atividades tão somente de subsistência.

Atribuindo o desenvolvimento tardio e industrialização excludente como condições de surgimento dos marginalizados, a autora descreve o contexto da marginalidade como situação social:

A marginalidade é, pois, caracterizada com relação à estrutura ocupacional. A própria estrutura econômica e social condiciona a existência de “ocupações” marginais. Nestes termos, pode-se considerar a marginalidade como resultado das tendências que assume o modo de produção de uma economia dependente e monopolista. (SCHNEIDER, 1987, p. 23)

Segundo Schneider (1987), em um primeiro momento o contexto marginal surge da lógica espacial urbana, tendo em vista a aglutinação das populações nos entornos das cidades, no entanto, esse contexto foi ampliando para além das questões ecológicas, não somente em razão das populações ditas marginais também se alocarem em partes urbanas centrais degradadas, mas devida a observação de que a privação não se consubstanciava em suas moradias, apenas, e sim no contexto das condições socioeconômicas e culturais.

Tais fatores, que pontuam esta população como de pequeno “custo urbano”, geram, por consequência, um baixo custo de reprodução da força de trabalho, cujos *menores* não adequados naturalmente a compor suas fileiras, em razão do “abandono moral” ou da delinquência”, deveriam ser reconduzidos pelo Estado tutelar, sendo preparados para ocupações instáveis, precárias ou mal remuneradas, ou mesmo o exército industrial de reserva² (MARX, 1989). Para a submissão do indivíduo a estas condições, o controle estatal teve por estratégia a vigília e institucionalização visando disciplinar os *menores marginais desviados*.

² Marx, ao tecer a crítica da economia política aponta o exército industrial de reserva como sendo o excedente de trabalhadores, produto da redução dos postos de trabalho pela tecnologia, modernização do setor industrial face aos aglomerados humanos. O fenômeno é vital ao capitalismo por cumprir dupla função: servir ao capital quando em movimento de expansão e fator de redução dos salários dos que estão trabalhando (MARX, 1989).

Foucault (1997) aponta, em sua obra *Vigiar e Punir*, a substituição do poder punitivo pela estratégia do controle, e a atuação invisível deste:

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo[...] A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente [...] O poder judiciário não escapará a essa invasão, mal secreta. (FOUCAULT, 1997, p.143)

A estratégia de vigília, utilizando-se da família, escola ou instituições de internação pautaram a elaboração do Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, apesar de, no plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, ter adotado a Doutrina de Proteção Integral³, persistindo, no plano interno, como *práxis*, a postura assistencialista e repressora.⁴

Tal instituto jurídico delimitou como seus destinatários os menores até 18 anos, em situação irregular, conforme constante em seu art. 2º⁵.

O Código de Menores de 1979 também previa a medida de internação aos menores com *desvio de conduta* ou autores de infração penal, o que demonstrava sua orientação voltada à adequação e ao controle social, incapaz e desinteressada de assegurar direitos às crianças e adolescentes.

O Código de Menores, substituiu os abandonados e delinquentes pelo que nominou menores em situação irregular, “categorial com referências explícitas à ideia de patologia social, com referências a uma falta de proteção familiar ou a famílias com dinâmicas não-hegemônicas

³ A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, apenas foi ratificada pelo Brasil no ano de 1990, pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, posteriormente, inclusive, à promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴ Aqueles que não se “submetiam” ao sistema de vigilância, não alcançando, portanto, a utilidade e a docilidade, estariam destinados a alcançar a maioridade no sistema de internação, quando, então, poderiam ser absorvidos pelo sistema criminal.

⁵ Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável em provê-las; 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 inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal [...] (BRASIL, 1979)

de educação filial” (SCHUCH, 2009, p. 121), o que seria um reaquecimento das teorias higienistas do início do século XX.

A denominada situação irregular demonstrou-se nada mais que o coletivo das situações estigmatizantes da infância e juventude, autorizatórias da atuação discricionária do Juiz de Menores, aglutinando “delinquentes, vítimas e pobres” com aqueles que apresentavam “desvio de conduta” ou que estavam sob “perigo moral”.

A situação irregular teve fim, em seu aspecto jurídico-formal com a Constituição Federal de 1988, fruto do intenso movimento pela redemocratização do país, que não teve, contudo, o poder de extinguir a concepção menorista da práxis jurídica.

DECLARAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Preambularmente, no que diz respeito à atual orientação principiológica acerca do direito da infância e adolescência, cabe uma reflexão terminológica. Opta-se pelo termo “declaração”, em detrimento de “doutrina”. Em que pese consolidada a denominação “Doutrina” da Proteção Integral, há que se fazer uma breve crítica emblemática ao termo consignado.

Admitir-se o uso do termo “doutrina”, eis que baseado em teoria, poderia levar a crer em hipóteses⁶, podendo estas culminarem ou não em uma realidade, afirmando-a ou negando-a. Ademais, a proteção integral da infância e juventude, mesmo se tratando de condição inerente a estes indivíduos, não compõe, ainda, a realidade em que estes estão inseridos.

A opção por “Declaração” em detrimento de “doutrina” diz respeito à essência da proteção integral, que pode ser verificada como a declaração de que toda criança e todo adolescente, tidos como grupo total - não mais se admitindo outras categorizações como por exemplo: *menor* - são sujeitos de direitos, e, além disso, a atuação do ordenamento jurídico em torno destes se orienta sob a égide dos direitos fundamentais, e não mais de maneira segmentada e sectarizada, (repressiva e assistencial) voltada tão somente aos que se encontram em situação de extremo risco social.

Há muito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948⁷, havia proclamado, em

⁶ Hipótese aqui no sentido de suposição, algo que pode, ou não, ser verossímil.

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: *PREÂMBULO. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo[...]* Artigo 6. *Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.*

seu artigo 6º, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. Este reconhecimento pressupõe, portanto, que tal condição não subiste em razão da lei, mas sim independente dela, sentido confirmado por Comparato (1999, p. 30): “a dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer, de todo o direito positivo”.

Nesta análise, o fato da criança e do adolescente transmutarem, no ordenamento jurídico pátrio, de objeto para sujeitos com o advento da Constituição Federal de 1988, não significa que estes foram alavancados, ou promovidos, mas sim proclamados, utilizando-se, aqui, analogicamente, a consideração pontuada por Brega Filho (2002) acerca justamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

O termo proclamou é bem expressivo e resultou da vontade de evidenciar que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana. Não houve concessão ou reconhecimento de direitos, mas a proclamação deles, revelando que a sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade (BREGA FILHO, 2002, p. 17)

Ora, se o a criança e do adolescente deixaram de ser encarados pelo Estado brasileiro enquanto objetos, sendo adequados à sua condição inerente de sujeitos de direitos, e tal fato, nada mais é, que o próprio sentido principiológico da proteção integral, essa não pode ser considerada enquanto uma doutrina, mas sim, como declaração promulgada, validando, portanto, a adoção da terminologia Declaração da Proteção Integral, que teria, por se tratar de direitos humanos, caráter irrevogável, sendo vedado o seu retrocesso.

Sedimentando tal orientação, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, primando pela realização, em todos os aspectos, da orientação do princípio *mor* da dignidade humana da criança e do adolescente, alocando-os como sujeitos plenos de direitos, com especial atenção à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Em suma, “A subjetividade que se estabelece aqui é a titularidade de direitos, em perspectiva emancipatória, fundada nos valores e Direitos Humanos”. (RAMIDOFF, 2011, p. 22).

Em suma, a Declaração da Proteção Integral representa a garantia a todas as crianças e adolescentes dos mesmos direitos fundamentais declarados aos adultos, no entanto, tal atenção deverá ser efetuada com observância ao princípio da prioridade absoluta, regido pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se traduz em: 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 (BRASIL, 1990).

A infância e juventude, pontuadas pela declaração da proteção integral enquanto sujeitos de direitos, sequer necessitaria do Título II – Dos Direitos Fundamentais presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente para concretização da eficácia de seus direitos fundamentais (uma vez que já indicados pela Constituição Federal), todavia, sua promulgação, ao indicar a prioridade absoluta, introduziu uma dupla via garantista, dotando tais direitos de uma espécie de ultrafundamentalidade, em razão de uma estratégia de nação.

Na via inversa, é verificável o *status* de constituição material ao Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme aponta a primeira parte do § 2º, art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados[...]. Recorrendo a José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991), ao discorrer sobre direitos fundamentais da infância e juventude, o ECA estaria compondo os denominados direitos fundamentais sem expresse assento constitucional formal, ou seja, direitos fundamentais extraconstitucionais. (CANOTILHO, MOREIRA, 1991, p. 59)

NEOMENORISMO

García Méndez (2010) indica que a primeira vez em que teve contato com o termo neomenorismo, foi ao final da década de 1990, no Brasil, através de Antônio Fernando do Amaral da Silva, juntamente com Antônio Carlos Gomes da Costa (o primeiro em sentido jurídico e o último em sentido sociológico) indicando, naquele momento a acepção do termo: “o Estatuto do Brasil não teria assumido o caráter de ruptura paradigmática que o distinguiu como pioneiro” (MENDEZ, 2010, p.16).

O autor pontua o neomenorismo como o retorno às raízes da “compaixão-repressão”, denunciando, no entanto, a nova lógica, que abandona o foco da formação do cidadão útil, cambiando seu sentido:

Já não mais como originalmente, ao coagir grandes quantidades de marginalizados para introduzi-los ao mercado, mas acima de tudo para “resolver” uma das manifestações sociais mais graves que afetam e colocam em risco as frágeis democracias da região. Refiro-me aos problemas que se apresentam em razão dos jovens pobres das periferias dos grandes conglomerados urbanos. Problemas que até hoje algumas pessoas pretendem, de modo torpe, resolver com a destruição sistemática das garantias, a fim de utilizar a privação de liberdade não como uma forma de resposta forte e séria do Estado diante dos graves delitos cometidos por menores de idade, senão como uma forma de “política social reforçada” para tais jovens. Essa tendência, me arrisco a afirmar, constitui um dos componentes centrais da questão da infância na América Latina atual (García Méndez, 2010, p.11).

Tais considerações levam à suposição de que, a atividade tutelar, própria da doutrina da situação irregular, que institucionalizava os menores (abandonados, delinquentes, vadios, mendigos, gatunos, pervertidos etc) com vistas a torná-los aptos a ocupar os baixos postos do operariado, transmutou-se em instrumento de segregação, em razão do improvável enquadramento dócil à sociedade excludente, ou ao fenômeno da “massa marginal”, sendo este um dos vários aspectos possíveis do neomenorismo. Se o menorismo esteve pautado pela Escola Positiva de Direito Penal, o neomenorismo estaria, sob essa ótica, orientado pela Teoria do Etiquetamento (*Labelling approach*) de Becker (2008).

A transversão do caráter educativo e protetivo é tratado por Sposato, discorrendo ser este o pano de fundo que “favorece interpretações demagógicas da legislação, sempre em prejuízo e cerceamento da liberdade dos adolescentes”, além da “indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e princípios processuais penais”, sendo que “todos os elementos citados configuram um “neomenorismo” fundado na pretensa proteção e ausência de limites para a intervenção socioeducativa” (SPOSATO, 2011, p. 111).

Neomenorismo, contudo, não se limita a um fenômeno singular, podendo assumir diversas perspectivas, inclusive dos incautos defensores da proteção integral, desde que a crença na pedagógica função das medidas socioeducativas ofusque o contexto socioeconômico desigual em que o Estatuto da Criança e do Adolescente opera, a etapa neoliberal atualmente experimentada, e, pontualmente, a escalada conservadora em que o país vivencia.

Méndez (2008) de maneira enfática delimita:

O conceito “neomenorismo” designa a posição assumida por aqueles que, em geral, tendo participado do processo de derrocada das velhas leis de menores e de sua substituição por leis baseadas na doutrina da proteção integral, pretendem hoje um uso tutelar e discricional da legislação garantista. (2008, p.33)

Conclui Emílio García Méndez, apontando a essência do neomenorismo: “Se da perspectiva conservadora o modelo da responsabilidade penal dos adolescentes conspira contra a eficácia do controle social repressivo; da perspectiva progressista o mesmo modelo conspira contra a eficácia da bondade” (2008, p.34).

O debate acerca do fenômeno neomenorista torna-se, portanto, central, uma vez que encoberto pelo *mantra* de que o Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui, em tese, como a mais avançada legislação latino-americana para a área, práxis e interpretações ultrapassadas ampliam-se desapercibidas.

CONTINUÍSMOS E O CARÁTER BIVALENTE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Justamente em razão de ser massivamente considerada como legislação modelo, o Estatuto da Criança e do Adolescente padece de uma certa imunidade contra a construção de críticas sobre sua sistemática. De fato, ao pormenorizar os critérios de garantia dos direitos fundamentais e apontar a prioridade absoluta, na denominada categoria de constituição material, o estatuto, além de inovar, representa uma *virada de Copérnico* legislativa.

No entanto, se antes da Constituição Federal de 1988 a atenção normativa voltava-se tão somente aos *menores*, objetos de tutela, a infância universalizada pela proteção integral teve consagrados todos os espectros da dignidade humana, contudo, sem adentrar aqui no mérito da eficácia alcançada por este novo paradigma, tais direitos já estavam garantidos ao restrito grupo encarado como crianças pela doutrina da situação irregular, não em razão de uma política de Estado, mas em razão das condições culturais e socioeconômicas de suas famílias.

Em outros termos, se carecem de alcance à totalidade da infância e juventude os direitos fundamentais, mesmo passados quase três décadas de sua constitucionalização enquanto sujeitos, antes de tal advento, ainda que sem garantias legislativamente construídas, as crianças (socioeconomicamente privilegiadas) de outrora já os exercitavam em detrimento dos ditos *menores*, para os quais eram voltadas tão somente as ações preventivas-repressoras.

A título de exemplo, cabe apontar que, segundo dados do Ministério da Saúde (DATASUS, 2007), o número de mortes evitáveis⁸ que acometeram crianças entre os 0 e 5 anos de idade, no ano de 2015, foi de 43.096 (acúmulo decenal de 473.531 mortes para a faixa etária); entre os 5 e 9 anos (2015) 3.266 (41.522 nos últimos 10 anos); entre 10 e 14 anos, 4.893 mortes (com 55.702 nos últimos 10 anos) e 21.356 óbitos na faixa dos 15 aos 19 anos (200.083 entre 2.006 a 2015). No total foram 770.838 mortes de crianças e adolescentes que poderiam ser evitadas se presentes ações efetivas de prevenção e tratamento pelo Sistema de Saúde (BRASIL, 2015).

Estes dados confrontam o regramento constante no art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve: “É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde” (BRASIL, 1990).

⁸ As causas de mortes evitáveis ou reduzíveis são definidas como aquelas preveníveis, total ou parcialmente, por ações efetivas dos serviços de saúde que estejam acessíveis em um determinado local e época [...] poderiam ser evitáveis na presença de serviços de saúde efetivos. Malta, Deborah Carvalho et al. Lista de causas de mortes evitáveis por intervenções do Sistema Único de Saúde do Brasil. Epidemiol. Serv Saúde, Brasília, v 16, n 4, p. 233 – 244, dez. 2007. Disponível em: <http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/14517/art_MALTA_Atualizacao_da_lista_de_causas_de_mortes_2010.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 de dez. 2017.

Utilizando-se este dado pontual, que versa acerca de direito fundamental à vida, que se constitui em espectro de políticas públicas de saúde, 770.838 crianças e adolescentes foram alijados de suas garantias, para os quais o advento de sujeitos de direitos não alcançou repercussão.

Acerca dos princípios norteadores, o Código de Menores de 1979 indicava em seu art. 5º que sua aplicação teria privilegiado o interesse do menor, que sobrelevaria qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Vislumbra-se correspondência ao atual “melhor interesse da criança e do adolescente”, princípio orientador do Estatuto da Criança e do Adolescente. A correspondência que se apresenta demonstra que a retórica principiológica não é capaz, por si só, de garantir o atendimento da infância e juventude de maneira condigna. Tanto no Código de Menores, como no ECA, o interesse do menor no primeiro e o melhor interesse noutro, são capazes de fundamentar medidas reversas⁹.

A internação, cuja orientação deve ser pautada por brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento, escapa à última *ratio*, servindo a outras razões¹⁰, assim como ocorria sob a égide do Código de 1979, que prescrevia, em seu art. 40, que somente seria determinada caso fosse inviável ou malograsse a aplicação das outras medidas previstas.

As medidas aplicáveis aos adolescentes, preconizadas no Código de Menores, também encontram correspondência no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que a diferenciação ocorria em razão de estarem aglutinadas no mesmo artigo que capitulava medidas destinadas aos pais ou as que hoje são denominadas protetivas. O art. 14 da revogada lei previa a advertência; entrega aos pais, responsáveis, ou pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição de regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Havia, ainda, o mandamento constante no art. 103 indicando que sempre que possível e se fosse o caso, o juiz deveria tentar a composição do dano causado pelo *menor*, uma correspondência ao que hoje se consagra na medida socioeducativa de reparação de dano. As demais outras medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do

⁹ Nesse sentido, apontamos a fala do Procurador da República Guilherme Schelb (SCHELB, 2012): “Muitos que estão internados nessas instituições, que são verdadeiros locais de tortura, mas esses locais, muitas vezes são (sic) a única forma dele permanecer vivo. Porque está envolvido com droga e tráfico, ou está envolvido com a criminalidade avançada, ou é perseguido pelos familiares de vítimas, porque muitas vezes eles praticam o crime na própria localidade onde moram. É preciso ter uma visão de que não estão ali porque estão precisando ser ressocializados apenas, muitos deles estão de tal forma imersos na criminalidade que vai ser uma situação muito mais complexa, porque ele não está ali para ser reavaliado, ele já está no crime há muitos anos”

¹⁰A Internação provisória, que ocorre no curso do Procedimento de Apuração de Ato Infracional, é aplicada mesmo em casos de atos infracionais que não suscitam como medida socioeducativa aplicável ao caso *in tesis*. É o que a doutrina denomina “internação susto” ou “internação pedagógica”.

Adolescente constituem-se em advertência, prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

O paralelismo das medidas aplicáveis aos *menores* em relação as que hoje estão em voga, direcionadas ao adolescente em conflito com a lei (autor de ato infracional) merece um destaque: a doutrina da situação irregular previa a liberdade assistida no art. 38 (Código de Menores de 1979), disciplinando que tinha por fim *vigiar, auxiliar e orientar o menor*, sendo que o ECA indica, em seu art. 118 que, a liberdade assistida recairá sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de *acompanhar, auxiliar e orientar* o adolescente. A diferença entre as duas legislações reside no fato de que no atual regramento, a liberdade assistida será aplicada tão somente ao autor de ato infracional, e no revogado, a aplicação ampliada abrangia também o adolescente com desvio de conduta, o menor em grave inadaptação familiar ou comunitária e o autor da antes denominada infração penal.

Em ambas legislações havia o indicativo do fortalecimento dos vínculos familiares, *in verbis*: “art. 13. Toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar” (BRASIL, 1979) (Capítulo I – Das medidas aplicáveis ao menor - Código de Menores) e “art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (BRASIL, 1990) (Capítulo II – Das medidas específicas de proteção - Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tais apontamentos indicam que, no que diz respeito à infância e à adolescência mais vulneralizada em razão da ausência de direitos, carência de políticas públicas e em agravado risco social, a sistemática, tanto no paradigma da situação irregular como no da proteção integral, foi pautada em vanilóquios, incapazes de conduzir uma grande gama de crianças e adolescentes a construção de uma vida adulta cidadã.

A eloquência legislativa foi vazia antes e permanece sendo. Se antes da declaração de proteção integral existiam crianças e adolescentes (termos sociologicamente construídos antes do advento da Constituição Federal de 1988 como aqueles plenos em direitos e garantias, em razão de suas condições pessoais de vida), após tal declaração continuam existindo os *menores* (cujo significado alcança aqueles destituídos de direitos fundamentais, vulneráveis e marginalizados).

A divisão da infância e juventude em categorias transpôs o século, como é possível vislumbrar dentre aqueles institucionalizados de hoje, seja em cumprimento de medida socioeducativa (em razão de cometimento de ato infracional) ou sofrendo medida protetiva de acolhimento (devida a permanência da criança e do adolescente em sua família ser impossível ou inviável, de forma transitória ou permanente).

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

O acolhimento institucional consubstancia-se em medida protetiva aplicável à criança e ao adolescente quando a permanência destes em suas famílias naturais ou extensas¹¹ apresentar-se impossível ou inviável, estando configurada a situação de risco para estes.

Dentre os princípios que devem pautar a aplicação da medida estão compreendidos a proteção integral e prioritária, tidos a partir do interesse superior da criança, considerada a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram, e, em especial, em razão do direito fundamental à convivência familiar e à prevalência da manutenção da criança e do adolescente no seio desta, nos termos traçados pelo art. 100, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹².

Outros princípios traçados pelo artigo em destaque, correspondem a responsabilidade primária e solidária do poder público em suas três esferas, intervenção precoce, intervenção mínima, proporcionalidade e atualidade e a responsabilidade parental.

A criança e o adolescente acolhidos podem permanecer institucionalizados, separados de maneira transitória de suas famílias de origem, no caso de aplicação da suspensão do poder familiar, ou podem ter o vínculo familiar extinto em decorrência da destituição do poder familiar. As duas, extremamente gravosas, somente poderão decorrer em situação excepcionalíssima, onde foram vencidas todas as possibilidades de manutenção ou restabelecimento dos vínculos afetivos entre o infante e suas famílias de origem.

A suspensão do poder familiar, que, em tese, gera a manutenção transitória do adolescente e da criança na situação de institucionalização, desencadeia duas possibilidades, a reestruturação familiar – mediante atuação direta de políticas públicas – sanando os problemas que originaram a medida protetiva, com o devido retorno da criança ou adolescente, ou, uma vez não apresentando resultados positivos, transmutação da suspensão em destituição do poder familiar. No primeiro caso, poderá haver o retorno à família natural, e, no segundo, em razão do direito a conviver em uma família, estaria categorizada a situação de adoção.

Neste ponto, cabe indicar a situação atual da medida protetiva, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça colhidos ao final do ano de 2017, as guias de acolhimento perfaziam

¹¹ De acordo com o ECA: Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

¹² X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva. (BRASIL, 1990)

o número de 278.632 crianças ou adolescentes, sendo que os desligamentos alcançaram o número de 230.409, ou seja, na data de verificação, a cifra de acolhimentos mantidos chegava ao total de 48.223. Deste universo, 8.366 crianças encontram-se aptas para serem adotadas, ou seja, tiveram os vínculos com a família totalmente rompidos via destituição do poder familiar. (CNJ, 2017)

Em tese, sendo medida excepcional, deveria ser tomada tão somente quando esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança em sua família, ou seja, quando a atuação estatal via políticas públicas, após todos os esforços, não alcançasse sucesso.

Na prática, não é este o pano de fundo das destituições. Silva (2004) analisando dados colhidos em 589 instituições de acolhimento no Brasil, abarcando 20 mil crianças e adolescentes, aponta que 24,1% dos acolhimentos se deram em razão de carência de recursos materiais da família, sendo esta a principal razão do rompimento do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Constata-se, portanto, afronta ao mandamento do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que este consigna em seu art. 23 que a ausência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, além do pontuar, no mesmo artigo que “§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção”. (BRASIL, 1990)

Dentre outros motivos constam a dependência química dos pais (11,3 %), vivência de rua (7%) e abandono dos pais ou responsável (18,8%) motivos evitáveis, ou corrigíveis.

O perfil dos acolhidos, pontuado na mesma pesquisa, indicou que 58,5% do público é composto por meninos, 63,6% afrodescendentes e 61,3% contavam entre 7 e 15 anos de idade, sendo marcante o fato de que apenas 5,8% dos acolhidos tiveram, a seu favor, o impedimento judicial de convívio com a família de origem.

Tais dados constroem o cenário de que o acolhimento institucional seria utilizado como salvaguarda dos petizes, em razão de condições de vulnerabilidade social, e em detrimento da garantia de proteção e atenção às famílias, o que geraria, conseqüentemente, a extinção do direito da criança e do adolescente permanecerem no seio destas. Garantir direitos fundamentais à criança e ao adolescente não significa encontrar famílias “melhores” ou com “melhores condições”, tal prática remete ao sentimento *menorista* de *compaixão*.

O *menorismo*, que ronda a atuação sociojurídica voltada à infância e adolescência, aliás, foi o fundamento para a atuação legislativa que promoveu alterações recentes no Estatuto da

Criança e do Adolescente. Através da Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017¹³, promovendo justamente uma suposta celeridade nos processos de adoção.

O equívoco menorista orbita no fato de que, trazendo agilidade à destituição do poder familiar e rompendo os vínculos com a família de origem, em detrimento da regularização, apoio, e proteção desta, ocorre o ataque aos direitos fundamentais da própria criança, com o nítido retorno à condição de objeto, eis que, processos acelerados de adoção servem, prioritariamente, à adultos adotantes. O interesse superior da criança e do adolescente, princípio bivalente, passa a ser encarado como dar a eles “uma família melhor do que as que possuem”.

A simbólica medida, ao prever celeridade ao procedimento de adoção, elimina a prudente análise do caso concreto, onde cada criança e adolescente necessita, via acompanhamento inter e multiprofissional, o seu enquadramento em uma nova célula familiar, eis que possuem histórias, vínculos, culturas e raízes que devem ser respeitadas.

Ademais, tendo em vista o apontamento de que as causas de separação das famílias de origem muitas vezes ocorrem em razão de causas que se apresentam desproporcionais, a destituição do poder familiar e a consequente adoção não se apresentam como solução de um problema que, no mais das vezes, tem fundo socioeconômico e omissão do responsável primário, o Estado.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

A medida socioeducativa de internação, prevista no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui em privação da liberdade do adolescente a ser regida pela brevidade e excepcionalidade, ao final do Procedimento de Apuração de Ato Infracional, respeitada a condição de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

A previsão estatutária aponta que esta medida será aplicada no caso de atos infracionais cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver reiteração de outras infrações graves ou em caso de descumprimento de outra medida anteriormente imposta. Cabível somente para o adolescente entre 12 e 18 anos incompletos, o ECA demonstra-se mais severo que o Código de Menores de 1979, que apontava marco etário inicial de responsabilização 14 anos.

¹³ O projeto de modificação foi de autoria do deputado Augusto Coutinho (SD/PE) que traçou como justificativa a necessidade de maior rapidez nos procedimentos de destituição do poder familiar e de adoção, com prioridade nos casos de crianças “de tenra idade”. A título de informação, o autor do projeto votou favoravelmente à redução da maioria penal para os 16 anos nos casos de cometimento de crime hediondo, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte (PEC nº 171/93), aprovada na Câmara dos Deputados em segundo turno na data de 19 de agosto de 2015.

Este é o espectro que mais nitidamente demonstra a diferenciação entre adolescentes e *menores*. De acordo com o Enid Rocha Andrade Silva, “os problemas do Sistema Socioeducativo são similares do sistema prisional: a seletividade racial, a massificação do encarceramento, a superlotação, assassinatos dentro das instituições, relatos de tortura”. (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 30)¹⁴

O levantamento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Ministério dos Direitos Humanos – Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente) em seu Levantamento Anual SINASE, 2014, apresentou que, dentre a população brasileira, 24.042.852 estavam dentro da faixa etária entre os 12 e 18 anos, e somente 24.628¹⁵ cumprindo as medidas de internação provisória¹⁶, semiliberdade ou internação, correspondendo a 0,1% da população total desta etapa da vida (1.181 do sexo feminino).

A distribuição detalhada perfaz os seguintes números: 12 e 13 anos, 411 (2%); 14 e 15, 4.470 (18%); 16 e 17, 13.867 (56%) e 18 a 21, 5.859 (24%).

A proporção raça/cor¹⁷ subdivide em 55% de adolescentes pretos e pardos e 21% brancos (22% não informaram), em dados do IPEA e Ministério da Justiça, o número de negros chega a 60% (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p.15).

No quesito escolaridade, os dados encontrados no Panorama Nacional – A execução das Medidas Socioeducativas de Internação – Programa Justiça ao Jovem – Conselho Nacional de Justiça – CNJ, indicam que 57% dos adolescentes internados não frequentavam a escola na época do ato infracional, sendo que 86% abandonaram os estudos no ensino fundamental (21% na 6ª. série e 18% na 5ª. série). Um dos dados mais significativos constante neste levantamento é o fato de que 75% dos adolescentes fazia uso de drogas ilícitas. Por fim, 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres (SILVA; GUERESI, 2003).

¹⁴ Segundo dados do Levantamento SINASE, 48 adolescentes morreram dentro das instituições de cumprimento de medida socioeducativa no ano de 2014, tendo como causas: morte natural 2%, suicídio 8%, conflito generalizado 13%, conflito interpessoal 31%, outros 46%.

¹⁵ Neste número estão previstos adolescentes de até 21 anos, tendo em vista que a medida socioeducativa aplicada ao adolescente que cometeu o ato infracional não se extingue quando este completa 18 anos, estendendo os efeitos excepcionalmente por mais 3 anos.

¹⁶ A internação provisória, prevista no art. 108 do ECA (“A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias”) e disciplinada pelo art. 174 do mesmo estatuto (“Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiros dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”). A internação provisória deverá pautar-se pela excepcionalidade, sob o crivo das garantias processuais.

¹⁷ Critério adotado pelo IBGE – autodeclaração.

Em suma, a grande maioria dos adolescentes cumprindo a medida de internação são jovens das camadas mais pobres da população, não escolarizados, negros, do sexo masculino, não ocupados, majoritariamente entre os 16 e 17 anos, não alcançados pelas garantias de seus direitos fundamentais, tampouco pela rede de proteção (prevista no sistema secundário do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A lógica aqui é a interpretação de que, o perfil traçado estatisticamente, não corresponde aos únicos autores de atos infracionais, mas sim dos adolescentes que, via procedimento de responsabilização são pinçados e segregados após um histórico de abandono de políticas públicas de proteção e de garantias de direitos. O perfil corresponde ao público alvo do sistema repressivo estatal, tal como, outrora, era o delinquente, abandonado, com desvio moral e privados de condições essenciais à sua subsistência.

Outro indicativo de que persiste a diferenciação de tratamento adolescentes-menores é constatado pelo fato de que, a medida socioeducativa teria cunho de ressocializar o adolescente, funcionando como a última teia antes da vida adulta para o reequilíbrio dos direitos sonegados até o cometimento do ato infracional (com a medida privativa de liberdade tendo por mote a escolarização, o preparo para o trabalho, o atendimento aos programas de saúde, com a participação da família em todo o processo).

Tal preconização coaduna com os documentos internacionais sobre a temática, e são previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, a taxa de reincidência na medida de internação, apresentada pelo Panorama Nacional do CNJ acerca das medidas socioeducativas, é de 43,3%, prejudicada pelo fato de que não há dados acerca do cometimento de crimes por jovens que passaram pela medida de ressocialização quando ingressam na vida adulta. Caso fossem eficientes, o índice teria uma significativa diminuição.

Ou seja, falham os sistemas primário, secundário e terciário, contrariando o ordenamento constitucional os consagrando com a característica de prioridade absoluta, atribuindo-se ao *menor* a culpa pela sua situação de risco social.

Assim, permanece a diferença: como criança e adolescente nomina-se aqueles regularmente inseridos nas políticas públicas básicas, escolarizados, com acesso à saúde, convívio social e comunitário, cujo direito à liberdade, respeito e dignidade foi alcançado. E, enquanto menores, aqueles apartados da regular vida social, produto da agudização da desigualdade social, sem perspectiva de inserção na vida economicamente ativa via escolarização ou trabalho, “os dois principais mecanismos, considerados lícitos, de mobilidade e inclusão social da nossa sociedade” (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 14), sendo profundamente estigmatizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho procurou-se apresentar que apesar da evolução bradada pela doutrina acerca dos avanços em matéria legislativa direcionada à infância e juventude, a sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta correspondências importantes ao antigo Código de Menores de 1979.

Se por um lado, a presença de princípios retóricos de proteção à infância estavam presentes no revogado Código (tal como o interesse do menor) não sendo aptos a barrar a atuação estatal tutelar preventivo-repressora, os princípios que pautam o Estatuto da Criança e do Adolescente padecem de efetiva proteção em razão da interpretação equivocada, ainda sob o espectro *menorista*, que inclusive se acentuam, como o observado na mudança promovida pela Lei nº 13.509/2017, que teve por escopo a suposta celeridade nos procedimentos de destituição do poder familiar e adoção, configurando na revogação da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos, realocando-os enquanto meros objetos.

A análise dos dados acerca do acolhimento institucional aponta que a pobreza é o alvo de atuação estatal, com a práxis da institucionalização, em prejuízo da proteção e promoção da família e a consequente efetividade da garantia da criança e do adolescente ao convívio familiar, funcionando a destituição da família natural e a adoção como solução para problemas de cunho socioeconômico, tendo por álibi o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

No que diz respeito à medida socioeducativa de internação, consequência mais gravosa imposta ao adolescente em conflito com a lei, fica nítido o caráter *neomenorista*, eis que, travestida de medida pedagógica, a privação de liberdade do adolescente segue a regra da seletividade, do encarceramento massivo, da superlotação das unidades de cumprimento, atingindo a camada mais pobre da população adolescente masculina, que, em sua maioria é negra e não escolarizada.

A proteção integral pode tanto fundamentar a garantia de direitos quanto o depósito de adolescentes em instituições, seja de acolhimento ou de cumprimento de medida socioeducativa de internação, prevalecendo uma ou outra possibilidade a depender da interpretação dada a estes fundamentos, que, por hora, apresentam-se revestidos do *neomenorismo*, ou seja, no retorno à prática “compaixão-repressão”, em grave afronta à etapa civilizatória atual.

REFERÊNCIAS

BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. São Paulo: Ed. Zahar. 2008.
BRASIL. **Código de menores de 1927**. Lei nº 17943 – A, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 30 de dez 2017.

_____. **Código de Menores**, Lei Federal 6.697, de 10 de outubro de 1979, dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 03 de jan de 2018.

_____. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Levantamento Anual SINASE 2014**. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

_____. **Código Penal**, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> . Acesso em: 27 de dez 2017.

_____. **Decreto lei nº 6026** de 24 de novembro de 1943. Dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6026-24-novembro-1943-416164-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 de dez 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de dez de 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei Federal 8.069/90, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 29 de dez. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção - Relatório de Dados Estatístico 2017. In: **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 27 dez. 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional**. A execução de medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça Jovem. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacionaldoj_web.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DATASUS – Ministério da Saúde. **TABNET – Informações de Saúde**. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>>. Acesso em 27 dez. 2017.

DIGIÁCOMO, Murillo José DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: SEDS, 2013.

DIGIÁCOMO. Murillo J. **O Conselho Tutelar e a Medida de Acolhimento Institucional**. 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/OConselhoTutelareamedidadeabrigamento.pdf>>. Acesso em: 23 de dez 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

LYRA, Diogo. **A república dos meninos**: juventude, trafico e virtude. Rio de Janeiro: Mauad/FAPERJ, 2013.

MACHADO, Costa. (org). LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole, 2012.

MARX. Karl. **O capital**: crítica da economia política. Tradução Reginaldo Sant’Anna. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Livro 1, v. 1 e 2.

MÉNDEZ, Emilio García. **A dimensão política da responsabilidade penal de adolescentes na América Latina**: notas para a construção de uma modesta utopia. Educação e realidade, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 15-35, jul./dez. 2008.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade Penal**: Um de bate Latino Americano, Porto Alegre: AJURIS, ESMPRS, FESDEPRS, 2000.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. **Das relações públicas ao menorismo**: 20 anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina (1989 – 2009). 2010. Disponível em <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_427.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

RAMIDOFF, Mario Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. 3ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder**: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SCHELB, Guilherme. Entrevista 3 a 1 . TV Brasil. 25/09/2012. In: TV Brasil - **Jovens infratores - As causas da criminalidade e da violência juvenil**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r1Ckfh9EVGM>>. Acesso em 28 dez. 2017.

SCHNEIDER, Leda. **Marginalidade e Delinquência juvenil**. São Paulo: Cortez, 1987.

SCHUCH, Patrice. **Práticas de justiça**: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SILVA, Enid Rocha Andrade. **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para as crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUARESI, Simone. **Adolescente em conflito com a lei**: situação do atendimento institucional no Brasil. Brasília: Ipea, 2003 (Texto para discussão, n. 979).

SILVA, Enid Rocha Andrade; OLIVEIRA, Raissa Menezes. **O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal**: esclarecimentos necessários. Brasília, DF: IPEA, 2015 (Nota técnica, n. 20). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/notatecnica_maioridade_penal. Acesso em 29 dez 2017.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. 239 p.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. **O mal que se adivinha**: policia e minoridade no Rio de Janeiro, 1910 – 1920. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999.