

Coleção
Pensando o Direito no Século XXI
Volume V

Os Direitos da Criança e do Adolescente

A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais

Fernanda da Silva Lima
Josiane Rose Petry Veronese
Autoras

Coleção Pensando o Direito no Século XXI

Volume V

**Direito da Criança
e do Adolescente**
A Necessária Efetivação
dos Direitos Fundamentais

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Reitora

Roselane Neckel

Vice-Reitora

Lúcia Helena Pacheco

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Diretora

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

Vice-Diretor

Ubaldo Cesar Balbazar

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenador

Luiz Otávio Pimentel

Subcoordenador

Arno Dal Ri Júnior

EDITORA FUNDAÇÃO BOITEUX

Presidente do Conselho Editorial

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Conselho Editorial

Antônio Carlos Wolkmer
Eduardo de Avelar Lamy
Horácio Wanderlei Rodrigues
João dos Passos Martins Neto

José Isaac Pilati
José Rubens Morato Leite
Ricardo Soares Sterzi dos Santos

Conselho Editorial da Coleção

Aldacy Coutinho (Brasil)

Alfonso de Julios-Campuzano (Espanha)

Álvaro Sanchez Bravo (Espanha)

Andrés Botero Bernal (Colômbia)

Anna Romano (Itália)

Antonio Carlos Wolkmer (Brasil)

Antonio Pena Freire (Espanha)

Augusto Jagger Júnior (Brasil)

Cláudia Rosane Roesler (Brasil)

David Sanchez Rubio (Espanha)

Fernando Galindo (Espanha)

Filippo Satta (Itália)

Friedrich Müller (Alemanha)

Jesús Antonio de La Torre Rangel (México)

José Abreu Faria Bilhim (Portugal)

José Calvo González (Espanha)

José Luis Serrano (Espanha)

José Noronha Rodrigues (Portugal)

Juan Ruiz Manero (Espanha)

Luigi Ferrajoli (Itália)

Luis Carlos Cancellier de Olivo (Brasil)

Manuel Atienza Rodriguez (Espanha)

Peter Häberle (Alemanha)

Ricardo Sebastián Piana (Argentina)

Sandra Negro (Argentina)

Thomas Simon (Áustria)

Editora Fundação Boiteux

UFSC – CCJ – 2ª andar

Campus Universitário – Trindade – Caixa Postal 6510 – sala 216

Florianópolis/SC – 88.036-970 – Fone: (48) 3233-0390

livraria@funjab.ufsc.br – www.funjab.ufsc.br

Coleção Pensando o Direito no Século XXI

Volume V

Direito da Criança e do Adolescente

A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais

Fernanda da Silva Lima
Josiane Rose Petry Veronese
Autoras

Linha de Pesquisa: *Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça*



Florianópolis, SC, 2012

© 2012 Dos autores

Coordenação Editorial

Denise Aparecida Bunn

Capa, Projeto Gráfico e Editoração

Rita Castelan Minatto

Revisão

Patricia Regina da Costa

Obra publicada com recursos do PROEX/CAPES.

D598 Os direitos da criança e do adolescente : a necessária efetivação dos direitos fundamentais / Fernanda da Silva Lima, Josiane Rose Petry Veronese, autoras. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.
243p. – (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5)

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-7840-083-5

1. Direitos das crianças. 2. Assistência a menores. 3. Crianças – Proteção. 4. Adolescentes. 5. Negros – Direitos civis. 6. Crime sexual.
I. Lima, Fernanda da Silva. II. Veronese, Joseane Rose Petry. III. Série.

CDU: 35.071.3

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
CAPÍTULO I História Social da Infância e sua Construção Normativa	11
CAPÍTULO II O Direito da Criança e do Adolescente: um novo ramo jurídico	49
CAPÍTULO III A Proteção de Crianças e de Adolescentes Negros: sob a perspectiva dos direitos humanos	61
CAPÍTULO IV A Teoria Neoconstitucional e a Efetivação dos Direitos de Crianças e Adolescentes	83
CAPÍTULO V O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente	111
CAPÍTULO VI As Medidas Socioeducativas e a Responsabilização Estatutária	143

CAPÍTULO VII	165
A Violação dos Direitos de Crianças e Adolescentes Negros no Ambiente Escolar	
CAPÍTULO VIII	187
Publicidade e Consumismo Precoce	
CAPÍTULO IX	203
Violência e Exploração Sexual Infantojuvenil: o que diz a "lei"?	
AUTORAS	241

Yasmin

*Do persa “Yasaman”, flor de jasmim.
Flor delicada, pequena, de doce perfume
Tua passagem entre nós foi breve,
mas nos ensinastes tantas coisas...
Nos ensinastes que grandes e pequenos,
negros e brancos compomos todos
um grande jardim.
Hoje, mais do que uma flor
és uma estrela que no céu brilha
ou melhor, um anjo
Um anjinbo especial Um anjo negro.*

(Josiane Rose Petry Veronese)

APRESENTAÇÃO

O Direito da Criança e do Adolescente constitui-se em um campo que permite um grande número de reflexões. Essas reflexões têm por objeto a sua própria construção normativa, bem como a análise da realidade em que vivem milhões de crianças e adolescentes brasileiros, sujeitos a inúmeras e degradantes violações.

Como ramo do Direito, o Direito da Criança e do Adolescente possui normas e princípios que lhe são específicos. No que se refere ao seu embasamento teórico-conceitual, adota a Doutrina da Proteção Integral, integrada no plano internacional nos tratados e nas convenções, no plano interno, esse direito debruça-se sobre a normativa constitucional, cujo marco é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, na esfera jurídica infraconstitucional, o referencial normativo de maior relevância é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Doutrina da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, principalmente no campo das políticas públicas.

Em consonância com a linha de pesquisa: *Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça*, que faz parte da área de concentração: *Direito, Estado e Sociedade*, do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, esta obra possibilita, em seus nove capítulos, agregar discussões com vistas a apresentar o Direito da Criança e do Adolescente sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

É oportuno também destacar que os estudos aqui consolidados são resultados de pesquisas elaboradas pelo Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (Nejusca), que desde 1999 tem se empenhado na construção coletiva de um olhar diferenciado sobre essa área. Nele atuam estudantes de graduação, de mestrado e de doutorado em Direito da UFSC, além de pesquisadores de outras instituições de ensino superior que nele participam desde a sua fundação.

Isso posto, espera-se que os capítulos aqui presentes permitam que o leitor se aproprie desses temas, com vistas a compor um novo olhar e uma nova *praxis* em todas as ações que envolvam a efetivação dos direitos de nossos infantes e adolescentes.

Florianópolis, SC, primavera de 2012.

Fernanda da Silva Lima

Josiane Rose Petry Veronese

CAPÍTULO I



HISTÓRIA SOCIAL DA INFÂNCIA E SUA CONSTRUÇÃO NORMATIVA

1 Introdução

Compreender como se estruturam as bases da Doutrina da Proteção Integral e a proteção aos direitos de crianças e adolescentes no Brasil atualmente não será possível, sem antes conhecer a sua trajetória histórica. É imprescindível a percepção de que, desde a construção do Brasil como Estado Nação, e muito antes, como colônia portuguesa, conviveu-se aqui com o desrespeito, com a desproteção e com a negligência à população menor de 18 anos de idade.

Relatar a história das crianças no Brasil também significa retratar a história das instituições que surgiram para garantir-lhes uma suposta proteção, uma suposta vigilância. Da mesma forma também é possível a compreensão a partir dos instrumentos jurídicos, pois no desenrolar legislativo é perceptível que a infância sempre teve um papel secundário na sociedade.

Como a descrição da história não é linear, este capítulo serve para apontar alguns elementos importantes da trajetória histórico-social da infância no país, destacando os seus aspectos principais e que auxiliam na análise do Direito da Criança e do Adolescente atual.

O período escolhido para essa narrativa remonta o final do século XIX, logo após a extinção legal da escravidão em 1888 e depois da instalação da República em 1889, momento em que o país, assentado em ideais positivistas e nacionalistas de ordem e progresso projeta na infância uma preocupação peculiar, ora vista como boa, ora vista como má e potencialmente perigosa para o modelo de nação que se estava a construir.

Portanto, este capítulo se estrutura em duas seções, a primeira referente à assistência e proteção aos menores, mais especificamente compreendida no modelo da Roda dos Expostos e dos Institutos Correccionais, e num segundo momento, a consagração dessa assistência legalmente amparada no Código de Menores de 1927 e no Código de Menores de 1979, que inauguram a fase da normatização da pobreza através da doutrina jurídica do “Direito do Menor” e do “Menor em Situação Irregular, respectivamente.

2 A Assistência à Infância no Brasil: da roda dos expostos aos institutos correccionais

O final da década de 1880 do século XIX foi representativo de mudanças significativas no cenário social, político e econômico no Brasil, não apenas porque no ano de 1888 a escravidão foi legalmente abolida, mas porque o regime monárquico foi deposto, sendo inaugurada a era republicana em 15 de novembro de 1889. Apoiada em ideais positivistas, meramente formalista e liberal, vinculada à concepção de ordem e progresso, a instalação da República no Brasil inaugurou uma nova fase na historiografia brasileira, em que era necessário romper com a lógica imperial e materializar urgentemente sua nacionalidade, concretizando sua emancipação política enquanto Estado independente.

A crescente industrialização, consequência do novo modelo de produção econômica – capitalista – que se instalou no país refletiu em mudanças expressivas na sociedade brasileira. O capitalismo foi responsável pela abertura dos mercados, pela produção do lucro, enfraqueceu ainda mais a intervenção estatal nos assuntos econômicos e conseqüentemente contribuiu com a cultura de baixo investimento do Estado em políticas sociais. Esse sistema não apenas reproduziu como agravou, ainda mais,

a situação precária vivida pelas populações das camadas mais empobrecidas da sociedade.

A entrada maciça de imigrantes europeus e de brasileiros (brancos e negros livres) vindos de outras regiões do país aumentou a densidade demográfica das grandes cidades brasileiras, principalmente as cidades de São Paulo¹ e Rio de Janeiro². Essas grandes cidades que estavam no auge do crescimento econômico e industrial enfrentaram pela primeira vez um crescimento urbano acentuado e desordenado. Viveu-se no país uma condição em que a moradia tornou-se um problema nas suas principais capitais. Muitas pessoas habitavam conglomerados urbanos em periferias, habitavam verdadeiros cortiços. Rizzini (1993, p. 19) constata que o aumento do pauperismo urbano esteve diretamente relacionado com o avanço das relações capitalistas de produção, que despojou os trabalhadores de direitos legais e dos meios de produção, massificando as relações de trabalho.

Para crianças e adolescentes, o Estado pouco contribuiu para melhorar a sua condição de vida, deixando-as juntamente com suas famílias, numa situação de pobreza e abandono. Muitas famílias vindas da Europa e de outras partes do mundo, como imigrantes, pouco alteraram aqui a situação de miséria que já viviam em seus países de origem, de forma que, para muitas famílias não foi difícil a sua adequação as novas exigências econômicas e sociais.

¹ Santos (2008, p. 212) registra que “[...] foi neste momento que São Paulo conheceu um crescimento populacional sem precedentes em sua história. Com cerca de trinta mil habitantes em 1870, passaria a abrigar uma população de 286 mil habitantes em 1907. Esta verdadeira explosão demográfica foi devidamente acompanhada pelo crescimento industrial [...]”.

² A cidade do Rio de Janeiro no ano de 1872 contava com uma população de quase 275 mil habitantes e a partir do ano de 1900 esse número saltou para 811.443 e na década de 1920 a cidade contava com cerca de 1.157.873 habitantes. (RIZZINI, 1997, p. 39)

A transformação do trabalho escravo para o assalariado configurou uma nova forma de escravidão. Escravidão vivida pelas altas jornadas de trabalhos nas fábricas e pelos salários miseráveis agregados as péssimas condições de trabalho. Aliado a isso e ao descaso do governo com os assuntos relacionados à infância, o que se vislumbrou foi a inserção precoce de crianças no mundo do trabalho, como solução encontrada frente à situação precária e de abandono em que viviam. A crescente industrialização brasileira no final do século XIX “trouxe consigo a imagem de crianças no trabalho fabril”, essas crianças iriam substituir a baixos custos a mão de obra escrava. (PRIORE, 2008)

É esse, portanto, o quadro desolador que atinge a sociedade brasileira após a extinção legal da escravidão e instalação da República, criou-se uma sociedade extremamente empobrecida, marginalizada e alheia aos seus direitos mais básicos. De acordo com Carvalho (2004, p. 40) não houve avanços ou progresso da cidadania em termos de aquisição de direitos para a população brasileira, o único avanço que é possível constatar foi a incorporação dos ex-escravos aos direitos civis, mas essa inclusão foi mais em âmbito formal do que realmente material. Além do que, a mudança de um regime político igualmente pouco alterou as condições excludentes e negligenciadas àqueles enquadrados na categoria dos marginalizados sociais.

Foi assim que na transição do século XIX para o XX percebeu-se que as alternativas encontradas para a proteção da infância empobrecida derivavam praticamente da caridade cristã, do assistencialismo estatal e da filantropia privada. A criança ganhou destaque na sociedade, em que ela deixou de ser apenas um elemento secundário, passando a ser valorizada na medida em que representaria o futuro da nação, sendo necessário criar mecanismos que dessem conta de “controlar” a situação das crianças pobres e abandonadas e transformá-las em agentes produtivos para a

pátria. Era necessário moldar as crianças e os adolescentes desde pequenos para possibilitar a perpetuação dos ideais republicanos e a construção de um Estado forte centrado em uma população que é trabalhadora, prestígia e obedece a sua pátria.

Por isso, Rizzini (1997, p. 35) afirma que a concepção de criança como futuro da nação revelava que “[...] em se tratando de infância pobre, educar tinha por meta *moldá-la* para a submissão”. O que implica em afirmar que era necessário continuar mantendo o controle social das massas, sob novos moldes, seguindo os preceitos do modo de produção capitalista.

Não houve, portanto, uma preocupação do Estado com a situação de milhares de crianças e adolescentes que viviam em condição de abandono, assim como não houve uma política social capaz de atender adequadamente as famílias e retirá-las da condição de extrema pobreza e de vulnerabilidade social. A resposta do aparelho estatal diante disso foi criar mecanismos de controle judicial que “resolvesse” logo o problema das crianças na rua em situação de abandono, principalmente nas grandes cidades.

Por isso, é importante um resgate histórico dos dois modelos assistenciais à infância brasileira que coexistiram no mesmo período e que são representativos do forte controle social exercido para as crianças e adolescentes pobres no Brasil: A Roda dos Expostos e os Institutos Disciplinares.

2.1 A Roda dos Expostos

Durante o século XVIII até meados do século XIX predominou no Brasil a fase caritativa e em relação à infância, isso se vislumbrou através do sentimento de zelar pelas crianças pobres e que de certa forma “[...] se materializava no ato de recolher crianças órfãs e expostas” (RIZZINI, 1997, p. 181). O modelo

assistencial responsável pelo recolhimento de crianças foi a Roda dos Expostos, instituição que se espalhou por vários países, através das Santas Casas de Misericórdia³.

No Brasil, a primeira Roda foi instalada seguindo os mesmos moldes da Roda de Lisboa, em Portugal, e foi instalada junto ao muro do Hospital Geral de Todos os Santos. A primeira roda, portanto, foi estabelecida ainda no período colonial, na cidade de Salvador em 1726, a segunda no Rio de Janeiro em 1738 e a terceira em Recife em 1789. (MARCÍLIO, 1997, p. 52)

A Roda dos Expostos teve a finalidade de livrar as crianças recém-nascidas da situação de abandono e ampará-las em instituições de caridade,

[...] para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados. Foi uma das iniciativas sociais de orientar a população pobre no sentido de transformá-la em classe trabalhadora e afastá-la da perigosa camada envolvida na prostituição e na vadiagem. (LEITE, 1996, p. 99)

O sistema de rodas foi implantado junto aos muros das Santas Casas de Misericórdia, onde também funcionavam os hospitais de caridade e consistia num sistema que comportava um recipiente cilíndrico⁴ com almofadas ao fundo – para garantir a segurança do bebê que fosse ali depositado – após

³ O assistencialismo dessa fase tem como marca principal o sentimento da fraternidade humana, de conteúdo paternalista, sem pretensão a mudanças sociais. (MARCÍLIO, 1998, p. 134)

⁴ “A origem desses cilindros rotatórios de madeira vinha dos átrios ou vestibulos de mosteiros e de conventos medievais, usados então como meio de se enviar objetos, alimentos e mensagens aos seus residentes. Rodava-se o cilindro e as mercadorias iam para o interior da casa, sem que os internos vissem quem as deixara. A finalidade era a de evitar todo contato dos religiosos enclausurados com o mundo exterior, garantindo-lhes a vida contemplativa escolhida”. (MARCÍLIO, 1997, p. 55)

depositar o bebê na roda, era só girá-la para dentro da instituição e apertar um sino informando que um novo bebê acabava de chegar.

O sistema de rodas proporcionava o anonimato da pessoa que abandonava o bebê na Roda. Eram rompidos os vínculos familiares e dificilmente a criança exposta teria conhecimento da identidade dos seus verdadeiros pais. A prática do abandono foi comum em famílias que não queriam desrespeitar os padrões morais e cristãos da sociedade da época, principalmente quando se tratava de uniões ilegítimas e dos filhos concebidos fora do casamento, ou ainda em casos em que a mãe fosse solteira. Para evitar infanticídios ou abortos, o abandono representava a melhor solução.

Os senhores de escravos que engravidavam as suas escravas também doavam os seus filhos “bastardos” após o nascimento, evitando assim o conflito com suas esposas e livrando-se do encargo de ter que sustentar uma criança de cor. (SCARANO, 2008, p. 120-125)

Cabe ressaltar que, considerando o preço/valor insignificante que a criança negra desempenhava nos primeiros séculos de escravidão, quando ainda não era proibido o tráfico de escravos, foi notório o fato de que muitas crianças negras e mulatas eram doadas ao nascer pelos senhores de escravos às instituições de caridade. Era mais viável e econômico aos senhores comprarem escravos adultos do que criar os filhos dos escravos, uma vez que a mortalidade infantil nesse período foi bastante acentuada. Além disso, os senhores não estavam dispostos a esperar dez ou 15 anos para que esses escravos começassem a produzir e a trabalhar. (MATTOSO, 1990, p. 126)

As escravas negras também doavam seus filhos à Casa dos Expostos, principalmente porque acreditavam que colocando seus filhos na roda os livrariam da temível escravidão. Há registros

de mães escravas que cometiam até mesmo o infanticídio. (CIVILETTI, 1991)

O costume europeu das mães não amamentarem os próprios filhos chegou também ao Brasil, elas encarregavam essa função as amas de leite. No país, as escravas negras também desempenhavam as funções como amas de leite, responsáveis muitas vezes por amamentar os filhos dos seus senhores, assim como, foram alugadas por eles para oferecer seu leite a outras crianças, geralmente ligadas às instituições de caridade. (LIMA; VENÂNCIO, 1996)

Como forma de contribuir com a caridade cristã, os senhores de escravos concediam as suas amas de leite para amamentarem os expostos das Santas Casas de Misericórdia. Devido à falta de espaço físico nas instituições de caridade algumas crianças foram encaminhadas para viver na casa da ama de leite – desde que ela não fosse escrava –, pelo menos até que completassem os três anos de idade. Após essa idade, as amas de leite eram incentivadas pelo Estado a permanecer com a criança até os sete anos, sendo que durante esse período receberiam algumas subvenções que auxiliariam nas despesas domésticas e na criação da criança. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007, p. 25)

Em geral, as crianças entregues à Roda dos Expostos vinham de famílias pobres da sociedade em que, os pais encontravam no abandono a salvação para seus filhos, entregando-as aos cuidados assistencialistas e da caridade cristã para salvá-las da condição de miserabilidade ou até mesmo livrá-las da morte. Os pais abdicavam do pátrio poder para que seus filhos pudessem ser criados pelo Estado e pelas instituições de caridade. (VENÂNCIO, 1990)

A manutenção das Santas Casas era custeada pelo Rei, que retirava as subvenções diretas dos cofres do Estado, de algumas doações que recebiam e também de alguns legados deixados em

testamento por pessoas de posse (BRASIL, 1830). Essas pessoas deixavam registrados em seus testamentos doações em favor das Santas Casas como alternativa para encontrar a paz espiritual e alcançar a salvação da alma.

Os pobres estavam mais próximos de Cristo, precisamente pela desproteção em que se encontravam. A sua condição levava os ricos a beneficiá-los com as suas dádivas. A sua proximidade do Criador explica também a presença destes no acompanhamento dos funerais dos ricos e as esmolas que lhes eram deixadas por ocasião da morte. Quando a hora da partida se fazia anunciar, os homens transformavam os pobres em seus procuradores e herdeiros, para intercederem com preces em favor das suas almas. (ARAÚJO, 2005, p. 123)

De acordo com as Ordenações Filipinas, toda a assistência às crianças em situação de abandono era obrigação das Câmaras Municipais que as encaminhavam às Santas Casas de Misericórdia e auxiliavam nas despesas e na manutenção dessas instituições.

Mesmo com todo o empenho em arrecadar recursos para a manutenção das Rodas dos Expostos, a historiografia da caridade revela que as Câmaras Municipais pouco a pouco deixaram de auxiliar financeiramente essas instituições. Marcílio (1998, p. 135) afirma que esse sistema de filantropia pública associada à privada mudou o caráter caritativo da assistência desenvolvido nas Santas Casas de Misericórdia. De acordo com a autora “no Império, as Misericórdias passaram a estar a serviço e sob o controle do Estado, por imposição de decretos provinciais, perdendo, assim, sua autonomia e parte de ser caráter caritativo.”

Lima e Venâncio apontam que a partir do ano de 1871, um dos efeitos da Lei do Ventre Livre foi o aumento significativo do abandono de crianças negras, principalmente na cidade do Rio de Janeiro em que os autores fizeram seu campo de análise. De acordo com os dados coletados da Santa Casa de Misericórdia daquela cidade, entre 1864 e 1881, o número de crianças expostas

aumentou muito. Em relação às crianças pardas, o índice de abandono praticamente dobrou de 130 em 1864 para 260 em 1881. Em relação às crianças negras, o índice de abandono triplicou de 30 em 1864 para 90 em 1881.

[...] Embora esses registros não mencionem a origem social das mães dessas crianças, parece-nos difícil não ver aí uma relação entre a evolução desses índices de abandono e a promulgação da Lei Rio Branco. (LIMA; VENÂNCIO, 1996, p. 68)

Ainda com resquícios do passado escravocrata, as crianças negras eram percebidas apenas como mão de obra útil ao Estado. Foi comum sua reescravização mesmo após a Lei do Ventre Livre. Havia uma preocupação moral em educar, em moldar essas crianças negras e prepará-las para o trabalho. Todo o investimento estatal nas rodas ou em outras instituições era feito com a intenção de formar futuros trabalhadores. A criança pagaria ao Estado todo o sustento que recebeu durante o tempo em que ficou acolhida nas Santas Casas de Misericórdia, mas ao sair, o trabalho seria a única alternativa que lhe restava, uma forma de compensar o Estado por todos os gastos que teve.

Marcílio (1997, p. 73) conta que uma das preocupações frequentes da Roda era com o futuro dessas crianças enjeitadas, e por isso logo que cresciam se buscava

[...] casas de famílias que pudessem receber as crianças como aprendizes – no caso dos meninos – de algum ofício ou ocupação (ferreiro, sapateiro, caixeiro, balconista, e outros) e, no caso das meninas, como empregadas domésticas.

Custódio e Veronese (2009, p. 22) afirmam que “[...] o trabalho doméstico foi uma das formas mais frequentes de contrapartida recebidas pelas famílias acolhedoras [...] era uma oportunidade de mão de obra gratuita [...]”.

O aumento do número de crianças expostas ou colocadas nas casas de famílias substitutas tornou insustentável a manutenção dos expostos pelas Câmaras Municipais, pois as despesas com os infantes eram consideravelmente altas. Como alternativa plausível para solucionar a questão, as Câmaras Municipais aumentaram os impostos de alguns produtos em benefício da orfandade. A própria elite burguesa deixava de reclamar pelo aumento dos impostos, tendo em vista, que esses valores seriam revertidos para os infantes expostos.⁵

No entanto, a Roda dos Expostos não representou na história da assistência social à infância a alternativa viável para a garantia de proteção e cuidado aos recém-nascidos. A mortalidade infantil durante a vigência desse modelo assistencial foi muito acentuada, principalmente devido à quantidade de crianças que chegavam às instituições, que geralmente funcionavam acima das suas capacidades físicas, técnicas e materiais.

Esse sistema legitimou e incentivou a prática do abandono, retirando do Estado a função de auxiliar materialmente as famílias pobres, assim como os seus filhos, deixando de investir em áreas sociais como habitação, saúde, educação, alimentação e outras.

Na realidade, a quase totalidade destes pequenos expostos nem chegavam à idade adulta. A mortalidade dos expostos, assistidos pelas rodas, pelas câmaras ou criados em famílias substitutas, sempre foi a mais elevada de todos os segmentos sociais no Brasil, em todos os tempos – incluindo neles os escravos. (MARCÍLIO, 1997, p. 53)

Com o aumento significativo de crianças em situação de abandono, muitas delas foram encaminhadas para famílias

⁵ Mas, quando os impostos recaíam sobre produtos básicos como o sal e o azeite, que eram importados de Portugal, os vereadores das câmaras tomavam certa cautela, pois poderiam ocorrer revoltas anti-fiscais, visto que tais produtos eram consumidos pela população em geral e essenciais à sobrevivência. (VENÂNCIO, 2002, p. 130-132)

substitutas que se encarregaram da sua proteção e guarda. A adoção por famílias substitutas contribuiu para que muitas crianças deixassem de ser atendidas por essas instituições especializadas. Com o fim da escravidão, muitas famílias adotaram as crianças negras expostas, assim como as crianças brancas, pois viam nelas futuras trabalhadoras. A caridade e a assistência por essas famílias tinham um viés econômico, e as crianças eram preparadas para o trabalho, principalmente o doméstico e não tinham seus direitos garantidos por lei, pois se tratavam de filhos de criação.

O movimento higienista surgido nos séculos XVIII e XIX contribuiu para extinção das Rodas dos Expostos pela facilidade com que as crianças morriam naquelas instituições. A ideologia higienista era fundada na ideia de que a higiene era condição para o progresso social, cabendo ao médico higienista contribuir para tal desiderato.

A medicina vai se apresentar como o poder político e técnico capaz de esquadrihar esta população, seja através da análise dos elementos dos meios prejudiciais à saúde, como também através de propostas práticas que levam a uma reorganização do espaço urbano no sentido de uma maior vigilância e controle da população.

A criação de instituições de assistência pública será um recurso importante na operacionalização da intervenção médica na sociedade. A higiene será estratégia principal do controle social exercido pela assistência pública. No final do século XIX em diante, já começavam a surgir instituições como a Diretoria-Geral de Higiene e Assistência Pública do Rio de Janeiro (1893); o Instituto Sanitário Federal (1894), além da criação de vários postos médicos municipais por iniciativa de Pereira Passos (1906). (RIZZINI, 1993, p. 20)

A medicina higienista contribuiu para a regulação da pobreza, além de incentivar a disseminação de ideais racistas e preconceituosos, a procura de um ideal de raça humana melhor. (RIZZINI, 1997, p. 176-182)

O incentivo em por fim ao sistema de rodas não representou uma preocupação com a alta mortalidade infantil em si, mas veio significar uma nova preocupação estatal: a mão de obra barata e útil que estava sendo desperdiçada para o Estado, uma vez que todo o investimento que se fazia nas crianças expostas seria para que usufruíssem de seu trabalho.

Além disso, muitos juristas passaram a se posicionar contra esse modelo assistencial e começaram a pensar em novas leis que fossem mais eficazes em conter a população infantojuvenil em situação de abandono. Era necessário “[...] corrigir a questão social que começava a perturbar a sociedade: a da adolescência infratora” (MARCÍLIO, 1997, p. 66). Mesmo por forte influência da medicina higienista e da adesão aos juristas brasileiros pelo fim desse modelo assistencial, as Rodas dos Expostos só foram extintas a partir da aprovação do Código de Menores de 1927, mas mesmo assim se mantiveram até a segunda metade do século XX.

2.2 Os Institutos Disciplinares

Devido às mudanças significativas na ordem política brasileira, os modelos assistenciais emanados da institucionalização nas Rodas dos Expostos e a caridade da Igreja se mostraram fracassados frente ao projeto de Estado que se pretendeu construir e emancipar. “O fato é que havia uma multidão desenfreada de pobres e desqualificados a ameaçar não apenas qualquer projeto de futuro, mas a própria estabilidade da República” (RIZZINI, 1997, p. 144-145). O que acarretou numa maior intervenção estatal no campo da assistência, a exemplo do que já acontecia nos países considerados civilizados. O início do século XX configurou uma nova etapa no tratamento dispensado às crianças e adolescentes. A ideia de inocência sobreviverá associada apenas às crianças

de ‘boas famílias’, em paralelo à noção de perversidade inata atribuída à infância das classes pobres. (RIZZINI, 1997, p. 163)

Passeti (2008, p. 347) explica que

No Brasil, com a proclamação da República esperava-se um regime político democrático orientado para dar garantias ao indivíduo numa sociedade de território amplo e de natureza abundante e generosa. Desenhado com frescor nacionalista e esperanças incontáveis, o novo século anunciava uma nação nova que se propunha rivalizar com as grandes potências internacionais, assumindo um papel diretivo na América do Sul.

No entanto, vislumbrou-se que esse modelo de Estado que se pretendeu alcançar com a proclamação da República contrastava muito com a verdadeira realidade social brasileira. As instituições de caridade mantidas pela igreja e algumas entidades filantrópicas de cunho humanista mantidas pela iniciativa privada – representada principalmente pelas entidades orfanológicas, não deram conta de resolver questões pontuais como o aumento significativo de crianças em situação de abandono, que circulavam pelas ruas e que ameaçavam perturbar a ordem e a paz social.

Foi nesse momento que houve um rompimento expressivo entre Igreja e Estado, em que ele passa a pensar em soluções imediatas diante da demanda de crianças e adolescentes que estavam nas ruas e que agora passavam a ser vistas como potencialmente perigosas. Rizzini (1997, p. 171) afirma que “[...] era preciso encontrar mecanismos de coerção que atuassem sobre a infância, separando o “joio do trigo”, “salvar” aqueles que tinham potencial e pô-los a trabalhar e imobilizar os que se mostravam renitentes.”

Por isso medidas urgentes se faziam necessárias para que não ameaçasse o projeto de nação. E foi assim que logo nos primeiros anos do século XX o Estado decidiu intervir investindo nas instituições públicas de recolhimento das crianças em situação

de abandono, higienizando e tirando das ruas os indesejáveis sociais. Foi nesse momento que os juristas brasileiros⁶ conquistaram espaço e auxiliaram as lideranças e autoridades do governo a pensar novas soluções para os problemas da criminalidade urbana, da qual a infância também constituía uma peça chave.

A partir do ano de 1902, com a entrada em vigor da Lei n. 844, o governo brasileiro foi autorizado a fundar os Institutos Disciplinares. O Instituto Disciplinar serviu como instituição de internamento para crianças e adolescentes em situação de abandono e aqueles considerados delinquentes. O ingresso das crianças e adolescentes no Instituto Disciplinar dava-se sempre via sentença judicial e cabia ao juiz decidir pelo tempo de permanência das crianças e adolescentes na instituição. (SANTOS, 2008, p. 224)

A educação no Instituto Disciplinar era voltada para a profissionalização como forma de integrar o interno a vida social. Conforme os ideais republicanos, a institucionalização de crianças garantiria a segurança social, pois elas seriam retiradas das ruas onde deixariam de conviver com o crime para se regenerar pelo trabalho.

Sobre a questão da criminalidade e da função regeneradora dos institutos disciplinares na cidade de São Paulo, Santos (2008, p. 224) argumenta que o combate à ociosidade infantil se dava através da pedagogia do trabalho, pois “tentava-se a todo custo inculcar naquelas mentes, hábitos de produção e convívio aceitáveis pela sociedade que os rejeitava.”

Não havia no país uma política social capaz de dar suporte as famílias pobres e auxiliá-las materialmente na criação dos

⁶ Rizzini (1997, p. 190), afirma que “Nossos juristas não esconderão seu entusiasmo pelos mestres da ciência criminológica, em particular Ferri e Lombroso. Multiplicavam-se as teorias, Escolas e Congressos no mundo, debruçados sobre o problema da criminalidade e do seu enfrentamento sob uma nova ótica da Justiça ajustada às ideias liberais.”

seus filhos. Assim, como passados alguns anos após a abolição da escravidão, igualmente a família composta por ex-escravos ficou totalmente desprotegida e abandonada pelo Estado, que não lhe garantiu condições mínimas de sobrevivência ao novo regime assalariado implantado no país em função da substituição do modo de produção econômica.

Preferiu-se investir na repressão, na coerção social e na criação de institutos disciplinares, como solução para resolver os problemas sociais que se agravavam cada vez mais, da mesma forma em que se mantinha o *status quo* da classe burguesa e a garantia de seus privilégios. Foi assim que o Estado só fez aumentar as péssimas condições de sobrevivência das camadas empobrecidas, principalmente em decorrência dos baixos salários, das altas jornadas de trabalho e da precarização das relações trabalhistas. Nesse cenário, crianças e adolescentes que não foram absorvidas como mão de obra pelas fábricas foram recolhidas pela polícia cívica aos institutos disciplinares.

A aprovação do Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, regulamentou a assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. A lei considerava como menores abandonados todas as pessoas com idade inferior a 18 anos que não tinham lugar para morar; fossem desamparados; órfãos ou que vivessem nas ruas e considerava como delinquentes aqueles que estivessem em estado habitual de vadiagem, mendicidade e libertinagem em consonância com o Código Penal da República de 1890. A utilização dos termos vadiagem, mendicidade e libertinagem deu uma nova denominação às crianças e adolescentes pobres que se encontravam na rua, culpabilizando-as pela situação de miséria e abandono em que estavam submetidos.

Em 1924 foi criado no estado do Rio de Janeiro o primeiro Juizado de Menores do Brasil, que teve como principais funções: a promoção, a solicitação, o acompanhamento, a fiscalização e a

orientação em todas as ações judiciais que envolvessem interesses de menores, sobretudo os que se encontravam internados nos institutos do Governo Federal e nos particulares subvencionados pelo Estado. O juiz de menores tinha o encargo, determinado por lei, de educar todas as espécies de menores: órfãos, abandonados, pervertidos, viciados, delinquentes/moral e materialmente, isto porque era o citado Juizado o órgão responsável pela assistência aos menores do Distrito Federal. (VERONESE, 1999a, p. 24)

A lei que previu a criação do Juízo Privativo de Menores no Brasil foi editada em 1925 por meio da Lei n. 2.059. No mesmo ano foi criado o Conselho de Assistência e Proteção do Menor, por meio do Decreto n. 3.228, “[...] pavimentando o caminho para a adoção de uma legislação capaz de controlar judicialmente a assistência da criança brasileira” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 53). A criação do Juízo Privativo de Menores inaugurou uma nova fase na institucionalização da infância empobrecida e no sistema de proteção aos menores, conhecida como judicialização da assistência, resultado da aliança entre Justiça e Assistência. (RIZZINI, 1997, p. 206-207)

No entanto, o Juízo Privativo de Menores não funcionou como havia sido proposto. Faltaram recursos do governo e estabelecimentos correccionais que possibilitassem o cumprimento das medidas judiciais. Como alternativa para solucionar o problema, foi criado o Patronato de Menores que integraria seu patrimônio a Escola de Menores Abandonados, aumentando os espaços físicos para receber um maior contingente de crianças e adolescentes.

Mas a preocupação do Estado Brasileiro continuaria, ainda durante muitas décadas, centrada no crescimento econômico do país e na urbanização e industrialização das grandes cidades, ao invés de investir em políticas públicas que melhorassem a condição de vida da população. Houve um verdadeiro descaso com a infância e adolescência nesse período. O próprio secretário de Segurança

Pública, Washington Luis anunciava que “a questão social é uma questão de polícia” deixando claro qual tipo de tratamento que o Estado deu as estas questões. (SANTOS, 2008, p. 228)

Isso se deve principalmente porque no país, até aquele, momento nunca se pensou numa política de enfrentamento ao processo crescente de pauperização e espoliação da classe trabalhadora. O país adotou, propositalmente, um regime autoritário e excludente e introduziu políticas públicas baseadas num modelo meramente assistencialista, que não contribuiu em nada para a emancipação e melhora na qualidade de vida das camadas empobrecidas.⁷

A política pública de cunho assistencialista pensada no país para a infância só se preocupou com as crianças pobres e desvalidas no sentido de retirá-las das ruas, exercendo um controle social sobre as mesmas e sobre as suas famílias. A prática de institucionalização foi o fenômeno corrente nas primeiras décadas do século XX em que o Estado encontrou na internação de crianças e adolescentes, uma das soluções para o progresso do país.

Enquanto isso, toda a produção jurídica construída nessas primeiras décadas, e que foi bastante intensa teve caráter “meramente simbólico” (CUSTÓDIO, 2009, p. 15), uma vez que foi incapaz de concretizar o ideal de nação proposto pelos republicanos, mas desempenhou bem o papel de controlador do espaço público e da higienização das principais cidades brasileiras.

A instalação da República continuou como um modelo tão excludente e perverso quanto foi o período imperial.

⁷ De acordo com Sposati (1989, p. 29) “É o mecanismo assistencial que configura a exclusão enquanto mantém o trabalhador na condição de assistido, beneficiário ou favorecido pelo Estado e não usuário, consumidor e possível gestor de um serviço a que tem direito. Mas, contraditoriamente, ao excluir, enquanto forma de atendimento das suas necessidades sociais na sociedade capitalista”.

A segregação imposta às classes sociais foi ferrenha, contribuindo para acirrar as desigualdades sociais. A não integração dos grupos sociais negros nesse novo arcabouço social que se formou com o fim da escravidão os colocou à margem da sociedade frente às péssimas condições de sobrevivência. Não sendo difícil perceber ao longo da historiografia que as crianças e adolescentes negros compunham parcela significativa dos “menores” institucionalizados no Brasil.⁸

3 A Construção Jurídica da Menoridade: o Código de Menores de 1927 e o Código de Menores de 1979

A doutrina jurídica do direito do menor no Brasil é inaugurada a partir da necessidade de compilar num único sistema normativo todas as leis até então existentes em matéria de infância e adolescência. Coube ao Juiz de Menores da cidade do Rio de Janeiro, José Cândido de Albuquerque de Mello Mattos sistematizar essa proposta. O projeto de criação de um instrumento normativo específico para a infância brasileira foi aprovado pelo Decreto n. 5.083, de 01 de dezembro de 1926.

Em 12 de outubro de 1927 entrou em vigor o Decreto n. 17.934-A que estabeleceu o primeiro Código de Menores da

⁸ Em 1991, ano da primeira edição do Livro “História da criança no Brasil”, organizado por Mary Del Priore, Lima e Venâncio (1996, p. 73) já afirmavam que a Lei do Ventre Livre, editada em 1871, contribuiu imensamente para o aumento do número de crianças negras abandonadas no Rio de Janeiro e denunciou também a reescravização em que eram submetidos esses pequenos ingênuos. Por isso, verifica-se que “[...] ao menos no Rio de Janeiro, esse prognóstico se cumpriu, prenunciando o trágico futuro que esperava a criança negra no Brasil. Hoje, há mais de cem anos da Abolição, convivemos com cerca de 12 milhões de crianças abandonadas nos centros urbanos do País, das quais a maioria absoluta é de origem negra.

República e o primeiro da América Latina.⁹ O Código de Menores de 1927 classificava as crianças e adolescentes com o rótulo da menoridade, sendo essa normativa legal apenas dirigida aos que eram considerados em situação de abandono e delinquentes, conforme previa o artigo 1º.¹⁰

No artigo 26 do Código de Menores é possível encontrar oito definições diferentes indicadoras do menor em situação de abandono, entre as quais se destacam: não ter habitação certa, nem formas de subsistência, ter os pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos, e nem ter pessoa responsável por sua guarda e tutela (inciso I); que os pais, tutor ou guardião não tenham condições de garantir a subsistência do menor por condição de pobreza ou que sejam incapazes de cumprir com os deveres do pátrio poder (incisos II e III); que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem (inciso V); que sejam vítimas de maus-tratos, violência e negligência pelos pais ou quem tenha o dever de guarda (inciso VII).

Assim, é possível perceber, a exemplo do que consta no artigo 26 que a própria condição de pobreza das famílias foi motivo para a que o Estado excluísse os pais do pátrio poder e detivesse para si a tutela de crianças e adolescentes. O Estado foi negligente ao não investir em políticas públicas básicas às famílias empobrecidas e encontrou nas medidas de internamento a solução perfeita para os chamados filhos da pobreza. Além disso, culpou a criança, vítima de maus-tratos ou de negligência dos próprios pais, retirando-as do convívio familiar.

⁹ Além do Brasil, outros países instituíram uma legislação específica voltada para a regulação e controle sobre a infância e a adolescência, como o Chile (1928), Uruguai (1934) e Equador (1938). Ver Pilotti (1995) e Veronese (1999).

¹⁰ “Art. 1º - O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.” (BRASIL, 1927)

As crianças e adolescentes pobres, ditos *menores*, não eram possuidores de direitos, eram considerados meros objetos e estavam à disposição do Estado, que representado no Poder Judiciário encontrou na internação a solução pedagógica para resolver os conflitos urbanos e o problema da criminalidade.

Por isso, a proposta de Mello Mattos se materializou na intensificação da atuação do Estado frente aos problemas dos “menores”, tirando-os das ruas e dos ambientes viciosos através das práticas da institucionalização. Os menoristas da época acreditavam que isolando as crianças e os adolescentes em institutos disciplinares conseguiriam moldá-los aos padrões sociais e reconstituir sua identidade, formando futuros trabalhadores. (MOURA, 2008, p. 276)

É preciso registrar que o Código de Menores de 1927, ao impor a medida de internamento aos menores, o fez em uma perspectiva, pelo menos em âmbito formal, que previa a reeducação mediante práticas pedagógicas de caráter não punitivo. Buscou-se resolver a questão da assistência ao menor sob o enfoque educacional e distante de uma visão punitiva imposta anteriormente pelo Direito Penal, principalmente porque o Código de Menores de 1927 alterou e substituiu “[...] concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade, pátrio poder [...]” (VERONESE, 1999a, p. 28). A lógica foi investir em práticas pedagógicas que melhor conduzissem os menores ao mercado de trabalho e ao convívio social.

Na visão de Mello Mattos era imprescindível investir em novos institutos disciplinares e modernizar e ampliar os já existentes para que dessem conta de atender a crescente demanda de crianças e adolescentes em situação de abandono e aquelas consideradas delinquentes. De acordo com ele, os problemas assistenciais na área infantojuvenil se resolveriam em curto prazo, uma vez que o Poder Judiciário teria onde colocar esses menores, exercendo

sobre eles maior vigilância e controle, próprios do modelo educacional implantado nos institutos disciplinares.

“Ao escolher políticas de internação para crianças abandonadas e infratoras, o Estado escolhe educar pelo medo” (PASSETTI, 2008, p. 356). E cria todo um aparato institucional capaz de satisfazer essa escolha, desde a própria instituição em si, como no treinamento dos profissionais. Entende-se, no entanto, que não deve a intervenção pedagógica ser pautada pelo medo, pois

O medo é impositivo, suscita um desequilíbrio psicológico e físico, exerce uma ação de fora para dentro no indivíduo e o leva, pela incapacidade ou impossibilidade de enfrentá-lo, à obediência. A prática de educar pelo medo, pela punição, atua fortemente, predeterminando uma ação ou um comportamento através da inibição de outros. O medo impede determinadas ações, não porque desencadeia no indivíduo uma maior compreensão sobre algo, não necessariamente porque o conduz a um processo consciente de aprendizagem, mas porque faz com que o indivíduo, na maioria das vezes, se sinta sem iniciativa, podendo, conseqüentemente, comprometer suas ações futuras, o seu processo de socialização e sua auto-estima. (VERONESE; OLIVEIRA, 2008, p. 49)

Portanto, a proposta de uma política social sob os moldes da institucionalização para infância idealizada no Código de Menores de 1927 não resolveu o problema. Os institutos disciplinares ficaram superlotados, não havia infraestrutura suficiente para comportar a quantidade de crianças e adolescentes que estes estabelecimentos recebiam, contribuindo para tornar ineficaz a proposta de reeducação. Os institutos se concentravam apenas nas principais cidades brasileiras, estando de fora regiões periféricas. Faltavam recursos para aprimorar o atendimento as crianças e adolescentes nessas instituições.

Além disso, o Código de Menores de 1927 procurou combater os efeitos da delinquência infantil, perseguindo e

institucionalizando crianças e adolescentes ao invés de criar mecanismos que efetivamente fossem capazes de atuar nas causas da carência infantil, que tinha um viés muito mais econômico.

Como alternativa complementar à ineficácia na aplicabilidade do Código de Menores de 1927, José Sabóia de Souza Lima instaurou um inquérito em 1938 para investigar os motivos do fracasso das instituições de internamento que estavam sob o controle do Juizado de Menores. Constada as falhas, propôs a criação de um Patronato Nacional de Menores, a exemplo do que já havia sido instalado na Argentina. (VERONESE, 1999a, p. 31). Trava-se de uma política centralizadora para a infância com a finalidade de instituir uma autarquia que ficasse responsável pelas questões administrativas e econômicas dos institutos disciplinares. Porém, a proposta não saiu do papel e três anos mais tarde, foi criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), editado pelo Decreto n. 3.779, de 5 de novembro de 1941. O SAM estava vinculado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores e teve a finalidade de prestar atendimento assistencial em todo território nacional aos menores considerados desvalidos e infratores. A edição do SAM transformou o Instituto Correccional Sete de Setembro, localizado no Rio de Janeiro, num lugar específico para assistência aos menores.

A criação do Serviço de Assistência aos Menores demarca uma mudança importante com a inclusão de uma política de assistência social nos estabelecimentos oficiais que até então estavam sob a jurisdição dos juizados de menores. (CUSTÓDIO, 2009, p. 17)

O Serviço de Assistência aos Menores (SAM) continuou a resolver o problema do abandono e da delinquência infantil sob a ótica da internação introduzindo métodos pedagógicos extremamente repressivos que visavam apenas transformar o “menor” no adulto disciplinado e trabalhador.

A dificuldade na aplicação do Código de Menores de 1927 e no SAM por profissionais que prestavam atendimento direto às crianças e adolescentes e, principalmente, pelos juízes de todo o país suscitou no final da década de 1940, a organização de cursos e debates para tentar compreender e solucionar a questão da criminalidade e da delinquência infantil.

Diversos profissionais, como médicos, religiosos, assistentes sociais e, sobretudo, juristas, que percebiam a infância brasileira como um “problema”, promoveram, quase que anualmente, a Semana de Estudos dos Problemas dos Menores como alternativa para viabilizar a aplicação do Código de Menores de 1927 e sistematizar uma forma de atendimento aos menores de todo o país. (MORELLI, 1999)

Analisando a trajetória histórico-social da infância brasileira é possível perceber que o SAM, enquanto modelo assistencial foi responsável pela perpetuação de uma política centralizadora e repressiva. A assistência aos abandonados e delinquentes continuou atrelada às práticas de institucionalização. O SAM fracassou principalmente porque manteve uma estrutura física e operacional deficiente, não tinha autonomia e utilizava métodos de atendimento inadequados. (PEREIRA, 1996, p. 18)

A partir do ano de 1954 iniciou no país um processo de construção de um novo modelo jurídico-assistencial à infância brasileira, consubstanciando dez anos mais tarde, na aprovação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM).

A Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) foi aprovada alguns meses após o Golpe Militar, que interrompeu abruptamente a vida democrática do país, dando início a um governo sob os moldes autoritários e em sintonia com a Doutrina da Segurança Nacional da Escola Superior de Guerra. Para o novo governo o problema do menor não seria mais uma questão social, mas um problema de segurança nacional.

A Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) nasceu a partir da aprovação da Lei n. 4.513, de 1º de dezembro de 1964, que extinguiu o SAM definitivamente e autorizou o Poder Executivo a criar uma Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), que deveria trocar a lógica repressiva do SAM para uma perspectiva educacional.

A FUNABEM estava instalada no Distrito Federal e tinha autonomia administrativa e financeira, tendo jurisdição em todo o território nacional. Teve como objetivos a formulação e implantação da PNBEM, mediante o estudo dos problemas dos menores e o planejamento de possíveis soluções, além de coordenar e fiscalizar as entidades responsáveis pela execução direta dessa política (artigo 5º). A FUNABEM teve como correspondente estadual as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs).

A implantação da PNBEM foi uma resposta dada pelo Governo militar as questões da delinquência na infância e adolescência que se agravava cada vez mais. A ideia foi adotar uma política centralizadora para a infância e adolescência que estivesse atualizada com os segmentos do governo. A PNBEM insistiu nas práticas de institucionalização como uma forma de promover a segurança social. A PNBEM:

[...] implantou no Brasil uma rede de atendimento assistencial, correicional-repressivo, que atuava com vistas na irregularidade da condição infantil, reforçando o papel assistencialista do Estado numa prática absolutamente centralizada, com motivações ideológicas autoritárias do regime militar. A solução do “problema do menor” era a política de contenção institucionalizada, mediante o isolamento, como forma de garantir a segurança nacional e a imposição de práticas disciplinares com vistas à obtenção da obediência. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 65)

A política repressiva de institucionalização adotada no Brasil contra crianças e adolescentes em situação de marginalização

social, colocou o país na contramão da história. Isso porque, em âmbito internacional, desde a década de 1920 já se pensava numa política para a infância levando em consideração a sua situação de fragilidade em razão de sua idade. Em 20 de novembro de 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração Universal dos Direitos da Criança respaldada principalmente no reconhecimento da criança como sujeito de direitos.

Registra-se que os próprios documentos oficiais do governo na época tiveram a finalidade de explicar para a sociedade do que se tratava a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, pois afirmavam que essa nova política pensada para resolver os “problemas dos menores” estava em consonância com a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. A publicação “Política Nacional do Bem-Estar do Menor em ação” do ano de 1973 trouxe um capítulo específico sobre a Declaração da ONU, reafirmando o país como Estado membro e apresentando os princípios basilares norteadores da proteção à infância, como se o país respeitasse tais princípios. (BRASIL, 1973)

De fato, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 não passou de letra morta no Brasil, pois o Estado brasileiro foi signatário apenas no papel, e suas ações políticas e a normativa interna estavam na realidade às avessas do projeto de proteção à infância que se discutia em âmbito internacional. Ser signatário da Declaração da ONU não alterou em nada a condição de vida de milhares de crianças e adolescentes, ao contrário, o ordenamento jurídico brasileiro do período continuou a atuar apenas sobre os “menores ditos abandonados e delinquentes”. Isso tudo, reflexo de uma política centralizadora e institucionalizante que culpabilizou os próprios menores pela sua condição de pobreza.

Foi nesse cenário que, dez anos mais tarde após o golpe militar de 1964, o senador Nelson Carneiro encaminhou ao Senado Federal o Projeto de Lei n. 105, de 5 de setembro de 1974,

propondo um avanço legislativo para a questão infantojuvenil. Vários juristas, magistrados, professores universitários, humanistas e legisladores entenderam que o Código de Menores de Mello Mattos não atendia mais as necessidades sociais e que por isso merecia uma revisão.

O Projeto de Lei n. 105/74 previa proporcionar uma proteção especial aos menores de zero a de 18 anos, reconhecendo para eles o “[...] direito ao mínimo vital indispensável à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade física, intelectual e moral.” (BRASIL, 1982, art. 2º)

O senado federal constituiu uma comissão especial para discutir e votar o Projeto de Lei n. 105/74. A primeira reunião da comissão especial foi em 11 de setembro de 1974, na qual elegeram para presidir, o senador Daniel Krieger, e o mesmo indicou o senador José Lindoso, para relator. (BRASIL, 1982)

A comissão especial do Senado apresentou treze emendas ao Projeto de Lei n. 105/74. No dia 16 de agosto de 1975 o Relator José Lindoso apresentou o Parecer n. 296, recomendando a aprovação das treze emendas e propondo um novo Substitutivo da proposta inicial, já alterado com as propostas sugeridas pelas emendas.

O Parecer n. 296/75 entendeu que o “problema do menor” no Brasil era um problema social. Dados levantados no parecer demonstraram que naquela época 53% da população brasileira era composta por pessoas de 0 a 18 anos de idade, o que correspondia a cerca de 57 milhões de pessoas. Reconheceu a condição de pobreza das famílias como a única resultante da marginalização social em que estavam submetidas milhares de crianças e adolescentes, desvalidos das condições mínimas de sobrevivência e que essa situação carecia de medidas urgentes. (BRASIL, 1982)

O parecer ainda pontuou a condição dos “menores” nos seguintes termos:

[...] o menor deve ser considerado como vítima de uma sociedade de consumo, desumana e muitas vezes cruel e como tal deve ser tratado e não punido, preparado profissionalmente e não marcado pelo rótulo fácil de infrator, pois foi a própria sociedade que infringiu as regras mínimas que deveriam ser oferecidas ao ser humano quando nasce, não podendo, depois, agir com verdadeiro rigor penal contra um menor, na maioria das vezes subproduto de uma situação social anômala. Se o menor é vítima, deverá sempre receber medidas inspiradas na pedagogia corretiva.

[...] o legislador ao tratar de matéria permeada de tão vastos e difusos aspectos da vida nacional deve dispor-se à audácia – desde que conscienciosa – de instituir princípios, medidas e instrumentos capazes de, por um lado, assegurar a base jurídica da proteção e da assistência ao menor, e por outro, de assentar normas que viabilizem, em escala abrangente, a implantação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor. Em outras palavras: trata-se de compor, dentro da melhor técnica legislativa, o relacionamento e as ações das entidades administrativas encarregadas da execução dessa política, almejando reintegrar o menor à vida social útil e produtiva, bem assim prevenir o processo que o marginaliza. (BRASIL, 1982, p. 449-450)

É possível visualizar os valores ideológicos impregnados nessas afirmativas, mascarados pelo princípio moralizador e institucionalizante do Estado frente à situação de miserabilidade de milhares de crianças e adolescentes. A discussão de como resolver os problemas dos menores esteve pautada na necessidade de melhorar a execução da Política Nacional de Bem-Estar do Menor. Não se pensou em como investir em políticas públicas que atendessem as famílias nas suas necessidades básicas e garantissem condições de sobrevivência.

O parecer n. 296 apresentado pela comissão especial do senado continuou a insistir que a marginalidade infantojuvenil era decorrente da falta de trabalho ou ocupação de crianças e adolescentes. O parecer reforçou as práticas de institucionalização como solução de enfrentamento a situação de delinquência e abandono infantojuvenil.

O novo substitutivo ao Projeto de Lei n. 105/74 apresentado pelo parecer n. 296/75 foi encaminhado a Câmara dos Deputados e nessa casa figurou como relator o deputado Claudino Sales. A Câmara dos deputados montou uma Comissão de Constituição e Justiça e após algumas discussões, ofereceu um novo Substitutivo à conjectura do Senado. De acordo com o relatório e parecer da Câmara dos Deputados ficou estabelecido que o novo Código de Menores, enquanto instrumento normativo regulador do Direito do Menor, deveria se ocupar de tutelar apenas os menores emergenciais, ou seja, não se deveria ampliar a proteção e assistência àqueles que não necessitavam, pois estariam numa situação regular. De acordo com o relatório da Câmara,

A pessoa que constitui o sujeito do Direito do Menor não é qualquer criança, mas o menor em estado de patologia social ampla, pois que a solução do problema em que se encontra será dada através de uma decisão judicial, emanada de um processo judicial, fiscalizado pelo Ministério Público.

As emendas propostas aos artigos 1º e 2º do Projeto objetivam estabelecer nítida distinção entre o que se constitui, genericamente, em Direitos da Criança, e o que pertence ao campo específico da tutela jurídica do Direito do Menor. Da Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU, resulta o reconhecimento de que as necessidades básicas de toda a criança são aquelas acolhidas pelo Projeto. A projeção básica dessa Declaração é a elaboração e efetivação de programas de atuação os mais amplos possíveis, nos quais a preocupação é garantir às populações infantis e jovens as melhores condições de desenvolvimento social e maturação biopsíquica. Já o Direito do Menor – e o Código de Menores como seu instrumento – é restrito a peculiares situações em que se encontrem certas crianças, a exigirem prestação jurisdicional. A emenda propõe que tal situação seja identificada pela expressão “situação irregular”. (BRASIL, 1982, p. 473)

Reafirma-se que a nova redação dos artigos 1º e 2º do Substituto da Câmara dos Deputados foi contra a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 da Organização das Nações Unidas

(ONU) que já contemplava **todas** as crianças como sujeitos de direitos e merecedores de uma proteção especial devido ao seu estado peculiar de pessoa em desenvolvimento. Concentrou exclusivamente no Poder Judiciário a tutela sobre as crianças em situação irregular, retirou do Estado o dever de investir em políticas públicas que satisfizessem as reais necessidades das crianças e adolescentes, colocando-as a disposição dos Juizados de Menores. E o que foi pior, criaram uma categoria jurídica, discriminadora e estigmatizante para definir quais crianças e adolescentes seriam as amparadas por essa nova normativa, as que estivessem em **“situação irregular”**.

O Substituto da Câmara dos Deputados retornou para o Senado Federal para aprovação final do Projeto de Lei n. 105 de 1974. No dia 26 de setembro de 1979, no mesmo ano em que se comemorou o Ano Internacional da Criança, na sala das Comissões compostas pelos senadores: Hugo Ramos, Aloysio Chaves, Nelson Carneiro, Tancredo Neves, Lázaro Barboza, Amaral Furlan, Murilo Badaró, Bernardino Viana, Moacyr Dalla e Almir Pinto aprovam definitivamente o Novo Código de Menores.

O Código de Menores de 1979 foi aprovado pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. O novo código revogou o antigo Código de Mello Mattos e não procurou tutelar apenas a questão dos *abandonados e delinquentes*. O Código de Menores de 1979 adotou a Doutrina Jurídica da Situação Irregular e criou uma nova categoria para os menores em seis situações distintas, quais sejam aqueles que se encontravam em situação de abandono, vítimas de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e autor de infração penal.

De fato, a mudança do diploma legal, pouco alterou a situação decadente vivida pela infância brasileira. O Código de Menores de 1979 não foi capaz de suprir, assim como, manteve os mesmos erros cometidos pelo Código de Menores de 1927.

O Código de 1979 apenas aumentou a categoria dos *menores* que seriam geridos por essa Lei.

Durante a vigência do Código de Menores de 1979 intensificou-se no Brasil, sobretudo, em meados da década de 1980, diversos estudos sobre a situação da infância brasileira. (VIEIRA; VERONESE; 2006, p. 48)

Nessa abordagem verificou-se que raramente as pesquisas eram voltadas para questões étnicas. Entretanto, a análise da historiografia da infância brasileira remete a refletir quem eram as crianças que viviam sob a tutela dos Códigos de Menores e qual era a sua cor.

Alguns dados sugerem que as crianças internadas nos institutos disciplinares consistiam em uma minoria incluída na categoria “branca”. (RIZZINI, 1997, p. 71). E isso reforça a tese de que a criança e o adolescente negro representavam os estratos mais baixos da sociedade, sendo também os principais “clientes” ou vítimas do sistema menorista implantado pelo *Direito do Menor*.

Em contrapartida, a história das crianças e adolescentes retratada desde meados do século XIX até o período menorista é reveladora do descaso com que foi tratada a infância brasileira, como meros objetos à mercê de um Estado negligente, autoritário e intransigente. O período menorista no Brasil, construído nas primeiras décadas do século XX sob os moldes dos Códigos de Menores de 1927 e 1979 serviu apenas para normatizar a pobreza e institucionalizar crianças e adolescentes utilizando como doutrina a pedagogia do trabalho.

No que se refere especificamente a situação de crianças e adolescentes negros, observou-se que elas compunham uma parcela significativa nos institutos disciplinares. (RIZZINI, 1993). As políticas emanadas do Estado naquele período tinham na criança e no adolescente negro a sua maior clientela, além é claro

de crianças e adolescentes de outros grupos étnicos, mas desde que pobres fossem.

O descaso com a área da assistência social no Brasil e principalmente com a infância brasileira é reflexo das situações de desigualdades sociais e raciais encontradas atualmente na sociedade brasileira. Como se verá no capítulo a seguir a situação sociojurídica da infância brasileira sofrerá mudanças significativas somente a partir da década de 1980, com a abertura política e democrática e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Referências

ARAÚJO, Maria Marta Lobo de. Nas Franjas da Sociedade: os esmolados das misericórdias do alto minho (séculos XVII e XVIII). **Diálogos, DHI/PPH/UEM**, v. 9, n. 2, p. 121-142, 2005.

BRASIL. Império. **Decreto de 30 de outubro de 1830**. Dispõe sobre o legado deixado por Francisco Dias Coelho para a Santa Casa de Misericórdia da Bahia. Palácio do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2007.

BRASIL. **Política Nacional do Bem-Estar do Menor em ação**. Brasília: FUNABEM, 1973.

BRASIL. **Código de Menores**: comparações, anotações, histórico. Brasília: Senado Federal, 1982.

BRASIL. **FUNABEM 20 anos**. Rio de Janeiro: FUNABEM/MPAS, 1984.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CIVILETTI, Maria Vittoria Pardal. Os cuidados às crianças pequenas no Brasil escravista. **Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, v. 76. p. 31-40, 1991.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. O óbvio e o contraditório da Roda. *In*: PRIORE, Mary Del (Org.) **História da Criança no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1996.

LIMA, Lane da Gama; VENÂNCIO, Renato Pinto. O abandono de crianças negras no Rio de Janeiro. *In*: PRIORE, Mary Del (Org.) **História da Criança no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1996.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil. 1726-1950. *In*: FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). **História Social da Infância no Brasil**, São Paulo: Cortez/USF, 1997.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

MATTOSO, Kátia M. de Queiroz. **Ser escravo no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

MORELLI, Ailton José. A inimizabilidade e a impunidade em São Paulo. **Revista Brasileira de História**,

São Paulo, v. 19, n. 37, set. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-1881999000100007>. Acesso em: 14 set. 2009.

MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de. Crianças operárias na recém-industrializada São Paulo. *In*: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das Crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. 6. ed. *In*: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PILOTTI, Francisco. Crise e perspectiva da assistência à infância na América Latina. *In*: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. **Arte de Governar Crianças**. Rio de Janeiro: USU, 1995.

PRIORE, Mary Del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. *In*: PRIORE, Mary Del. (Org.) **História das Crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

RIZZINI, Irene. **O Século Perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: USU, 1997.

RIZZINI, Irma. **Assistência à infância no Brasil**: uma análise de sua construção. Rio de Janeiro: Ed. Universitária Santa Úrsula, 1993.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século. *In*: PRIORE, Mary Del. **História das Crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

SCARANO, Julita. Criança esquecida das Minas Gerais. *In*: PRIORE, Mary Del. **História das Crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

SPOSATI, Aldaiza de Oliveira. *et al.* **Assistência na trajetória das políticas sociais brasileira**: uma questão em análise. 4. ed. São Paulo, Cortez, 1989.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Famílias Abandonadas: Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – séculos XVIII e XIX. Campinas: Papirus, 1990. 190 p. (Textos do Tempo). Resenha de Ana Sílvia Volpi Scott. *In*. **Diálogos, DHI/ PPH**, v. 1, n. 4. Disponível em: <<http://www.dhi.uem.br/publicacoesdhi/dialogos/volume01/vol04.htm>>. Acesso em: 15 maio 2007.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Infância e pobreza no Rio de Janeiro, 1750-1808. **História: Questões & Debates**. Curitiba, n. 36, p. 129-159, Editora UFPR, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999a.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Discriminação e atentados ao exercício da cidadania da criança e do adolescente. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999b.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição**: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VIEIRA. Cleverton Elias. VERONESE, Josiane Rose Petry.
Limites na Educação: sob a perspectiva da Doutrina da
Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente
e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CAPÍTULO II

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM NOVO RAMO JURÍDICO

1 Introdução

Este capítulo aborda a ruptura com a concepção menorista, que vigorou no Brasil durante a vigência dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, representou apenas a coisificação da infância sob a mira do controle repressivo estatal para todos aqueles meninos e meninas compreendidos na “situação irregular. Esse período na história jurídica da infância no país foi responsável pela reprodução das mais variadas violências. Os velhos modelos doutrinários baseados em concepções obsoletas não dispunham de uma proteção efetiva à infância brasileira, ao contrário, foram responsáveis por culpabilizar e punir principalmente a família e as crianças e adolescentes empobrecidos.

O conjunto de esforços por melhores condições à infância e à adolescência iniciou-se, sobretudo, com os novos movimentos sociais que surgiram no final da década de 1970 e início da década de 1980, dentre eles destaca-se a Pastoral do Menor, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) e o Movimento Criança Constituinte. Nesse período houve muitos embates entre o governo e a sociedade civil, sendo que esta por sua vez, depois de enfrentar a dura ditadura militar nas décadas anteriores no Brasil, perseguiu veementemente a volta da democratização ao país e à consolidação de novos direitos e garantias constitucionais a todas as pessoas.

Durante a tramitação dos trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte, muitos movimentos sociais que reivindicavam os

direitos sociais básicos para crianças e adolescentes ganharam voz e fizeram-se presentes no processo constituinte, que fez nascer o novo Direito da Criança e do Adolescente como se verá a seguir.

2 A Proteção aos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é representativa da garantia dos direitos fundamentais inerentes a todas as pessoas que estão em seu território de vigência. A Constituição Federal incorporou no seu rol de direitos a preocupação em normatizar direitos sociais e políticos à população, estando em plena consonância com as normativas internacionais de direitos humanos.

A Constituição brasileira foi responsável pela redemocratização e apresentou muitos avanços – em termos políticos e na perspectiva de direitos – na vida social do país; conseguiu consagrar novas formas de democracia direta, com atuação/participação popular; garantiu autonomia aos municípios; e reconheceu novos sujeitos de direitos.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 propiciou a criação de uma nova sociedade política, assim como alargou o âmbito da proteção dos direitos sociais, como o direito à educação, à cultura, ao trabalho, ao lazer, à assistência social, à defesa do Meio Ambiente; o direito da família, da criança e do adolescente; o acesso à justiça, e outros. (VERONESE; SILVA, 1998, p. 31)

A Doutrina da Proteção Integral está disposta no artigo 227 da Constituição Federal e contempla uma nova forma de proteção compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade, nos seguintes termos:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (BRASIL, 1988, art. 227)

Ressalta-se que a categoria “jovem” foi acrescida à redação do artigo 227, da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010. Esse artigo aborda os direitos de crianças e adolescentes, excetuando o jovem, uma vez que o estudo sobre juventude deve contemplar uma doutrina própria em consonância com o § 8º, inciso I do artigo 227, o qual estabelece a criação de um Estatuto de Juventude que regule os direitos dos jovens no Brasil, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que a proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes se dará com absoluta prioridade e de forma compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade.

Compreender o Direito da Criança e do Adolescente enquanto ramo jurídico autônomo significa reconhecê-lo como um subsistema jurídico dotado de regras, princípios e valores próprios. O Direito da Criança e do Adolescente ao conceder ao universo infantoadolescente a titularidade de direitos fundamentais, e por isso mesmo, o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos, o fez desvencilhado de velhas doutrinas e velhas concepções.

Acerca dessa nova teoria jurídico-protetiva transdisciplinar, Ramidoff (2007, p. 13) afirma que é extremamente necessário que haja um reordenamento estratégico no campo das políticas públicas capazes de incluir as crianças, os adolescentes e suas famílias no alcance da real satisfação dos seus direitos fundamentais.

E aliado a isso, é imprescindível a atuação e responsabilização compartilhada da sociedade civil organizada ou não, do poder público e da família. É essa ação articulada entre família, Estado e sociedade que permitirá a construção de mecanismos políticos democráticos capazes de implementar de forma permanente os direitos fundamentais inerentes a crianças e adolescentes.

A doutrina jurídico-protetiva para a infância e adolescência tem na sua base de estruturação duas premissas específicas: 1) o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; 2) a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esse novo modelo de proteção jurídica precede da adequação do campo de incidência das normas ao caso concreto para que se alcance fundamentalmente uma completa satisfação jurídica. Essas duas premissas são norteadores da nova prática político-social que deve ser implementada a essa parcela da população.

É, portanto, essa responsabilidade compartilhada que culminará na proposta sistemática de proteção a esses novos sujeitos a partir da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

3 A Proteção no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 consubstancia-se num moderno instrumento jurídico-político de proteção e de promoção aos direitos da infância e da adolescência no Brasil. O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu no ordenamento jurídico, principalmente, pela necessidade de regulamentar o dispositivo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e para contemplar numa lei específica a doutrina da proteção integral.

Portando, o Direito da Criança e do Adolescente tem no Estatuto a completa formatação jurídico-protetiva para a infância brasileira. Rompe-se, pelo menos em âmbito formal, com a velha estrutura assistencialista que coisificava a infância e a enquadrava na situação irregular sob o rótulo da menoridade. É por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente que pela primeira vez na história cria-se para esse público específico um conjunto de dispositivos legais cuja finalidade seja a promoção e efetivação dos seus direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente que completou seus 20 anos ainda não foi incorporado suficientemente na cultura jurídica desse país. A proposta sistemática de concretização de direitos prevista a partir do artigo 88 que trata da política de atendimento ainda não foi adequada às práticas sociais, reflexo de que ainda vive-se sob o ranço do menorismo.

Na cultura e nas estratégias de poder predominantes, a questão da infância não se tem colocado na perspectiva de uma sociedade e de um Estado de direitos, mas na perspectiva do autoritarismo/clientelismo, combinando benefícios com repressão, concessões limitadas, pessoais e arbitrárias; com disciplinamento, manutenção da ordem, ao sabor das correlações de forças sociais ao nível da sociedade e do governo. As polêmicas relativas às políticas para a infância demonstram esse conflito de visões e de estratégias, por exemplo, a que se referem à divergência entre os que privilegiam a punição e os que privilegiam o diálogo, a negociação, as medidas educativas.

É assim que, mesmo reconhecendo o avanço legislativo e percebendo que de certo modo a garantia de direitos fundamentais a esses sujeitos de direitos não se concretiza plenamente é importante reconhecer o caráter inovador (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 109) proposto pelo Direito da Criança e do

Adolescente. E, no qual o Estatuto da Criança e do Adolescente deve amplamente ou diga-se urgentemente fazer com que seus dispositivos normativos reflitam na realidade social para verdadeiramente contribuir para melhorar a vida de milhares de crianças e adolescentes que são diariamente afrontados diretamente nos seus direitos de cidadãos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente passa então, a partir de sua aprovação, a ressignificar toda a política nacional em prol dos melhores interesses de crianças e adolescentes. Mesmo que efetivamente a mudança ainda esteja materializada mais em âmbito formal do que essencialmente presente nas práticas sociais, entende-se que a própria ruptura com o modelo anterior já representa imenso avanço.

E assim, é possível constatar que o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugura uma nova fase no Direito da Criança e do Adolescente e é um instrumento normativo comprometido em dar efetividade jurídica aos direitos fundamentais inerentes à infância e adolescência.

Como afirmou Bobbio (2004, p. 23) “[...] o problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Está aí o Direito da Criança e do Adolescente posto em vigência no que confere a sua formalidade normativa, é necessário, portanto, colocá-lo em prática e estender seu campo de proteção às crianças e aos adolescentes que sempre tiveram sonogados os seus direitos; a exemplo do que aconteceu com muitas crianças e adolescentes excluídos pelo sistema menorista.

4 Considerações Finais

Por isso, a transição paradigmática da velha “situação irregular” para o prisma da “proteção integral” inaugurou uma

nova fase no campo de atuação do Direito, principalmente por se ancorar em uma nova base axiológica composta pela tríade: liberdade, respeito e dignidade.

O Direito da Criança e do Adolescente é responsável por incorporar uma nova concepção jurídica de proteção que ultrapassa o mero legalismo formal para se afirmar. A proteção integral que contempla crianças e adolescentes, disposta na *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989, na *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, e no *Estatuto da Criança e do Adolescente*, de 1990, não pode ser resumida a um mero conjunto normativo.

O Direito da Criança e do Adolescente deve ter condições suficientemente próprias de promoção e concretização de direitos. Para isso, ele deve se desvencilhar do dogmatismo e do mero positivismo jurídico acrítico. O Direito da Criança e do Adolescente, como ramo autônomo do direito, é responsável por ressignificar a atuação estatal, principalmente no campo das políticas públicas, e impor corresponsabilidades compartilhadas. Para Lima (2001, p. 80), a construção inovadora da doutrina da proteção integral é responsável por inaugurar [...] um novo modelo jurídico, isto é, um novo ordenamento de direito positivo, uma nova teoria jurídica, uma nova prática social (da sociedade civil) e institucional (do poder público) do Direito”.

A doutrina da proteção integral compreende um modelo capaz de atender as necessidades sociais a partir de mudanças estruturais de valores, regras e princípios que propiciem uma mudança emancipadora e o reconhecimento de direitos fundamentais para crianças e adolescentes.

Além disso, a proteção integral é globalizante no sentido de que cria estratégias de transformação da realidade social através da implantação de um amplo sistema de garantia de direitos, cuja funcionalidade perfeita requer o amplo investimento em redes institucionais de atendimento descentralizadas. Assim, a proteção

integral como o próprio nome contempla, tem na funcionalidade das redes de atendimento a sua perfeita formatação jurídico-política. (CUSTÓDIO, 2008, p. 30-31)

O Direito da Criança e do Adolescente, ao romper com a doutrina jurídica do Direito do Menor, o fez não apenas decorrente de um avanço legislativo, mas a partir da compreensão de que após 1988, com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, inaugurou-se no direito uma nova prática social e institucional em relação à infância e à adolescência. E, portanto, a transição paradigmática do menorismo para a proteção integral fez nascer uma nova teoria, ancorada sob os novos moldes e sob uma nova práxis. (CUSTÓDIO, 2008, p. 23)

Referências

ANNONI, Danielle. Os sessenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas: contribuições e perspectivas. **Direito, Estado e Sociedade**, São Paulo, v. 4, n. 33, p. 19-35, PUC, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 9 ago. 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

CAPÍTULO III



A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES NEGROS: SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

1 Introdução

Como premissa introdutória é interessante refletir se o Direito deve ou não servir como instrumento para transformação social.¹¹ Alguns podem dizer que não, outros podem dizer sim. Entende-se, no entanto, que na área da infância e da adolescência, cujo caráter é transdisciplinar, o direito é um dos instrumentos acessíveis ao alcance da concretização dos direitos fundamentais às crianças e adolescentes.

No Brasil, em matéria de infância há cientistas que vêm consolidando a doutrina da proteção integral e um ordenamento jurídico em âmbito nacional e internacional favorável e compatível com a nova temática. Pode-se dizer que no mundo jurídico as normas, nomeadamente as regras, sempre estiveram atrás dos fatos sociais.

Atualmente, na área infantojuvenil, há o seu avesso, em que pela primeira vez cria-se um ramo jurídico autônomo, cujas regras prescrevem exatamente o dever ser e propõem mudanças

¹¹ “Para que a Hermenêutica Jurídica possa cumprir com êxito sua função – simultaneamente científica e política, epistemológica e deontológica –, os seus conceitos e procedimentos devem ser atendidos pela percepção de que é preciso libertar a mentalidade dos juristas e operadores jurídicos que lidam com o Direito da Criança e do Adolescente do tradicional maniqueísmo cultural que costuma ver a intervenção do direito na realidade sob dois pontos de vista contraditórios: controle ou transformação social. A partir desse recorte dicotômico os sistemas jurídicos são etiquetados como “direito de dominação” ou “direito de libertação” (LIMA, 2001, p. 356)

nas práticas sociopolíticas. Tem-se um conjunto normativo e uma doutrina jurídica avançada que precisa urgentemente refletir nas práticas sociais.

Por isso, a importância em compreender a doutrina da proteção integral dissociada das velhas doutrinas jurídico-repressivas. Realmente o Direito da Criança e do Adolescente não se apresenta apenas como um amontoado de regras, mas com uma reformulação legislativa, política e doutrinária. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) surgiu para regulamentar os dispositivos constitucionais¹² e foi aprimorado ao contemplar em seu texto normativo a política de atendimento baseado num completo sistema de garantia de direitos que devem atender de maneira satisfatória os direitos fundamentais de crianças e adolescentes no país.

O Direito da Criança e do Adolescente é universal e, nesse sentido, não escolhe e não seleciona quem são os seus titulares. Atende a todas as crianças e adolescentes sem distinção de classe social, de gênero, de raça, de cor.

Por ser um ramo jurídico autônomo e com uma doutrina própria – o da proteção integral, como tantos outros, seu campo de atuação abre espaços para os mais variados temas em matéria de infância e adolescência.

Neste capítulo optou-se por estudar a proteção internacional dos direitos humanos de crianças e adolescentes pertencentes aos grupos sociais negros no país, principalmente porque os grupos negros sofrem dos fenômenos do racismo, do preconceito e da discriminação racial¹³, o que acaba por provocar o agravamento

¹² A Constituição Federal de 1988 reservou um espaço no capítulo VII para tratar especificamente da família, da criança e do adolescente e nos artigos 226, 227 e 228.

¹³ Para uma melhor compreensão dos fenômenos do racismo, do preconceito e da discriminação racial ler.: *Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei*

do seu processo de exclusão social. Igualmente, as crianças e os adolescentes negros não estão alheios a esses fenômenos.

Assim, segue o entendimento de que a partir do momento que se reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, percebe-se que muitas dessas crianças e adolescentes, cujos direitos são violados, pertencem ao segmento negro da população. E que muitas delas sofrem como os adultos dos mesmos fenômenos que acabam por excluí-las e desprovê-las dos seus direitos fundamentais.

Assim, buscar-se-á através das regras jurídicas editadas nos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, dispositivos que vedem qualquer manifestação de racismo, preconceito e discriminação racial como forma de impedir a violação dos direitos de crianças e adolescentes negros.

Como a simples proibição normativa não impõe necessariamente a mudança no comportamento social é factível aferir que não basta a existência de normas incriminadoras de condutas, pois ao se tratar de minorias, e nesse caso específico de minorias negras; é imprescindível o investimento em políticas sociais capazes de transformar a realidade social desses grupos socialmente marginalizados e afrontados nos seus direitos fundamentais.

Assim, é imprescindível consultar os instrumentos normativos internacionais em matéria de Direitos Humanos, mais especificamente a *Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965; e a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989, ambos aprovados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas para verificar em

Federal n. 10.639/03. (2005). Mas o que no momento é importante entender é que, conforme argumenta Gomes: “[...] enquanto o racismo e o preconceito encontram-se no âmbito das doutrinas e dos julgamentos, das concepções de mundo e das crenças, a discriminação é a adoção de práticas que os efetivam”. (GOMES, 2005, p. 55)

termos normativos como assegurar os direitos de crianças e de adolescentes negros no Brasil.

2 Os Instrumentos Normativos Internacionais Protetivos de Direitos Humanos

As convenções internacionais são fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo jurídico que surgiu no cenário mundial no início do século passado e que tem precedentes históricos no Direito Humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho. Piovesan (1997, p. 132-133) salienta que, embora a concepção dos direitos humanos estivesse intrinsecamente interligada com a noção de “igualdade” e “liberdade” inerentes a qualquer pessoa humana, foi somente no período pós Segunda Guerra Mundial que o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve realizado seu processo de universalização, principalmente como alternativa para repudiar o holocausto e combater possíveis atrocidades como aquelas cometidas pelo regime Nazista.

E foi a partir desse processo de universalização que os Direitos Humanos, como ramo jurídico do Direito Internacional redefiniu o conceito de soberania¹⁴ dos Estados e assim como

¹⁴ Ferrajoli (2002, p. 41) faz uma crítica a soberania no mundo moderno e para isso discorre sobre como a “soberania” dos Estados foi remoldada ao longo de vários períodos históricos e destaca que: “A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se evanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecidos pelo artigo 1 dos mesmos Pactos.

o “[...] *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional.” (PIOVESAN, 1997, p. 133)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos fez emergir a “[...] necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético para orientar a nova ordem internacional” (PIOVESAN, 2008, p. 20), ancorada principalmente pelo respeito à dignidade humana.

No Brasil, pode-se dizer que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, acompanhados da redemocratização do país a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵. Portanto, nas relações internacionais, a atual Constituição consagra como um dos princípios basilares a prevalência dos direitos humanos. (BRASIL, 1988, art. 4º, inciso II)

Como bem observa Piovesan (1997, p. 141), além dos avanços trazidos no texto constitucional em matéria de direitos humanos em âmbito internacional, foi essencial a mudança de postura do Estado brasileiro diante do sistema global¹⁶.

¹⁵ Entre os tratados internacionais em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil após a Constituição Federal de 1988 estão: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais, em 24 de janeiro de 1992; Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda, Prostituição e Pornografias infantis, em 27 de janeiro de 2004. E outros instrumentos. (PIOVESAN 2008, p. 24)

¹⁶ Conforme narra Piovesan (1997, p. 141), “A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em face das conseqüências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda

De acordo com a autora, foi necessário que o país reorganizasse

[...] a sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Esse esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante a matéria. (PIOVESAN, 2008, p. 25)

A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro só foi possível a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Tal emenda determina que os tratados e convenções internacionais que fossem aprovados nas duas Casas do Congresso Nacional – Câmara e Senado, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros dariam a esses instrumentos força normativa equivalente às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988, § 3º, art. 5º)

Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos”. Portanto, a proteção aos direitos humanos torna-se uma preocupação frequente em âmbito internacional, sendo necessária a criação de um amplo sistema de proteção que limitasse a atuação dos Estados em face de violação aos direitos humanos. É, portanto, nesse contexto que foi criada a Organização das Nações Unidas, “[...] uma instituição internacional formada por 192 Estados soberanos, fundada após a 2ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos. Os membros são unidos em torno da Carta da ONU, um tratado internacional que enuncia os direitos e os deveres dos membros da comunidade internacional”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010)

Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-Partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetiva a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. (PIOVESAN, 2008, p. 26)

E, nessa perspectiva, sob o âmbito de incidência das normas em matéria de direitos humanos internacionais, Annoni (2008, p. 32) entende que é importante repensar o direito

[...] percebendo-o como algo dinâmico cujo objeto primeiro é o respeito à dignidade da pessoa humana, suas necessidades e práticas sociais. É preciso compreender o fenômeno jurídico não apenas como uma relação de poder hierárquico que divide competências e garantias em serviço do Estado, mas sim, como um verdadeiro instrumento de promoção de satisfações e desejos coletivos, a serviço de toda a sociedade

Por isso, os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos devem atuar com força normativa no ordenamento jurídico interno para prevenir ou atuar em defesa da ameaça ou lesão aos direitos inerentes ao indivíduo ou a coletividade.

Assim, como este capítulo visa compreender a violação ou não dos direitos das crianças e dos adolescentes pertencentes aos grupos sociais negros, é compreensível que, em matéria de direitos humanos internacionais, percorram-se dois instrumentos normativos importantes e relevantes nesta discussão. A primeira perpassa pela *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965. Já a segunda análise é referente à *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989.

Na apresentação da obra de Piovesan (1997, p. 21), Trindade reforça a ideia da necessidade de haver interação entre os diversos tratados e convenções internacionais, cuja materialidade

normativa procura ser o mais eficaz possível no combate a violações de direitos humanos, contribuindo por derradeiro para dar maior “[...] precisão ao alcance das obrigações convencionais e a assegurar uma interpretação uniforme do direito internacional dos direitos humanos”.

Essa interação entre as normativas internacionais deve ser a guia mestra a conduzir os argumentos jurídico-políticos que se pretende desenvolver, na medida em que a atuação de ambas as convenções internacionais anteriormente referidas, pode conduzir a uma real e efetiva proteção aos direitos de crianças e adolescentes negros no Brasil.

Em relação à *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965, pode-se extrair os argumentos concretos de promoção à igualdade racial que precisa-se implementar no país. Já a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989, confere a crianças e adolescentes a titularidade de direitos fundamentais, cujo caráter é universal e se estende a todas as crianças, indistintamente, sem diferenciar por recorte étnico-racial.

Nesse sentido, nada seria mais eficaz no plano da concretização de direitos, do que ter em mãos ambos os instrumentos internacionais¹⁷ e poder utilizar os dispositivos que melhor venham a atender os direitos de crianças e adolescentes negros, livres de toda a forma de racismo, preconceito e discriminação racial.

¹⁷ De acordo com Piovesan e Guimarães (2009), é possível compreender que tanto a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, fazem parte do sistema de proteção especial, uma vez que é possível determinar os sujeitos exatos para os quais dirigem sua proteção. A primeira refere-se aos grupos sociais negros e a segunda compreende crianças e adolescentes. Os tratados e convenções internacionais do sistema de proteção geral aplicam-se a uma coletividade que não é possível determinar, ou seja, aplicam-se a toda e qualquer pessoa sem distinção alguma. Na proteção especial é possível determinar os sujeitos através das categorias: raça, sexo, etnia, idade, etc.

Esses dois instrumentos normativos internacionais devem guiar as ações do Estado brasileiro que se compromete, seja em âmbito internacional, ou em ordem interna, a dar proteção aos direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, incluindo àquelas pertencentes a uma categoria étnico-racial específica.

Essa iniciativa, assim pode-se dizer, já tem um avanço legislativo, pois seja em matéria internacional ou na ordem interna, já existem leis positivadas que impõem ao Estado brasileiro o investimento em políticas públicas, se for o caso, para dar plena efetivação aos direitos dessa parcela vulnerável da população. E lembrando que esses sujeitos gozam da prerrogativa da prioridade absoluta, logo as políticas sociais pensadas para as crianças negras devem ser pensadas e implementadas em caráter emergencial!

Ao estudar a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* é possível compreender que seu processo de construção deriva de pelo menos três fatores históricos relevantes e que influenciaram decisivamente na sua criação durante a década de 1960. O primeiro refere-se ao ingresso de 17 novos países africanos na Organização das Nações Unidas em 1960. O segundo deve-se a realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não aliados em Belgrado, em 1961, e, por último, o ressurgimento de atividades nazifascistas no continente europeu. Esses três fatores foram cruciais e determinantes na criação de um instrumento em âmbito global que combatesse a discriminação racial e evitasse a ocorrência de novas atrocidades contra o ser humano, como as que ocorreram no contexto da Segunda Guerra Mundial. (PIOVESAN, GUIMARÃES, 2009)

Vê-se, portanto, a preocupação internacional em normatizar dentro do sistema global uma convenção preocupada em elevar como princípios basilares a dignidade e a igualdade (material) inerentes a todo ser humano. De acordo com a Convenção, todos os Estados-Partes comprometem-se em conjunto ou separadamente

a atuar em prol da não discriminação e promover o respeito universal pelos direitos humanos independentemente de raça, cor, sexo, idioma ou religião.

A Convenção reconhece que não há hierarquia entre os diferentes grupos sociais, assim como reconhece como falsas todas as doutrinas raciais fundamentadas na superioridade e inferioridade racial, a exemplo das teorias raciais deterministas que chegaram ao Brasil no final do século XIX. Não há, portanto, justificativa para a prática de discriminação racial. Combate igualmente à segregação racial e o *Regime de Apartheid*.

O artigo II da Convenção impõe aos Estados-Partes que criem medidas específicas, principalmente no campo das políticas públicas, para o combate à discriminação racial e que essas ações devem-se materializar sem demora com intuito de alcançar a equidade e justiça social. Reafirma a necessidade de criar políticas específicas, no campo social, econômico, cultural e outros, aos grupos marginalizados ou as minorias com o propósito de proporcionar igualdade de condições, como os demais grupos conforme a disposição do artigo II.

Artigo II. 2 Os Estados-Partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico e outros, medidas especiais e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos. (CONVENÇÃO..., 1965)

Assim, se as políticas sociais universais não conseguem alcançar efetivamente a coletividade e, diante dessas políticas, as minorias étnico-raciais encontram-se em situação desfavorecida ou simplesmente essas políticas não as alcançam, é imprescindível

que se criem políticas específicas a esses grupos marginalizados e excluídos socialmente. No Brasil, essas políticas recebem o nome de ações afirmativas.

A Convenção é bastante enfática ao afirmar que os Estados-Partes devem se comprometer a adotar medidas ou políticas eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura e informação como alternativa para lutar contra preconceitos que possam gerar as mais variadas formas de discriminação racial (Parte I, art. VII).

Importante ressaltar que as convenções internacionais não são apenas um conjunto normativo que se limita a editar direitos, mas criam mecanismos que deem condições de implementação e efetividade a esses instrumentos normativos nos Estados-Partes. Assim, a segunda parte da *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* estabelece a criação de um Comitê, que deve ser composto por 18 membros eleitos pelos Estados-Partes e que atuarão de forma individual.

Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, incluindo a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, dispõem de três mecanismos que atuam para sua implementação, são eles: a) os relatórios; b) as comunicações interestatais; e c) as petições individuais. Esses mecanismos são encaminhados pelos Estados-Partes ao Comitê que terá a competência para examinar esses documentos. Esses mecanismos de implementação servem como auxílio na fiscalização das ações que os Estados-Partes devem concretizar no combate a discriminação racial. (PIOVESAN; GUIMARÃES, 2009)

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial deve ser invocada sempre na luta antirracista no Brasil. É preciso dar visibilidade a esse instrumento internacional ratificado pelo país no final da década de 1960 para que não se constitua em letra morta. Um dos maiores

avanços desta Convenção Internacional é a possibilidade de os Estados ratificantes investirem em políticas públicas específicas para determinada categoria étnico-racial que esteja em situação de desvantagem política e socioeconômica em relação a outros grupos, como é o caso da população negra. Portanto, essa Convenção tem a árdua tarefa de impor aos Estados-Partes, ao mesmo tempo, o combate à discriminação racial e de promover a igualdade racial em seus respectivos territórios.

Outro importante instrumento normativo internacional que merece destaque, neste estudo, e que deve seguir uma interpretação interativa com o instrumento normativo anteriormente analisado é a *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, de 1989.

O trabalho de elaboração desse documento jurídico internacional estendeu-se por dez anos, contemplando representantes dos quarenta e três Estados-Membros da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sendo que a sua expedição se deu justamente quando se comemoram os trinta anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. (VERONESE, 1999, p. 96)

A *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989, está consagrada num conjunto de 59 artigos, dispondo sobre os mais variados temas relativos à infância, disciplinando sobre o seu desenvolvimento; o direito à convivência familiar e comunitária; direito à vida, à liberdade; e a vedação a qualquer forma de discriminação, exploração, abusos e opressão. A convenção reconhece como criança toda pessoa com menos de 18 anos de idade, salvo exceções legais, em que se reconheçam a maioridade antes desse período. (CONVENÇÃO..., 1989, art. 1º)

O artigo 2º da Convenção dispõe sobre a universalização na proteção aos direitos inerentes à infância ao mesmo tempo em que veda expressamente qualquer manifestação

racista, preconceituosa e discriminatória em relação a cor ou raça. De acordo com o dispositivo:

1. Os Estados-Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
2. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 consagra uma proteção especial e integral à população infantojuvenil. E que, conforme disposto no artigo segundo, ao proteger a criança diferentemente de sua raça ou cor, o faz também no sentido de reafirmar o princípio da igualdade também entre esse público específico. Mas é importante ressaltar que esse dispositivo deve receber uma interpretação extensiva a todos os demais dispositivos que constam na Convenção. Todos os mecanismos de proteção aos direitos de crianças e adolescentes devem ater-se ao princípio da não discriminação.

E, inclusive, se for o caso, considerando que os Estados-Partes devem investir em políticas sociais que deem conta de satisfazer os interesses de crianças e adolescentes o deve fazer também considerando sua própria realidade social. No Brasil, país marcado por forte desigualdade social e racial, as políticas sociais voltadas para a área infantil e adolescente devem ser focalizadas para que contemplem plenamente a não violação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes pertencentes aos grupos sociais negros. Há que haver um comprometimento

estatal com essas categorias marginalizadas socialmente em função da sua cor. Por isso, a interpretação da Convenção deve sempre estar atenta e em consonância com o princípio da não discriminação – neste estudo, a não discriminação em função da cor ou do pertencimento racial.

Frisa-se ainda que as preocupações centrais dessa normativa internacional focaram em assegurar que os Estados-Membros da convenção aderissem a certas medidas e investissem em políticas públicas capazes de proporcionar a população infantojuvenil melhores condições de vida, melhores condições de desenvolvimento, sadio e harmonioso e zelar pelo cumprimento integral dos seus direitos. A tutela da infância e adolescência sob esse novo instrumento jurídico pretendeu estender com veemência o respeito a sua condição de pessoa humana e a sua vulnerabilidade infantil.

Os Estados-Membros que se propuseram a ratificar a presente convenção internacional têm o dever de criar mecanismos que resguardem os direitos infantojuvenis e sua implementação. Não basta apenas ratificar a convenção, é preciso torná-la legalmente eficaz. (DOEK, 2007, p. 16)

Assim como a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965, a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989, também dispõe de um amplo mecanismo de implementação dos dispositivos de proteção. O artigo 43 e os seguintes da *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança* discorrem sobre a criação e a forma de atuação de um Comitê – formado por dez membros, cuja maior responsabilidade seja a de fiscalizar as ações dos Estados-Partes e o seu comprometimento com a real e efetiva proteção aos direitos de crianças e adolescentes.

De todo modo, é possível constatar que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos aqui estudados – a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas*

de *Discriminação Racial* e a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança* – contemplam não apenas um emaranhado de dispositivos normativos que vedam a discriminação racial, mas impõem responsabilidades aos Estados ratificantes de compromisso e proteção aos direitos humanos de crianças e adolescentes negros.

3 Considerações Finais

A pesquisa sobre os instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos de crianças e adolescentes negros, mais especificamente a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1969, e a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, de 1989, como se pôde constatar, vedam a discriminação racial, mas não indicam ou criam quaisquer mecanismos capazes de efetivamente solucionar a questão. A própria vedação à discriminação racial pressupõe a existência no plano material de preconceitos e de discriminações pela cor da pele. O que, desde logo, infere-se que não basta simplesmente existir a normatização de direitos, mas perseguir os meios para alcançar a sua real efetivação.

Ao considerar o ramo jurídico do Direito da Criança e do Adolescente como uma área de atuação transdisciplinar é factível o estudo dos fenômenos do preconceito, do racismo e da discriminação racial, utilizando principalmente o aporte teórico de outras áreas como a Sociologia por exemplo.

E enfatiza-se que a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* não se limita a vedar simplesmente as formas de discriminação racial, mas busca alternativas eficazes através de políticas públicas que assegurem um verdadeiro combate à discriminação fundada na raça ou na cor.

Sendo o Brasil signatário desta Convenção, os direitos de

crianças e adolescentes negros encontram respaldo constitucional para investimento em políticas públicas que concretizem seus direitos fundamentais afrontados pelo viés discriminatório. Dado, ainda, o caráter prioritário que devem ser efetivados os direitos das crianças e adolescentes, essas medidas clamam por execução em caráter de urgência na sociedade brasileira.

A nenhuma criança ou adolescente pode ser negado o direito fundamental de viver com dignidade e desfrutar de sua cidadania tão dificilmente conquistada historicamente. Negar a implementação das políticas inclusivas implica num verdadeiro retrocesso ao Direito da Criança e do Adolescente. Considerando que a doutrina da proteção integral não diferencia o público que está na sua esfera de proteção, já que contempla TODAS as crianças e adolescentes igualmente e não faz distinções entre preto e branco; o que importa em afirmar que o Direito da Criança e do Adolescente deve também ser conduzido pelo princípio da não discriminação, incluindo a não discriminação em função de cor e/ou raça.

Referências

ANNONI, Danielle. Os sessenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas: contribuições e perspectivas. **Direito, Estado e Sociedade**, São Paulo, v. 4, n. 33, p. 19-35, PUC, 2008.

CONVENÇÃO Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. 1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimi.htm>>.

Acesso em: 1º ago. 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *In*: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. (Org.) Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. *In*: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. **Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/2003**. Coleção Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e Anti-racismo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades Raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília: Ipea, 2002.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Apresentação**. [2010]. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php>. Acesso em: 13 jan. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. **EOS. Revista Jurídica da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 2, n. 1, Dom Bosco, 2008.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luiz Carlos Rocha. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. [2009]. Artigo não indexado. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_racial.html>. Acesso em: 30 out. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente**: por uma propedêutica jurídicoprotetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto. **Educação e Ações Afirmativas**: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição**: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

CAPÍTULO IV



A TEORIA NEOCONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

1 Introdução

Como premissa introdutória é preciso esclarecer que o neoconstitucionalismo ou o pós-positivismo, como alguns autores preferem referenciar, tem como marco precursor a Constituição Mexicana de 1917 e, na sequência, a de Weimar, na Alemanha em 1919, quando essa Carta Política introduziu, na sua gama de dispositivos, uma atenção especial aos direitos sociais para atender aos interesses da coletividade.

Tais documentos passaram a construir uma nova história, pois foram capazes de superar a individualidade humana para atender aos anseios da sociedade como um todo. Para isso, foi necessário dar uma nova roupagem jurídica as constituições, para que as mesmas não se constituíssem em letra morta, e que, verdadeiramente conseguissem solucionar os casos concretos retirando do direito a posição de neutralidade que lhe havia sido colocada desde então.

A teoria neoconstitucional ou pós-positivista vem ultrapassar a posição central da lei na resolução dos conflitos e introduzir em seu conteúdo normativo uma base axiológica com a introdução dos princípios gerais de direito.

Assim, no decorrer deste artigo serão analisados de forma elucidativa as principais características e os fundamentos dessa nova teoria jurídica, da mesma forma que se estudará a aplicação dos princípios para a resolução de conflitos com a finalidade de alcançar a equidade e a justiça social.

No mesmo sentido, o Direito da Criança e do Adolescente está inserido no ramo dos novos direitos e por isso mereceu atenção especial neste texto, pois situa-se como um ramo jurídico autônomo no Brasil e, como vimos nos capítulos anteriores, é consagrador da Doutrina da Proteção Integral, amplamente contemplada nos documentos internacionais, na *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, e no *Estatuto da Criança e do Adolescente* – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

Neste estudo mereceu destaque a aplicação dos princípios específicos para resguardar e concretizar os direitos de crianças e adolescentes no Brasil. Tendo respaldo da teoria neoconstitucional, os princípios aplicáveis a essa parcela vulnerável da população têm como função a não violação dos seus direitos fundamentais básicos, uma vez que alcançaram a categoria de sujeitos de direitos.

2 Fundamentos da Teoria Neoconstitucional

A compreensão sobre a nova teoria constitucional, ou neoconstitucionalismo, perpassa paradoxalmente pela ruptura do modelo de Estado liberal individualista. O Estado liberal tinha como características principais o livre desenvolvimento dos mercados, baixa intervenção do Estado nos assuntos econômicos, privilegiando a liberdade contratual e pouca interferência legislativa envolvendo os direitos individuais, assim como completa desatenção ao respeito pela dignidade humana. (VERONESE; SILVA, 1998, p. 22)

No campo normativo o que se observou na vigência do Estado Liberal foi a incidência das normas como fonte propulsora na garantia da legalidade formal. O Estado legislativo atuou colocando a lei em posição central (positivismo jurídico) para a resolução de toda e qualquer relação conflituosa na sociedade,

pondo o Direito em situação de pura neutralidade, uma vez que a norma geral e abstrata deveria ser executada para resolver os conflitos, devendo os operadores do direito desempenhar uma única função, qual seja, a de mero aplicador da lei.

De acordo com Duarte e Pozzolo (2006, p. 17), a iniciativa de reconciliar o Estado com a sociedade veio agregado à necessidade de superar a mera legalidade formal contempladora da Constituição numa visão Lassaleana como uma mera folha de papel, para superar essa concepção em busca “[...] de um modelo de Estado social que absorvesse a programaticidade das normas constitucionais tão inoperantes, senão excluída da tese jurídica, de caráter neutralizante, dos fundamentos políticos sustentada pelo modelo de Estado-legislação.”

Cumprе salientar que a normatividade formal da ciência positivista vai perdendo força diante desse novo modelo de Estado social que vai se consolidando. Há como marco inicial dessa transição a Constituição de Weimar na Alemanha e que entrou em vigor em 1919. A Constituição de Weimar inaugurou um novo movimento constitucionalista em direção aos direitos sociais, além é claro, de organizar o Estado para atuação direta na sociedade (coletividade) e não mais centrado apenas no indivíduo.

Duas características importantes relatam as tensões do Estado Liberal, a primeira em relação à própria ruptura da concepção de lei, e a segunda, advém da própria normatividade da lei, que terá que regular o caso concreto, cabendo ao direito não mais ser imparcial.

É a emergência em resolver os conflitos sociais da coletividade centrada no respeito pela dignidade humana e uma nova estrutura axiológica que vai determinar as bases para o modelo democrático previsto no Estado Social. Essa abertura legal inerente ao campo legislativo torna possível a incorporação de valores,

princípios gerais de direito, além de introduzir na Constituição um rol de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais inserem-se nos direitos editados na Carta Política de cada Estado. No Brasil os direitos fundamentais estão descritos na *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 e pressupõe uma série de garantias constitucionais inerentes a todas as pessoas. Para Canotillho (1998, p. 359), os Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no território de abrangência de cada Estado. Os direitos fundamentais se consubstanciam nos direitos necessários à garantia da dignidade da pessoa humana e a proteção contra possíveis arbitrariedades estatais.

Os direitos fundamentais classificam-se em quatro dimensões¹⁸ principais. Os direitos de primeira dimensão são aqueles relacionados aos direitos de liberdade no que tange aos direitos civis e políticos. Nessa dimensão, a titularidade dos direitos cabe aos indivíduos utilizando-os de forma oposicionista frente ao poder estatal. Os direitos de segunda dimensão compreendem os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, e fundamentam-se pelo princípio da igualdade. Os direitos de terceira dimensão assentados sobre o princípio da fraternidade, são os chamados direitos difusos que focalizam suas ações aos grupos humanos, ou seja, as ações protetivas ao ser humano não se restringem apenas ao indivíduo, mas na sociedade como um todo.

Na terceira dimensão de direitos prevalece o humanismo e a universalidade. O direito de quarta dimensão envolve o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo, e,

¹⁸ De acordo com o autor Ingo Wolfgang Sarlet “O reconhecimento progressivo de novos Direitos Fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra”. Para maiores informações pesquisar em: Sarlet (1998, p. 47)

nesse sentido, a quarta dimensão dos direitos tem a finalidade de promover a efetividade dos direitos das outras três dimensões. (PFAFFENSELLER, 2007)

A ascensão do modelo de Estado-Legislação tem sobremaneira a finalidade de promover a regulação social (limitar o poder estatal no campo normativo) e isso implica em restaurar e reformular a eficácia do direito como limite de poder. De acordo com Cadermatori (2006, p. 21), tal situação permanece ainda sem solução, mesmo que agora seja utilizada a forma jurídica constitucional como limitadora do poder Estatal, há um risco de reproduzir-se um esvaziamento formal da norma legal, agora em âmbito constitucional.

O problema da mera formalidade da lei do Estado Legislativo reproduz-se agora com respeito ao poder constituinte e coloca em relevo, novamente, a natureza convencional da forma jurídica constitucional. (CADERMATORI, 2006, p. 21)

Para Ferrajoli (2003, p. 21), os dois modelos de Estado de Direito – o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito – estão em crise:

[...] en una palabra, al Estado de Derecho tanto en sentido débil como fuerte. En ambos aspectos, la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

A finalidade do Estado de Direito Constitucional é satisfazer e concretizar os direitos básicos e fundamentais de todas as pessoas, da coletividade, por isso, para que seja possível alcançar uma certeza ou verdade jurídica é imprescindível que as constituições criem mecanismos capazes de dar sustentação aos seus preceitos

normativos (regras e princípios). É preciso garantir a rigidez constitucional e assegurar a normatividade das constituições, e para que isso seja possível, é imprescindível que qualquer reforma da Constituição contemple um procedimento especial em relação a aprovação, alteração e/ou revogação das leis. Esse procedimento na reforma constitucional (controle de constitucionalidade) poderá assegurar uma natureza normativa das constituições, em comparação com as normas aprovadas pelo legislador, à exemplo das leis ordinárias. (PEÑA FREIRE, 2003, p. 34)

De acordo com Zagrebelsky (1995, p. 34), a teoria neo-constitucional possibilitou pela primeira vez que a norma constitucional, aí composta por regras e princípios, reconhecida como hierarquicamente superior perante as leis ordinárias – posicionadas na categoria de infraconstitucionais – mantivesse perante aquelas um *status* de subordinação. Nenhuma lei ordinária pode afrontar as normas constitucionais, sob pena de serem revogadas. Para Duarte e Pozzolo (2006, p. 90), as constituições ao adotarem uma concepção prescritiva não significa dizer apenas que a norma constitucional seja hierarquicamente superior, mas que também se constitui em uma norma de valoração (axiológico) suprema. “Desse modo, a Constituição não exige somente o seu respeito, não é somente um vínculo negativo para o legislador, mas também impõe o seu desenvolvimento ou a sua declinação positiva.” (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 90)

A *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 é representativa da luta de vários movimentos sociais da década de 1980 que pleiteavam a volta da democratização ao país. No texto constitucional brasileiro estão expressos as regras e princípios gerais de direito que norteiam os direitos fundamentais. A Constituição brasileira tem como características a forma escrita e rígida, sendo que alguns dispositivos são considerados *cláusulas pétreas*, ou seja, apenas podem ser alterados mediante a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Sob esse aspecto Guastini (2003, p. 51-53) afirma enfaticamente que alguns princípios são imutáveis e, portanto, não podem deixar de estar presente na Carta Política, mesmo após revisão constitucional. Em suma, o autor entende da necessidade de compreender a ideia de que toda norma constitucional – seja qual for a sua estrutura ou o seu conteúdo normativo – é uma norma verdadeira, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.

Na aplicação dos princípios há que se ter certa coerência, ou seja, se já não há valores e princípios últimos em um sistema, logo todos os princípios estão sujeitos, portanto, a uma revisão à luz de novos e melhores argumentos jurídicos. A teoria neo-constitucional insere-se onde é possível a realização de um Estado Democrático Constitucional, que se caracteriza primordialmente por contemplar no seu processo de positivação uma Constituição longa e densa, que além de contemplar as regras de organização do poder do Estado, também inclua um vasto rol de direitos e garantias fundamentais.

Essas Constituições evidenciam a adesão a um ideal de direitos e consolidam a ideia de que um sistema político justo deve respeitar os direitos fundamentais. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 79)

Na aplicação do direito os princípios compreendem situações em que as regras escritas não conseguem solucionar os casos específicos, por isso a utilização de alguns “superprincípios”, como o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade sugerem que o juiz perca sua “visão negativa Kelseniana” para adquirir uma forma mais “positiva e propositiva”. O juiz passa a ficar mais ativo no processo, eis que poderá tomar decisões de forma discricionária e fundamentar suas decisões sem dissociar o direito da moral.

A positivação dos princípios, efetivamente, é aquilo que

permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral. Os princípios, de fato, uma vez entendidos como instâncias morais positivadas, reúnem os fios do discurso jurídico e do discurso moral, transformando em um tipo de função interna aquela que no modelo positivista vem reconstruída como uma crítica externa ao direito positivo: se o ideal (aquilo que deve ser) provém em parte do real, daquilo que o direito é, a sua satisfação pode ser reconstruída como um defeito objetivo do direito positivo. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 82-83)

A teoria neoconstitucional vai, portanto, trabalhar diretamente com a argumentação jurídica e com a incorporação de princípios no ordenamento constitucional. Trata-se de uma redefinição metodológica e que agora terá que desenvolver um procedimento embasado na efetivação desse novo modelo normativo. Os princípios impulsionaram essa nova teoria jurídica a superar cada vez mais os modelos clássicos, como o positivismo jurídico acrítico.

A teoria da constituição não se esgotará unicamente na ultrapassagem do positivismo jurídico enquanto ciência, mas implicará numa teoria democrática e que também compreende uma dogmática jurídica. Assim, não compete a este ensaio discurrir sobre o positivismo jurídico, mas sim abordar os principais aspectos e fundamentos da teoria neoconstitucional, no entanto, alguns autores, como Écio Otto Ramos Duarte e Suzanna Pozzolo, trazem para discussão a possibilidade de alternância entre esses dois modelos normativos, ou seja, se com o advento da teoria neoconstitucional é possível eliminar por completo a teoria juspositivista?

Entende-se que não, pois os dois modelos jurídicos não são de alternância, mas sim de complementação, e os dois modelos devem ser utilizados conforme as suas próprias características e finalidades.

Por isso, é cabível afirmar-se que a legítima produção do direito ocorre entre a tensão existente entre a liberdade individual e a democracia (que traz a ideia de uma sociedade de membros iguais) (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 82-83). De acordo com Cadermatori (2006, p. 208):

Aos direitos de liberdade (ou ‘direitos de’) correspondem garantias negativas (ou proibições de fazer) ou limites ao poder normativo infraconstitucional; aos direitos sociais (ou ‘direitos a’) correspondem garantias positivas consistentes em prestações individuais ou sociais. O garantismo consiste na tutela de todos esses direitos fundamentais, que representam os alicerces da existência do estado e do direito, que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia.

O principialismo pressupõe, portanto, que se dê uma carga axiológica jurídica procedimental para a resolução dos conflitos e para isso diferencia precisamente a conceituação de regras e princípios. Os princípios gerais de direito devem ser aplicados levando em consideração os parâmetros de controle racional, assim como, compete ao aplicador da lei, na resolução do caso concreto utilizar seu juízo de ponderação sempre que houver normas conflitantes entre si na resolução da lide. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 65-66)

Não há hierarquias entre os princípios devendo, sempre que houver princípios conflitantes entre si utilizar o critério da ponderação. Já em se tratando de regras, a resolução de possíveis antinomias solucionar-se-á através da utilização dos critérios: hierárquico, cronológico e da especialidade.

De acordo com o que postula Dworkin (2002, p. 127-129), para melhor ilustrar a necessidade de aplicação do juízo de ponderação na teoria neoconstitucional é imprescindível trabalhar com os conceitos de *easy cases* (casos fáceis) e os *hard cases* (casos difíceis). Para os chamados *easy cases*, Dworkin afirma que não há

maiores dificuldades na sua resolução. Para melhor elucidar os *easy cases*, tomemos como exemplo se “[...] uma pessoa é acusada de exceder um limite máximo de velocidade, parece certo afirmar que o juiz vem somente a aplicar uma norma (nomeadamente, regra) a um fato.” (OLIVEIRA, prelo, p. 16)

Nessas circunstâncias não há dúvida em resolver a questão, aplica-se uma regra, que previamente escrita, venha a incidir na conduta do agente descrito no exemplo acima.

Já nos *hard cases* não há uma norma específica para a resolução do caso específico.

Um caso é classificado como difícil quando concorrem várias normas que levam a julgados distintos ou contraditórios, bem como quando não há norma (nomeadamente, regra), de pronto, especialmente, aplicável. (OLIVEIRA, prelo, p. 16)

Além da utilização do juízo de ponderação, Guastini (2003, p. 72) também adverte sobre a importância de trabalhar com instrumentos mais eficazes ao exercício das decisões judiciais, que devem guiar-se também pelo princípio da razoabilidade. Para o autor o princípio da razoabilidade “[...] exige que toda distinción o clasificación introducida por el legislador sea ‘razonable’, no arbitraria; en suma, justificada.”

Trabalhar com a razoabilidade *versus* a arbitrariedade na moderna teoria neoconstitucional, implica como já foi afirmado neste ensaio, que o Estado Constitucional deva ser por essência um Estado Democrático, em seu conceito mais amplo, e que possa garantir tanto ao legislador, quanto ao aplicador da norma, utilizar da ponderação e da razoabilidade, em detrimento de critérios arbitrários geralmente relacionados com questões/decisões políticas e não de direito.

A teoria neoconstitucional, por se enquadrar no Estado Social tem como finalidade no campo normativo o de fazer o Direito incidir nos conflitos da coletividade almejando alcançar a paz, a igualdade e a justiça social. Nessa perspectiva, Cadermatori (2006, p. 68), baseado nos postulados de Dworkin, enfatiza que

Ao lado dos princípios, que fazem referência à justiça e à equidade (*fairness*), encontramos as *diretrizes políticas*, que se referem aos objetivos sociais justos que devem ser atingidos pela aplicação do Direito. Tanto diretrizes como princípios devem ser levados em consideração pelo aparato judicial na interpretação e aplicação das normas, como condição para captar o fenômeno jurídico em sua *inteireza*.

Assim, são encaminhadas essas reflexões para a segunda parte deste texto para posicionar o Direito da Criança e do Adolescente em conformidade com a teoria neoconstitucional com a finalidade de buscar na Doutrina da Proteção Integral a real efetivação e concretização dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil. Parte-se do pressuposto de que a concretização dos direitos desses sujeitos perpassa pelo investimento do Estado em políticas sociais básicas, e de outro modo, necessita da prestação da tutela jurisdicional, enquadrando nas decisões jurídicas a fundamentação não mais apenas pelo viés juspositivista, mas pautado pela busca de equidade e justiça social compatível com a nova teoria neoconstitucional até então exposta.

Para isso, é imprescindível conhecer os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil, suas principais características e peculiaridades, além, é claro, de narrar os principais princípios específicos aplicados a essa parcela da população composta por crianças e adolescentes.

3 Princípios Específicos Aplicáveis ao Direito da Criança e do Adolescente

O ordenamento jurídico brasileiro compõe-se de regras e princípios essenciais no atendimento às exigências dos direitos e garantias inerentes a todas as pessoas. As convenções e declarações internacionais, ratificadas pelo Brasil, assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente formam em conjunto as normas que regem o Direito da Criança e do Adolescente. No entanto, como alternativa para alcançar a real efetividade na concretização dos direitos infantojuvenis, é imprescindível que haja aplicabilidade dos princípios, não como complemento a norma legal vigente, mas como um sistema norteador de garantias e direitos fundamentais.

O Direito da Criança e do Adolescente insere-se na categoria dos novos direitos e

[...] é concebido como um sistema jurídico, aberto e ordenável, de princípios, regras (e valores), tendentes à efetivação da cidadania infantojuvenil, no contexto do Estado Democrático de Direito. (LIMA, 2001, p. 110)

Assim, os princípios a serem seguidos na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente devem estar em consonância com o dispositivo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deve privilegiar a proteção integral à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta e em respeito à sua condição como pessoa em desenvolvimento.

Nesta abordagem principiológica, buscar-se-á dar maior ênfase aos princípios estruturantes e concretizantes (LIMA, 2001) do Direito da Criança e do Adolescente. Na primeira classificação estão compreendidos os princípios da não discriminação, universalização e do melhor interesse da criança. Enquanto os

pertencentes à segunda classificação compreendem o princípio da prioridade ou primazia absoluta, princípio da participação popular, o princípio da descentralização político-administrativa, o princípio da desjurisdicionalização, o princípio da humanização e o princípio da politização ou ênfase nas políticas sociais básicas.

Cabe ressaltar a importância de trazer para esse estudo a ênfase principiológica aplicada no sentido de fortalecer as ações da sociedade civil, da família e do Estado para a melhoria da qualidade de vida de crianças e adolescentes, tendo em vista que o estudo do Direito da Criança e do Adolescente exige uma verdadeira

[...] articulação entre princípios, regras e valores próprios, mas que apenas encontram sentido na medida em que estão co-relacionados com as demandas concretas e necessidades de transformação social. (CUSTÓDIO, 2006, p. 136)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o princípio da não discriminação, assegurando os direitos e garantias individuais e igualitárias a todas as pessoas sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, art. 1º, IV e art. 5º *caput*)

Em consonância com o princípio constitucional, o Direito da Criança e do Adolescente também reconhece a valorização das diferenças e veda qualquer ato que expresse discriminação na garantia e concretização dos direitos infantojuvenis. Portanto, conforme disposição do artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sejam eles cometidos por ação ou omissão no reconhecimento dos seus direitos fundamentais.

A universalização é um dos princípios basilares da Doutrina da Proteção Integral, pois estende a proteção dos direitos a todas as crianças e adolescentes, sem distinção. Durante o período de

vigência dos Códigos de Menores de 1927 e 1979, a proteção sociojurídica alcançava apenas aquela parcela da população infantojuvenil categorizada como *menor*. A medida que o Direito do Menor não garantia direitos, mas apenas tutelava as crianças e adolescentes em situação irregular, o Direito da Criança e do Adolescente reconheceu os direitos fundamentais dos quais todas as crianças e adolescentes, vistos agora como sujeitos de direitos, são titulares.

Ainda, como princípio estruturante do Direito da Criança e do Adolescente, está o princípio do melhor interesse da criança amplamente recepcionado na *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, de 1989, no artigo 3º-1, que dispõe sobre a matéria nos seguintes termos:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o maior interesse da criança. (CONVENÇÃO..., 1989, art. 3º)

De acordo com Lima (2001, p. 213), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve servir, entre outras funções,

[...] como critério hermenêutico, a de permitir a resolução de colisão de Direitos previstos na Convenção, a de servir como orientação e avaliação da legislação e das práticas que não se encontrem expressamente reguladas por lei.

Por óbvio, o princípio do melhor interesse da criança está também relacionado à condição peculiar de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento, e que merecem uma atenção especial da sociedade, da família e do poder estatal, no sentido de concretizar ações que impliquem mudanças significativas para dar legitimidade a esses novos direitos. O princípio do melhor interesse

Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações [...]. (VERONESE, 1997, p. 13)

A prioridade absoluta no atendimento aos direitos de crianças e adolescentes está prevista no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que compreende: a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Cumpra salientar que o princípio da prioridade absoluta representa uma nova descoberta da infância (ÀRIES, 1981), pois sendo um dos princípios basilares da Doutrina da Proteção Integral, os novos direitos conquistados para crianças e adolescentes estão consagrados dentro de uma lógica hierárquica, no sentido de atender primeiramente as exigências e garantias das crianças e dos adolescentes. As crianças e os adolescentes não devem mais ser vistos pelo olhar adulto e, tampouco, devem ser dominados por esse olhar. Cabe ao Estado, à sociedade e à família assegurar uma tutela protetional específica.

A prioridade absoluta no atendimento as necessidades e direitos de crianças e adolescentes viabiliza a promoção de políticas públicas com a finalidade de dar efetividade aos seus direitos e legitimar os princípios pertinentes ao Direito da Criança e do Adolescente, bem como todo o seu instrumento normativo. A execução de políticas públicas para infância e adolescência permite a destinação de forma privilegiada dos recursos necessários e suficientes para a execução dessas políticas.

O processo constituinte dos anos 1987 e 1988, bem como a volta da democratização ao país são representativos da

mobilização da sociedade civil organizada que cada vez mais pretende se engajar nos assuntos de Estado e participar de processos decisórios, principalmente quando se trata de implementação de políticas públicas. A participação popular representa um grande avanço em termos normativos e concretizantes dos direitos fundamentais inerentes a toda a população brasileira e representa o ideal do que deve ser a democracia representativa e participativa. Na concepção de Santos (2006, p. 372),

A refundação democrática da administração pública e do terceiro setor pressupõem uma nova articulação entre os princípios da democracia representativa e os princípios da democracia participativa.

[...] a democracia redistributiva tem de ser democracia participativa e a participação democrática tem de incidir tanto na actuação estatal de coordenação como na actuação dos agentes privados, empresas, organizações não-governamentais, movimentos sociais cujos interesses e desempenho o Estado coordena. Por outras palavras, não faz sentido democratizar o Estado se simultaneamente não se democratizar a esfera estatal. Só a convergência dos dois processos de democratização garante a reconstituição do espaço público de deliberação democrática.

No Direito da Criança e do Adolescente, o princípio da participação popular tem contribuído grandiosamente para a tomada de decisões necessárias à condição de vida de muitas crianças e adolescentes. A participação popular aproxima a sociedade dos assuntos governamentais, bem como instrumentaliza ações voltadas para a própria comunidade, visto que é conhecedora das suas necessidades essenciais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente

[...] previu formas concretas de garantir a participação da sociedade civil em todas as fases da gestão da nova política de atendimento (prevenção, promoção, defesa) dos direitos da criança e do adolescente. (LIMA, 2001, p. 254)

Assim, vislumbra-se que a perfeita formação jurídica da participação popular enunciada no Estatuto da Criança e do Adolescente tem representação efetiva nos Conselhos de Direitos em nível nacional, estadual e municipal, nos Conselhos Tutelares e nos Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente.

A descentralização político-administrativa também é um princípio constitucional inovador, pois permite que se estenda a competência e a burocratização das ações governamentais de forma dividida nas três esferas estatais, em nível federal, estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social. Este princípio está previsto no artigo 204, inciso I da Constituição Federal.

A descentralização político-administrativa é uma alternativa que funcionalmente pretende trazer eficácia as ações governamentais e não governamentais em termos de políticas públicas, pois uma vez que se divide a competência para atuação entre os entes da federação e dos demais seguimentos da sociedade civil organizada, torna mais simples legitimar os programas e ações sociais. A descentralização político-administrativa retira do ente federal a competência exclusiva para atuação na área da assistência social.

No que se refere ao Direito da Criança e do Adolescente percebe-se que a vigência do princípio da descentralização político-administrativa demonstra grandes avanços em relação ao revogado *Direito do Menor*, em que essa tutela era centralizada no ente federal. A descentralização possibilitou que as ações governamentais e não governamentais pudessem estar mais perto dos titulares diretos dessas ações.

A divisão das tarefas nas diversas áreas relativas aos direitos fundamentais, promovida pela descentralização incide na possibilidade de tornar a execução de políticas públicas eficazes. Para isso, criaram-se os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente

em nível nacional, estadual e federal, além dos Conselhos Tutelares em quase a totalidade dos municípios brasileiros, bem como instituíram-se Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente com representação nacional, estadual e municipal. Desse modo, a descentralização permite que o investimento em políticas públicas alcance crianças e adolescentes no lugar em que elas vivem, assim, as políticas e os programas sociais se aproximam mais da comunidade. E, nesse sentido, espera-se que a proximidade dos programas sociais com as pessoas que realmente necessitam delas acarrete no alcance da justiça política e social.

Durante a vigência do período menorista no Brasil, a tutela sobre as crianças e os adolescentes era exercida exclusivamente pelo Estado por meio do órgão judiciário que tinha como funções, além de dar a prestação jurisdicional, solucionar as questões relativas à assistência social. Os Juizados de Menores colocavam o problema das crianças e adolescentes à sua inteira disposição, sendo que as diversas questões pertinentes à inércia do Estado para a execução de políticas públicas, seriam resolvidas pelo poder judiciário, de forma repressiva, discricionária e institucionalizante.

A entrada em vigor dos novos direitos à infância e adolescência possibilitou a desjurisdicionalização e os assuntos pertinentes à criança e ao adolescente passaram a ser resolvidos em conjunto com o Estado, a família e a sociedade. Cabe agora ao judiciário, portanto, apenas garantir a prestação jurisdicional quando os direitos de crianças e adolescentes forem ameaçados ou violados.

O princípio da humanização tem previsão legal no artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer que:

[...] a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

O princípio da humanização implica em garantir a efetividade no tratamento aos direitos infanto-juvenis. Na Convenção Internacional dos Direitos da Criança consegue-se perceber o princípio da humanização presente no artigo 37, ao enunciar que os Estados-Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

Por fim, o princípio da politização ou da ênfase nas políticas sociais básicas busca auxiliar na efetivação das políticas públicas como alternativa da garantia de direitos das crianças e dos adolescentes. Por esse princípio rompe-se de vez com as práticas assistencialistas e caritativas representadas pelo *Direito do Menor*. As políticas públicas representam a força propulsora para as conquistas das garantias jurídicas da infância e da adolescência, tão bem dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio da ênfase nas políticas sociais básicas visa a promover o reordenamento institucional, provendo um conjunto de serviços de efetivo atendimento às necessidades de crianças, adolescentes e suas próprias famílias por meio de políticas de promoção e defesa de direitos, bem como, de atendimento em todos os campos destinados à efetivação dos direitos fundamentais. Isso implica também no reconhecimento da assistência social como um campo específico de políticas públicas com caráter emancipatório, desvinculado dos tradicionais laços assistencialistas e clientelistas, pelos quais estas práticas se estabeleciam até pouco tempo atrás. (CUSTÓDIO, 2006, p. 143)

É importante compreender a importância que os princípios do Direito da Criança e do Adolescente representam ao normatizar a relação entre regras e princípios, pois eles dão uma melhor orientação jurídica à legitimidade dos direitos e garantias conquistados a população infantojuvenil.

As constituições quando dão base valorativa ao Direito, também impõem que medidas ou diretrizes políticas, que são imprescindíveis para alcançar o direito e uma justiça social, sejam implementadas. As constituições democráticas têm força normativa para buscar a justiça social e se for necessário, de forma pragmática, atuar de forma coercitiva para o investimento em políticas públicas para obtenção dos direitos violados ou ainda para atuar na prevenção ou ameaça de violação aos direitos fundamentais.

4 Considerações Finais

As normativas aplicadas ao Direito da Criança e do Adolescente têm como finalidade promover e concretizar os direitos dessa população que ainda se encontra em estado peculiar de desenvolvimento e por isso é merecedora de uma proteção integral aos seus direitos.

Nesse sentido, como pressuposto de buscar a equidade e a justiça social, é possível afirmar que a teoria neoconstitucional

tem muito a contribuir. O neoconstitucionalismo retira a posição central da lei na resolução dos conflitos e abre espaço para uma base valorativa, em que o direito não é apenas norma, mas é também valor. Portanto, a Constituição brasileira não consegue mais dissociar Direito e Moral.

A teoria neoconstitucional é pautada pela fundamentação, argumentação e justificação do direito, pois em muitos casos – nos *hard cases* de Dworkin, por exemplo – quando a regra não consegue dar uma resposta jurídica aceita e tão pouco justa, recorre-se aos princípios gerais de direito, justamente porque o direito não pode mais ser imparcial. E não apenas por isso, mas também em razão da força advinda dos princípios jurídicos que atuam dentro do ordenamento jurídico brasileiro como fontes legítimas do Direito Constitucional.

Essa construção nova na qual o Direito se permite, qual seja, trabalhar com a argumentação jurídica e com a incorporação axiológica no ordenamento jurídico constitucional é que vai redefinir essa tarefa metodológica, e que agora terá que criar e desenvolver um procedimento embasado na efetivação desse novo modelo normativo.

Atribuir juízo de ponderação aos princípios conflitantes entre si é extremamente plausível, uma vez que aproxima mais os magistrados dos processos em que irão sentenciar e os fazem analisar os conflitos individualmente. Como se viu, não há hierarquia entre princípios, por isso cabe ao aplicador da lei valorar cada princípio e decidir conforme o seu juízo de ponderação de forma fundamentada.

No Direito da Criança e do Adolescente temos elencados vários princípios específicos, alguns retratados neste texto. No entanto, é importante constatar que dois princípios basilares são de extrema importância, quais sejam, o princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse da criança. Havendo

conflitos entre princípios há que se observá-los primeiramente e prioritariamente.

A Doutrina da Proteção Integral representa um marco importante na consolidação e efetivação dos direitos da criança e do adolescente, como se viu, pois insere-os na condição de sujeitos de direitos. Esses novos direitos conquistados à população infantojuvenil são reflexos da afirmação histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, contemplados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portanto, a criança e o adolescente devem ser tratados com respeito e dignidade e, além disso, gozar de absoluta prioridade no atendimento às suas necessidades sociais básicas e no efetivo cumprimento dos seus direitos fundamentais.

A teoria neoconstitucional está em fase de consolidação no Brasil, e muito embora as instâncias jurídicas atualmente, principalmente no que se refere à organização do Poder do Estado – principalmente o Poder Judiciário – deve assumir uma postura pró-ativa em relação à concretização dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, a qual contempla a parcela de crianças e adolescentes. A teoria neoconstitucional poderá também efetivar-se no país quando houver um desvencilhamento das decisões políticas e jurídicas, se é que isso é possível, e quando, ainda que minimamente este Estado transformar-se em verdadeiramente democrático.

Portanto, crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento precisam de uma tutela efetivamente protetiva e especial aos seus direitos, sendo fundamental o respeito ao que proclama o ordenamento jurídico brasileiro – aí composto por regras e princípios, para que seja possível para o Direito da Criança e do Adolescente, alcançar a realidade social na qual está inserida à infância que se pretende proteger.

Referências

ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBOBELL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para a sua erradicação**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *In*: CARBOBELL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. *In*: CARBOBELL, Miguel (Org.). **Constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MARÍLIO, Maria Luiza. **A lenta construção dos direitos da criança brasileira**: século XX. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo Comissão de Direitos Humanos. 20. Disponível em: <<http://www2.ibam.org.br/municipiodh/biblioteca%2FArtigos/crianca.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2007.

OLIVEIRA, Fábio de. A Teoria do Direito e da Constituição: entre o Procedimentalismo e o Substancialismo. **Revista Quaestio Iuris**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, p. 16. (no prelo)

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Senado Federal, 1995.

PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. Constitucionalismo Garantista y Democracia. *In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*, n. 22, 2003.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 85, p.92-107, jun./jul, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 18 jun. 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. Coleção Para um novo senso-comum, v. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

UNICEF. **Declarações e Convenções Internacionais: Declaração dos Direitos da Criança de 1959**. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 9 ago. 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**, v. 5. Coleção Resumos Jurídicos. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

CAPÍTULO V

O SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1 Introdução

O objetivo deste capítulo é apresentar a nova sistemática de proteção aos direitos da infância e adolescência trazida pelo “novo” paradigma que resultou na construção do Direito da Criança e do Adolescente. No entanto, percebe-se que decorridos mais de duas décadas desde a sua implementação normativa, ainda que tenham ocorridos significativos avanços em vários aspectos, há muito a que ser feito, construído, realizado para que efetivamente a Doutrina da Proteção Integral, marco disciplinador deste ramo autônomo do direito, seja materializada em ações de promoção e proteção aos direitos de crianças e adolescentes.

A dificuldade maior em concretizar os novos direitos à infância e adolescência é decorrente principalmente de práticas autoritárias e repressivas que foram adotadas a esse público específico, herança do modelo menorista que o antecedeu. A transição paradigmática do menorismo para uma nova concepção de infância/adolescência infelizmente encontra muitos óbices, sobretudo na ausência de práticas sociais transformadoras. Crianças e adolescentes continuam diariamente sendo afrontados nos seus direitos como cidadãos, como sujeitos de direitos, porque os atores – e aí situados: na família, no Estado e na sociedade – ainda não se adequaram para a nova prática sociojurídica e política exigidas pelo Direito da Criança e do Adolescente.

Como fazer efetivar esses novos direitos? A resposta não é inalcançável ou inatingível. Mas para tanto exige que haja

cooperação e corresponsabilidades compartilhadas pelos atores envolvidos nessa proteção. A aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 1990 é reflexo dessa ruptura jurídico-tecnista-assistencialista que permeava o direito menorista, pois além de ser uma norma que traz um rol de direitos fundamentais das quais as crianças e adolescentes são titulares, traz também uma forma sistemática de melhor atender a esses direitos.

2 Por uma Responsabilidade Compartilhada: família, sociedade e poder público

A grande mudança e inovação do Direito da Criança e do Adolescente, portanto, está consagrada na sua doutrina jurídica específica contempladora de uma proteção especial e integral desses sujeitos. A Doutrina da Proteção Integral exige a corresponsabilidade do sistema de garantia de direitos, com vistas a atender ao melhor interesse de crianças e adolescentes.

Salienta-se que é imprescindível discorrer sobre as principais atribuições da família, da sociedade civil organizada ou não e do Estado uma vez que esses atores fazem parte desse novo modelo sistemático de garantias de direitos. De acordo com Custódio (2006), o sistema de garantia de direitos consiste num importante instrumento transformador da realidade social de muitas crianças e adolescentes e para isso é imprescindível a tomada de consciência e o exercício de novas práticas emancipatórias, em detrimento daquelas de caráter repressivo-punitivo.

Essa análise tem início situando o papel da família¹⁹ dentro

¹⁹ Neste artigo será utilizado o conceito de família utilizado por Kroth. De acordo com a autora “A família deve ser pensada a partir de sua estrutura emocional e dos vínculos entre adultos e crianças, os quais pressupõem o estabelecimento de papéis e responsabilidades. Além dos condicionantes biológicos, é preciso incluir os laços estabelecidos social e culturalmente, caracterizando-se uma mudança de olhar e de pensar as famílias. Tal fato

dessa sistemática. Tanto a família como a infância foram vítimas do sistema menorista. A família sofria igualmente forte repressão do Estado, através do Poder Judiciário, que tomava os filhos para si – e institucionalizava-os²⁰ – se sobrepondo ao poder familiar (então “pátrio poder”). A condição de pobreza, além de outras causas, foi justificadora para que os pais perdessem a autoridade parental dos seus filhos para o aparelho estatal.

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é que acontece a efetiva mudança normativa em relação aos deveres inerentes ao poder familiar²¹. Sob o prisma da Doutrina da Proteção Integral, a família passa a desempenhar novas funções nessa sistemática de proteção as crianças e adolescentes, e suas atribuições devem levar em consideração a nova base valorativa do Direito da Criança e do Adolescente, qual seja: a tríade liberdade-respeito e dignidade.

E para isso,

Os pais devem estar atentos às suas demandas, o que algumas vezes significa exercitar a habilidade da escuta atenta; em outros momentos exigirá que o adulto ocupe o espaço de fala que lhe é próprio, impondo limites, corrigindo rumos ou apontando caminhos que facilitem ou minimizem um problema que aos olhos do adolescente parece intransponível. Cada um desses gestos revela a mais pura expressão de cuidado. (SILVA, 2009, p. 44-45)

A imposição de limites não implica desrespeito ou agir de violência com os filhos menores de idade. A autoridade dos pais

implica em considerar, primordialmente, a convivência e as ligações afetivas entre as pessoas, em diversos arranjos possíveis. (KROTH, 2008, p. 227)

²⁰ De acordo com Rizzini, “A legislação dirigida aos menores de idade vinha a legitimar o objetivo de manter a ordem almejada, à medida que, ao zelar pela infância abandonada e criminosa, prometia extirpar o mal pela raiz, livrando a nação de elementos vadios e desordeiros, que em nada contribuíam para o progresso do país”. (RIZZINI, 2009, p. 139)

²¹ Para maiores informações sobre as atribuições do Poder Familiar consultar: (VERONESE; GOUVEA; SILVA, 2005)

não pode ser sinônimo de autoritarismo, de vigilância e de controle. O ambiente familiar deve ser aquele capaz de proporcionar às crianças e aos adolescentes o completo desenvolvimento das suas potencialidades físicas, emocionais, espirituais e cognitivas. Incube aos pais ou a quem tenha a guarda de crianças e adolescentes o dever de zelo, atenção, cuidado para que cresçam de forma saudável. Os pais devem orientar os filhos e criá-los num ambiente de proteção.

Dar limites aos filhos significa orientá-los para o melhor convívio em família e em sociedade, é educá-los para a vida.

Via de regra, generaliza-se a expressão limites, tomando-a em um sentido exclusivo: limites como barreira que não pode ser superada e que tem por objetivo restringir a liberdade da pessoa de fazer o que bem entender, no momento em que quiser. Afirma-se que o objetivo dos limites é permitir o convívio humano, possível quando cada indivíduo respeita as fronteiras entre o seu próprio desejo e o desejo de quem está ao seu lado. Limites, nesta acepção comum, significa o respeito a regras, a normas restritivas previamente estabelecidas; é aquilo que não se pode fazer. (VERONESE; VIEIRA, 2006, p. 161-162)

Por isso, Silva (2009, p. 45) afirma que “[...] o exercício do cuidado por parte dos pais exige atenção redobrada, pois a imposição de limites ou censuras não pode expressar-se na forma de indiferença ou agressividade [...]”, (pois isso só comprometeria ainda mais o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Portanto, a família é corresponsável direta pela proteção aos seus filhos. No catálogo normativo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente é perceptível que a entidade familiar se faz sempre presente no âmbito de prevenção e promoção dos direitos de crianças e adolescentes. Sendo inclusive responsabilizada se a sua ação ou omissão derem causa a violação dos direitos de seus filhos (artigo 98, II, Estatuto da Criança e do Adolescente).

A ressignificação do papel da família pressupõe também ressignificar a função da sociedade e também do Estado dentro da sistemática de proteção proposta pelo Direito da Criança e do Adolescente. Desse modo o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente é compreendido como um “[...] sistema lógico, organizado sob a perspectiva de redes com responsabilidades compartilhadas entre a família, sociedade e Estado [...]” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 141), conforme será abordado em seguida.

O sistema de garantia de direitos prevê a ação de princípios norteadores consagrados na descentralização político-administrativa nas três esferas do governo, no reordenamento institucional, o que implica repensar toda a lógica socioassistencial e protetiva para a infância²² e repensar o papel das políticas sociais e por fim, prevê que haja uma integração operacional do sistema, mais precisamente sob a perspectiva do trabalho em “rede” e de cooperações múltiplas entre os vários atores sociais pertencentes ao sistema de garantia de direitos.

A operacionalização do sistema de garantia de direitos está consagrada na parte II do Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere à política de atendimento e que “[...] far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios [...]” conforme disposto no artigo 86.

E, nesse sentido,

Seja no que se refere aos direitos fundamentais gerais, seja no que diz respeito aos direitos especiais, a observância da Doutrina Jurídica de

²² Em relação ao reordenamento institucional Custódio e Veronese (2009, p. 142) entendem que: “A proposta deste campo inovador do direito está orientada por uma dinâmica que se afasta das tradicionais intervenções, restritas à imposição das práticas de governo, bem como das lógicas lineares de ação que transferem responsabilidades de um órgão para outro, burocratizando o sistema e historicamente atingindo poucos resultados”.

Proteção Integral deve significar a garantia de que toda Criança ou Adolescente sejam efetivos beneficiários de políticas sociais básicas, complementares ou assistenciais, porém sem assistencialismo, como também de ações político-administrativas, de mecanismos jurídico-processuais, de programas de atendimento (preventivo ou corretivo, emergencial ou permanente), que devem comprometer a Família, a Sociedade em geral e o Poder Público, com a sua mais adequada e eficiente operacionalização. (LIMA, 2001, p. 177)

A efetiva operacionalização do sistema de garantia de direitos perpassa pelas diretrizes políticas adotadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente referente a política de atendimento. As diretrizes da política de atendimento estão dispostas nos seis incisos do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que em síntese significa implementar: a) municipalização do atendimento; b) a criação de conselhos de direitos da criança e do adolescente nos três níveis de governo – federal, estadual e municipal, de caráter deliberativo e controlador das ações em todos os níveis, envolvendo a participação da sociedade civil por meio de organizações representativas; c) a criação e manutenção de programas específicos de atendimento à crianças e adolescentes e as suas famílias considerando o princípio da descentralização político-administrativa; d) a criação de fundos da infância e adolescência (FIA), nos três níveis de governo e controlados pelos conselhos de direitos, essencial para custear as políticas sociais; e) a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social que compõem o sistema de justiça, com a finalidade de agilizar o atendimento às crianças e adolescentes.

Esse reordenamento institucional proposto no sistema de garantias adotado pelo Direito da Criança e do Adolescente é responsável por substituir definitivamente as políticas sociais centralizadoras, burocráticas e compensatórias que agravavam

ainda mais o processo de exclusão de crianças e adolescentes, por políticas sociais de caráter emancipatório.

Os princípios da municipalização do atendimento, da descentralização político-administrativa e da participação popular estão intimamente relacionados com a política de socioassistencial adotada no país, para todos aqueles que dela necessitem ou não. São princípios que estão previstos constitucionalmente e firmados no dispositivo 204²³ da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988.

Para Sêda (2006, p. 287)

[...] a evolução do Direito no Brasil envolve o aperfeiçoamento das políticas públicas, e, nesse sentido, a de assistência social está juridicamente condicionada pela exigência constitucional de perder, ainda que de forma dinâmica, progressiva, características restritivas e discriminatórias que a caracterizam no Brasil.

Por isso afirma-se que “[...] as diretrizes da política de atendimento mudaram radicalmente o eixo e o centro de gravidade do processo decisório e operativo das ações” (MORA, 2006, p. 292-294). A municipalização no atendimento e a descentralização político-administrativas permitem que as políticas sociais sejam pensadas levando em consideração as necessidades regionais de cada lugar. Potencializam e aprimoram o atendimento em toda rede de assistência social, inclusive para aqueles órgãos de atendimento responsáveis por garantir e promover os direitos fundamentais de crianças e adolescentes no país.

²³ Art. 204 As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – **descentralização político-administrativa**, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a **execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal**, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – **participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (grifos nossos)

Outro aspecto significativo e orientador da política de atendimento para a infância está representado na criação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente em âmbito federal, estadual e municipal. Os Conselhos atuam de acordo com os princípios constitucionalmente perpetrados através da participação popular paritária, da descentralização político-administrativa e da municipalização.

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos autônomos e de caráter deliberativo, ou seja, o que se pode pressupor que a sua atuação não é meramente consultiva, o que importa em afirmar que o órgão executivo deve se submeter às exigências do Conselho no investimento em políticas públicas.

Por ser órgão responsável por garantir o investimento e a execução de políticas públicas na área da infância, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente

[...] assumem a competência para criação de programas específicos, identificados com as realidades locais e capazes de atender às necessidades das populações em suas próprias comunidades. É nessa instância que se faz o diagnóstico da situação de crianças e adolescentes no município, propondo soluções de enfrentamento mediante o oferecimento de uma política de atendimento adequada às necessidades. (CUSTÓDIO, 2009, p. 53)

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente têm a finalidade de materializar as garantias advindas da Doutrina da Proteção Integral e integrar um conjunto de ações capazes de orientar propostas; inclusive políticas públicas para que as garantias e direitos conquistados para crianças e adolescentes sejam eficazmente cumpridos, seguindo os preceitos normativos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Portanto, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente têm como principais ações: a) o planejamento;

b) a divulgação dos direitos da criança e do adolescente e da Doutrina da Proteção Integral na sociedade, como a alternativa de sua exigibilidade; c) editar normas e orientar os programas sociais existentes de promoção aos direitos da criança e do adolescente; d) atuar no controle e monitoramento do Fundo para Infância e Adolescência (FIA). (FISCHER, 2007, p. 9)

Em âmbito federal está o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que tem como fonte criadora a Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991.

Ao CONANDA compete às normas gerais da política nacional de atendimento, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas pelo Estatuto [...] (VERONESE, 2006, p. 67)

Compete, também, ao CONANDA o dever de garantir e zelar para que seja cumprido a política nacional de promoção e proteção aos direitos de crianças e adolescentes e para isso, o CONANDA, também deve assessorar os Conselhos Estaduais e Municipais para que tornem efetivas as diretrizes políticas estabelecidas na política de atendimento conforme previsão estatutária.

O CONANDA utiliza como instrumento formal de deliberação as resoluções normativas, que são pensadas em conjunto durante as reuniões ordinárias e extraordinárias conforme calendário mantido pelos conselheiros. As resoluções são mecanismos jurídicos, que mesmo não constituídos da força e do caráter normativo compatível com as regras jurídicas, informam as diretrizes político-administrativas que devem apoiar toda a política de atendimento e a execução de ações; seja da sociedade civil organizada ou não e dos órgãos públicos, que visem consolidar os direitos de crianças e adolescentes no país.

A Resolução n. 113, de 19 de abril de 2006 do CONANDA dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e

fortalecimento do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. O artigo 1º da Resolução explica que o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente consiste em articular e integrar as “[...] instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente [...]”, nos três níveis de governo.

Os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) devem atuar na promoção de políticas públicas municipais, na escolha para o processo de conselheiros tutelares do município, fazer o registro das entidades governamentais e não governamentais que trabalham diretamente com os direitos da criança e do adolescente e comunicar ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária competente. Além disso, o CMDCA deve participar do planejamento orçamentário do município com a finalidade de garantir recursos para a promoção de políticas públicas, respeitando o princípio da prioridade absoluta.

A participação democrática nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente envolve a responsabilidade de evitar quaisquer arbitrariedades do governo municipal, por isso, é fundamental a sua composição paritária, pois deve colocar os interesses das crianças e dos adolescentes acima de qualquer política partidária. No entanto,

[...] é preciso que os membros que irão compor o Conselho conheçam a realidade onde irão atuar, dominem os dados estatísticos e adotem uma postura técnica, além da política, para a efetiva atuação. Do contrário estarão abertas as portas para a cooptação ou simplesmente para a acomodação, legitimando as ações dos governantes, que se farão representar no mesmo Conselho. (LIBERATI; CYRINO, 1993, p. 52-53)

Registra-se ainda, que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente tanto em nível, federal, estadual ou municipal, são amparados por Fundos, que visam garantir sustentabilidade financeira para a execução de políticas públicas na área da infância. O Fundo da Infância e Adolescência (FIA) não tem personalidade jurídica, pois não se constitui como um órgão e nem como pessoa jurídica. A deliberação dos recursos financeiros que provêm dos Fundos é exclusiva dos Conselhos de Direitos que devem adotar um Plano de Aplicação para esses recursos. (LIBERATI; CYRINO, 1993, p. 183-194)

É importante ressaltar que se os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente não estiverem articulados e não estabelecerem um plano para execução de políticas públicas para criança e adolescentes, a União não poderá depositar recursos no Fundo para Infância e Adolescência (FIA).

Se não houver vontade por parte dos conselheiros em efetivamente atuarem nos cargos em que estão investidos em prol da luta para a efetivação dos direitos para meninos e meninas conforme a disposição estatutária, em nada adiantará a sua composição e constituição. É imprescindível que os conselheiros tenham comprometimento com a causa, sejam capacitados e atuem com responsabilidade na proteção aos direitos da criança e do adolescente.

Outro órgão que compõe o sistema de garantia de direitos é o Conselho Tutelar. O Conselho Tutelar é criado por lei municipal e tem como atribuição a requisição de serviços públicos sempre que forem ameaçados ou violados os direitos de crianças e adolescentes.

Ocorrendo violação aos direitos das crianças e adolescentes o Conselho Tutelar poderá aplicar as medidas de proteção previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam:

Art. 101 Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 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 frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à 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 – acolhimento institucional;

VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX – colocação em família substituta.

O Conselho Tutelar atua na promoção dos direitos de crianças e adolescentes. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente nos termos do artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A autonomia está relacionada à desvinculação desse órgão aos demais ligados à administração pública, tem caráter permanente porque uma vez criado não pode ser extinto, e não jurisdicional porque esse órgão não é responsável por aplicar “sanção punitiva”, suas requisições se limitam à esfera administrativa. (VERONESE, 2006, p. 117)

Cada município deverá ter no mínimo um Conselho Tutelar²⁴, devendo este ser composto por cinco membros que poderão

²⁴ Através da Resolução n. 75, de 22 de outubro de 2001, “O CONANDA recomenda a criação de um Conselho Tutelar a cada 200 mil habitantes, ou em densidade populacional menor quando o município for organizado por Regiões Administrativas, ou tenha extensão territorial que justifique a criação de mais de um Conselho Tutelar por região, devendo prevalecer sempre o critério da menor proporcionalidade.” (BRASIL, 2001)

ser escolhidos pela comunidade, conforme determina o artigo 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A escolha para membro do Conselho Tutelar é realizada por meio de lei municipal e o processo realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e fiscalizado pelo Ministério Público, nos termos do artigo 139 do Estatuto.

Os membros do Conselho Tutelar deverão ter idoneidade moral e idade superior de 21 anos para assumir o mandato como conselheiro e ainda residir no município do respectivo conselho. O funcionamento e a remuneração dos membros do Conselho Tutelar são determinados por lei municipal (artigos 133 e 134 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Compete ao Conselho Tutelar atender crianças e adolescentes, bem como atender e aconselhar os pais sobre a prevenção e proteção aos direitos da infância sempre que necessário. Poderá o Conselho Tutelar executar as suas decisões mediante a requisição de serviços públicos nas áreas da saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança e outros. Poderá, também, em caso de descumprimento injustificado das suas decisões em âmbito administrativo, exigir representação junto à autoridade judiciária, conforme determina o artigo 136 do *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

Portanto, é perceptível que o Conselho Tutelar é o órgão responsável por assegurar que sejam cumpridas as políticas públicas de proteção aos direitos da criança e do adolescente em âmbito local, no município (PEREIRA, 2000). Sua composição é toda formada por membros da sociedade, o que visa facilitar sua atuação junto ao município. Por isso, é importante que o Conselho Tutelar atue em conjunto com a comunidade contra a violação aos direitos de crianças e adolescentes, devendo inclusive assessorar as políticas públicas municipais para a elaboração de proposta orçamentária incluindo as necessidades sociais básicas

de crianças e adolescentes que os conselheiros tutelares conhecem porque fazem parte da sua atividade diária.

Enquanto o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente trabalha em prol do controle de políticas públicas para o atendimento às garantias e às necessidades sociais de crianças e adolescentes, o Conselho Tutelar, agora com a nova roupagem dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵ trabalha em função da garantia dos direitos de crianças e adolescentes. Ambos os conselhos, no entanto, tem a finalidade de contribuir para a efetivação do novo paradigma, o da proteção integral de direitos e colocar a criança e o adolescente na condição de sujeitos de direitos em estágio de desenvolvimento.

Além dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares, ganharam importância na sociedade brasileira, principalmente em decorrência do princípio da participação popular, os Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA).

A participação da sociedade civil nas deliberações sobre alternativas para a melhoria da condição de vida da população infantojuvenil, inclusive para propositura de políticas públicas, se constitui também através do Fórum de Direitos da Criança (Fórum DCA). O Fórum DCA representa um espaço de discussão importantíssimo, visto que efetiva a participação da sociedade civil organizada ou não e pessoas ou órgãos ligados ao Estado, que atuam em conjunto no apontamento de sugestões para a plena concretização dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Esses espaços de discussão devem inclusive incluir a presença de crianças e adolescentes. Entende-se que eles devam eles ter o direito à fala e a manifestar sua opinião, visto que o que está em

²⁵ Para mais informações sobre o processo de formação do Conselho Tutelar e suas implicações na legislação infraconstitucional e operacionalidade consultar: Souza (2008).

pauta são a proteção e a promoção dos seus direitos fundamentais. Sob esse aspecto, Silva (2009, p. 57) concorda que é importante construir espaços democráticos de fala que incluam a criança e o adolescente, pois eles também devem se manifestar acerca dos seus direitos e que esses momentos devem ser de troca e de partilha.

E nesse sentido também se destaca a atuação estatal, pois a efetivação da Doutrina da Proteção Integral requer mais do que infraestrutura para a implantação dos Conselhos e manutenção das verbas destinadas ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Torna-se imperioso que a temática seja inserida nas pautas de Estado (e não apenas nas agendas governamentais), entendendo-se como política a ser implementada a partir do diálogo e da valorização dos próprios sujeitos de direitos tutelados pela normativa. (SILVA, 2009, p. 57)

Outro espaço de discussão importante e que tem contribuído muito para a proteção e promoção aos direitos de crianças e adolescentes são as Conferências Nacionais, Estaduais e Municipais que, segundo Custódio, mesmo não sendo contempladas nas diretrizes políticas estatutárias, representam atualmente excelentes estratégias de ação político-administrativa na concretização de direitos. As Conferências são realizadas a cada dois anos e têm a

[...] finalidade de avaliar as ações realizadas e apontar as diretrizes de ação para os próximos dois anos, nos três níveis, com ampla participação da sociedade civil e representantes do governo. (CUSTÓDIO, 2009, p. 79-80)

Para completar a operacionalização sistemática proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a concretização dos direitos de meninos e meninas é fundamental implementar na área de assistência social programas de atendimento a esse público específico, bem como as suas famílias.

Sob esse aspecto é interessante esclarecer que a área da assistência social passou por algumas transformações no país,

principalmente porque conseguiu romper com a entranhada lógica assistencialista voltada apenas para o segmento da pobreza.

Por isso, a ampliação das discussões sobre as políticas sociais, principalmente a partir das décadas de 1980, no Brasil, esteve relacionada com as reformas do Estado em que foi necessário sair da fase do Bem-Estar Social rumo ao Estado Democrático de Direito. Essa ruptura em termos normativos foi possível a partir da promulgação da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, representativa da incorporação de princípios gerais de direitos e na perspectiva de promoção aos direitos fundamentais dos indivíduos em respeito a sua dignidade humana. A parte que trata da Assistência Social está prevista a partir do artigo 203 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O campo da assistência social reestruturou-se em novas bases democráticas que contemplam a participação popular e a descentralização político-administrativa como chaves mestras a conduzir a implementação e a fiscalização das políticas sociais intentadas pelo Estado brasileiro. Políticas essas que devem sobremaneira priorizar a emancipação humana e não mais transformar os indivíduos em meros receptáculos de benefícios.

A promulgação da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), teve a finalidade de regulamentar os dispositivos constitucionais em matéria de assistência social exigindo normas e critérios objetivos próprios. O artigo 1º da LOAS estabelece que:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

O início do século XXI trouxe mudanças significativas na área da assistência social, reflexos também da estabilização econômica de anos anteriores, que possibilitaram uma atenção especial à temática com o intuito de implementar uma rede de proteção social que já estava prevista na LOAS. Em dezembro do mesmo ano foi realizada em Brasília a *IV Conferência Nacional de Assistência Social*, tendo como principal deliberação a criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Nesse sentido, o país deu outro salto positivo a partir da criação do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) em 2004. A implantação do MDS fez acelerar e fortalecer o processo de construção dessa rede de proteção social. E no ano de 2005 conforme a determinação da LOAS e da Política Nacional de Assistência Social²⁶ foi implementado o Sistema Único de Assistência Social (SUAS). O SUAS

[...] é o mecanismo que permite interromper a fragmentação que até então marcou os programas do setor e instituir, efetivamente, as políticas públicas da área e a transformação efetiva da assistência em direito. (BRASIL, 2009, p. 4)

²⁶ A Política Nacional de Assistência Social foi aprovada pela Resolução n. 15, de 15 de outubro de 2004, do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e visa materializar as diretrizes políticas previstas na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

O Conselho Nacional de Assistência Social aprovou uma Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS), através da Resolução n. 130, de 15 de julho de 2005, com a finalidade de consolidar a instauração do SUAS. (BRASIL, 2004a)

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS) tem como diretrizes políticas a descentralização político-administrativa, a primazia da responsabilidade do Estado na execução das políticas públicas e a participação da sociedade civil, organizada ou não.

Esse novo modelo de gestão da assistência social traduz uma nova lógica de organização das ações, com a definição de níveis de complexidade do sistema: Proteção Social Básica e Proteção Social Especial de média e alta complexidade, com a referência no território, considerando as especificidades das regiões e portes de municípios e com centralidade na família. Enquanto a Proteção Social Básica visa o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, a Proteção Social Especial visa o resgate dos vínculos que já foram perdidos, pois houve violação de direitos. Ambas têm por base a descentralização das ações, com ênfase dos trabalhos próximos às comunidades, ou seja, junto às famílias e no lugar onde elas vivem. (NISHIOKA, 2009, p. 69-70)

A nova concepção sobre a assistência social perpassa paradoxalmente pela ruptura com o modelo assistencialista-clientelista, para uma nova lógica sistemática proposta pelo Sistema Único de Assistência Social cuja finalidade primordial é promover a proteção social dos indivíduos. E isso implica em investir na estruturação e operacionalização dos órgãos de atendimento, que deverão atuar em redes para melhor promover e proteger os direitos fundamentais inerentes a todas as pessoas. As políticas sociais, portanto, tem caráter emancipatório propiciando o desenvolvimento humano e social. (BRASIL, 2004b, p. 10-11)

O que importa em afirmar que a concretização dos direitos de crianças e adolescentes perpassa quase que exclusivamente pelo investimento estatal em políticas públicas de proteção e

promoção dos seus direitos e que aliado a isso a família e a sociedade civil desempenham papel importante, porque são atores contribuidores (corresponsáveis) da formulação e execução dessas políticas. Repensar a atuação do Estado, da família e da sociedade impõem a compreensão de que esses atores verdadeiramente precisam estar atentos e agir conjuntamente para proteger os direitos desses sujeitos vulneráveis e que ainda estão em processo de desenvolvimento. Não se esquecendo de que em relação às famílias é papel do Estado dar condições àquelas cuja situação de vulnerabilidade econômica e social impede à concretização dos direitos dos seus filhos menores de idade.

Além da nova política social adotada no país e implementada por meio do Sistema Único de Assistência Social, complementam o sistema de garantia de direitos os órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública representados num sistema de justiça. Fundamental é, portanto, que haja uma operacionalização integrada desses órgãos com a Assistência Social, visando aprimorar o atendimento às crianças e adolescentes.

O avanço normativo somente conseguirá impor mudanças nas práticas sociais a partir do momento em que efetivar-se plenamente a política de atendimento nos termos firmados constitucionalmente e através dessas novas diretrizes políticas. Para cumprir e assegurar os direitos de crianças e adolescentes é necessário além dos mecanismos jurídicos – possivelmente alcançáveis em termos legislativos – que haja vontade política, perpassando pela integração operacional de todo o sistema de garantia de direitos.

3 A Nova Normatividade e a Questão da Vontade Política

A nova normatividade e sistematicidade, própria do Direito da Criança e do Adolescente, que ainda está em fase de consolidação,

tem muitos desafios a enfrentar e muitas barreiras a superar. O Direito da Criança e do Adolescente talvez seja, dentro do campo das ciências jurídicas, o mais complexo e difícil de compreender, principalmente porque sua verdadeira compreensão perpassa pelo estudo interdisciplinar, que está além dos limites impostos pelo mundo jurídico.

O Direito da Criança e do Adolescente deve, portanto, ser compreendido sob uma nova base valorativa (do respeito, da liberdade e da dignidade) visando atender ao melhor interesse de crianças e adolescentes. Além disso, a área da assistência social também se renova, o que é importante, uma vez que a consolidação dos direitos fundamentais de pessoas menores de 18 anos de idade envolve o investimento em políticas sociais, capazes de transformar a realidade social de crianças e adolescentes e ainda fortalecer os vínculos familiares através dos programas de atendimento inseridos no Sistema Único de Assistência Social (SUAS). O Sistema Único de Assistência Social criado em 2005 assume formalmente este compromisso.

4 Os Direitos da Criança e do Adolescente e a Tríade Revolucionária

Quando se faz referência aos Direitos Humanos, implica diretamente na compreensão do ser humano como sujeito de direitos. Esta categoria histórica, cuja origem pode ser apreendida na filosofia que orientou a Revolução Francesa (1789), concretizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, importa numa característica fundamental: os sujeitos são apreendidos em função da condição humana peculiar a todos os homens e mulheres indistintamente.

Muito embora as análises simplistas e superficiais do tema conduzam a uma identificação do sujeito com o autor do direito,

vê-se, no entanto, para além da retórica que sustenta esse núcleo do direito moderno, a existência de uma flagrante diferenciação entre aqueles (os autores), cuja vontade pode vir a ter uma significação jurídica em função da competência atribuída no próprio ordenamento jurídico estatal, e aqueles (os sujeitos), cujas vontades devem adequar-se aos preceitos determinados pelos primeiros. Duas categorias, portanto, de sujeitos formalmente iguais perante a lei. Essa distinção se encontra expressa tanto no âmbito do direito público, quanto em nível de direito privado, em graduações diversas da capacidade do sujeito em relação ao livre exercício de seus direitos.

Dessa forma, o princípio fundado na igualdade dos homens perante a lei perdura nas práticas jurídicas contemporâneas como um *topos* a ser alcançado. A busca de um contorno preciso para o sujeito escrito no universo jurídico conduz a um redimensionamento ético do Direito, isto é, a um resgate do bem central em torno do qual as práticas jurídicas adquirem sentido, qual seja, a valorização do homem em toda a sua amplitude.

De igual modo, o princípio da liberdade, em que pese as muitas lutas em busca da concretização desse direito, e o seu ideário cresceram nos mais variados níveis.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 15 esclarece que o direito à liberdade, assim como ao respeito e à dignidade, constituem direitos civis, humanos e sociais. E no artigo 16, ao tratar especificamente do direito à liberdade, o situa, nos mais variados aspectos: de ir e vir, o da opinião e expressão, da crença e culto religioso, entre outros.

No tocante ao terceiro princípio, o do da fraternidade, parece não ter ainda conseguido ocupar essa mesma expressividade nos documentos jurídicos. A tal ponto que se torna imperioso questionar: é possível normatizar a fraternidade ou ela deverá ser a base de uma nova postura, sobretudo, a relacional?

Em seu sentido etimológico a categoria fraternidade, do latim *fraternitate*, confere a ideia da irmandade, do amor ao próximo, da harmonia, paz, concórdia, portanto, quais serão os efeitos da efetivação deste princípio?

Neste momento é possível questionar se a categoria *solidariedade* de igual modo não estaria encharcada dessa motivação primeira: a da fraternidade, uma vez que remete a ideia da responsabilidade que se tem uns para com os outros, o que vincula reciprocamente uns aos outros.

Tradicionalmente, a solidariedade é reconhecida como categoria jurídica na grande maioria dos países, porém a fraternidade representa um avanço doutrinário, pois vai além da concepção de ver o outro como um conjunto de necessidades; mas sentir, efetivamente, a humanidade num todo como uma grande e única família, que torna todos em irmãos.

Na concepção de Härbele (1998, p. 90), a fraternidade se constitui em um elemento implícito ao Estado Social, dos direitos fundamentais sociais, em um contexto mais amplo das contribuições da Revolução Francesa.

A análise do sistema normativo brasileiro preconiza que a primeira norma a ocupar-se com essa temática trata-se, exatamente, da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a qual estabelece as Diretrizes e as Bases da Educação Nacional, especificamente em seu artigo 2º:

A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios da liberdade e nos ideais de **solidariedade humana**, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifos nossos)

Parece um efetivo **marco** que esteja exatamente nesta a lei – a da educação – o norteamento para algo efetivamente capaz de transformar a sociedade: a responsabilidade com a cultura

do compromisso ético, universal, com o outro, portanto, com a cultura da solidariedade, quiçá da fraternidade, em um passo ainda mais avançado.

Quando se visualiza uma determinada sociedade e, aqui, em especial, a grande sociedade brasileira, uma família composta pelas mais variadas culturas, etnias, é nesta sociedade que deve se sobrelevar não apenas o desejo de justiça, mas a inevitável necessidade que tal Justiça seja real, efetiva.

É ela que nos estimula às grandes práticas, a compromissos. A justiça verdadeira é aquela cuja base está na garantia dos direitos individuais e sociais. Uma sociedade que subjuga estes direitos, destruindo e negando aos homens os direitos mais fundamentais, não merece o título de humana. A justiça é um fim procurado pelo homem para atender seus princípios morais, culturais e espirituais, para que assim este não se deixe reduzir a mero instrumento de domínio de outros homens ou de estruturas totalitárias.

5 A Necessária Construção de uma nova Relacionalidade

Acredita-se que a atitude de sonhar por uma nova sociedade e de fazer dessa *utopia* uma realidade exige que todos realizem algumas análises, as quais são fundamentais:

1º) A defesa de uma sociedade harmoniosa, pacífica, justa, fraterna, a qual não poderá se obter se forem mantidas as atuais estruturas de violência. A violência se constitui no grande paradigma do sacrifício e, portanto, além de todas as outras leituras que dela é possível realizar é, também, no plano ético, imoral. Por quê? Porque, até o momento, as estruturas sociais têm a característica da dor, da morte, do penalizar, enfim do fazer sofrer. Tal distanciamento ético é, pois, real, segundo Felipe (1998, p. 5-6)

[...] o agir ético não pode servir de sinônimo para o verbo sacrificar o outro em benefício próprio. Muitas das formas tradicionais de ação no campo científico não são éticas, pois o princípio que as regula e norteia é do sacrifício - de outrem, nunca o de si mesmo. Alguém é eliminado, algum interesse é ignorado, para que outro prevaleça. O que resulta dessa operação pode servir para realizar algum interesse econômico, político, da indústria, do comércio, da academia, mas, se não respeita a dignidade moral dos envolvidos, se os coloca na condição de meros meios para que fins estranhos à sua dignidade sejam alcançados, deixa de pretender legitimar-se do ponto de vista ético.

2º) A partir dessa linha de raciocínio faz-se mister a desconsideração de preconceitos, que tem a ignominiosa pretensão de atribuir a condição de mais humanos do que a outros. Como se fosse possível quantificar e graduar a nossa humanidade.

3º) Decorre daí a necessidade, ainda que se constitua numa tarefa difícil e que exige uma ação constante, gradual e progressiva, da introdução de valores, valores sempre novos que propugnam pela valorização do ser humano em vista a uma efetiva construção inter-relacional.

A grande meta está em acreditar no ser humano, pois, afinal, que sociedade se quer neste século XXI? Para tanto é necessário pôr energias em propostas, em projetos com força transformante da ordem social, que, infelizmente, até o momento, privilegia alguns em detrimento de tantos. Uma nova ordem social - pacífica, solidária, justa - eis o grande desafio que imposto no atualmente, para que não haja a ausência da condição de cidadãos deste tempo.

Entende-se que utilizando uma nova perspectiva, o marco legislativo neste estudo apontado, ou seja, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível a consolidação junto ao universo infanto-adolescente de uma nova dinâmica societária. Essa legislação reforça as normativas internacionais de defesa dos Direitos da Criança, e no âmbito interno, regulamenta a Constituição Federal

do Brasil, a qual elenca os direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são titulares.

O Estatuto da Criança e do Adolescente implanta um sistema que objetiva garantir tal proteção e a necessária efetivação desses direitos, reconhecendo cada criança, cada adolescente como *sujeitos de direitos*. Há que se ressaltar que essa normativa pode ser apresentada como um exemplo de legislação que não tem uma subjetividade alienada (subjetivismo), pois tem implícita a necessidade da construção de uma inter-relacionalidade, formá-los para a compreensão de sua vivência social, ou seja, como sujeitos coautores de cidadania, de responsabilidade com o outro, inseridos em uma rede de cuidados por parte da família, da sociedade e do Estado (Poder Público).

Para concluir, entende-se que é preciso a construção de uma nova relacionalidade e assim impedir que toda a construção civilizatória se volte contra si mesma, desse modo, é imperioso conquistar a nossa real humanidade, reconhecendo a si mesmo e ao outro.

6 Considerações Finais

O Direito da Criança e do Adolescente instrumentalizado no Brasil através de uma legislação específica, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, traz uma proposta inovadora e insurgente. Não pretende essa Lei ser apenas um catálogo de direitos fundamentais conquistados à parcela da população que são as crianças e os adolescentes. Mas oferece condições de funcionalidade para que esses direitos tão dificilmente conquistados ganhem verdadeira efetividade e sejam plenamente concretizáveis.

Importante enfatizar que o Direito da Criança e do Adolescente inaugura uma nova prática social, perpetrada pela sociedade civil organizada e uma nova prática institucional, que

não mais é aquela de repressão e vigilância do Estado a crianças e adolescentes, que marcou o Direito do Menor; mas sim, aquela concentrada na capacidade estatal de auxiliar, principalmente no campo das políticas públicas a adequada efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Destaca-se, a urgência que o Estado, a família e a sociedade têm em cumprir o seu papel, enquanto garantidores dos direitos de crianças e adolescentes. É fundamental um reaparelhamento na política de atendimento à criança e ao adolescente, oportunizando para as famílias acesso aos programas sociais propiciando uma melhora no relacionamento intrafamiliar e comunitário. Além disso, é extremamente importante a capacitação dos operadores do sistema de garantia de direito sobre a presente temática e o incentivo ao investimento em políticas públicas inclusivas para todas as crianças e adolescentes brasileiros.

Referências

BRASIL. **Resolução n. 75, de 22 de outubro de 2001.**

Dispõe sobre os parâmetros para a criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 22 de outubro de 2001.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004 – Norma Operacional Básica – NOB/SUAS.** Brasília, 2004a.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social.** Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e Secretaria Nacional de Assistência Social, 2004b.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **LOAS Anotada: Lei Orgânica de Assistência Social**. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência Social e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para a sua erradicação**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

FELIPE, Sônia T. **Ética na pesquisa**. Texto apresentado na VI Semana da Pesquisa da UFSC, Florianópolis, 1998.

FISCHER, Rosa Maria (Coord.). **Os Bons Conselhos: pesquisa “conhecendo a realidade”**. São Paulo: CEATS/FIA, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Minima Trotta, 1998.

KROTH, Vanessa Wendt. **As famílias e os seus direitos no Brasil: conceituação sócio-histórica, previsão legal e decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Programa Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Publio Caio Bessa. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente:** fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MORA, Luís De La. Artigo 88. *In:* CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

NISHIOKA, Edi Luiza Napoli. **O direito fundamental à convivência familiar e comunitária e as políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente:** uma análise no município de Criciúma entre os anos de 2005 e 2008. Monografia Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2009.

PEREIRA, Elizabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do Pátrio Poder ao Pátrio Dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. *In:* RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Org.) **A arte de governar crianças:** a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2009.

SÊDA, Edson. Artigo 88. *In*: CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Rosane Leal da. **A proteção integral dos adolescentes internautas**: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SOUZA, Ismael Francisco de. **A erradicação do trabalho infantil e as responsabilidades do Conselho Tutelar no município de Florianópolis**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Florianópolis, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVEA, Lucia Ferreira de Bem. SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB editora, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**, v. 5. Coleção Resumos Jurídicos. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

VIEIRA. Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na Educação**: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CAPÍTULO VI



MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATUTÁRIA

1 Introdução

Estudar o ato infracional e as medidas socioeducativas implica em fazer um aprofundamento teórico da doutrina da proteção integral, consagrada na *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, e no Estatuto da Criança e do Adolescente consubstanciado na Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.

A complexidade que envolve o ato infracional e a execução das medidas socioeducativas tem múltiplas causas e está vinculada a concepções obsoletas na forma como enfrentar/lidar com o adolescente autor de ato infracional. As medidas socioeducativas, sejam aquelas executadas em meio aberto ou as restritivas de liberdade, devem guiar-se pelo trinômio: liberdade, respeito e dignidade. A intervenção deve ser obrigatoriamente pedagógica e não punitiva.

No ano de 2004, a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), com apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), sistematizaram e apresentaram a proposta do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE); que é um documento que visa promover uma ação educativa no atendimento ao adolescente que cumpre medida socioeducativa, sejam aquelas em meio aberto ou as restritivas de liberdade.

A pesquisa tem como objetivo trazer algumas reflexões sobre o ato infracional, as medidas socioeducativas, responsabilização estatutária e o SINASE – como instrumento jurídico-político

para a concretização dos direitos fundamentais dos adolescentes autores de ato infracional.

Num primeiro momento deste estudo é importante conceituar o ato infracional e a responsabilização estatutária caracterizada na execução das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. É importante elucidar a diferenciação da responsabilização estatutária – ancorada pela doutrina da proteção integral – da lógica repressiva imposta pelo sistema penal. Em seguida será analisada a Lei que instituiu o Sistema Nacional de atendimento socioeducativo (SINASE) e a sua importância como mais um instrumento jurídico consolidador dos direitos dos adolescentes no Brasil.

2 Ato Infracional, Medidas Socioeducativas e a Responsabilização Estatutária

Um dos grandes desafios atuais nos estudos em Direito da Criança e do Adolescente refere-se à temática “ato infracional”. É um tema complexo, que envolve múltiplas causas, e vem carregado das velhas concepções trazidas pelo direito do menor e pela doutrina jurídica da situação irregular consubstanciada no revogado Código de Menores de 1979.

Não cabe neste texto discorrer sobre a política social e a construção normativa, que marcou o direito menorista no Brasil²⁷; mas é importante enfatizar que já se passou pelo período de transição paradigmática com a promulgação da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988 e com a aprovação da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambos os instrumentos normativos foram inspirados na *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, aprovada pela Assembleia Geral

²⁷ Conforme estudado no primeiro capítulo desta obra.

da Organização das Nações Unidas, em 1989, que contempla uma nova doutrina jurídica para a infância respaldada pela concepção da proteção integral.

A Doutrina da Proteção Integral eleva crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos e os reconhece como pessoas em estado peculiar de desenvolvimento, além de conferir à família, ao Estado e à sociedade o dever de assegurar seus direitos fundamentais e de proteção com prioridade absoluta. (BRASIL, 1988, art. 227)

A infância e a adolescência, admitidas como *prioridade imediata e absoluta* exige uma *consideração especial* e isso significa que a sua proteção deve sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, com o objetivo de serem resguardados os seus direitos fundamentais. E mais, tal entendimento resultou na “prioridade absoluta constitucional” determinada no artigo 227 da *Constituição Federal de 1988*, regulamentada na Lei n. 8.069/90, em especial o artigo 4º, § único:

- primazia em receber proteção e socorro em qualquer circunstância;
- precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder;
- preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas;
- destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.

A Doutrina da Proteção Integral, como lembra Costa (1992, p. 17)

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado,

o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção se defesa de seus direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com tal doutrina, tem por fundamento o seguinte tripé: **liberdade, respeito, dignidade**. Não se pode mais tratar a infância e a juventude com descaso; não se pode mais coisificá-las como meros objetos passíveis de tutela normativa; não se pode mais diferenciar a quem se deve proteger. Todas as crianças e adolescentes, indistintamente, estão na condição de sujeitos de direitos e são merecedores de uma proteção especial aos seus direitos, sem negligência, crueldade, opressão, discriminação e sem desrespeito.

Nessa perspectiva de proteção, o Estatuto da Criança e do Adolescente consubstancia uma norma insurgente capaz de não apenas normatizar sobre os direitos de crianças e adolescentes, vai além disso, pois consegue sistematizar a forma pelo qual esses direitos devem ser efetivados mediante a atuação do sistema de garantia de direitos, como se viu da leitura dos capítulos anteriores.

Primeiramente, pode-se conceituar ato infracional como toda conduta praticada por criança ou adolescente definida como crime ou contravenção pelo Código Penal Brasileiro. Para a configuração do ato infracional é necessário ter a presença de indícios suficientes da autoria e materialidade do fato. Essa é a única relação existente entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Penal. O Direito Penal apenas nos dá os tipos penais que são considerados crimes ou contravenções, pois a forma de responsabilização pela prática do ato infracional é exclusiva das normativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme previsto na *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, e no o Estatuto da Criança e do Adolescente são penalmente inimputáveis às pessoas com idade inferior a 18 anos. A palavra imputabilidade tem origem no verbo imputar,

que significa atribuir a alguém determinada responsabilidade. Imputabilidade penal, portanto, é a atribuição da responsabilidade penal, que torna a pessoa suscetível de aplicação das normas estabelecidas no Código Penal e de suas sanções, se suas determinações não forem cumpridas.

Logo, imputabilidade penal é a suscetibilidade de tornar a pessoa sujeito do Direito Penal, sendo então considerada como uma condição ou qualificação daquele que pode ser sujeito ativo de ilícito penal. (JÚNIOR, 1993, p. 45-49)

A inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos incorporou-se à Carta Magna brasileira em 1988, quando foi promulgada, com sua disposição no artigo 228.²⁸ Por isso, pode-se dizer que a discussão sobre o rebaixamento dos limites de idade penal soa como um “discurso vazio”, pois o dispositivo normativo que assegura a imputabilidade penal aos menores de 18 anos é uma cláusula pétrea e, como tal, só pode ser alterada mediante a realização de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Portanto, o critério de 18 anos como limite de responsabilidade penal vem de um avanço da própria política criminal. Os projetos de rebaixamento desse limite esbarram no artigo 60, § 4º da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, o qual determina que não podem ser objeto de Emendas Constitucionais dispositivos que visem abolir os direitos e as garantias individuais.

No entanto, há que se afirmar que o menor de 18 anos é inimputável penalmente, mas está sujeito às normas presentes na legislação especial. Desde 1990, os adolescentes – pessoas de 12 a 18 anos de idade – são responsabilizados por seus atos frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para dar maior ênfase à situação da criança e do adolescente e dar-lhes

²⁸ Art. 228 São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

o *status* de sujeitos de direitos, para tal fim se projeta com uma proposta insurgente: a responsabilização social. Assim, para atos infracionais cometidos por menores de 18 anos, o Estatuto prevê medidas socioeducativas que são dispostas em grau de severidade, no seu artigo 112, dependendo, para a aplicação de cada medida, de algumas questões fundamentais que são: a) a capacidade do adolescente em cumprir determinada medida; b) as circunstâncias que sucedeu o suposto ato infracional; e c) a gravidade deste último.

As medidas socioeducativas são prescritas conforme os artigos do Título III, Capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente. É possível observar os artigos da Seção I, “Disposições gerais”, os quais enumeram e caracterizam as tais medidas:

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 serviços à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das medidas previstas no art. 101, I a VI.²⁹

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a 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.

²⁹ “Art. 101, I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de estudo fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à 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;”

§ 3.º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113 Aplica-se a este capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.³⁰

Art. 114 A imposição das medidas previstas nos incisos II a IV do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese da remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente são asseguradas aos adolescentes todas as garantias processuais, tais como, o direito ao contraditório, a ampla defesa, a defesa técnica por advogado e o devido processo legal. Sem essas garantias, medida alguma poderá ser concedida ao adolescente autor de ato infracional sob pena de nulidade processual.

As garantias processuais e a imprescindibilidade da presença do advogado em todos os atos do processo representam um enorme avanço frente aos revogados Códigos de Menores (1927 e 1979); uma vez que para o antigo sistema a presença do advogado era facultativa, prejudicando principalmente aquela parcela da população sem recursos financeiros para contratar profissional da área.

As seis medidas socioeducativas previstas no Estatuto devem ser aplicadas em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e observar o estado peculiar que se encontram os adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. A aplicação das medidas socioeducativas deve ter caráter pedagógico e promover o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários.

³⁰ “Art. 99. As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.”

“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.”

Entende-se que a Lei n. 8.069/90 efetivamente não contempla a medida socioeducativa como uma sanção penal. Chama atenção o fato de que no artigo 100 há a evidência de algo inovador: “Na aplicação das medidas, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. Os artigos 119, II; 120, § 1º; 123, § único, de igual modo ratificam a importância das atividades pedagógicas, as quais são obrigatórias, mesmo nas internações provisórias, pois o que se pretende é sempre o resgate da pessoa humana, inimputável penalmente, que, no entanto, transgrediu normas.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei é incidir positivamente na sua formação; servindo-se, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade. Pretendem, pois, tais medidas, educar para a vida social.

O que se pretende com o atual sistema de medidas socioeducativas é a superação das velhas concepções autoritárias de defesa social e de caráter retributivo, pois sabe-se que a melhor alternativa de superação à violência é a emancipação humana; e somente a promoção de alternativas educativas e sociais é capaz de apresentar novos horizontes.

Ao responsabilizar os adolescentes são impostos limites. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não é respeitado sob esse prisma – o da responsabilização estatutária – isso significa que se convive com profissionais inabilitados e/ou programas inadequados.

A ideia fundamental de que à criança e ao adolescente é conferida a prioridade constitucional, a qual enseja numa série de respostas a serem tomadas de forma conjunta pela família, pela

sociedade e pelo Estado, implica necessariamente no atendimento preferencial nos casos limites e emergenciais. Portanto, o *status* da prioridade absoluta deve ser considerado na proposição e na execução das políticas públicas, nesse caso, que visem orientar adequadamente a execução das medidas socioeducativas.

3 O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE): breves considerações

A proposta da responsabilização estatutária mediante a inserção de práticas pedagógicas em detrimento das punitivas – violadoras dos direitos humanos dos adolescentes – é um grande desafio proposto aos operadores do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. É possível fazer com que esse ideal de responsabilização não se constitua em letra morta? Como fazer cumprir essa nova proposta pedagógica? Qual caminho seguir? Como permitir que os adolescentes envolvidos com ato infracional não tenham condutas reiteradas? Essas e outras indagações são basilares para quem trabalha com um tema tão complexo e tão carregado das mais variadas violências.

Foi pensando em melhor atender os adolescentes e dar respostas a essas questões que no ano de 2004 a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente e com apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) sistematizaram e apresentaram a proposta do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE.

Em novembro do mesmo ano promoveram um amplo diálogo nacional com aproximadamente 160 atores do SGD, que durante três dias discutiram, aprofundaram e contribuíram de forma imperativa na construção deste documento (SINASE), que se constituirá em um guia na implementação das medidas socioeducativas. (CONANDA, 2006, p. 15)

O SINASE foi aprovado na assembleia do CONANDA em 13 de julho de 2006 e representou um grande avanço em termos de políticas públicas voltadas para os adolescentes autores de ato infracional. Em 13 de julho de 2007, o SINASE foi apresentado como projeto de lei (Projeto de Lei n. 1.627/2007) ao Plenário da Câmara dos Deputados. Em 9 de novembro do mesmo ano, por Ato da Presidência da Câmara, foi criada uma Comissão Especial para analisar o projeto de lei, tendo como relatora a deputada Rita Camata (PMDB/ES).

O SINASE foi finalmente aprovado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, com caráter de lei ordinária, em 18 de janeiro de 2012, por meio da Lei n. 12.594 que instituiu tal sistema e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que praticarem atos infracionais.

A aprovação do SINASE, Lei n. 12.594/2012, veio preencher uma lacuna há muito tempo existente, principalmente no campo da execução das medidas socioeducativas, a fim de auxiliar na compreensão da temática que envolve o ato infracional e as medidas socioeducativas de forma a deixá-la o mais distante possível da lógica da execução penal.

Se a lógica, como se viu é diferenciada, diferenciada também deverá ser a aplicação normativa para os adolescentes envolvidos em atos infracionais e, muito embora, o próprio Estatuto tenha trazido algumas diferenciações básicas entre as práticas pedagógicas e as práticas punitivas – a exemplo da proibição e da permanência de adolescentes em camburões da polícia, ou sua separação, quando privado de liberdade, dos adultos – ainda assim a execução da medida socioeducativa impingida ao adolescente carregava o ranço da cultura punitiva, principalmente porque deixou o Estado de investir adequadamente em políticas públicas, em instituições e na contratação de profissionais em todas as comarcas do país que dessem conta de trabalhar

com o Direito Infracional na sua característica socioeducativa.

Por isso, a aprovação do SINASE apresenta-se como positiva, pois guarda em si o objetivo de padronizar o atendimento socioeducativo prestado ao adolescente autor de ato infracional. Além disso, não se pode esquecer de que o referido sistema é fruto de uma construção coletiva envolvendo diversos seguimentos do governo, representantes de entidades de atendimento, especialistas na área e sociedade civil, que promoveram intensos debates com a finalidade de construir parâmetros mais objetivos no atendimento ao adolescente autor de ato infracional. Trata-se de uma política pública que procura atender aos preceitos pedagógicos das medidas socioeducativas conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O educar para a vida social visa, na essência, ao alcance de realização pessoal e de participação comunitária, predicados inerentes à cidadania. Assim, imagina-se que a excelência das medidas sócio-educativas se fará presente quando propiciar aos adolescentes oportunidade de deixarem de ser meras vítimas da sociedade injusta que vivemos para se constituírem em agentes transformadores desta mesma realidade. (MAIOR, 2006, p. 379)

O SINASE, portanto, é um instrumento composto por um

[...] conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. (CONANDA, 2006, p. 23)

Deve ser compreendido como uma política social de inclusão do adolescente autor de ato infracional, como um documento normativo que visa promover uma ação educativa no atendimento ao adolescente, seja em meio aberto ou em casos de restrição de liberdade. Mas há que se ressaltar que esse instrumento jurídico-político dá preferência às medidas executadas em meio aberto,

porque compreende que as medidas restritivas de liberdade, como a semiliberdade e a internação devem ser aplicadas em último caso levando sempre em consideração os princípios da brevidade e da excepcionalidade.

O SINASE está organizado em 90 artigos e

[...] objetiva primordialmente o desenvolvimento de uma ação sócio-educativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Persegue, ainda, a idéia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturado, principalmente, em bases éticas e pedagógicas. (CONANDA, 2006, p. 15)

Como sistema integrado, o SINASE procura articular os três níveis do governo para o melhor desenvolvimento do atendimento socioeducativo ao adolescente, levando em consideração a intersetorialidade e a corresponsabilidade entre a família, o Estado e a sociedade. É importante que haja uma articulação e um trabalho conjunto/ em rede dos operadores do Sistema de Garantia de Direitos. Para Souza (2007, p. 45-46), é necessário que se desenvolva trabalhos em sistemas de redes para alcançar a real efetivação dos direitos infanto-juvenis, uma vez que:

A idéia de rede tem por base o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, compreendendo os diversos atores que interagem para garantir esses direitos. [...] Assim, esse sistema de garantia apresenta eixos de ação (promoção de direitos, defesa dos direitos e controle social), que criam redes internas e entre si. (SOUZA, 2007, p. 45-46)

O SINASE tem como marco legal os dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de respeitar os tratados e convenções internacionais. É um documento que normatiza como devem atuar as entidades de atendimento que trabalham com os adolescentes autores de ato infracional. O manual compreende desde a forma política de traçar as diretrizes pedagógicas de cada programa de

atendimento como informa os profissionais que devem atuar em conjunto nos programas específicos.

A equipe multidisciplinar é fundamental para auxiliar o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, pois ele pode ser atendido na medida de suas necessidades e recebe apoio profissional de advogados, pedagogos, assistentes sociais, psicólogos e demais profissionais dispostos a contribuir com a sua formação. Além disso, o apoio pedagógico deve ser suficiente para

[...] propiciar ao adolescente o acesso a direitos e às oportunidades de superação de sua situação de exclusão, de ressignificação de valores, bem como o acesso à formação de valores para a participação na vida social, vez que as medidas socioeducativas possuem uma dimensão jurídico-sancionatória e uma dimensão substancial ético-pedagógica. (CONANDA, 2006, p. 51)

O SINASE deve orientar os operadores dos programas de atendimento, além de auxiliar os operadores do sistema de garantia de direitos – principalmente na proposição de políticas públicas e previsão orçamentária – e o sistema de justiça. Ambos devem atuar em conjunto para romper com a lógica repressivo-punitiva que permeia os programas de atendimento socioeducativo.

Trata-se de uma fase de transição, em que se rompe com a punição, com a cultura do medo, para substituí-la pela lógica dos limites e da intervenção pedagógica. Em outra obra já foi afirmado que

[...] a melhor educação assegurada pela atual Carta Constitucional é aquela voltada ao diálogo, à tolerância e, sobretudo, à liberdade.

A educação para a liberdade somente poderá ser efetivada através do diálogo e da hierarquização dos valores intrínsecos à natureza humana, no sentido de permitir à criança e ao adolescente uma possibilidade real de atuar como protagonista na construção de sua condição especial de ser humano em desenvolvimento. (VERONESE, OLIVEIRA, 2008, p. 131)

Por isso, insiste-se em afirmar que para que haja verdadeira transformação no tratamento dispensado aos adolescentes autores de ato infracional são necessárias grandes mudanças. É imprescindível a ampliação do sistema em meio aberto. É preciso que os magistrados, promotores de justiça e advogados que atuam na área da infância conheçam melhor o Estatuto da Criança e do Adolescente e a finalidade das medidas socioeducativas e assim, possam aplicar as medidas não restritivas de liberdade em detrimento da semiliberdade e da internação. Ao mesmo tempo em que o Estado tem que investir em recursos técnicos, humanos e estrutural para melhor aparelhar as equipes que administram o cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto.

É imprescindível que haja integração entre os

[...] órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública, Assistência Social, na operacionalização do atendimento inicial do adolescente em conflito com a lei, e atendimento estruturado e qualificado aos egressos. (CONANDA, 2006, p. 22)

É necessário ampliar as varas especializadas e o plantão institucional. Regionalizar o atendimento em atenção ao princípio da municipalização. É importante que a elaboração de uma política de atendimento esteja verdadeiramente integrada com as demais políticas sociais desenvolvidas para a infância e juventude.

4 Considerações Finais

Como forma de concluir este capítulo, sem obviamente cessar as reflexões sobre a aplicabilidade das medidas socioeducativas para adolescentes, como modelo de (que deve ter) caráter sociopedagógico, vale a pena tecer algumas considerações e inquietações que envolvem esse tema. Atuar na área da infância e da adolescência não é tarefa fácil, mas se tornará ainda mais

difícil se não houver sensibilidade e compreensão para com essa parcela significativa da população brasileira que com absoluta certeza é a mais vulnerável.

É oportuno recordar que o estado de vulnerabilidade em que se encontram os adolescentes é inerente à *fase da vida* (ÀRIES, 1981). O ser adolescente representa, ainda, o ser que transita entre a infância e a fase adulta, portando, a adolescência caracteriza-se pela busca incessante de autonomia, de liberdade, de emancipação, de formação, etc.

A historiografia sociojurídica da infância e adolescência revela que esses grupos vulneráveis sempre foram alvos de toda forma de negligência, violência e opressão. Ao normatizar as relações sociais, as leis menoristas serviram para escamotear verdadeiras crueldades nos tratamentos dispensados à infância e à juventude, em que o ser adulto sempre foi, nessa relação, aquele que tudo podia e a voz da autoridade. Vive-se numa sociedade que ainda não conseguiu romper com a lógica punitivo-repressiva, evidenciada principalmente na época da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, em plena efervescência durante a ditadura militar no país. Problema de “menor” era assunto de segurança nacional. E o que se percebeu ao longo de décadas foi o inchaço das FEBENS espalhadas pelo Brasil, que atuavam como verdadeiros depósitos de indesejáveis sociais.

Hoje, quais os tipos de instituições existem? Existem os Centros Educacionais e os Centros de Internamento Provisórios que efetivamente respeitam as orientações contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente? Pode-se de forma absoluta dizer que ocorreram reais mudanças? Há a sensação de que, em muitos desses lugares, foi apenas substituído o nome, eis que a lógica da institucionalização permanece a mesma e intocável!

De qualquer modo, o Direito da Criança e do Adolescente segue à risca as normativas internacionais de proteção e de promoção

dos direitos infantoadolescente e se apresenta, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, como uma norma insurgente mais do que avançada para o seu tempo; é um valioso instrumento jurídico de proteção aos direitos da infância e adolescência que uma nação poderia ter.

Em se tratando da normatização das condutas humanas, o Estatuto reservou aos adolescentes a chamada *responsabilização estatutária* frente à prática do ato infracional, e essa responsabilização se materializa no cumprimento pelos adolescentes das medidas socioeducativas e/ou protetivas.

As medidas socioeducativas devem contribuir para o desenvolvimento dos adolescentes, sendo-lhes garantido o acesso à educação, à cultura, à informação, ao lazer, à profissionalização e à convivência comunitária. Contudo, é preciso registrar que no sistema de justiça brasileiro, ainda são aplicáveis as medidas socioeducativas consideradas mais severas para um universo significativo de adolescentes, como as privativas de liberdade. Essas decisões buscam fundamentos em concepções antigas e reproduzidas historicamente pelo Direito do Menor e que continuam em pleno vigor no Brasil “[...] porque os atores jurídicos envolvidos nestas questões continuam com a ‘mentalidade da defesa social’, inconstitucionalmente, ressalta-se”. (ROSA, 2005, p. 39)

Em muitos procedimentos de apuração de ato infracional, ou até mesmo durante a execução da medida socioeducativa, ocorre uma perda da identidade do adolescente, pois ele é desconsiderado enquanto sujeito de direito sendo taxado erroneamente de “adolescente infrator”. Nas fases judiciais dá-se maior ênfase aos “[...] aspectos objetivos e formais, desconsiderando-se as questões subjetivas, relacionais e emocionais envolvidas no ato infracional”. (VEZZULLA, 2004, p. 69)

A experiência profissional de Alexandre Morais da Rosa³¹ tem revelado que a aplicação das medidas socioeducativas e que o tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a lei caminha na contramão dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao afirmar que:

A Justiça da Infância e Juventude continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a ideologia da formação para o trabalho, o respeito à ordem e a disciplina, a tolerância das violações por parte do Estado, agindo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. Justificando o uso da opressão em uma parcela cada vez maior de pessoas – adolescentes – com o enfadonho e cínico discurso de que a intervenção é um “bem para o adolescente”. (ROSA, 2005, p. 179)

Passados quase um quarto de século da promulgação da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, que efetivamente inaugurou esse novo olhar para a infância ao contemplar a doutrina da proteção integral, ainda é necessário *gritar* pela concretização e pela não violação dos direitos de crianças e adolescentes.

Crianças e adolescentes estão, infelizmente, propensos a situações de violência, seja sofrendo-a diretamente, ou ainda, exercendo-a. Nesse cenário, em que a população infantojuvenil ainda luta pela concretização de seus direitos, Savater (2005, p. 108) aduz que a educação deve ter uma função humanizadora, no sentido de proporcionar aos seus sujeitos a autonomia necessária para o desenvolvimento humano.

E isso implica em não coagir, não agir de violência contra crianças e adolescentes durante o seu processo de desenvolvimento, pois todo ato de “coação reprime a criatividade” (MIZUKAMI, 1986). Essa prerrogativa educacional deve ser extensiva a todos os adolescentes autores de ato infracional, e que de certa maneira

³¹ Alexandre Morais da Rosa foi magistrado titular da Vara da Infância e Juventude na Comarca de Joinville, no estado de Santa Catarina.

cumprem as medidas socioeducativas, uma vez que, conforme previsão estatutária as medidas socioeducativas tem caráter socio-pedagógico.

Entende-se por bem que, a aplicação das medidas socio-educativas devem contribuir para o desenvolvimento humano do adolescente, em um procedimento dialógico, em respeito ao adolescente que tem o direito de fala, o direito de ser ouvido e atendido sempre que seus direitos forem violados.

Enquanto isso, o SINASE que é um importante instrumento jurídico-político para a concretização dos direitos fundamentais dos adolescentes envolvidos com a prática de ato infracional ainda está em fase de implementação. O SINASE impõe medidas e mostra como devem funcionar/atuar as entidades de atendimento socioeducativo, bem como os operadores que direta ou indiretamente irão trabalhar com esses adolescentes.

Obviamente, é necessário o investimento em políticas sociais públicas que deem conta de pôr todo esse planejamento em prática. Além é claro, da imprescindível capacitação dos operadores do sistema de garantia de direitos e de justiça. Para romper com a lógica punitivo-repressiva torna-se imperioso viver a cultura da tolerância e cultivar o amor pela infância e adolescência.

Fala-se na *reinserção* social do adolescente autor de ato infracional, mas como reinseri-lo em uma sociedade que é também responsável pela sua situação de vulnerabilidade? Afirmar-se que é o adolescente quem tem que se reinserir, mas uma sociedade consumista, hedonista, violenta, discriminadora não oferece as mínimas condições para que isto ocorra. Em razão disso, propõe-se nestes textos a necessária construção de um novo paradigma, de uma nova cultura que efetivamente compreenda a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Somente a partir dessa nova visão é que efetivamente deixar de coisificar a infância e a adolescência.

Referências

ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 5 de out. 1988.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)**. Brasília: Conanda, 2006.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.69/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

CUSTÓDIO, André Viana. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas: limites e perspectivas para a erradicação do trabalho infantil doméstico. *In*: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. (Org.) **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**: visões interdisciplinares. Curitiba: Multidéia, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

MAIOR, Olympio Sotto. Das medidas sócio-educativas. *In*: CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. **Ensino**: as abordagens do processo. São Paulo: E.P.U., 1986.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Infracional**: garantismo, psicanálise e movimento anti-terror. Florianópolis: Habitus, 2005.

SAVATER, Fernando. **O valor de educar**. Tradução de Mônica Stahel. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005.

SOUZA, Ismael Francisco de. **A erradicação do trabalho infantil e as responsabilidades do Conselho Tutelar em Florianópolis**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação Versus Punição**: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

CAPÍTULO VII



A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS³² NO AMBIENTE ESCOLAR

1 A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes Negros: uma doutrina que não faz distinções entre preto e branco

O Brasil conviveu durante quase todo o século XX sob a vigência do Direito Menorista consagrados pelos dois Códigos de Menores de 1927 e 1979. O Código de Menores de 1979 instituiu a doutrina jurídica da situação irregular³³ e caminhou na contramão dos instrumentos normativos internacionais³⁴ que já vislumbravam que o período da infantoadolescência carecia de cuidados especiais e de uma legislação específica capaz de atuar na promoção de direitos.

³² Neste texto, compreendem-se como pessoas negras aquelas classificadas como pretas e pardas nos censos demográficos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

³³ Em outra obra já afirmamos que: “A designação *situação irregular* adotada pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão da OEA – Organização dos Estados Americanos, se referiam às diversas qualificações casuísticas atribuídas à criança: abandonada, exposta, carente, delinqüente, com desvio de conduta, infratora, etc.” (VERONESE, 1999, p. 36)

³⁴ A entrada em vigor do Código de Menores de 1979 contrastou com a Declaração Internacional dos Direitos da Criança instituída pela ONU no ano de 1959. Esse documento internacional já previa uma série de garantias e direitos fundamentais para a população infantojuvenil e foi assinada pelo Brasil. A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 compreendia princípios e recomendações e não obrigações para os Estados signatários. Outros documentos internacionais anteriores a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 merecem destaque porque também vislumbravam o período da infância e adolescência como período de proteção especial, dentre os quais cita-se: a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948 – Paris.

Os movimentos sociais que agigantaram o cenário socio-político do Brasil, sobretudo, a partir da década de 1980 partiram em busca da redemocratização do país e na promulgação de uma nova Carta Política que contemplasse efetivamente a esfera dos direitos sociais.

Diversos movimentos sociais, dentre eles: Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), Pastoral do Menor, Criança Constituinte, se mobilizaram para fornecer ao

[...] legislador constituinte subsídios para elaboração de normas de proteção à infantoadolescência. Com essas emendas de iniciativa popular foram introduzidos no texto constitucional os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. (PEREIRA, 1996, p. 23)

O que já foi amplamente discutido pela Organização das Nações Unidas (ONU). A Constituição Federal de 1988, portanto, contemplou a doutrina da proteção integral seguindo os mesmos preceitos dispostos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que em 1988 ainda estava em discussão em âmbito internacional³⁵. Isso tornou o Brasil um país pioneiro rumo à conquista e implementação dos novos direitos às crianças e adolescentes.

Sob o prisma da doutrina da proteção integral crianças e adolescentes tornam-se os *novos sujeitos de direitos*, sendo reconhecido o seu estado peculiar enquanto pessoa em desenvolvimento o que justifica a prioridade absoluta na concretização dos seus direitos fundamentais.

Quase dois anos após a promulgação da nossa Carta Política entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente por meio da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

³⁵ A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1989. Esse documento internacional incorporou o ordenamento jurídico brasileiro através da edição do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a relevante função, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta. No entanto, a simples existência de leis que proclamem os direitos sociais, por si só não consegue mudar as estruturas. Antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados. (VERONESE, 1997, p. 15)

Ao adentrar no campo das relações raciais é possível perceber que em termos normativos a Constituição Federal de 1988³⁶ e o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷ vedam a discriminação racial, porém não criam ou dão condições específicas de combate a essa forma de discriminação.

A doutrina da proteção integral também contempla de forma igualitária às crianças e adolescentes negros, porém no campo social percebe-se o quanto as normas específicas voltadas ao Direito da Criança e do Adolescente, assim como o próprio texto constitucional são imensamente violadas. Por isso, esse estudo é imprescindível para que seja possível construir ou materializar ações voltadas especificamente para crianças e adolescentes negros não incluídos e marginalizados socialmente.

É possível esta afirmação a partir do estudo dos indicadores sociais publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e com base nas informações prestadas pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) obtidos nos últimos anos e que possui cobertura em todo território nacional.

³⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe alguns dispositivos importantes, assegurando os direitos e garantias individuais e igualitárias a todas as pessoas sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º, IV e art. 5º *caput* da CF/88). A Lei n. 8.081, de 21 de setembro de 1990, tratou de definir os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito racial.

³⁷ Lei n. 8.069/90, art. 5º: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (grifo nosso)

De acordo com dados da PNAD (IBGE, 2008), havia no Brasil em números absolutos no ano de 2007 cerca de 14 milhões de analfabetos brasileiros e, dentre eles, quase 9 milhões correspondiam à população de pretos e pardos.

A taxa de analfabetismo diminuiu na última década, passando de 3,3%, em 1999, para 9,7%, em 2009, para o total da população, o que representa ainda um contingente de 14,1 milhões de analfabetos. Apesar de avanços, tanto a população de cor preta quanto a de cor parda ainda têm o dobro da incidência de analfabetismo observado na população branca: 13,3% dos pretos e 13,4% dos pardos, contra 5,9% dos brancos, são analfabetos. (IBGE, 2010, p. 227)

Os dados atestam que para os grupos sociais negros essa situação continua extremamente grave, principalmente porque a população negra corresponde a quase metade da população brasileira³⁸.

Em termos relativos, a taxa de analfabetismo da população branca era de 6,1% para as pessoas de 15 anos ou mais de idade, sendo que estas mesmas taxas para pretos e pardos superaram 14%, ou seja, mais que o dobro que a de brancos. (IBGE, 2008, p. 211)

No entanto, pesquisas recentes mostram que a taxa de analfabetismo diminuiu na última década, mas apesar dos avanços, tanto a população de cor preta quanto a de cor parda ainda têm o dobro da incidência de analfabetismo do que aquele constatado entre a população branca, ou seja, 13,3% dos pretos e 13,4%

³⁸ “No Brasil da primeira década do Século XXI, destaca-se uma mudança na distribuição da população, segmentada por cor ou raça, o que confirma uma tendência já detectada. Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD mostram um crescimento da proporção da população que se declara preta ou parda nos últimos dez anos: respectivamente, 5,4% e 40,0% em 1999; e 6,9% e 44,2% em 2009. [...] Provavelmente, um dos fatores para esse crescimento é uma recuperação da identidade racial [...]” (PNAD, 2010, p. 226)

dos pardos, contra 5,9% dos brancos são analfabetos no Brasil. (IBGE, 2010, p. 227)

[...] o analfabetismo é um fator de marginalização, que exclui e impede a mobilidade social da criança, do jovem, do homem e da mulher. As elevadas taxas de analfabetismo que ainda subsistem em diversas áreas é um indicador de exclusão de expressivas camadas da população mundial e refletem as dificuldades enfrentadas pelos governos para erradicação deste sério problema. (IBGE, 2008, p. 41)

Em relação às pesquisas anteriores desenvolvidas pela PNAD, é possível concluir que a média de anos de estudo da população com 15 anos ou mais de idade apresentava em 2007 uma vantagem em torno de dois anos para a população branca que tinha em média 8,1 anos de estudos enquanto que a população negra esse índice era de 6,3 anos. (IBGE, 2008)

Em 2009, esse índice aumentou em relação aos negros de 6,3 para 6,7% anos de estudo em relação à população branca que apresentava uma média de 8,4 anos de estudo nos grupos com 15 anos ou mais de idade. (IBGE, 2010)

De acordo com os indicadores sociais constantes nas pesquisas realizadas pelo PNAD, constata-se que a diferença de escolaridade entre os grupos brancos e negros é acentuada acarretando inúmeros prejuízos para o segundo, principalmente no que se refere ao acesso e à permanência ao ensino superior, mercado de trabalho e rendimentos salariais.

Essa gritante disparidade educacional entre os grupos sociais no país, em que o grupo negro se revela como em pior situação é reflexo de uma sociedade excludente e discriminatória. De acordo com o relatório de pesquisa produzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: as análises incluídas na presente publicação contribuem para exhibir o caráter estrutural das desigualdades raciais no País, revelando a duplicidade da configuração social

brasileira nas suas clivagens social e racial. Os grupos raciais subalternizados, que na expressão das informações censitárias e de pesquisas domiciliares cristalizaram-se nas categorias de cor ou raça preta, parda e indígena, padecem de uma precária inserção social ao longo dos 120 anos. Essa precária inserção social não é explicada pelo ponto de partida, mas pelas oportunidades diferenciadas a eles oferecidas. (IBGE, 2008, p. 210)

Parte-se, portanto, do pressuposto de que essa atual condição de miserabilidade econômica e de invisibilidade constatada nos indicadores sociais seja reflexo de uma violência simbólica, da discriminação racial velada pelo qual sofrem diariamente milhares de pessoas negras no país, incluindo as crianças e adolescentes. Para uma melhor compreensão dos fenômenos da discriminação racial é importante situar o termo *raça* e conceituar o preconceito racial, o racismo e a discriminação racial, e para isso busca-se o aporte teórico da Sociologia.

Primeiramente cumpre esclarecer que o termo *raça* é uma construção político e social, e não em seu sentido biológico, para o qual não há raças humanas, mas no sentido de uma construção sociológica para definir os diferentes grupos sociais existentes no país. *Raça* é um vocábulo que precisa ser mantido na luta antirracista, uma vez que revela que as “[...] discriminações e desigualdades que a noção brasileira de ‘cor’ enseja são efetivamente raciais e não apenas de ‘classe’”. (GUIMARÃES, 2002, p. 50)

Gomes (2005a, p. 52) afirma que o racismo resulta de uma ação “[...] por vezes do ódio, em relação a pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como: cor da pele, tipo de cabelo, etc.” O racismo está no imaginário do ser humano racista que acredita haver a existência de seres humanos superiores e inferiores.

Em relação ao preconceito racial, Guimarães (2008, p. 47) afirma que isso

[...] decorre de um modo específico de construir as fronteiras de um grupo social a partir de marcas que são entendidas como raciais (o pertencimento a tal grupo deriva de origem biológica comum, transmitida hereditariamente, e demarcada por características fisionômicas, físicas, cognitivas e morais).

O autor ainda pontua que são quatro os sentimentos sempre presentes no preconceito racial:

[...] o de superioridade, o de que a raça subordinada é intrinsecamente diferente e alienígena, o de monopólio sobre certas vantagens e privilégios, e o medo ou suspeita de que a raça subordinada deseje partilhar as prerrogativas da raça dominante. (GUIMARÃES, 2008, p. 55)

De outro modo, Gomes (2005a, p. 54) afirma que “[...] o preconceito é um julgamento negativo e prévio dos membros de grupo racial de pertença, de uma etnia ou de uma religião ou de pessoas que ocupam outro papel significativo”. Ressalta a autora que esse julgamento prévio, que pode não se materializar em ações, pois está no campo da consciência humana, têm o caráter da inflexibilidade, pois tende a ser mantido sem levar em consideração os fatos que o contestem.

Diferente do racismo e do preconceito racial que representam a forma como uma pessoa (ou grupo de pessoas) percebe outras pessoas (ou grupo de pessoas) levando em consideração os seus aspectos físicos e culturais de forma negativa, tendo como padrão o do próprio grupo em que está inserida, a discriminação racial é a manifestação dessas imagens construídas pelo racismo e pelo preconceito racial.

Quando essas imagens racistas ou preconceituosas da pessoa que assim as percebe se manifestar ou se concretizar em ações é que será possível dizer que há discriminação racial, ou seja, “[...] a discriminação racial pode ser considerada como a prática do racismo e a efetivação do preconceito racial [...]”, ou seja,

[...] enquanto o racismo e o preconceito encontram-se no âmbito das doutrinas e dos julgamentos, das concepções de mundo e das crenças, a discriminação é a adoção de práticas que os efetivam. (GOMES, 2005a, p. 55)

A explicação desses três fenômenos é imprescindível para que se rompa de vez com o mito da democracia racial construído no país e que de certa forma ainda permeia o imaginário social. O “preconceito de ter preconceito” como afirmou Fernandes (2007), serviu por muito tempo para mascarar a tensão e o conflito que ronda as relações raciais no Brasil.

Para Gomes (2005a, p. 47),

Quanto mais a sociedade, a escola e o poder público negam a lamentável existência do racismo entre nós, mais o racismo existente no Brasil vai se propagando e invadindo as mentalidades, as subjetividades e as condições sociais dos negros. O abismo racial entre negros e brancos no Brasil existe de fato. As pesquisas científicas e as recentes estatísticas oficiais do Estado brasileiro que comparam as condições de vida, emprego, saúde, escolaridade, entre outros índices de desenvolvimento humano, vividos por negros e brancos, comprovam a existência de uma grande desigualdade racial em nosso país. Essa desigualdade é fruto da estrutura racista, somada a exclusão social e a desigualdade socioeconômica que atingem toda a população brasileira e, de um modo particular, o povo negro.

Por isso, considerando que crianças e adolescentes têm prioridade absoluta na concretização dos seus direitos fundamentais, pode-se questionar se a doutrina da proteção integral é aplicada efetivamente para crianças e adolescentes negros, ou apenas se constitui em letra morta? É notório que os péssimos indicadores sociais apresentados englobam a grande parcela de crianças e adolescentes negros do país.

Por óbvio que o Direito da Criança e do Adolescente adota os princípios da universalização do atendimento e da não

discriminação, ou seja, os direitos devem ser concretizados para todas as crianças e adolescentes, sem distinção de raça, cor, sexo e origem. No entanto, resta a dúvida se o Estado brasileiro, a sociedade civil e a família têm dado atenção a esses princípios que são também constitucionais e o que estão fazendo para reverter esse quadro lamentável de injustiça social. A doutrina da proteção integral não faz distinções entre crianças e adolescentes brancos e negros, mas percebe-se que no seu campo de atuação o segundo grupo é imensamente mais fragilizado na concretização dos seus direitos.

A pesquisa envolvendo os direitos de crianças e adolescentes negros do país é imprescindível para que haja efetiva mudança de paradigma no Direito da Criança e do Adolescente, levando sempre em consideração que o preconceito, o racismo e a discriminação racial que permeiam todo o contexto social faz nas crianças e adolescentes as suas principais vítimas, pois compõem os elementos mais vulneráveis do corpo social.

2 A Escola e as Barreiras da Cor

O ambiente escolar é geralmente o primeiro espaço social e coletivo que a criança ocupa fora do seu ambiente familiar. O “ir” para a creche ou para a escola pode representar para as crianças momentos de lazer e aprendizado, como também podem representar um grande desconforto e mal-estar, quando a convivência com as demais crianças, ou até mesmo com o corpo docente, não for satisfatória, gerando conflitos.

Quando esses conflitos são ocasionados em virtude das relações raciais dentro do espaço escolar é imprescindível uma melhor atenção dos pais, dos professores e dos orientadores pedagógicos. É preciso reconhecer que há racismo e discriminações raciais na sociedade brasileira, assim como esses fenômenos

também estão presentes nas escolas brasileiras. Conforme ressalta Oliveira (2005, p. 29),

A maioria das pesquisas sobre relações raciais aponta problemas de relacionamento da criança negra no espaço escolar ocasionados pelo seu pertencimento racial, gerando uma relação conflituosa entre colegas e professores e, muitas vezes, nociva para os que acabam sendo rejeitados por seus atributos físicos.

As discriminações raciais sofridas por crianças e adolescentes negros no ambiente escolar são as primeiras barreiras que estes encontram para continuar estudando. E esse processo pode gerar uma série de consequências aos estudantes negros, nos quais se apontam algumas: a) evasão escolar; b) baixo rendimento escolar; c) baixa autoestima; d) dificuldade no aprendizado; e) grandes chances de repetir o ano letivo; f) dificuldade de relacionar-se com as pessoas, etc.

Por isso, é preciso enfatizar que

[...] as crianças negras em seu processo de desenvolvimento têm diversas possibilidades para internalizar uma concepção negativa de seu pertencimento racial, favorecendo a constituição de uma auto-imagem depreciativa. (OLIVEIRA, 2005, p. 30)

Passos (2005, p. 56), ao desenvolver pesquisa empírica sobre a escolarização de jovens negros e negras em Florianópolis, constatou que as trajetórias escolares de crianças negras se desenvolvem de forma diferenciada e desigual. A pesquisa aponta também que a necessidade de trabalhar é uma das maiores causas da evasão escolar desse público específico, além de informar os elevados índices de repetição de série/fase na escola e baixa autoestima. De acordo com a autora, um dos fatores que contribuem para esse diagnóstico incide no fato de que

O mundo da cultura parece agregar aquilo que a escola tem dificuldades em ensinar e valorizar, como o respeito às diferenças de condição social, racial e de gênero e à cultura juvenil. (PASSOS, 2005, p. 56)

Os operadores pedagógicos têm dificuldades em trabalhar com a diversidade étnico-racial, de gênero, sexual dentro do espaço escolar. A ideia de que todos os alunos são iguais, ou seja, o não reconhecimento da diferença reproduz a dominação hierárquica que há no espaço escolar e reproduz as mais variadas discriminações.

As instituições escolares, tanto as públicas como privadas, por muitos anos neste país, reproduziram, e ainda reproduzem, a ideia de que “[...] os sujeitos presentes na escola são todos iguais, e por isso, possuem uma uniformidade de aprendizagem, de culturas e experiências, e os que não se identificam com esse padrão uniforme são defasados, especiais e lentos [...]” (MACÊDO, 2005, p. 87), contribuindo para reproduzir essa dominação.

Portanto, enfatiza-se mais uma vez que há racismo e discriminação racial no cotidiano escolar, mas em muitos locais essa situação é velada, gerando uma verdadeira violência simbólica. Em virtude disso, Silva afirma que se está passando por um processo de naturalização

[...] em que os preconceitos estão enrustidos e nós os incorporamos de maneira sutil, própria ao projeto ‘naturalizador’ dos lugares e papéis sociais que devem ser ocupados por cada sujeito e pelo seu grupo de pertencimento. (SILVA, 2005, p. 95)

Ao mesmo tempo, os professores e orientadores pedagógicos quando vislumbram uma situação de discriminação racial entre seus alunos preferem não se manifestar, silenciando ao invés de intervir. Faltam a esses operadores pedagógicos capacitação e instrução para trabalhar com as diversidades em sala de aula, sobretudo com as relações raciais. (OLIVEIRA, 2005)

Nesse sentido, Silva (2005, p. 98) entende que a falta de formação do professor, claro que do ponto de vista institucional, limita qualquer possibilidade de diálogo com questões que versam sobre a diversidade étnico-racial. Mas afirma que:

Lidar com o racismo, o preconceito e a discriminação racial na sala de aula torna-se ainda uma tarefa árdua e dolorosa para alguns educadores e algumas educadoras, dificultando a desconstrução de textos, falas, materiais didáticos, discursos e concepções que reforçam e veiculam de forma “equivocada” [...]

Nessas narrativas e construções teóricas de como a escola e os operadores pedagógicos vêm tratando da questão multicultural e multirracial, afetam diretamente, nesse caso em termos raciais, a criança e o adolescente negro. Esses novos sujeitos de direitos são violentados e afrontados nos seus direitos de cidadania. A escola que deveria ser o espaço democrático e dialógico é transgressora e discriminadora. Obviamente, quando se fala da escola refere-se aos seus agentes atuantes e que contribuem para a perpetuação desses ideais racistas, intolerantes e de falta de respeito às diferenças. Obviamente, não é admissível generalizações, pois há em alguns ambientes escolares profissionais que verdadeiramente reconhecem a diversidade étnico-racial e conseguem dialogar sobre isso com seus alunos.

Para Macêdo (2005, p. 89):

A escola brasileira, como instituição oficial, discrimina por ter um conteúdo e uma prática racista, baseados na intolerância ou numa ‘tolerância’ que inferioriza o outro. Os diferentes projetos ou tendências políticas que hegemonizam o poder neste país tornaram essa prática mais evidente ou mais camuflada, conforme os interesses, conflitos, pressões ou acatamento dos diversos grupos que conformam essa sociedade.

De acordo com Cavalheiro (2005, p. 82), que desenvolveu pesquisa empírica sobre a questão racial em escolas públicas

na cidade de São Paulo, é possível afirmar, conforme os dados coletados da pesquisa, que o “[...] racismo é o ingrediente básico das dinâmicas e relações interpessoais entre os profissionais da educação e as crianças [...]” e que é possível perceber “[...] uma nítida separação dos alunos em sala de aula de acordo com seu pertencimento racial”.

Cabe ressaltar, que uma das grandes bandeiras de luta do movimento negro sempre foi trabalhar para a melhoria da qualidade na educação, seja na reforma dos currículos escolares, seja na capacitação dos profissionais de educação que têm que exercitar dia a dia nas suas salas de aula o respeito às diferenças, às diversidades.

Gonçalves e Silva (2005, p. 179-190), em *Movimento Negro e Educação*, narram como a educação sempre foi uma das mais importantes bandeiras de luta antirracista para os grupos sociais negros nesse país. Eles relatam a partir de uma análise historiográfica que remonta do período escravocrata como nunca houve uma preocupação com a escolarização dos negros. Eles nunca tiveram boas oportunidades para o acesso ao ensino, tinham que trabalhar desde cedo e o trabalho precoce (2006) como é notório, representa um dos grandes causadores da evasão escolar no país. Para os autores, educar os grupos sociais negros representa a busca por uma ascensão social, por uma mudança e melhora nas condições de vida. A política educacional adotada pelo governo foi (e continua sendo) omissa havendo ausência de políticas públicas para a inclusão dos negros.

Atualmente, a preocupação dos movimentos negros no campo educacional está focalizada na garantia de acesso e de permanência de crianças, adolescentes e jovens negros. E isso envolve, entre outras perspectivas, lutar pela valorização da diversidade étnico-racial e pelo respeito às diferenças.

Não mais é possível aceitar nos dias atuais que a inclusão de crianças negras em sala de aula seja facilitada porque elas “[...] apresentam um comportamento de total adequação às regras da escola – traço marcante do processo de desumanização promovido pelo racismo [...]”; pois “[...] espera-se que essa criança seja estudiosa, comportada e silencie diante das situações em que seja vítima de discriminação racial”. (CAVALHEIRO, 2005, p. 83)

A partir do ano de 2003, a luta antirracista começou a ganhar força e visibilidade no cenário sociopolítico do país. Na esfera educacional, o que se pretendeu fazer foi construir um ensino democrático capaz de incorporar a história e a dignidade de todos os povos, ou grupos sociais, que compõem a sociedade brasileira. Por isso, a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, LDB, que traça as Diretrizes e Bases da Educação Nacional sofreu algumas alterações com a entrada em vigor da Lei Federal n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece a obrigatoriedade do ensino de história e cultura afro-brasileiras e africanas em todos os estabelecimentos educacionais do país.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) passou a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 26-A Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1º - O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2º - Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo

o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.

[...]

Art. 79-B O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como “Dia Nacional da Consciência Negra”.

É claro que a nova Lei Federal representa um avanço em termos normativos que contribui para a valorização da diversidade étnico-racial e da cultura afro-brasileira. Propõe uma educação voltada para a igualdade, não aquela igualdade formal do “todos são iguais na sala de aula”, mas no reconhecimento de atendimento igualitário aos sujeitos/estudantes diferentes, sem discriminações e sem rótulos. A proposta da nova lei ao reformular os currículos escolares é proporcionar o conhecimento sobre a diversidade cultural e minimizar, por assim dizer, o impacto que a cultura eurocêntrica impõe nas salas de aulas de todo o país.

Para Santos (2005, p. 33), a Lei Federal n. 10.639/2003 já constitui um imenso avanço na luta antirracista e está de acordo com uma proposta de educação para a igualdade de tratamento no ambiente escolar. Mas, para que essa lei não se constitua num discurso vazio o autor entende que ainda faltam muitos elementos para que alcance a sua real efetivação, uma vez que a nova lei não estabelece metas de implementação, como a qualificação de professores para ministrarem as novas disciplinas, não impõem medidas para que as universidades nos seus cursos de graduação, sobretudo os de licenciatura, formem professores aptos para ministrarem o conteúdo programático. O autor entende que a Lei meio que joga essa responsabilidade indiretamente para os professores, ao mesmo tempo em que não garante efetivamente cursos e capacitações para esses profissionais.

De acordo com Gomes (2005b, p. 149),

[...] é necessário que, na educação, a discussão teórica e conceptual sobre a questão racial esteja acompanhada da adoção de práticas concretas. Julgo que seria interessante se pudéssemos construir experiências de formação em que os professores pudessem vivenciar, analisar e propor estratégias de intervenção que tenham a valorização da cultura negra e a eliminação de práticas racistas como foco principal. Dessa forma, o entendimento dos conceitos estaria associado às experiências concretas, possibilitando uma mudança de valores. Por isso, o contato com a comunidade negra, com os grupos culturais e religiosos que estão ao nosso redor é importante, pois uma coisa é dizer, de longe, que se respeita o outro, e outra coisa é mostrar esse respeito na convivência humana, é estar cara a cara com os limites que o outro me impõe, é saber relacionar, negociar, resolver conflitos, mudar valores.

É importante frisar que a educação para a igualdade racial é um desafio para os sistemas de ensino de todo o país e que o estudo da temática racial é imprescindível para romper com as imagens depreciativas e errôneas dos grupos sociais negros e outras minorias étnicas. Essas mudanças são significativas para o cotidiano de crianças e adolescentes negros que poderão ser reconhecidos como tais, sem rótulos, sem discriminações. Ações concretas no combate ao racismo e a discriminação racial são urgentes, principalmente porque no campo educacional visa proteger e resguardar os direitos da população infantojuvenil negra, assim como de outros grupos étnicos.

3 Considerações Finais

Como forma de concluir esse trabalho, mas sem dúvida sem esgotar o tema, que ainda necessita de muitas investigações científicas para que verdadeiramente sejam respeitados os direitos de crianças e de adolescentes negros neste país, pode-se afirmar que uma verdadeira transição paradigmática – aquela da situação irregular para a proteção integral – somente ocorrerá quando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais não constituírem

em letra morta. Que seja possível ao Direito da Criança e do Adolescente não apenas normatizar a vedação a discriminação por pertencimento racial à população infantojuvenil, mas que consiga efetivamente se materializar no campo fático.

A superação do preconceito racial, do racismo e da discriminação racial prescinde da forma como os operadores pedagógicos trabalham a temática – diversidade étnico-racial – em sala de aula, pois entende-se que continuar insistindo na ideia de que todos os alunos são iguais, ignorando as suas diferenças, só faz aumentar esse tipo de discriminação.

A escola, portanto, não pode mais ser o espaço das perversidades e das discriminações. As crianças e os adolescentes negros precisam sentir-se acolhidos numa proposta educacional que leve em consideração a sua trajetória de vida e sua cultura. Os profissionais do ensino cada vez mais devem se engajar numa proposta pedagógica que atenda a trilogia liberdade-respeito-dignidade em relação às crianças e adolescentes.

A proteção integral disposta na norma constitucional deve ser capaz de contemplar também as crianças e adolescentes negros na totalidade das suas necessidades e do qual o campo educacional não pode se furtar de atender. Entende-se que as barreiras da cor imposta em muitos estabelecimentos educacionais do país representam as primeiras manifestações de violência que crianças e adolescentes negros podem passar. Portanto, é preciso dar um basta nessa situação e concretizar os direitos, sem discriminações, dessa parcela vulnerável da população.

Referências

CAVALHEIRO, Eliane. Discriminação racial e pluralismo nas escolas públicas da cidade de São Paulo. *In: Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03.*

Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para a sua erradicação.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos.** Apresentação de Lília Moritz Schwarcz. 2. ed. revista. São Paulo: Global, 2007.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. *In:* Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. **Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03.** Col. Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005a.

GOMES, Nilma Lino. Educação e relações raciais: refletindo sobre algumas estratégias de atuação. *In:* MUNANGA, Kabengele. **Superando o racismo na escola.** 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005b.

GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira. SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. Movimento Negro e Educação. *In:* **Educação como exercício de diversidade.** Coleção Educação para Todos. Brasília: UNESCO, MEC, ANPED, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, Raça e Democracia.** 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. **Preconceito Racial: modos, temas e tempos.** Col. Preconceitos, v. 6. São Paulo: Cortez, 2008.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2000**: dados da amostra. Rio de Janeiro – IBGE. [2009]. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese dos Indicadores Sociais 2007**. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese dos Indicadores Sociais 2009**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

MACÊDO, Marluce de Lima. Tradição oral afro-brasileira e escola: um diálogo possível? *In*: OLIVEIRA, Iolanda de; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; PINTO, Regina Pahim Pinto. **Negro e Educação**: escola, identidades, cultura e políticas públicas. São Paulo: Ação Educativa, ANPEd, 2005.

OLIVEIRA, Fabiana de. Relações raciais na creche. *In*: OLIVEIRA, Iolanda de; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; PINTO, Regina Pahim Pinto. **Negro e Educação**: escola, identidades, cultura e políticas públicas. São Paulo: Ação Educativa, ANPEd, 2005.

PASSOS, Joana Célia dos. Escolarização de jovens negros e negras. *In*: OLIVEIRA, Iolanda de; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; PINTO, Regina Pahim Pinto. **Negro e Educação**: escola, identidades, cultura e políticas públicas. São Paulo: Ação Educativa, ANPEd, 2005.

SANTOS, Sales Augusto. A Lei n. 10.639/03 como fruto da luta anti-racista do Movimento Negro. *In*: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. **Educação anti-racista**: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03. Col. Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005.

SILVA, Rosângela Souza da. Racismo e discriminação racial no cotidiano de uma escola pública de nível médio. *In*: OLIVEIRA, Iolanda de; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; PINTO, Regina Pahim Pinto. **Negro e Educação: escola, identidades, cultura e políticas públicas**. São Paulo: Ação Educativa, ANPEd, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

CAPÍTULO VIII

PUBLICIDADE E CONSUMISMO PRECOCE

1 Introdução

Como pode-se constatar da análise dos capítulos anteriores, a proteção integral aos direitos de crianças e adolescentes está consagrada no sistema normativo brasileiro que reconhece a condição de sujeitos de direitos para meninos e meninas menores de 18 anos de idade. As fases da infância e adolescência, portanto, merecem cuidados especiais compartilhados entre a família, a sociedade e o Estado, uma vez que estão em plena fase de desenvolvimento e por isso gozam de absoluta prioridade na efetivação dos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1988, art. 227)

Passados 21 anos da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, os desafios impostos à efetivação dos direitos fundamentais da infância e adolescência ainda são imensos. E, diante disso é imprescindível estudar a efetividade da proteção integral de crianças e adolescentes expostas à informação publicitária mercadológica, uma vez, que as agências de publicidade ao dirigir seus anúncios, apostam no mercado infantil procurando a vulnerabilidade de cada faixa-etária, o que culmina no incentivo ao consumismo precoce.

Toda propaganda mercadológica dirigida ao público infanto-adolescente os expõem a variados riscos, justamente porque devido à fase de desenvolvimento em que se encontram, têm dificuldades para absorver os anúncios publicitários de forma crítica e reflexiva como fazem os adultos. Assim, as agências apropriam-se dessas vulnerabilidades inerentes a fase da infância e adolescência para criar anúncios e inculcar no imaginário de

crianças e adolescentes o consumismo excessivo, o que pode provocar: obesidade infantil, erotização precoce, estresse e conflitos familiares, banalização da agressividade e violência, entre outros riscos. Assim, este texto tem como proposta trazer esta discussão para o cenário sociojurídico brasileiro e algumas discussões que a sociedade de consumo atual proporciona.

2 A Doutrina da Proteção Integral: a construção de um novo paradigma protetivo para a infância e a adolescência

O Direito da Criança e do Adolescente nasceu a partir da mobilização dos novos movimentos sociais que surgiram no cenário nacional a partir da década de 1980, indignados com a realidade social vivenciada por crianças e adolescentes brasileiros “afrentados na quase totalidade de sua cidadania” (VERONESE, 2006, p. 7). Essa indignação foi enaltecida pela análise histórico-jurídica de violência produzida contra a população infantoadolescente amparada na legislação brasileira durante a vigência do Direito do Menor, em que crianças e adolescentes eram meros objetos de intervenção tutelados pelo Estado.

Por isso, a Doutrina da Proteção Integral foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e consequentemente com a aprovação da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, então denominada Estatuto da Criança e do Adolescente. A Doutrina da Proteção Integral garantiu que meninos e meninas com menos de 18 anos de idade passassem a categoria de sujeitos de direitos, necessitando de uma proteção especial e prioritária para concretização de seus direitos fundamentais tendo em vista que estão em fase peculiar de desenvolvimento.

Para Pereira (1999, p. 14), a doutrina da proteção integral deve atender os direitos inerentes a toda população infantoadolescente e afirma que “[...] não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social [...]”, por isso segundo a autora “[...] as políticas básicas voltadas para a [infância e adolescência] devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado”. (PEREIRA, 1996, p. 26)

A Doutrina da Proteção Integral, portanto, recepcionada para a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes reconhece o *status* de prioridade absoluta na efetivação de direitos, principalmente no campo das políticas públicas. Além disso, permite que seja implementado em âmbito local um sistema de garantia de direitos capaz de se mobilizar e atuar na promoção e efetivação dos direitos das quais à população infantoadolescente é titular.

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança aquela pessoa entre 0 e 12 anos incompletos e como adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos. Essa diferenciação deve-se ao fato de crianças e adolescentes estarem em estágios de desenvolvimento diversos. Essa Lei tornou-se o principal instrumento jurídico de luta pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes no país sendo representativa do rompimento definitivo com a doutrina jurídica da situação irregular, que coisificava a infância, para redimensionar toda uma visão social. (VERONESE, 2006, p. 52)

3 O Mundo da Infância e a Publicidade: incentivos ao consumismo precoce

O enfoque deste estudo é permeado pela constatação de que a publicidade mercadológica, que alimenta a sociedade de consumo, quando dirigida às crianças e adolescentes prejudica

a efetivação dos seus direitos fundamentais. E isso porque devido ao processo de desenvolvimento em que se encontram, crianças e adolescentes são indivíduos incapazes de absorverem os anúncios publicitários de forma crítica e reflexiva como fazem os adultos, e são diretamente impulsionados e inculcados a valores que os levam ao consumismo precoce (HENRIQUES, 2007, p. 15). Pesquisas apontam que as crianças e adolescentes acreditam no que o anúncio publicitário informa sobre os produtos. (BJURSTRÖM, 2000)

A exposição de crianças e adolescentes à publicidade mercadológica tem abrangência em todos os veículos de comunicação: televisão, jornais e revistas, internet, *outdoors*. Dentre esses veículos de comunicação, a televisão é considerada como a principal ferramenta do mercado para a persuasão do público infantoadolescente. E isso porque no ano de 2005 ficou constatado que as crianças brasileiras de 4 a 11 anos passavam em média quatro horas e 51 minutos e 19 segundos na frente da televisão. E esse tempo é, muitas vezes, maior do que aquele em que passam na escola ou em convivência com sua família. (VERONESE; SILVEIRA, 2010)

Bauman (2008) discute em sua obra “Vida para consumo” aspectos centrais do modelo de sociedade em que se vive, movida e impulsionada pelo consumismo. E, ressalta também aspectos interessantes sobre a influência que as mercadorias exercem sobre as pessoas (consumidores), além de relacionar o consumismo como um padrão socializador da atual sociedade movida pelo crescimento e desenvolvimento tecnológico, que permite, por assim dizer, globalizar a informação.

Sobre os aspectos relacionados à propaganda mercadológica voltada para o público infantoadolescente, Bauman (2008, p. 73) afirma que

[...] tão logo aprendem a ler, ou talvez bem antes, a “dependência das compras” se estabelece nas crianças. [...] Numa sociedade de consumidores, *todo mundo* precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação.

4 A Normatização sobre a Comunicação Social

Primeiramente é importante distinguir conceitualmente os termos “propaganda” e “publicidade”, pois em muitos textos são encontrados como se sinônimos fossem. De acordo com Henriques (2007, p. 35), a palavra propaganda em seu aspecto terminológico significa “[...] propagação de ideologia de caráter ético, moral, político, religioso, social ou econômico, sem qualquer intuito comercial [...]”. Já publicidade é definida por Denari (1992, p. 135) como a “[...] oferta de bens ou serviços no mercado de consumo, patrocinada por anunciante mediante estipulação de preço, prazo ou condições de pagamento.”

Acerca da comunicação social, a Constituição Federal de 1988 reservou um espaço para tratar deste assunto no capítulo V e em linhas gerais a Constituição torna livre a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem restrição, ou seja, sem censura (BRASIL, 1988, art. 220). Mas enfatiza-se que a publicidade mercadológica dirigida para crianças e adolescentes não pode ser entendida neste caso como mera “liberdade de expressão e comunicação”. Por isso, não se entende como censura a restrição de propaganda para crianças e adolescentes que ferem os próprios preceitos sobre a comunicação social contidos na Constituição no seguinte dispositivo:

Art. 221 A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. (grifos nossos)

Neste sentido, deve-se entender que as informações publicitárias mercadológicas dirigidas para crianças e adolescentes estão inseridas na programação das emissoras de rádio e de televisão e que, sob estes aspectos devem apresentar conteúdo apropriado em consonância com o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. O que significa afirmar-se que incutir valores consumistas nas crianças e adolescentes pela via da publicidade mercadológica fere os princípios constitucionais de proteção aos direitos de crianças e adolescentes.

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, tem uma seção especial que aborda a questão da publicidade. Assim como o Direito da Criança e do Adolescente, o Direito do Consumidor tem uma legislação especial regido por regras e princípios. A redação do artigo 36 informa que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” Esse dispositivo é elucidativo da influência negativa que a publicidade mercadológica dirigida para crianças e adolescentes exerce sobre elas, e de tal forma fere o princípio da identificação publicitária, uma vez que devido a sua fase peculiar de desenvolvimento, esses sujeitos não conseguem diferenciar programas de propagandas publicitárias (BJURSTRÖM, 2000), e/ ou muitas vezes são induzidos a erro. (BRASIL, 1990, art. 37, § 1º)

A redação do § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor é ainda mais precisa sobre essa questão ao disciplinar que

[...]§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da **deficiência de julgamento e experiência da criança**, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (BRASIL, 1990, art. 37, grifos nossos)

Considerando que o objetivo principal da publicidade mercadológica é a comunicação e a persuasão para o consumo do item anunciado; para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes se faz necessário uma análise sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor.

A busca pela efetividade normativa, neste caso, também precede da compreensão sobre a sociedade contemporânea e sua relação intrínseca com o consumismo. É preciso também estudar a sociedade de consumo que transforma pessoas em mercadorias, que o “ter” antecede ao “ser” nas relações que se estabelecem entre as pessoas (BAUMAN, 2008). É preciso também estabelecer as diferenças conceituais em torno dos termos “consumo” e “consumismo” para, a partir disso, verificar a importância que o consumo desempenha na formação de identidades na sociedade e, da qual, abrange também a formação e/ou construção de identidades e de valores a partir do que se consome e do que se compra. Crianças e adolescentes estão indiscutivelmente presentes como consumidoras na sociedade contemporânea e, por isso a publicidade mercadológica é agente preponderante e talvez determinante para isso.

Para Barbosa e Campbell (2006, p. 26)

[...] na sociedade contemporânea, consumo é ao mesmo tempo um processo social que diz respeito a múltiplas formas de provisão de bens e serviços e a diferentes formas de acesso a esses mesmos bens e serviços; um mecanismo social percebido pelas ciências sociais como

produtor de sentido e de identidades, independentemente da aquisição de um bem; uma estratégia utilizada no cotidiano pelos mais diferentes grupos sociais para definir diversas situações em termos de direitos, estilos de vida e identidades; e uma categoria central na definição da sociedade contemporânea.

No mesmo sentido é o entendimento de Bjurström (2000), ao afirmar que a publicidade pode contribuir para moldar a visão de vida das pessoas, assim como transformar e/ou modificar os seus valores morais, atitudes e ideias culturais baseando-se naqueles que predominam na sociedade de consumo. De acordo com o autor, essas influências exercidas pela informação publicitária podem durar muito tempo, sendo difícil isolá-las na sociedade de consumo.

É importante, portanto, compreender o papel que a informação publicitária exerce no cotidiano das pessoas e ao mesmo tempo verificar de que forma a propaganda mercadológica pode influenciar crianças e adolescentes ao consumismo precoce.

5 A Autorregulamentação Publicitária: uma via suficiente para a efetivação dos direitos de crianças e de adolescentes?

Atualmente, a propaganda mercadológica é autorregulamentada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). O CONAR é uma organização não governamental criada em 1980 com o objetivo de frear a sanção de uma lei federal que previa censura prévia à propaganda. O CONAR que tem em sua composição pessoas da sociedade civil, sendo constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, foi responsável pela criação de um Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Além de autoregular o mercado publicitário no país, o CONAR tem como atribuição principal o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria.

As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia de direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O CONAR não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados – anunciantes, agências e veículos – tem sede na cidade de São Paulo e atua em todo o país.”³⁹

De acordo com o grifado, observa-se que o CONAR, por ser um Conselho de Autoregulação, não impõe de forma coercitiva nenhuma medida as agências de publicidade que veicularem propaganda contrária aos princípios éticos e jurídicos previsto na legislação brasileira, apenas recomenda a sua não veiculação. E também não regula a informação publicitária que é lançada na sociedade, uma vez que sua atuação, na maioria das vezes, ocorre por meio de denúncias. Não há efetiva fiscalização à propaganda mercadológica que são anunciadas, cabendo às agências apenas seguir “por espontânea vontade” o Código Brasileiro de Autoregulação Publicitária criado pelo CONAR.

A seção 11 do Código Brasileiro de Autoregulação Publicitária discorre sobre os interesses de crianças e adolescentes e informa que “[...] nenhum anúncio publicitário dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança [...]” conforme previsão do artigo 37:

³⁹ Informação disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 23 de março de 2012.

Art. 37, II – Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

- a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
- d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
- e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis. (CONAR, 1965/1966, art. 37)

Observa-se que o inciso II do artigo 37 informa que a publicidade mercadológica pode ser destinada a crianças e adolescentes, observados alguns requisitos, quando sob os preceitos da Doutrina da Proteção Integral, esses anúncios que envolvam crianças e adolescentes como público alvo deveriam ser direcionados aos pais e/ou responsáveis. A redação das alíneas “b” e “c” indicam que a criança e o adolescente, por estar em processo de desenvolvimento, não têm capacidade reflexiva e crítica sobre o conteúdo publicitário que lhes é anunciado, o que pode vir a acarretar no consumismo precoce.

Por isso, ao se considerar que o foco desta pesquisa é a preocupação com a efetivação dos direitos de crianças e de adolescentes expostas à propaganda mercadológica, resta saber se a autorregulamentação do CONAR é mecanismo suficiente para evitar o consumismo precoce, sendo imprescindível o estudo aprofundado do tema para que haja efetiva mudança, pensar em ações conjuntas envolvendo a sociedade, a família e o Estado.

6 Considerações Finais

Atualmente no Brasil não há regulamentação normativa voltada para combater a publicidade mercadológica para crianças e adolescentes, há apenas a autorregulamentação imposta para as agências de publicidade pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação (CONAR). O CONAR é um órgão não governamental formado por membros da sociedade civil, muitos deles são vinculados às próprias agências de publicidade, o que resta apenas confiar que deem uma atenção devida ao tema.

Indivíduos conscientes e responsáveis são à base de uma sociedade mais justa e fraterna, que tenha a qualidade de vida não apenas como um conceito a ser perseguido, mas com uma prática a ser vivida.

É necessário que o processo de mudança e conscientização sobre a temática envolva toda sociedade, capaz de acionar um processo de mobilização da opinião pública que abarque a proteção de crianças e adolescentes expostas à publicidade mercadológica.

Destaca-se, a urgência que o Estado, a família e a sociedade têm em cumprir o seu papel, enquanto garantidores dos direitos de crianças e adolescentes. A publicidade mercadológica tem como objetivo principal a persuasão para o consumo do item anunciado. É importante que se comece a desenvolver pesquisas sobre este tema de tamanha importância na sociedade atual, porque o consumismo infantil é uma questão urgente e de interesse geral que envolve questões éticas (valores) decorrentes deste processo.

É de fundamental importância verificar se a autorregulamentação imposta às agências de publicidade é mecanismo suficiente para resguardar os direitos de crianças e de adolescentes. Para a compreensão dos temas que envolvem a garantia dos direitos da infância e adolescência e questões referentes aos estudos sobre publicidade *versus* consumismo precoce. É imprescindível um

estudo aprofundado sobre Direito da Criança e do Adolescente e sobre as questões éticas, sociais e jurídicas que envolvem o consumismo decorrente das informações publicitárias mercadológicas.

Essa reflexão, portanto, interdisciplinar pode possibilitar a compreensão da necessidade urgente em estudar o Direito da Criança e do Adolescente a partir também da perspectiva da sociedade de consumo, e verificar se necessidade de implantação de mecanismos jurídicos que protejam de forma efetiva os direitos de crianças e adolescentes para além da via da autorregulamentação.

Referências

BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. (Org.) **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. O estudo do consumo nas ciências sociais contemporâneas. *In*: BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. (Org.) **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BJURSTRÖM, Erling. **A criança e a propaganda na TV: um estudo crítico das pesquisas internacionais sobre os efeitos dos comerciais da TV em crianças**. Tradução Interverbum. 2. ed. Impresso em Lenanders Trykeri, Kalmar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. A evolução Constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**. 14 (40), Scielo: 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial**

[da] União, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONAR. **Códigos e Anexos**. 1965/1966. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/html/codigos/todos%20os%20capitulos.htm>>. Acesso em: 9 ago. 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para a sua erradicação**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

CUSTÓDIO, André Viana. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

DENARI, Zelmo, A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, 1992.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MAHUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. In: PRIORE, Mary Del. (Org.) **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

MANCEBO, Deise; OLIVEIRA, Dayse Marie; FONSECA, Jorge Guilherme Teixeira da and SILVA, Luciana Vanzan da. **Consumo e subjetividade**: trajetórias teóricas. *Estud. psicol. (Natal)* [online]. 2002, v. 7, n. 2, p. 325-332.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia Jurídica**: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão do curso. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Col. Para um novo senso comum, v. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SOUZA, Marli Palma. Crianças e Adolescentes: Absoluta Prioridade? **Revista Katalysis**, Florianópolis, n. 2, p. 44, 1998.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Cidadania sem fronteiras**: ações coletivas na era da globalização. São Paulo: Hicitec, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A criança, o adolescente e a televisão: proteção jurídica. In: COSTA, Marli Marlene; PORTO, Rosane Terezinha Carvalho; REIS, Suzéte da Silva. (Org.). **Direito, Cidadania & Políticas Públicas IV**. Curitiba: Multidéia, 2010.

CAPÍTULO IX



VIOLÊNCIA E EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTOJUVENIL: O QUE DIZ A “LEI”?

1 Introdução

Ao trabalhar com temas relativos à proteção dos direitos da criança e do adolescente, constata-se que uma das mais profundas violações se constitui na violência sexual, nas suas mais variadas formas – do abuso e da exploração sexual (que alguns denominam como exploração sexual comercial ou simplesmente prostituição infantil, inclusive, escritas em muitos textos legais), à pedofilia – praticadas contra a criança, contra o adolescente. A partir daí e tendo por objetivo entender as características desse hediondo processo de violência, entra-se em contato com uma vasta e rica bibliografia, a qual, no entanto, era objeto de estudos de sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, médicos, de modo que essa situação levantou as seguintes questões: e o direito como tem se posicionado e respondido a tal vitimização? Qual tem sido a construção doutrinária formulada pelos juristas? Como os tribunais têm respondido a violência sexual quando a vítima é criança ou adolescente?

Quando questionadas sobre o porquê da análise desse tema, no sentido de que se ele seria meramente descritivo do quadro de violência e exploração sexual que se presencia nos lares, nas ruas, nas delegacias de polícia e até nos tribunais, tal indagação consistiu num momento de grande preocupação e reflexão, pois ao propor demonstrar as diretrizes apontadas pelo sistema normativo, em especial os mecanismos que o sistema penal tem a oferecer, com o fim de obstar a violência e exploração sexual contra crianças e adolescentes, tem-se que, inevitavelmente, questionar se o mero

advento de leis que penalizem de forma mais gravosa esses delitos, já seriam suficientes e garantidores de que tais práticas não mais viessem a ser realizadas. Mas a questão não é tão simples assim.

2 Prevenção e a Nova Construção Social: a criança/o adolescente sujeito de direitos

Neste tema, como em tantos outros, é imperioso falar em prevenção, sobretudo por meio de uma política social que tenha como foco de abordagem uma nova visão da infância. O objetivo de uma nova visão e construção social que contemple a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, o que importa em não mais visualizá-los como seres simplesmente receptores de garantias, antes como seres humanos em processo de edificação de suas autonomias. A criança e o adolescente na ótica menorista, em vigor até o advento da Constituição Federal de 1988, eram considerados como meros objetos de toda uma ideologia tutelar, de uma cultura que coisificava a infância. Já na ótica de um novo direito – o Direito da Criança e do Adolescente – a criança e o adolescente compreendidos como sujeitos, cujas autonomias estejam sendo desenvolvidas, implica em elevá-los a autores da própria história, portanto, atores sociais, seres que marcam com suas vidas o atual processo histórico.

Nesse sentido, a criança e o adolescente precisam se desenvolver num ambiente que permita o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, psicológico e social, em condições de liberdade e dignidade. Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo norma constitucional, em seu artigo 5º:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais. (BRASIL, 1990, art. 5º)

A prevenção de um problema tão sério como a violência/exploração sexual infantojuvenil exige uma ação conjunta entre a família, a sociedade e o Estado, utilizando métodos, programas, campanhas de esclarecimento e de combate à exploração sexual, enfim, de uma série de instrumentos capazes de neutralizar o problema já na sua origem. É lógico que a solução não se dará a curto prazo, mas esse fato jamais deve servir como um argumento para um não agir.

Há de se considerar que a sociedade deve cobrar do Poder Público mais fiscalização em hotéis, motéis e congêneres e, inclusive, parece oportuno o estabelecimento de medidas administrativas que resultem na imposição de multas significativas (ou seja, mais gravosa), podendo resultar até mesmo na interdição de estabelecimentos nos quais fossem flagrados o uso sexual de crianças e adolescentes, sem detrimento, evidentemente, da responsabilidade penal.

Provavelmente, temendo mais as multas ou o fechamento de “atividades”, do que a punição penal, acredita-se que se teria uma diminuição dessa prática atentatória aos direitos humanos, pois pensar em resolver questões dessa natureza com a exclusiva prevenção oferecida pelo Direito Penal, como sistema repressivo, é uma ilusão, porque, em primeiro lugar, a intervenção penal implica elevados custos sociais e, em segundo, nem sempre o rigor das leis importa em sua efetividade. Esses dois fatos “geram” o problema da impunidade. Sobre essa questão, já na segunda metade do século XVIII (1764) se pronunciara o jovem Marques de Beccaria (1994, p. 80):

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.

Todas essas ações poderão resultar numa efetiva mudança, a tão desejada mudança de comportamento social e não apenas de condutas individuais (ações, atitudes particularizadas), quando se conseguir trabalhar e estruturar uma política integralizadora do valor máximo da dignidade do ser humano, matéria inclusive referendada na Carta Magna:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

Essa matéria também conduz à questionamentos referentes ao papel dos meios de comunicação social, em especial ao da internet e da televisão, como reprodutoras direta ou indireta de uma cultura coisificadora da infância e da juventude brasileira.

Não há que se negar que hoje tanto as redes de informática quanto a TV consistem num fenômeno social, permitem informação e lazer. Não se pode, de igual modo, negar o fato de que esses meios de comunicação integram a grande maioria das casas, lançando e comercializando modismos, concepções e comportamentos.

No entanto, ao refletir sobre esses meios, um dos fatos que se apresenta relevante diz respeito à atitude passiva com que nos colocamos diante deles, obscurecendo a nossa capacidade crítico-reflexiva. Outra questão que a todos preocupa é o quanto eles tendem a universalizar uma grotesca cultura que nos esvazia, que aniquila nossos mais preciosos valores, que nos desautoriza como seres humanos, não somente por banalizar a violência, mas por suscitar a sua reprodução.

Incontestável também é o fato de que até mesmo os programas infantis, no que se refere à televisão, não estão muito longe do estilo e conteúdo exibidos nas novelas, filmes, pois ao invés de serem formativos e informativos, em geral estimulam a malícia, a erotização, a cultura do individualismo nos jogos meramente competitivos. Realmente, o que dizer sobre a televisão em termos de sexualidade? Se neste aspecto não há limites, não são trabalhados valores, o que se percebe, é uma erotização precoce. E aonde isso poderá levar senão a problemas sexuais futuros? A sexualidade deve ser vista de um modo mais feliz, como um dos elementos constituidores do ser humano e não como algo a ser explorado, tornando esses meninos e meninas vulneráveis na vida adulta.

A televisão brasileira deveria ter uma maior responsabilidade com a qualidade, em termos de conteúdo, de toda a sua apresentação, sobretudo levando-se em conta que atingem diretamente um público muito especial: crianças e adolescentes, os quais se encontram num processo de formação de valores, elaboração de conceitos e estruturação de personalidade. Nesse sentido, entende-se como extremamente preocupante a exibição desenfreada de propagandas, de filmes, desenhos, novelas, que consolidam a cultura da violência.

São inúmeros os fatos que apontam, desde as mais sutis às mais extremas situações, que a televisão mobiliza a agressividade, seja em sua programação diurna ou noturna, semanal ou dominical, infantil ou não. Em escala cada vez maior encontra-se o descompromisso, a despreocupação, a displicência quanto à efetiva qualidade do que irá ser exibido.

Esse assunto eventualmente é rediscutido, sobretudo quando algum acontecimento considerado de maior expressividade abala a opinião pública.

O excesso de cenas de violência em crianças abaixo dos sete anos pode ser altamente perigoso para sua formação, uma vez que as mesmas têm dificuldades de distinguir o que é fantasia e o que é realidade. A partir dessa faixa, e, sobretudo, na adolescência, tais preocupações devem ser mantidas, pois neste período é que se estará reformulando conceitos como o de autoimagem, e a televisão é imperiosamente uma referência nesse processo, não podendo em hipótese alguma ser desconsiderada.

Há que se pensar, também, que a própria questão do preconceito encontra em muitas canções, shows, propagandas, focos de manifestação. Basta atentar-se ao conteúdo de muitos programas televisivos que apontam para um humor pobre e inconsequente, que menosprezam e ridicularizam o povo negro, as mulheres, os homossexuais.

Diante de programas em que o abuso se evidencia, é possível questionar se não caberia à censura frear isso; uma vez que tais programas contribuem para a desconstrução da cidadania, que aviltam o ser humano e que instigam prazeres perversos e preconceitos.

Nesse campo, a cautela faz-se necessária, pois como assinalou o escritor Luiz Fernando Veríssimo: “Mesmo que seja por uma boa causa, a censura, qualquer que seja, não deve ser usada. Claro que as pessoas têm que ser responsabilizadas por seus atos”.

Quando entende-se que deva ser endossada a afirmativa citada do escritor é porque acredita-se e defende-se a ideia de que todos nós temos o direito de expressar livremente nossa opinião; contudo, é preciso também estar atentos ao direito à dignidade de cada criatura humana, o que equivale ao respeito à diversidade. E mais: não basta que um ato seja livre para ser ético, tem que ser responsável, o que implica estar atento às outras liberdades.

Nesse sentido, parece oportuno trazer ao debate, uma das discussões mais atuais em nosso país: a do controle público dos meios de comunicação, sobretudo, da internet e da televisão.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, prescreve em seu artigo 227, de acordo com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, ao lazer, profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, art. 227)

Sendo que em seu § 4º determina: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

3 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança Frente à Violência e à Exploração Sexual

Já a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, da qual o Brasil⁴⁰ um dos signatários, determina:

Art. 34 – Os Estados-Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

⁴⁰ Convém ressaltar que, no Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, sendo que em 21 de novembro desse mesmo ano foi finalmente promulgada pelo Decreto n. 99.710.

Tal dispositivo, portanto, assegura à criança e ao adolescente a proteção contra a exploração sexual e o abuso, incluído a prostituição e o envolvimento em pornografia.

Aspecto relevante nos que diz respeito à Convenção sobre os Direitos da Criança é a Constituição de um Comitê para os Direitos da Criança – artigo 43 – com o objetivo de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-Partes. Para tanto, tais Estados deverão apresentar ao Comitê relatórios que descrevam as ações promovidas com o fim de efetivar os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos.

Art. 43 1- A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-Partes na presente Convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas.

2- O Comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente Convenção. Os membros do Comitê serão eleitos pelos Estados-Partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos.

3- Os membros do Comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-Partes. Cada Estado-Parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país.

4- A eleição inicial para o Comitê será realizada, no mais tardar, seis meses após a entrada em vigor da presente Convenção e, posteriormente, a cada dois anos. No mínimo quatro meses antes da data marcada para cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados-Partes convidando-os a apresentar suas candidaturas num prazo de dois meses. O Secretário-Geral elaborará posteriormente uma lista da qual farão parte, em ordem alfabética, todos os candidatos indicados e os Estados-Partes que designarão, e submeterá a mesma aos Estados-Partes presentes à Convenção.

5- As eleições serão realizadas em reuniões dos Estados-Partes convocadas pelo Secretário-Geral na Sede das Nações Unidas. Nessas reuniões, para as quais o quorum será de dois terços dos Estados-Partes, os

candidatos eleitos para o Comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados-Partes presentes e votantes.

6- Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas. O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao término de dois anos; imediatamente após ter sido realizada a primeira eleição, o Presidente da reunião na qual a mesma se efetuou escolherá por sorteio os nomes desses cinco membros.

7- Caso um membro do comitê venha a falecer ou renuncie ou declare que por qualquer outro motivo não poderá continuar desempenhando suas funções, o Estado-Parte que indicou esse membro designará outro especialista, entre seus cidadãos, para que exerça o mandato até seu término, sujeito à aprovação do Comitê.

8- O Comitê estabelecerá suas próprias regras de procedimento.

9- O Comitê elegerá a Mesa para um período de dois anos.

10- As reuniões do Comitê serão celebradas normalmente na Sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o Comitê julgar conveniente. O Comitê reunir-se-á normalmente todos os anos. A duração das reuniões do Comitê será determinada e revista, se for o caso, em uma reunião dos Estados-Partes na presente Convenção, sujeita à aprovação da Assembleia Geral.

11- O Secretário-Geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções do Comitê de acordo com a presente Convenção.

12- Com prévia aprovação da Assembleia Geral, os membros do Comitê estabelecido de acordo com a presente Convenção receberão emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, segundo os termos e condições determinados pela Assembléia. (BRASIL, 1990, art. 43)

Sobre esse tema é oportuno destacar que a Assembleia das Nações Unidas, em 25 de maio de 2000, adotou o *Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança*, no tocante à venda, à prostituição e à pornografia infantis. Face às dez primeiras ratificações, o Protocolo passou a ter validade jurídica, desde o dia 18 de janeiro de 2002. O governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da ONU em

27 de janeiro de 2004, entrando em vigor no Brasil em 27 de fevereiro de 2004.

O art. 2º do referido Protocolo especifica:

- a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança seja transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para outra pessoa ou grupo mediante remuneração ou qualquer outra retribuição;
- b) Prostituição infantil significa a utilização em atividades sexuais mediante remuneração ou qualquer outra retribuição;
- c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.

O Protocolo tem também a preocupação em assegurar os direitos e interesses das crianças vítimas em todas as fases do processo penal, adaptando os procedimentos às suas necessidades especiais, bem como deverão ser proporcionados a tais crianças serviços de apoio adequados no decorrer de todo o processo judicial, garantindo-se a formação, em particular nas áreas do direito e da psicologia, das pessoas que trabalham com as crianças vítimas.

Cada Estado-Parte deverá apresentar ao Comitê dos Direitos da Criança, no prazo de dois anos após a entrada em vigor do Protocolo para o Estado-Parte em causa, um relatório que contenha informações detalhadas sobre as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições do Protocolo.

Em função disso, faz-se necessário todo um movimento, seja normativo, seja em termos de mudanças sociopolítico-culturais por meio de políticas públicas, de programas e de campanhas que tenham como fim principal romper com o mórbido e intolerável ciclo de violência, nas suas mais variadas formas, e, portanto, em condições de opor-se de forma real à barbárie da violação sexual.

4 Os Crimes de Natureza Sexual na Legislação Brasileira

Primeiramente, é necessário destacar que a criminalização de condutas afetas a situações em que crianças e adolescentes são vítimas de abusos, violências, explorações de natureza sexual não se exaurem no Código Penal, visto que desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm, em suas contínuas reformulações, se ocupado do tema.

Portanto, neste tópico ao analisar os crimes de natureza sexual na legislação brasileira, lançaremos o nosso olhar para a multiplicidade de tipos elencados no Código Penal e na sequência, os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.1 O Atual Código Penal e os Tipos Penais que Tratam da Violência e da Exploração Sexual

A análise desse tema enseja que se faça uma primeira assertiva: a grande mudança trazida pela Lei n. 12.015, de 2009, que passou a nominar de modo diferenciado a gama de delitos que de algum modo tivesse uma raiz na questão sexual. Assim, a partir dessa lei, o Título VI passou a se ocupar **Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual** e o Capítulo I ocupou-se Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, e no Capítulo II é possível encontrar **Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável**.

Neste momento, tratar-se-á, exatamente, sobre os crimes sexuais contra pessoa vulnerável, o que não significa que outros delitos, presentes no Título VI (ver Código Penal Brasileiro), não possam ter crianças e adolescente como vítimas (ou mesmo como autores).

Pode-se observar:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. (VETADO).

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Muitos penalistas indagam se a criação da nova infração prevista no artigo 217-A do Código Penal, denominada “estupro de vulnerável”, consiste em um efetivo avanço da legislação penal brasileira ou se a mesma se configura em um retrocesso legislativo, vez que desconsiderou a realidade social, ou seja, uma diferenciada dinâmica sexual entre os jovens da atualidade. Outro aspecto a ser destacado é se esta infração, do modo como foi redigido o dispositivo, não esbarraria no entendimento doutrinário e jurisprudencial já firmado, no que concerne à relativização da presunção de violência, prevista no revogado artigo 224, do Sistema Repressivo.

É necessário, no entanto, observar que:

1. O artigo 4º da Lei n. 12.015/09 alterou a redação dos incisos V e VI, do art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos. Neste último inciso, antes reservado à classificação do atentado violento ao pudor, o texto modificado passou a classificar como hediondo o novo crime de “estupro de vulnerável”, seja em sua forma simples ou nas formas típicas qualificadas (art. 217-A, *caput*, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

2. A rubrica “estupro de vulnerável” possui descrição tipológica própria. Constatase que o adjetivo *vulnerável* foi utilizado com função substantiva para indicar o sujeito passivo dessa espécie de crime sexual, que diz respeito à pessoa fragilizada, isto é, pessoa vulnerável (v. artigo 225, Código Penal).

3. Alteração da carga punitiva – oito a 18 anos de reclusão – portanto, mais rigorosa do que as cominadas para o tipo básico de estupro comum (artigo 213, Código Penal). Em se tratando das qualificadoras, a diferença do *estupro de vulnerável* e o *estupro comum* é ainda maior.

4. Não há que se falar em presunção de violência ou de grave ameaça como elemento normativo do tipo penal. Para a realização objetivo deste tipo, segundo João José Leal e Rodrigo José Leal (2011, p. 9).

[...] basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.

5. Há de se destacar, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera em seu artigo 2º criança a pessoa até os 12 anos de idade incompletos, o Código Penal, em razão da sua reforma, estendeu a ideia da proteção integral aos adolescentes menores de 14 anos, portanto, sua integridade sexual precisa ser penalmente garantida de modo absoluto e sem exceções.

4.2 Os Crimes de Exploração Sexual no Estatuto da Criança e do Adolescente

Como se afirmou anteriormente, também no Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se uma série de crimes que constituem violações a sua integridade física, psíquica, moral, sexual, com vistas à preservação de sua imagem, autonomia, valores, ideias, crenças e liberdade.

Desse modo, será apresentado um rol de delitos nos quais a liberdade, a dignidade e o respeito ao desenvolvimento sadio da sexualidade são violados.

Art. 240 Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda, quem com esses contracenava.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;
II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou,

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

Objeto jurídico: a integridade moral e física da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: aquele que participa de produção, mesmo que indiretamente, de cena de sexo explícito ou pornográfica, que envolva criança ou adolescente. Responderá pelo tipo penal o diretor, o produtor, ou qualquer outro agente envolvido na produção ou reprodução da cena.

Sujeito passivo: a criança e o adolescente.

Tipo objetivo: produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

Elemento subjetivo: é o dolo.

Forma: crime é comissivo, logo a forma tentada é admitida.

A Constituição Federal de 1988 determinou que a “[...] lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (art. 227, §4º, CF).

Seguindo a lógica do texto constitucional, o legislador estatutário tipificou algumas condutas de agressão à dignidade sexual da criança e do adolescente, como é o caso do crime disposto no artigo 240.

A redação original do dispositivo, que já havia sido modificada pela Lei n. 10.764/2003, foi novamente alterada, dessa vez, pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, a qual, além de ampliar o tipo penal, aumentou-lhe a pena.

O *caput* sofreu significativa alteração, passando a abarcar, também, as condutas “reproduzir”, “fotografar”, “filmar” e “registrar”. No novo tipo penal, é indiferente o meio utilizado, já no anterior, estava restrito ao meio televisivo, teatral e cinematográfico.

A pena de reclusão, originalmente cominada em um a quatro anos, foi elevada para dois a seis anos pela Lei n. 10.764/2003 e, agora, após a publicação da Lei n. 11.829/2008, majorada para quatro a oito anos.

O § 1º também sofreu importante modificação. Anteriormente, incorria nas mesmas penas do *caput* apenas aquele que contravenia com a criança ou o adolescente. Pela redação em vigor, além desse, incorrerá nas mesmas penas todos que agenciam, recrutam, coagem ou, ainda, de algum modo, intermedeiam a participação da criança ou do adolescente.

Da mesma forma, as causas de aumento da pena, descritas nos incisos II (prevalecendo de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade) e III (prevalecendo de relações de parentesco ou autoridade) do § 2º, são também frutos da Lei n. 11.829/2008.

Outrossim, a preocupante dimensão interpretativa da

expressão “conteúdo pornográfico”, referenciada no *caput*, que até então dependia exclusivamente do bom senso do operador jurídico, o qual poderia classificar dada cena tanto como pornográfica quanto como expressão artística, foi, sanada pela a inclusão do artigo 241-E ao texto estatutário.

O artigo 241-E foi taxativo, listando as situações que importam em cena de sexo explícito ou pornográfica, quais sejam: “[...] qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: aquele que vende ou expõe à venda o vídeo ou a fotografia ou outra forma de registro.

Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Tipo objetivo: vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Elemento subjetivo: o dolo.

Forma: o crime se consuma com a venda ou exposição à venda, mas a forma tentada é admitida.

O artigo 241, assim como seu anterior, decorre de determinação da própria Constituição Federal, que determina em seu artigo 227, §4º, que a “[...] lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente criminalizou a conduta de todos que participam do processo de elaboração, divulgação (inclusive pela Internet) e recepção de material de cunho pornográfico ou com cenas de sexo explícito que envolva a criança ou o adolescente.

Tais condutas, anteriormente acumuladas no *caput* do art.241, foram, após a publicação da Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, desmembradas e melhor especificados em diversos tipos penais com a inclusão dos artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A pena, originalmente cominada em reclusão de um a quatro anos, foi elevada para dois a seis anos pela Lei n. 10.764/2003 e, posteriormente, após a publicação da Lei n. 11.829/2008, majorada para quatro a oito anos.

Por fim, reitera-se a observação que consta nos comentários do artigo 240. Antes da Lei n. 11.829/2008 incluir o artigo 241-E ao texto estatutário competia ao operador jurídico, pelo uso do bom senso, determinar se, na situação fática, se determinada cena era ou não pornográfica.

A carga de subjetividade foi abandonada, uma vez que o artigo 241-E indica quais as situações que importam nos crimes a que o Estatuto da Criança e do Adolescente se reporta:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput* deste artigo.

Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: aquele que oferece, troca, disponibiliza, distribui, transmite, publica ou divulga a cena pornográfica que envolve a participação de criança ou adolescente.

Sujeito passivo: a criança ou o adolescente

Tipo objetivo: oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Elemento subjetivo: o dolo.

Forma: crime é comissivo, logo a forma tentada é admitida.

O artigo 241-A foi incorporado à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, com objetivo de aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil.

O tipo penal é bastante amplo, respondendo por ele todos aqueles que, de alguma forma, criminaliza a oferta, a troca, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Também responderá pelo delito do artigo 241-A, aquele que confere os meios para tal negociação, conforme se observa da leitura dos incisos I e II do § 1º. Estes, no entanto, serão punidos apenas se, após oficialmente notificados, deixarem de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito (§ 2º).

Dessa forma, o responsável pelo provedor da página eletrônica, se notificado oficialmente, deixar de desabilitar o acesso ao conteúdo a que faz referência o caput do artigo 241-A, estará sujeito às mesmas penas daquele que disponibilizou o conteúdo.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob o sigilo o material ilícito referido.

Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: aquele que adquire ou armazena, fotografia ou vídeo de cena pornográfica que envolve a participação de criança ou adolescente.

Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Tipo objetivo: adquirir, possuir ou armazenar qualquer forma de registro de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Elemento subjetivo: o dolo.

Forma: crime é comissivo, logo a forma tentada é admitida.

O artigo 241-B foi incorporado à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, com objetivo de criminalizar a aquisição e a posse de materiais de conteúdo relacionados à pornografia infantil.

O tipo penal é específico: criminaliza a aquisição, a posse e o armazenamento do material – seja fotografia, vídeo, ou qualquer outro meio áudio-visual – que sirva de registro de cena que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

A pena do delito previsto pelo art. 241-B é menor que a do artigo 241-A por entender o legislador que a aquisição e a posse, por ser restrito ao âmbito privado, não tem a mesma força de estímulo à pedofilia do que a negociação e a distribuição do material, que, por sua natureza, alcança uma esfera muito maior.

Não será crime, no entanto, a posse e o armazenamento do material nas hipóteses excludentes de ilicitude indicadas no § 2º, ou seja, se houver finalidade de instrução probatória e comunicado à autoridade competente (inc. I), a membro de entidade que atue com o propósito de encaminhar notícias dos crimes relacionados à pedofilia (inc. II) ou ao representante pelo provedor do serviço (inc. III).

Por fim, destaca-se que, por “conteúdo pornográfico”, entende-se as situações listadas pelo art. 241-E, quais sejam: “situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica.

Sujeito passivo: a criança ou o adolescente.

Tipo objetivo: simular a participação da criança ou do adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual.

Elemento subjetivo: o dolo.

Forma: crime é comissivo, logo a forma tentada é admitida.

O artigo 241-C foi incorporado à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, com objetivo de aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, além de outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

O tipo penal é específico, respondendo por ele todo aquele que adultera fotografia ou vídeo com intenção de simular cena de sexo explícito ou pornográfica com criança ou adolescente.

No delito do artigo 241-C não há a participação direta da criança e do adolescente, uma vez em que estes não participam da cena, havendo sim a montagem e a adulteração do material para sua inclusão. Nesse sentido, o dano à criança e ao adolescente restringe-se a moral, estando preservada a integridade física e sexual.

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: aquele que aliciar, assediar, instigar ou constranger a criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

Sujeito passivo: a criança.

Tipo objetivo: aliciar, assediar, instigar ou constranger a criança para, com ela, praticar atos libidinosos.

Elemento subjetivo: o dolo.

O artigo 241-D foi incorporado à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, com objetivo de criminalizar e aprimorar o combate às condutas relacionadas à **pedofilia**.

O tipo penal é específico, respondendo por ele aquele que alicia, assedia ou constrange a criança para, com ela, praticar ato libidinoso.

A prática do ato libidinoso com a criança, por sua vez, não se enquadra no artigo 241-D. Configura, sim, a prática de estupro de vulnerável, na forma tipificada pelo artigo 217-A⁴¹

⁴¹ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não

do Código Penal, com redação da Lei n. 12.015/2009.

Destaca-se que o legislador não falou em adolescente, restringindo o papel de vítima do delito previsto no artigo 241-D apenas à criança. Acredita-se ter ocorrido um equívoco na redação da lei, especialmente se considerar que a figura da violência presumida alcança até aos 14 anos de idade.

Tal equívoco é lamentável, pois abre espaço na lei, na medida em que não possibilita a criminalização de situação análoga ou idêntica cometida com o adolescente, não obstante ter este 12 ou 18 anos.

Independentemente do seu alcance, também responderá pelo delito do artigo 241-D, aquele que facilitar ou induzir o acesso à criança de material de conteúdo pornográfico com o fim de com ela praticar ato libidinoso (parágrafo único, inc. I), e, ainda, aquele que busca induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Reitera-se, por fim, que, por “conteúdo pornográfico”, entende-se as situações listadas pelo artigo 241-E.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

O artigo 241-E, assim como os anteriores, foi incorporado à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, com o intuito de

pode oferecer resistência.

§ 2] (VETADO)

§ 3] Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4] Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, além de criminalizar a aquisição ou a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

Dentre todos os dispositivos acrescentados pela nova Lei, o artigo 241-E guarda uma peculiaridade. Antes de sua inclusão ao texto estatutário, a carga de subjetividade facultada ao operador jurídico era demasiada, sendo-lhe até então permitido classificar determinada cena como pornográfica ou não.

A expressão “sexo explícito” é de evidente cunho objetivo, no entanto, o “conteúdo pornográfico”, salvo quando muito grosseiro, poderia facilmente ser justificada enquanto arte.

Todavia, as margens interpretativas e as zonas de penumbra foram abolidas, listando o legislador as situações que, por força do art.241-E, possuem conteúdo pornográfico, quais sejam: 1) cena de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, com a participação da criança ou do adolescente; 2) cena que exiba os órgãos genitais da criança ou do adolescente para fins primordialmente sexuais.

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual.

Pena – reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.

§2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Objeto jurídico: a integridade moral da criança ou adolescente.

Sujeito ativo: qualquer pessoa, inclusive o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local.

Sujeito passivo: a criança ou adolescente.

Tipo objetivo: submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual.

Elemento subjetivo: o dolo.

Forma: a submissão da criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual implica na consumação do crime.

O artigo 244-A não constava da redação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, ano de sua publicação. O dispositivo foi acrescentado por meio da Lei n. 9.975/2000, cujo projeto foi fruto de diversos debates travados por diversas organizações da sociedade civil.

A tipificação que ocorreu através do artigo 244-A também decorre, ainda que indiretamente, do imposto pelo artigo 227, §4º da Constituição Federal, que assim determina: “[...] a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

A exploração sexual e a violência sexual contra a criança e o adolescente é um problema observado em todos os continentes. Um estudo realizado pela ONU desde 2001, porém divulgado apenas em 2006, revelam que a ocorrência de violência sexual no lar é cada vez mais reconhecida.

O estudo foi realizado em 21 países (destes, muitos considerados como desenvolvidos) e demonstrou que de 7 a 36 por cento das mulheres e de 3 a 29 por cento dos homens relataram ter sido vítimas de violência sexual na infância e, na maioria dos casos, o abuso havia ocorrido dentro do círculo familiar. (ONU, 2006)

Tal pesquisa, ainda, aponta que a ausência de idades mínimas estabelecidas por lei para o consentimento sexual e o casamento em alguns países expõe crianças a atos de violência por parte de parceiros. Estima-se que em média 82 milhões

de meninas casam-se antes de completarem 18 anos de idade, muitas ainda crianças, contra a sua vontade, ficando expostas a elevados riscos de violência, inclusive sexual. (ONU, 2006)

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

A Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que incluiu o artigo 244-B à redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterou o título VI da Parte Especial do Código Penal, onde eram tratados os antigos “crimes contra os costumes” (atuais “crimes contra a dignidade sexual”).

O Código Penal brasileiro, publicado em 1940, classificava os crimes sexuais de acordo com a moral de sua época, denominando-lhes, portanto, de “crimes contra os costumes”, uma vez que o bem jurídico tutelado era a moral pública sexual.

No entanto, há muito que essa denominação não encontra mais sustentação na sociedade brasileira. Na verdade, desde a década de 1980, a partir de reivindicações dos movimentos feministas, a doutrina apresentava severas críticas a tal designação para os crimes sexuais, haja vista que o bem jurídico a ser tutelado pela lei penal deveria ser a livre disponibilidade do próprio corpo, e não a moral da sociedade.

Além dessa importante modificação, a Lei n. 12.015/2009 revogou a Lei n. 2.252/1954, que tratava do crime de corrupção de menores, inserindo no Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo 244-B com o similar teor proibitivo.

A conduta desse tipo penal conduz a situações de imprópria precocidade, comprometendo o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente. Por isso, tanto a indução da prática de ato infracional (que só pode ser praticada pela criança ou pelo adolescente, nos termos do artigo 103 do Estatuto) quanto o cometimento de infração penal na sua companhia importa no crime previsto no artigo em comento.

O objeto da proteção penal está na integral formação da criança e do adolescente, almejando-se, assim, protegê-los das situações que possam comprometer a sua formação moral, espiritual e psicológica, suscitando-lhe práticas violadoras.

Recorda-se que o constituinte, por meio do artigo 227 da Carta Magna, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral, por meio da qual, ficaram garantidos, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais da criança e ao adolescente.

Nesse sentido, a criança e o adolescente, por estarem em uma fase peculiar de desenvolvimento, são merecedores da proteção integral do Estado, da família e da sociedade, uma vez que esta fase os torna mais vulneráveis às influências do meio exterior.

O sujeito ativo do crime de corrupção de menor de 18 anos pode ser qualquer pessoa adulta (maiores de 18 anos de idade), independentemente de sexo e da existência ou não de laços de parentesco ou amizade com a criança ou o adolescente “corrompidos”.

Houve uma pequena modificação na sanção prevista para esse tipo penal. A Lei n. 2.252/1954 previa, além da pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a cominação de multa. A atual redação, apesar de manter o mesmo tempo mínimo e máximo de reclusão, retirou possibilidade da aplicação de multa.

De outro lado, em razão da redação do §1º, a proteção contra

o delito do art. 244-B se estendeu, também, aos meios eletrônicos e virtuais, em especial, aos crimes praticados pela Internet.

Como é sabido, o desenvolvimento das tecnologias da comunicação e informação, especialmente a Internet, permitiu o ingresso de crianças e adolescentes na sociedade informacional.

No entanto, se de um lado o acesso a esses veículos proporcionam o acesso a um sem número de informações, de desfrutar de entretenimento e estabelecer a comunicação pessoais com inúmeros lugares, o que é extremamente positivo, de outro lado, pode ser um “local” de risco, pois neste espaço virtual é muito comum, sobretudo os adolescentes, exporem a sua vida privada, sua imagem, seus hábitos e, desta forma, tornam-se sujeitos passíveis de corrupção por parte de outros que se valem da sua vulnerabilidade.

Portanto, como se depreende pela simples leitura do §1º, também incorrerá nas penas do *caput* do artigo 244-B, quem utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.

Entende-se que a atual sociedade informacional, da mesma forma que é impregnada de grandes oportunidades, apresenta sérios riscos. Dessa forma são novos os desafios que se estabelecem aos que têm o dever de zelar pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente, muitas condutas precisam ser reavaliadas. A família, a sociedade e o Estado precisam não apenas conhecer como também identificar os possíveis riscos do atual modelo societário pautado na excelência tecnológica e, para isso, torna-se imprescindível uma articulação de todos os setores, instituições com vistas a dar uma resposta atual, concreta, pertinentes com os contornos da sociedade informatizada, destacando todos os seus aspectos positivos e não se tornando em seu alienado refém.

Ainda cabe ressaltar os termos do §2º: se a infração cometida ou induzida for hedionda, isto é, nas situações previstas no artigo 1º⁴² da Lei n. 8072/90, as penas do *caput* serão aumentadas de um terço (1/3).

Outrossim, por oportuno, destaca-se que o delito do artigo 244-B, assim como o antigo crime de “corrupção de menores”, é crime formal, prescindindo da comprovação de anterior inocência da criança e do adolescente, ou de prova da efetiva corrupção.

Esse entendimento já era pacífico na Jurisprudência, conforme se observa pelos julgados abaixo:

Habeas Corpus. Corrupção de menores. Alegação de falta de prova da chamada idoneidade moral anterior da vítima menor. Desnecessidade. Ordem denegada. Para a configuração do crime de corrupção de

⁴² Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); (Inciso incluído pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

VII-A - (VETADO) (Inciso incluído pela Lei n. 9.695, de 20.8.1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei n. 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei n. 8.930, de 6.9.1994)

menores (art. 1º da Lei n. 2.252/1954), é desnecessária a prova da chamada “idoneidade moral anterior da vítima menor”, exigida pela impetrante. Ordem denegada.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97197/PR. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 27/10/2009.

Penal e Processual – Furto qualificado pelo concurso de pessoas - Delito configurado – Corrupção de menores – Crime formal - Prescindibilidade de prova da efetiva corrupção – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Dosimetria – Aumento da pena na segunda fase superior a 1/6 (um sexto) - Redução - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concessão do sursis – Reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis - Inviabilidade – Recurso parcialmente provido. [...] Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o crime de corrupção de menores é formal, configurado com a simples prática de ilícito na companhia de menor de 18 anos, sendo prescindível prova da anterior inocência e da efetiva corrupção.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2008.011 200-0. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgado em: 11/06/2008.

O crime tipificado no artigo 244-B do diploma estatutário não deve passar despercebido pelo operador jurídico, porquanto o seu combate protege, efetivamente, nossos meninos e meninas que, em regra, quando levados para os caminhos do conflito com a lei, são guiados por mãos adultas.

Para tanto, todavia, não basta a mera criminalização do adulto, com a sua reclusão. Ao contrário, é preciso reforçar ações preventivas por meio dos esforços conjuntos das áreas da Segurança Pública e da Educação.

É imprescindível que se proteja a criança e o adolescente, garantindo-lhes, além da proteção contra a influência de pessoas que possam comprometer o seu desenvolvimento, condições materiais para crescer e se tornar um cidadão comprometido com o seu tempo, um cidadão construtor de paz.

3 Consideração Finais

No que se refere à exploração sexual infantojuvenil, o Brasil tem se situado como extremamente negligente, o que caracteriza um desrespeito à Constituição Federal, um descaso com a citada Convenção Internacional e para com os direitos proclamados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se, em síntese, de uma profunda negação dos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo tendo-se em conta que esta negativa de cidadania atinge justamente aqueles que são merecedores de proteção especial e integral, por estarem num processo de desenvolvimento.

Entende-se que o descaso em nosso país, seja por parte da família, da sociedade e do poder público, com que é tratada a questão da violência sexual – em todas as suas modalidades (previstas como tipos penais), não é simplesmente revelador de uma singular omissão, mas de um verdadeiro descompromisso com a doutrina da proteção integral, contemplada na citada Convenção Internacional e recepcionada no nosso sistema normativo através da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É oportuno ressaltar que considerar os maus-tratos físicos, emocionais, o abuso sexual, a exploração sexual, a pedofilia e outras modalidades penais, como situações problemas que aviltam o ser humano, em seu processo de formação, encontra cada vez mais suporte científico.

Destaca-se que já no início dos anos de 1990, os profissionais ligados a área da saúde mental entendiam que uma criança violada ao apresentar dificuldades emocionais e sociais, estas ocorriam face ao desenvolvimento de mecanismos de defesa intrapsíquicos, que resultariam no *fracasso* desse indivíduo na fase adulta ou como paralisadores do desenvolvimento psicossocial, que manteria a vítima aprisionada à condição de *criança ferida*. No entanto, as mais modernas investigações (realizadas no

McLean Hospital em Belmont, Massachusetts e na Harvard Medical School) estão a delinear um quadro totalmente diferente: uma vez que as violações em crianças ocorrem num período formativo crítico, no qual o cérebro – enquanto estrutura física – está se moldando pela experiência cotidiana, o estresse produzido pela violência, o seu impacto, pode provocar uma marca em sua estrutura e função.

Segundo Teicher (2002, p. 84) “[...] tais abusos, parece, induzem a uma cascata de efeitos moleculares e neurobiológicos, que alteram de modo irreversível o desenvolvimento neuronal”.⁴³ Portanto, todas as modalidades de violência praticadas contra a criança não são simplesmente tratáveis pela terapia, com uma reprogramação, ou que pudessem ser superados com exortações muito conhecidas como “esqueça”, pois já passou ou “supere”, a questão é muito mais complexa, uma vez que a violação provocou alterações físicas no cérebro e até o momento, ainda não foi descoberto uma possibilidade/mecanismo capaz de reverter tal alteração.

Assim, essa descoberta científica provoca em todos nós o desejo de construir vidas que não fossem marcadas pelos mais variados tipos de violações. A compreensão de humanidade passa pela compreensão da infância. Não é possível conceber o

⁴³ Acrescenta o autor: “A sociedade colhe o que planta na maneira como cuida de seus filhos. O estresse esculpe o cérebro para exibir variados comportamentos anti-sociais, embora adaptativos. Se vem em forma de trauma físico, emocional ou sexual, ou por meio de exposição a guerras, fome ou pestilência, o estresse pode desencadear uma onda de mudanças hormonais que liga permanentemente o cérebro de uma criança para lidar com um mundo cruel. Por meio dessa cadeia de eventos, a violência e o abuso passam de geração em geração, tanto quanto de uma sociedade para a seguinte. A dura conclusão a que chegamos é que temos a necessidade de fazer muito mais para assegurar que o abuso infantil nem venha a ocorrer, porque uma vez que essas alterações-chave ocorram no cérebro, pode não existir um caminho de volta.” (TEICHER, 2002, p. 89)

ser humano em sua completude se nele foi ausente ou negada à criança. São oportunas as palavras de Rousseau (1999, p. 68):

Homens, sede humanos, este é vosso primeiro dever; sede humanos para todas as condições, para todas as idades, para tudo que não é alheio ao homem. Para vós, que sabedoria há fora da humanidade? Amai a infância; favorecei suas brincadeiras, seus prazeres, seu amável instinto. Quem de vós não teve alguma vez saudade dessa época onde o riso está sempre nos lábios, e a alma está sempre em paz? Por que quereis retirar desses pequenos inocentes o gozo de um tempo tão curto que se lhes foge, e de um bem tão precioso, de que não poderiam abusar? Por que quereis encher de amargura e de dores esses primeiros anos tão velozes, que não mais voltarão para eles, assim como não voltarão para vós?

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 9 ago. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 9 ago. 2012.

CURY, Munir *et al.* (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídico e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13480/novo-tipo-penal-de-estupro-contra-pessoa-vulneravel/2>>. Acesso em: 5 maio 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. A convenção e o estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do adolescente: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ROUSSEAU, J. J. **Emílio ou Da Educação**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TEICHER, Martin H. Feridas que não cicatrizam: a neurobiologia do abuso infantil. *In*: **Scientific American Brasil**, junho de 2002. Disponível em: <www.sciam.com.br>. Acesso em: 12 maio 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Entre violentados e violentadores?** São Paulo: Cidade Nova, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Violência e exploração sexual**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: OAB editora, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente. Florianópolis: OAB editora, 2006.

AUTORAS





Fernanda da Silva Lima

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010), Bacharel em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2007). Integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC) e do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito (NUPED-UNESC). Pesquisadora na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito da Criança e do Adolescente. Participa do Fórum Estadual de Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador (FETI/SC). Autora de vários livros e de pesquisas na área. Consultora em políticas públicas.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9242692113745540>



Josiane Rose Petry Veronese

Mestrado (1988) e Doutorado (1994) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da disciplina Direito da Criança e do Adolescente na graduação e nos programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do Nejusca - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e Subcoordenadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade CCJ/UFSC. Autora de vários livros e artigos na área do Direito da Criança e do Adolescente

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3761718736777602>

A coleção *Pensando o Direito no Século XXI* é formada por obras didáticas de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, escritas especialmente para utilização nas disciplinas dos seus Cursos de Mestrado e Doutorado. Além das obras didáticas, a coleção inclui também coletâneas de artigos científicos produzidos por professores e alunos.



ISBN 978-85-7840-083-5



9 788578 400835