

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

ANDRESSA SABINO DA SILVA

**A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO NUMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

ANDRESSA SABINO DA SILVA

**A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO NUMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Ms. Renê Carlos Schubert Junior


Santa Rosa
2016

ANDRESSA SABINO DA SILVA


A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO NUMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. René Carlos Schubert Júnior – Orientador



Prof.ª Dr.ª Leticia Lassen Petersen



Prof.ª Pós-Dr.ª Marli Marlene Moraes da Costa

Santa Rosa, 30 de novembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico essa monografia primeiramente à minha família, os quais estiveram sempre presentes e me apoiando em todos os momentos, Pai, mãe, irmão, muito obrigada. Dedico, ainda, ao Mestre e Orientador Professor Renê Carlos Schubert Júnior, sem sua paciência e ajuda nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por estar aqui e por ter me dado força nos momentos difíceis, que não foram poucos.

Aos meus pais Arlindo e Marleide, meu irmão Matheus, minha avó Siria e meus queridos padrinhos Rose e Ernani, sem vocês esta conquista não seria possível.

Agradeço aos mestres que me acompanharam nessa jornada acadêmica, em especial ao meu querido orientador Professor Renê Carlos Schubert Júnior, pela atenção e profissionalismo de sempre.

Por fim, agradeço imensamente aos meus colegas e amigos que foram de suma importância nessa caminhada, sempre tirando dúvidas e dividindo as agonias, além de me proporcionarem muitos momentos de alegria, meu muito obrigada **Régis Eduardo**, André Schmidt, Arlan Lopes, Angélica Cardoso, Bruna Mix, **Bruna Valéria**, Caroline Kreher, Celito Albuquerque, Cibeli Mattos, Ionissa da Silva, Daiani Schmidt, **Daniela Berti**, Diórgenes Rochinheski, Eduardo Inacio, Kamila Baiotto, Laura Jost, Juliana Back, Magali Kowaleski, Maísa Kaufmann, Natália Duda, Simone Casagrande, **Fernanda de Oliveira**, Taísa Haubold, Valquíria da Silva, Paola Schafer e Sara Petek, essa conquista é nossa.

A grandeza de um ser humano não está no quanto ele sabe, mas no quanto ele tem consciência de que não sabe. O destino não é frequentemente inevitável, mas uma questão de escolha. Quem faz escolha, escreve sua própria história, constrói seus próprios caminhos.

Augusto Cury.

RESUMO

O tema deste trabalho de conclusão de curso é a proteção constitucional da criança e do adolescente. O tema será delimitado de forma que se estudará especificamente à luz do direito constitucional e da dignidade da pessoa humana a evolução dos direitos da criança e do adolescente. A problemática consiste em responder a seguinte pergunta de pesquisa: Efetivamente, a partir da Constituição Federal de 1988, foi garantida a proteção da dignidade da criança e do adolescente? O presente trabalho possui como objetivo geral analisar sob o ponto de vista constitucional, se efetivamente é garantido à criança e o adolescente a proteção integral que está positivada no ordenamento jurídico brasileiro. A estima pelo tema justifica-se pelo tratamento que a Constituição Federal de 1988 oferece às crianças e os adolescentes, como também pela relevância social que importa a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a qual busca consolidar os direitos garantidos pela Constituição e punir aquele que de alguma forma viole ou prive os infantes de quaisquer dos direitos infraconstitucionais. Na presente pesquisa, a metodologia a ser empregada é de cunho teórico, uma vez que sua construção privilegiará as considerações acerca do tema presentes na doutrina e na legislação. A maneira escolhida para tratamento dos dados é qualitativa, a qual reconhece a existência de várias formas de investigação e de diversas possibilidades de respostas dentro do Direito. No primeiro capítulo estudou-se os direitos da criança e do adolescente sob o prisma constitucional, iniciando por uma breve evolução histórica acerca de tais direitos até o advento da Constituição Federal de 1988, com enfoque nos direitos previstos no Texto Constitucional, assim como uma análise do tema no Direito Comparado. No segundo capítulo, abordou-se como era o tratamento dispendido aos menores de 18 anos pela Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores) e as mudanças advindas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), principalmente no que tange aos princípios constitucionais da proteção integral e da dignidade humana. Por fim, com a presente pesquisa, pode-se concluir que a criança e o adolescente encontram-se amplamente amparados no que tange à legislação brasileira, uma vez que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente preveem diversas normas e mecanismos de proteção, a fim de efetivar a tutela da dignidade aos jovens e infantes. Ocorre que, nem sempre o Estado, através da criação de políticas públicas, consegue colocar em prática o que está previsto na norma abstrata, resultando, assim, em uma fragilização do sistema protetivo.

Palavras-chaves: Constituição Federal de 1988 - criança – adolescente – dignidade da pessoa humana – proteção integral.

ABSTRACT

The theme studied in paper is the constitutional protection of children and adolescents. The theme will be delimited so that the evolution of the rights of the child and the adolescent will be studied specifically in the light of the constitutional law and the dignity of the human person. The problem consists in answering the following research question: Effectively, since the Federal Constitution of 1988, was the protection of the dignity of children and adolescents guaranteed? The study has as general objective to analyze from the constitutional point of view, if it is effectively guaranteed to the child and the adolescent the integral protection that is affirmed in the Brazilian legal order. The appreciation for the theme is justified by the treatment that the Federal Constitution of 1988 offers children and adolescents, as well as by the social relevance of Law No. 8.069 / 1990 (Statute of the Child and Adolescent), which seeks to consolidate the rights Guaranteed by the Constitution and punish anyone who in any way violates or deprives infants of any of the infra-constitutional rights. In the present research, the methodology used is theoretical, since its construction will privilege the considerations about the theme present in the doctrine and in the legislation. The method chosen to address the data is qualitative, which recognizes the existence of several forms of investigation and several possibilities of answers within the Law. In the first chapter, the rights of children and adolescents were studied under the constitutional view, starting with a brief historical evolution of these rights until the advent of the Federal Constitution of 1988, focusing on the rights provided by the Constitutional Text, as well as an analysis of the subject in Comparative Law. In the second chapter, the treatment of under-18s under the Law 6,697 / 1979 (Children's Code) and the changes introduced by the Statute of the Child and Adolescent (Law No. 8,069 / 1990) was Constitutional principles of integral protection and human dignity. Finally, with the present research, it is possible to conclude that the child and the adolescent are widely supported in the Brazilian legislation, since the Federal Constitution and the Statute of the Child and the Adolescent envisage diverse norms and mechanisms of Protection of dignity to young people and infants. It occurs that, not always the State, through the creation of public policies, is able to put into practice what is predicted in the abstract norm, resulting, therefore, in a weakening of the protection system.

Keywords: 1988 federal constitution - child - adolescent - dignity of the human person
- integral protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL	11
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	11
1.2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	19
1.3 O TEMA ANALISADO PELO PRISMA DO DIREITO COMPARADO.....	28
2 DO CÓDIGO DE MENORES AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A INFLUÊNCIA CONSTITUCIONAL.....	35
2.1 A UNIFORMIDADE DE TRATAMENTO DISPENSADA AOS MENORES DE 18 ANOS PELA LEI Nº 6.697/1979	35
2.2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INSERIDOS NO ESTATUTO	41
2.3 A DIGNIDADE HUMANA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL: O PRISMA CONTEMPORÂNEO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES	52
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho de conclusão de curso é a proteção constitucional da criança e do adolescente. O tema será delimitado de forma que se estudará especificamente à luz do direito constitucional e da dignidade da pessoa humana a evolução dos direitos da criança e do adolescente.

A problemática consiste em responder a seguinte pergunta de pesquisa: Efetivamente, a partir da Constituição Federal de 1988, foi garantida a proteção da dignidade da criança e do adolescente?

O objetivo geral é analisar sob o ponto de vista constitucional, se efetivamente é garantido à criança e o adolescente a proteção integral que está positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo liame, os objetivos específicos consistem em um primeiro momento estudar a evolução constitucional dos direitos da criança e do adolescente e perquirir aspectos relevantes do tema no direito comparado. Posteriormente, pesquisar as mudanças nos direitos assegurados à criança e o adolescente desde o Código de Menores até o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como investigar os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral.

A relevância do tema justifica-se pelo tratamento que a Constituição Federal de 1988 oferece às crianças e os adolescentes, como também pela relevância social que importa a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a qual busca consolidar os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e punir aquele que de alguma forma viole ou prive os infantes de quaisquer desses direitos previstos. Por conseguinte, considerando a evolução histórica da sociedade e da civilização, pretende-se buscar elementos acerca da real materialização desses direitos.

A presente pesquisa é viável e coerente, haja vista que possui vasta doutrina, bem como legislação acerca do tema abordado, sendo que repercutirá de forma positiva no meio jurídico, trazendo uma evolução histórica, além de visões diferenciadas, seja constitucional, estatutária ou social acerca dos direitos da criança

e do adolescente. Outrossim, o tema em voga é amiúde discutido tanto por juristas como por profissionais de outros ramos, vez que possui uma visão multidisciplinar.

Nesse sentido, almeja-se que os dados e elementos coletados por meio da presente pesquisa possam de alguma forma contribuir não somente para o âmbito jurídico, mas também na esfera social, de maneira a conscientizar a sociedade da importância e da necessária proteção à criança e o adolescente, os quais são seres em frequente evolução e construção de seu caráter.

Na presente pesquisa, a metodologia a ser empregada é de cunho teórico, uma vez que sua construção privilegiará as considerações acerca do tema presentes na doutrina e na legislação. A maneira escolhida para tratamento dos dados é qualitativa, a qual reconhece a existência de várias formas de investigação e de diversas possibilidades de respostas dentro do Direito. Nesse caso, a finalidade do presente projeto monográfico será explicativa, uma vez que o objetivo é produzir informações concretas para estudo.

Destarte, a geração de dados para a realização do trabalho se realizará por meio de documentação indireta, qual seja, legislação nacional e internacional acerca do tema, bem como na doutrina. Assim, a presente pesquisa funda-se tanto em dados concretos quanto em hipóteses, procurando estabelecer uma correlação dos dados pesquisados com a possível efetividade dos direitos assegurados à criança e ao adolescente. Por fim, no que tange aos procedimentos secundários, a análise dos dados será histórico-comparativa, haja vista que serão analisados os direitos de outrora, partindo-se de uma visão anterior à Constituição Federal de 1988 até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente trabalho de conclusão de curso será composto por dois capítulos. O primeiro capítulo versará sobre a criança e o adolescente sob o prisma constitucional, iniciando por uma breve evolução histórica acerca de tais direitos até o advento da Constituição Federal de 1988, com enfoque nos direitos previstos no Texto Constitucional, assim como uma análise do tema no Direito Comparado.

No segundo capítulo, será abordado como era o tratamento dispendido aos menores de 18 anos pela Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores) e as mudanças advindas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), principalmente no que tange aos princípios constitucionais da proteção integral e da dignidade humana.

1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

No presente capítulo será analisada a evolução histórica acerca dos direitos da criança e do adolescente, iniciando pela infância no século XII até a promulgação em 1988 da Constituição Federal. Posteriormente, já com a sua vigência, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e suas garantias e direitos fundamentais.

Por fim, uma análise sob o prisma do direito comparado, demonstrando a situação de crianças e adolescentes em países como Argentina, México, Portugal, entre outros.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Até meados do século XII, a infância era desconhecida pela arte medieval, uma vez que os artistas dessa época, em suas obras, retratavam as crianças com os mesmos traços dos adultos, somente em tamanho menor, sendo o primeiro tipo de criança da história (ARIÉS, 1981).

O segundo tipo de criança surgiu na segunda metade do século XII, sendo caracterizada pela imagem do Menino Jesus ou de Nossa Senhora menina, porém, continuava a ser como antes, isto é, uma retratação do adulto em tamanho menor. Ainda, um terceiro tipo de criança surgiu no final da Idade Média, apresentando a figura da criança nua (ARIÉS, 1981).

A criança só veio a aparecer mais tarde, no século XVI, sendo retratada pela primeira vez nos túmulos de seus professores, representando uma cena de aula com o professor no meio de seus alunos, e, mais tarde, em 1938, quando o Bispo de Amnies mandou representar os dois Príncipes de que havia sido tutor, de dez e sete anos, em uma pilastra de sua catedral (ARIÉS, 1981).

Pode-se notar a indiferença que existiu no que tange as crianças também pelas vestimentas que eram usadas por essas, pois assim que a criança deixava de usar a faixa de tecido em que era envolvida, passava a vestir-se da mesma maneira que homens e mulheres adultos, nada, no traje medieval, separava a criança do adulto (ARIÉS, 1981).

Assim, verifica-se que a criança não era considerada como ser vulnerável, mas sim, equiparada aos adultos. Philippe Ariés, destaca que o sentimento da infância não existia, sentimento este que segundo ele, “[...] corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem [...]” (ARIÉS, 1981, p. 99).

A partir do século XV começaram a surgir os colégios, instituições estas que tiveram uma ligação paralela com o sentimento e as idades da infância. No início, as pessoas aceitavam a mistura de idades, contudo com o tempo passou-se a dividir, não com a intenção de separação infantil ou juvenil, mas sim de proteger os estudantes das tentações da vida leiga, desejava-se proteger a moralidade. Assim, a juventude escolar foi, de certo modo, separada da sociedade, a qual mantinha a mistura de idades, de sexos e condições sociais (ARIÉS, 1981).

Foi, então, através da política escolar que se conseguiu determinar o conceito do que foi chamado de primeira infância. Considerava-se como término da primeira infância a idade entre 5 e 6 anos, quando a criança deixava sua mãe, sua ama ou suas criadas e dos 9 e 10 anos quando podia entrar para o colégio (ARIÉS, 1981).

Contudo, apesar de a primeira infância ser isolada das demais idades, não se sentia, ainda, a necessidade de distinguir a primeira e segunda infância, entre 12 e 13 anos, da adolescência e da juventude. Tal distinção só aconteceu ao final do século XIX, em decorrência da difusão entre a burguesia e um ensino superior (ARIÉS, 1981).

Nesse sentido, pode-se afirmar que foi a partir desse modelo pedagógico que se começou a pensar na infância e na adolescência como etapas de desenvolvimento dos seres humanos, as quais passaram a ter especificidades próprias que não se confundiam com a condição de maturidade da vida adulta (TRINDADE, 2002).

Conforme Trindade,

Graças à ajuda das filosofias de Locke e Pestalozzi, e nomeadamente de Rosseau (1982), a criança começou a ser considerada como uma *tabula rosa*, a que podiam afetar as diversas experiências, impondo-se por parte dos adultos, a obrigação de ajuda-la no seu desenvolvimento e na sua formação. Mesmo assim, quando a infância aparece como categoria social, está baseada em um modelo universal adequado às aspirações do novo Estado. É uma infância artificial e ideal, e foram necessárias várias transformações sociais para se chegar a infância real (TRINDADE, 2002, p. 33).

Na época da escravidão, entre os anos 1789 e 1830, cresceu consideravelmente a população escrava. Entre os cativos predominavam os adultos, em média, as crianças representavam apenas dois a cada dez cativos. As crianças que eram compradas pelas fazendas não eram a principal fonte de investimento, mas sim as mães, que juntamente com os filhos se agregavam aos cafezais (GÓES, FLORENTINO, 2007).

Nesse período a mortalidade infantil era alta, poucas crianças chegavam a fase adulta, segundo Góes e Florentino, “[...] os escravos com menos de dez anos de idade correspondiam a um terço dos cativos falecidos; dentre estes, dois terços morriam antes de completar um ano de idade, 80% até os cinco anos [...]” (GÓES, FLORENTINO, 2007, p. 180).

Pode-se, então, citar como marco da luta pelos “Direitos da Infância”, a criação em 1.871 da Lei nº 2.040 (Lei do Ventre Livre), a qual, em seu tempo, constituiu um avanço por considerar os filhos de mulher escrava de “condição livre” (SARAIVA, 2009).

O artigo 1º, da referida Lei, dispunha:

Art. 1º. Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º. Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão a obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos.

No primeiro caso o Governo receberá o menor e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. (SARAIVA, 2009, p. 32).

Essa lei criou, portanto, duas categorias: a do escravo por tempo determinado, até 21 anos, e a do “abandonado para ser livre em instituições de acolhimento” (SARAIVA, 2009).

Assim, criou-se a primeira lei que de alguma forma veio a proteger a criança e o adolescente; contudo, os infantes não possuíam nenhum tipo de assistência, tendo em vista que cresciam longe da família, o que resultou na criação, em meados do século XIX, da assistência social.

A assistência social Brasileira foi inicialmente marcada pela caridade privada, sendo que o poder público intervia com raros subsídios concedidos aos particulares,

os quais consistiam em doações em dinheiro a quem acolhesse os infantes abandonados (SARAIVA, 2009).

O Brasil veio a conhecer as primeiras instituições públicas de abrigo no final do século XIX, pois antes era a Igreja quem possuía quase inteiramente o monopólio do atendimento às crianças em situação de abandono, sendo o trabalho realizado nas Santas Casas de Misericórdia, que consagraram a conhecida “Roda dos Expostos”, a qual consistia em um mecanismo que era utilizado para abandonar recém-nascidos, construído em forma de tambor e embutido em uma parede possibilitava que aquele que abandonava a criança não fosse visto por aquele que a recebia (SARAIVA, 2009).

A chamada “Roda dos Expostos” demonstrava uma prática realizada pelo governo, na qual supostamente se criava um sistema de proteção à infância e à adolescência, era usada como alternativa ao grande número de mortes de infantes que ocorria assustadoramente na época (LAMENZA, 2011).

Todavia, o passado histórico do abrigo não comporta apenas crianças e jovens abandonados e carentes, mas reporta a um esboço de delinquência infantojuvenil. Os jovens considerados em situação de delinquência, para a sociedade, divergiam das crianças abandonadas, pois, segundo Lamenza, “ [...] Enquanto estas deveriam ser abrigadas para fim de proteção [...], aqueles eram vistos pela sociedade como verdadeira chaga a ser isolada em reformatórios e contida sob a rubrica de ‘preservação da ordem pública’ [...]” (LAMENZA, 2011, p. 7).

Devido a preocupação dos juristas e legisladores da época com o crescimento da delinquência juvenil, foi elaborado em 1890 o chamado Código Penal da República, o qual não considerava criminosos os menores de nove anos e os maiores de nove anos e menores de quatorze que não demonstrassem discernimento. Ainda, previa punição de recolhimento a estabelecimentos disciplinares industriais aos que tivessem entre nove e quatorze anos que tivessem agido conscientemente (SANTOS, 2007).

Portanto, a capacidade de discernimento se tornou na época fator determinante para a aplicação das penas em relação aos menores, virando motivo de polêmica, visto que os pais dos jovens, a fim de verem seus filhos livres faziam

de tudo com o intuito de comprovar a incapacidade mental e consequente irresponsabilidade destes (SANTOS, 2007).

Assim, em face do crescimento da delinquência juvenil houve a necessidade da criação de políticas públicas, nas quais se buscasse além de punir o jovem infrator também protegê-lo.

Essa fase fez com o Estado passasse a chamar para si atribuições referentes à educação, saúde e punição para crianças e adolescentes, dessa forma, a integração dos jovens e infantes na sociedade passou a ser tarefa do Estado, o qual o fazia por meio de políticas públicas e sociais específicas, com o objetivo de reduzir a delinquência juvenil (PASSETI, 2007).

Então, no final do século XIX e início do século XX, começaram a surgir os programas oficiais de assistência à criança e ao adolescente, época em que fundada a primeira instituição pública para atendimento dos infantes, qual seja o Instituto de Proteção e Assistência à Infância, situado no estado do Rio de Janeiro (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Em 05 de janeiro de 1921, a Lei n.º 4.242 autorizou o governo a organizar o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinquente, lei esta que abriu oportunidade para criação dos juízos de menores, visto que durante muito tempo a visão que se tinha acerca da criança e do adolescente era sempre no sentido de buscar alguma forma de controle ou proteção para aqueles que se encontrassem em situação de risco ou de vulnerabilidade social (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Em 1934, Getúlio Vargas, promulgou a primeira Constituição da República que fez menção a direitos ligados à infância. Em seu artigo 138, estabelecia a incumbência da União, Estados e Municípios de “amparar a maternidade e a infância” e de “proteger a juventude contra toda a exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual” (BRASIL, 1934).

Em 1937, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição. Segundo Lamenza, “[...] por esse texto, ficou patente a preocupação em relação a questões de defesa e proteção da saúde, fixando-se a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, ‘especialmente da saúde da criança’ (art. 16, XXVII) [...]” (LAMENZA, 2011, p. 4).

O artigo 127 dessa Constituição, trouxe pela primeira vez a classificação de “falta grave” para os pais ou responsáveis que descumprissem o seu dever para com as crianças e adolescentes, tais como o abandono moral, intelectual ou físico (LAMENZA, 2011).

Nesse período, denominado Estado Novo, foi instituído o paternalismo assistencial, sendo que o governo paulista organizou o Serviço Social de Menores Abandonados e Delinquentes (Decreto n.º 9.744/1938), o qual uma das atribuições era fiscalizar os estabelecimentos de amparo e reeducação de menores (PASSETTI, 2007).

A tutela da infância, nesse momento histórico, era caracterizada pela quebra dos vínculos familiares e fortalecimento de vínculos institucionais, uma vez que o objetivo do Estado era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento considerado adequado, mesmo que tivesse que afastá-lo totalmente da família (AMIN, 2010).

No ano de 1941, ainda no governo de Getúlio Vargas, criou-se o Serviço de Assistência Social ao Menor – SAM, órgão este ligado ao Ministério da Justiça, sendo que sua função era semelhante à do sistema penitenciário comum, contudo voltada a população juvenil, o que evidenciava a ideia de que o adolescente infrator era considerado um criminoso comum, somente com um processo diferenciado (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Já na Constituição de 1946, as referências acerca da proteção integral dos direitos fundamentais da criança e do adolescente foram mais genéricas, e na Constituição de 1967 não houve mais previsão expressa no âmbito constitucional acerca dos direitos da criança e do adolescente, mas sim prevendo que tais direitos deveriam ser instituídos por lei (LAMENZA, 2011).

Contudo, foi no ano de 1959, que houve uma grande evolução na mentalidade acerca dos direitos da criança e do adolescente, pois a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, transformando, assim, o fato em um problema que necessitava solução universal, passando aos pais e ao Estado a responsabilidade de proteger suas crianças (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

No Brasil, em 1964 foi estabelecida a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei nº 4.513/64), essa lei era caracterizada essencialmente como

assistencialista e tinha como órgão nacional a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM, assim como de 1972 a 1986 passou a integrar o Ministério da Previdência Social (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

O artigo 6º da supramencionada lei fixava as diretrizes de política nacional para resguardar os interesses do menor e de sua família. O presente artigo tinha a seguinte redação:

Art. 6º Fixam-se como diretrizes para a política nacional de assistência a cargo da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, além dos princípios constantes de documentos internacionais, a que o Brasil tenha aderido e que resguardem os direitos do menor e da família:

I – Assegurar a prioridade aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos;

II – Incrementar a criação de instituições para menores que possuam características aprimoradas das que informam a vida familiar, e, bem assim, a adaptação, a esse objetivo, das entidades existentes de modo que somente do menor à falta de instituições desse tipo ou por determinação judicial. Nenhum internacional se fará sem observância rigorosa da escala de prioridade fixada em preceito regimental do Conselho Nacional;

III - Respeitar no atendimento às necessidades de cada região do País, as suas peculiaridades, incentivando as iniciativas locais, públicas ou privadas, e atuando como fator positivo na dinamização e autopromoção dessas comunidades (BRASIL, 1964).

Porém, o modelo de proteção adotado pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM entrou em crise quando surgiram denúncias acerca de violência institucional, assim como de que havia grande dificuldade de administração, no que tange a uma política centralizada em sua formação e descentralizada na execução (MENDES; MATOS, 2008).

No ano de 1979, foi sancionada a Lei nº 6.697 (Código de Menores), a qual versava sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de até dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular ou os entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei (BRASIL, 1979).

O artigo 5º dessa Lei dispunha que, “[...] Na aplicação desta Lei, a proteção dos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado [...]” (BRASIL, 1979). Tal disposição demonstrava a busca de um atendimento aceitável e melhores condições de vida para as crianças e adolescentes em situação de risco (LAMENZA, 2011).

Durante todos esses anos de constantes evoluções acerca dos direitos da criança e do adolescente, é importante ressaltar as mudanças ocorridas no que tange à família, sendo ela o principal ente protetor dos menores.

Na idade média a família era em sua concepção, uma realidade moral e social, bem distante da realidade sentimental. A partir do século XV, com a escola assumindo o papel da aprendizagem, houve uma aproximação da família, a união do sentimento de família e sentimento de infância, vindo assim a concentrar-se em torno da criança (ARIÉS, 1981).

A família foi evoluindo gradativamente com o passar do tempo, ganhando a criança cada vez mais importância dentro da entidade familiar. Entretanto, a sociedade em si evoluiu, exigindo da família mais atenção e cuidados com as crianças e adolescentes, o que vem se tornando a cada dia mais difícil, tendo em vista que na sociedade atual, é latente o aparecimento de problemas de infantes dentro do seio familiar (ELIAS, 2010).

Durante o século XX, em nome da preservação da ordem social e da necessidade de integrar as crianças e jovens no mercado de trabalho, Passeti ressalta que, “[...] o Estado também passou a zelar pela defesa da família monogâmica e estruturada [...]” (PASSETI, 2007, p. 349).

Sendo assim, pende referir que a família vem sendo redescoberta desde os anos 1970, como um importante agente privado de proteção social, sendo que disso resulta as previsões das agendas governamentais de medidas de apoio familiar, particularmente as dirigidas às crianças (PEREIRA-PEREIRA, 2008).

Tradicionalmente considerada como base da sociedade, a família ganhou grande relevância no cenário atual por seu caráter informal, totalmente livre de constrangimentos burocráticos e de controle externo, não há regras ditando o que deve ser feito no âmbito familiar. Prepondera, portanto, o desejo espontâneo de cuidar e proteger (PEREIRA-PEREIRA, 2008).

No entanto, há de se auferir que a família, como toda e qualquer instituição social, tem seus pontos fortes e fracos. Nesse sentido, explica Potyara Amazoneida Pereira-Pereira:

Forte, porque ela é de fato um *locus* privilegiado de solidariedades, no qual os indivíduos podem encontrar refúgio contra o desamparo e a insegurança da existência. Forte, ainda, porque é nela que se dá, de regra, a reprodução humana, a socialização das crianças e a transmissão de ensinamentos que

perduram pela vida inteira das pessoas. Mas ela também é frágil, 'pelo fato de não estar livre de despotismos, violências, confinamentos, desencontros e rupturas (PEREIRA-PEREIRA, 2008, p. 36).

As famílias a partir dos anos 1990, assumiram várias formas e arranjos e, com isso exigiram do ordenamento jurídico mudanças significantes acerca de seu conceito, passando a serem vistas não só como a união de homem e mulher (PEREIRA-PEREIRA, 2008).

Também nessa mesma época, surgiu no Brasil um importante movimento com intuito de mudar a concepção acerca da infância e juventude, buscando uma nova consciência e postura da sociedade diante das crianças e adolescentes. Vindo então a se destacar o trabalho desenvolvido pela Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes e demais entidades que atuavam nesse mesmo sentido (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Portanto, a condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, como se pode verificar, decorre de uma longa caminhada, a qual resultou em um processo de construção de direitos humanos conquistados e cada vez mais afirmados conforme a evolução da humanidade (SARAIVA, 2009).

Essa fase de transição durou até a década de 1990, particularmente até a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e com as mudanças acolhidas pelas Constituição Federal de 1988 no que tange a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual implantou a doutrina da proteção integral.

1.2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição possui uma existência própria e autônoma, embora relativa, que resulta de sua força normativa, por meio da qual organiza e coordena o contexto social e político. Dessa forma, estabelece um conflito permanente entre a realidade e a norma, de onde, segundo Barroso, “[...] derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social [...]” (BARROSO, 2015, p. 254).

Constitucionalismo significa limitação do poder e supremacia de lei. Em um Estado Constitucional existem três ordens de limitação do poder, quais sejam:

limitações materiais, que são os valores básicos e direitos fundamentais que devem ser sempre preservados; estrutura orgânica, a qual organiza os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), de maneira que sejam distintos e independentes, mas que também controlem-se entre si; e por último, limitações processuais, esta limitação impõe que os órgãos que possuem poder julguem não somente de acordo com a lei, mas também observem os princípios constitucionais que garantem o devido processo legal (BARROSO, 2015).

Partindo da premissa do constitucionalismo há de se ressaltar que a Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma importante inovação acerca dos direitos fundamentais, os quais se sobrepõem as demais leis, não podendo o ser humano ser privado de tais direitos. Portanto, segundo Sarlet, “[...] os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento, afirmando assim a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição [...]” (SARLET, 2015, p. 60).

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco jurídico, consolidando-se como o documento mais abrangente no tocante a direitos humanos, de forma não antes abordada no Brasil, influenciando, inclusive, Constituições de outros países, Constituições estas que trazem os direitos humanos voltados à proteção da dignidade humana (PIOVESAN, 2008).

Também foi a primeira vez que uma Constituição descreveu especificamente os objetivos do Estado brasileiro, tais como, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, objetivos estes previstos no artigo 3º da Constituição Federal, positivados como meio de efetivar na prática a dignidade humana (PIOVESAN, 2008).

Neste sentido, conforme Flávia Piovesan:

[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais,

pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido [...] (PIOVESAN, 2008, p. 150/151).

No tocante a concepção jurídica de dignidade humana, pende referir que está baseada no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU), segundo o qual “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade [...]”, preceito este que trouxe a noção de dignidade humana centrada na autonomia e direito de autodeterminação da pessoa (SARLET, 2008).

Assim, pode-se afirmar que a dignidade humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, dela resulta a proteção e garantia de condições de sobrevivência dignas, além da tutela a personalidade humana em sua forma física e moral (BARROSO, 2009).

Destarte, verifica-se que a Constituição de 1988 assegura, de forma positivada, à criança e o adolescente a dignidade humana através do disposto no artigo 227 do Texto Magno, o qual dispõe que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

Já no Estatuto da Criança e do Adolescente, esse preceito constitucional é transcrito em vários artigos, a fim de dar ênfase aos direitos garantidos aos infantes, bem como de esclarecer a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

Desse modo, é cristalino que a Constituição Federal de 1988 criou um sistema diferenciado e especial para tratar dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, sistema este inspirado no princípio da proteção integral, tendo em vista a peculiar condição que se encontram os infantes, de pessoas humanas em desenvolvimento, estando assim em situação de maior vulnerabilidade (MACHADO, 2003).

Esta vulnerabilidade é o principal diferencial, sob o prisma do sistema de proteção especial, pois distingue as crianças e adolescentes dos outros grupos de seres humanos, é ela que autoriza a quebra do princípio da igualdade, considerando que estes possuem uma desigualdade inerente, que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico como forma de garantir a igualdade jurídica material e não somente a formal (MACHADO, 2003).

Com o advento dessa Constituição a criança e o jovem se tornaram prioridades do Estado, que passou a protegê-los da família desestruturada, assim como garantir educação, políticas sociais e bases para exercício da cidadania. Sem dúvida, o Estado passou a ser presente no dia-a-dia zelando pelos futuros dos jovens e infantes (PASSETI, 2007).

Os direitos fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 não são distintos daqueles previstos no artigo 5º, contudo são direitos fundamentais de uma pessoa de condição especial, de uma pessoa em fase de desenvolvimento (MACHADO, 2003).

O direito basilar assegurado à criança e ao adolescente é o direito à vida, sem o qual todos os demais direitos deixariam de existir, diretamente ligado a este direito está o direito à saúde e a alimentação, o primeiro é relativo à preservação da integridade física e psíquica dos jovens e infantes e o segundo garante apoio alimentar desde a gestação (LAMENZA, 2011).

Também não podem ser privados do exercício dos direitos que estão entre os mais importantes para o ordenamento jurídico, quais sejam, os relativos à liberdade. São pessoas livres para ir e vir, pensar, se expressar, defender seu ponto de vista entre outros (LAMENZA, 2011).

No caso de sofrerem qualquer tipo de privação no que tange ao seu direito de liberdade o Estado-Polícia deverá agir. Sendo a privação ato arbitrário do próprio Estado, a forma de corrigir a ilegalidade cometida será por meio da atuação do Poder Judiciário (LAMENZA, 2011).

Quando se fala em convivência comunitária, se quer assegurar ao jovens e infantes o contato com membros do grupo social que os rodeiam, garantindo o pleno acesso destes à escola, clubes, passeios turísticos, hospitais, dentro outros (LAMENZA, 2011).

No que tange ao direito ao respeito e à dignidade, estes estão diretamente ligados aos princípios da dignidade humana e da proteção integral, uma vez que seu conceito se refere ao dever do Estado em garantir um desenvolvimento de forma perspectiva, tendo sempre em vista a condição especial de seres em desenvolvimento (AMIN, 2010).

Além da dignidade humana, a doutrina da proteção integral visa dar à infância a verdadeira proteção no que tange aos seus direitos fundamentais, obrigando o Estado a amparar as crianças e adolescentes em todos os sentidos. Tal princípio também foi instituído pelo artigo supracitado do Texto Constitucional e reforçado com a Lei Estatutária, que além dos direitos já previstos na Constituição Federal, ampliou o rol de garantias aos infantes e adolescentes. (LAMENZA, 2011).

Segundo Roberto João Elias:

A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Assim sendo, às crianças e aos adolescentes devem ser prestadas a assistência material, moral e jurídica.

É oportuno observar, ademais, que toda a assistência deve ser, de preferência, ofertada no seio de uma família, se possível a biológica. Se não for, em uma família substituta (ELIAS, 2010, p. 12).

Além dos princípios da dignidade humana e da proteção integral, o Texto Constitucional prevê outros princípios relacionados ao direitos da infância e juventude. Um deles é o chamado Princípio da Participação Popular, fundamentado no art. 227, §§ 3.º e 7.º, combinado com o art. 204, II, da Constituição Federal, princípio este que assegura a participação da população nas políticas públicas e demais temas relacionados à infância e juventude (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Ainda, pode-se citar o Princípio da Excepcionalidade, aplicado quando da imposição de alguma medida que possa privar os jovens ou infantes de sua liberdade (art. 227, § 3.º CF), assim como o Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento, o qual visa que toda norma que for aplicável a criança e ao adolescente observe que estes são pessoas em condição de desenvolvimento, que estão em plena formação física e psíquica (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Pode-se citar também o Princípio da Prioridade Absoluta, o qual resulta da proteção integral e está previsto também no artigo 227 da Constituição Federal. Tal

princípio estabelece primazia em favor dos jovens e infantes em qualquer esfera de interesse, seja ela judicial, extrajudicial, administrativa, social ou familiar (AMIN, 2010).

Um dos princípios mais discutidos e citados é o Princípio do Melhor Interesse do Menor, tendo em vista tratar-se de princípio orientador, tanto para o legislador quanto para o aplicador do direito, determinando atenção especial e prioritária as necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei. Assim, na análise do caso concreto, deve-se levar em conta, acima dos fatos e fundamentos, o princípio do melhor interesse do menor (AMIN, 2010).

O artigo 267 do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogou expressamente o Código de Menores, passando assim a criança e o adolescente a terem proteção integral garantida pelo Estado, inclusive, responsabilizando os pais ou responsáveis pela situação irregular deste (ELIAS, 2010).

Dessa forma, o Estado passa a ser também responsável pelos infantes, ao contrário de antes, quando o Estado intervia somente se a família não prestava a devida assistência, embora isso ainda possa ocorrer, agora, o Estado pode ser demandado se não prestar à criança e o adolescente aquilo que lhe é devido (ELIAS, 2010).

Merece destaque, também, o artigo 19 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 678/92, tal artigo dispõe que: “Toda criança tem direitos às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1992).

A fim de efetivar a doutrina da proteção integral às crianças (menores de 12 anos) e aos adolescentes (12 aos 18 anos), há de se destacar a importância de uma inovação implementada pelo Texto Constitucional, qual seja, o trinômio família-sociedade-Estado (LAMENZA, 2011).

Conforme Roberto João Elias, “[...] há de se ressaltar a conjugação de esforços para a resolução dos problemas do menor. A união da família, da sociedade e do Estado certamente contribuirá para que os referidos direitos possam, mais facilmente, chegar ao seu destinatário[...]” (ELIAS, 2010, p. 15).

Na falta da família na tarefa de proteção aos jovens e infantes, caberá ao Estado, na qualidade de guardião dos direitos da criança e do adolescente e

também como figura de poder, decidir sobre o que for melhor para público infantojuvenil, e, se necessário, na figura do Estado-juiz, buscar família substituta que possa adimplir a tarefa de zelar pelos interesses básicos dos protegidos (LAMENZA, 2011).

Assim, verifica-se que não recai somente a família a responsabilidade de tutela das crianças e adolescentes, mas há também a obrigação concorrente por parte do Estado, em sua condição de poder, atuando sempre que necessário, bem como da sociedade, a qual terá qualidade de agente cooperativo, buscando sempre proporcionar aos infantes um melhor ambiente, com os menores riscos possíveis (LAMENZA, 2011).

Contudo, apesar de haver a necessidade dessa soma de esforços, a família continua sendo a base de formação da criança e do adolescente, exercendo, portanto, dentro desse trinômio a função principal de contribuir com os valores fundamentais para o desenvolvimento físico e emocional dos infantes (LAMENZA, 2011).

É dever salientar que a família merece ser fortalecida pelo Estado e sociedade, de modo a evitar maiores prejuízos psíquicos e afetivos aos infantes e adolescentes (ELIAS, 2010).

Assim, cumpre ressaltar que a família também possui proteção especial por parte do Estado. Necessário mencionar que seu conceito sofreu diversas alterações ao longo da história, sendo ampliado pelo Texto de 1988, onde ficou reconhecida como entidade familiar a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (LENZA, 2009).

O texto constitucional prioriza, portanto, a família socioafetiva, sempre de acordo com o princípio da dignidade humana, bem como destacando a função social da família, igualando os cônjuges e buscando absoluta proteção aos mais vulneráveis, os filhos (LENZA, 2009).

A família também se encontra protegida pelo Texto Constitucional, expressamente no art. 226, *in verbis*:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8.º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

No que tange ao § 3.º do artigo supracitado, há de se mencionar a Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, a qual determina a vedação das autoridades competentes a recusa de habilitação na celebração de casamento civil ou de conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2013).

Além da família, quando se fala em proteção do Estado, merece destaque, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Ressalta-se o fato de que o texto constitucional conferiu ao Ministério Público certa autonomia em relação ao Poder Público, haja vista que o promotor de justiça dispõe de todos os meios que lhe são conferidos para zelar dos direitos da criança e do adolescente (LAMENZA, 2011).

O artigo 129, III, da Constituição Federal, confere ao promotor de justiça a atribuição para promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos, onde se encontram, portanto, os direitos relativos à infância e adolescência (LAMENZA, 2011).

O Texto Constitucional passou a considerar o Ministério Público como uma das funções essenciais à justiça, qualificando-o como instituição independente e autônoma com a função de proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses individuais indisponíveis (BORDALLO, 2010).

Com o novo regime constitucional, o Ministério Público passou, segundo Bordallo, “ [...] a ter uma fisionomia muito mais voltada para a solução dos problemas sociais, deixando de lado a antiga postura de instituição direcionada unicamente para a persecução criminal [...]” (BORDALLO, 2010, p. 419).

Ainda, no que diz respeito às inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, há de se ressaltar que a mesma implementou um tratamento diferenciado ao menor infrator, trazendo ainda em seu texto a imputabilidade penal do menor de 18 anos e condicionando tratamento conforme legislação especial, conforme preceitua o artigo 228 (BRASIL, 1988).

O critério de punição aos menores de 18 anos adotado pelo Direito Brasileiro é o critério biológico, o qual leva em consideração apenas a idade do agente, sem levar em conta a questão psicológica. De acordo com Fernando Capez, “Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (CAPEZ, 2010, p. 331).

Por força da adoção do critério biológico, o qual leva em conta somente a idade do agente, no que tange aos menores de 18 anos a presunção de imputabilidade é absoluta, não admitindo prova em contrário, consoante disposto no artigo 228 da Constituição Federal e artigo 27 do Código Penal Brasileiro (MASSON, 2014).

Para Capez o desenvolvimento mental incompleto

É o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional. No entanto, com a evolução da idade ou o incremento das relações sociais, a tendência é a de ser atingida a plena potencialidade. É o caso dos menores de 18 anos (CP, art. 27) e dos indígenas inadaptados à sociedade, os quais têm condições de chegar ao pleno desenvolvimento com o acúmulo das experiências hauridas no cotidiano. (CAPEZ, 2010, p. 334).

No critério biológico é irrelevante que o sujeito tenha se mostrado lúcido ao tempo da prática da infração penal para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. O decisivo é o fator biológico, a formação e o desenvolvimento mental do ser humano (MASSON, 2014).

Tal idade prevista no Texto Constitucional é bastante criticada e apontada como insuficiente para dar conta das demandas envolvendo adolescentes na sociedade atual, questão que inclusive está em discussão no Congresso Nacional, com o intuito de reduzir a idade penal de 18 para 16 anos (MORAES, RAMOS, 2010).

1.3 O TEMA ANALISADO PELO PRISMA DO DIREITO COMPARADO

Importante destacar, quando se fala em direito da criança e do adolescente a nível global, a Convenção de Genebra no ano de 1924, que foi a primeira a abordar algum tipo de proteção, no âmbito internacional, aos direitos da criança. Tal Convenção era breve, composta de apenas cinco artigos, porém é considerada um marco inicial, visto que previa bases para o reconhecimento dos direitos da infância (ANDRADE, 2000).

Ainda, importante citar como marco no reconhecimento dos direitos da infância no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual segundo Flávia Piovesan

[...] inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são [...] (PIOVESAN, 2009, p. 08).

Esse processo de universalização dos direitos humanos permitiu a sistematização internacional de proteção destes direitos. Essa sistematização ocorreu através de tratados internacionais de proteção, os quais refletem a concordância dos Estados no tocante aos temas centrais ligados aos direitos humanos, buscando sempre parâmetros protetivos mínimos (PIOVESAN, 2006).

Ainda, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, reitera a de 1948, afirmando ainda, segundo Piovesan “[...] a interdependência entre os valores dos Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento [...]” (PIOVESAN, 2006, p. 10).

O ano de 1959 representa um dos momentos mais emblemáticos no cenário da infância, tendo em vista que nesse ano as Nações Unidas proclamaram a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual reafirmava a importância de se garantir a universalidade, igualdade e objetividade agora em relação aos direitos da criança (MARCILIO, 1998).

Mais tarde, o ano de 1979 foi reconhecido pela comunidade internacional como sendo o ano da Internacional da Criança, tendo em vista que foi o ano onde iniciaram-se as discussões acerca dos direitos infantojuvenis, as quais dez anos mais tarde, vieram a resultar na assinatura da Convenção sobre os direitos da Criança (ANDRADE, 2000).

Fundada nos princípios implementados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Conferência Mundial promoveu no ano de 1989 a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, a qual instituiu que o melhor interesse da criança deve ser considerado em qualquer situação (MARCILIO, 1998).

A já mencionada Convenção serviu para que vários países no mundo todo editassem ou voltassem suas leis para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, o Brasil promulgou a Convenção por meio do Decreto nº 99.710/1990 (LAMENZA, 2011).

O artigo 4º dessa Convenção dispõe a obrigatoriedade dos países a implementação dos direitos lá contidos:

Artigo 4. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional (ONU, 1989).

A fim de examinar e fiscalizar o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-Partes, o artigo 43 da Convenção instituiu o Comitê para os Direitos da Criança o qual é integrado por dez expertos que são eleitos pelos Estados a cada dois anos, sendo que os Estados podem apresentar um candidato dentre seus cidadãos, contudo este exercerá suas funções a título pessoal (ANDRADE, 2000).

A exemplo do Brasil, o cenário de direito da criança e do adolescente é marcado por diversas lutas a fim de garanti-lo. Por exemplo, nos Estados Unidos a preocupação com os infantes surgiu após um caso famoso de abuso, o caso Mary Ellen Wilson, a qual havia sido abandonada pela mãe e após a morte de seu pai passou a ser maltratada fisicamente pela madrasta e pelo marido desta. Na época, como não havia nenhum tipo de entidade que protegesse as crianças, Mary Ellen foi protegida pela Sociedade Americana para prevenir a crueldade contra animais,

partindo do pressuposto de que a criança fazia parte do reino animal (PIRES; MIYAZAKI, 2005).

Durante um longo período a infância nos Estados Unidos foi marcada pela crueldade, sendo que apenas em 1910 ela saiu de cena, contudo dando lugar a mortalidade infantil e a delinquência juvenil (HACKING, 2016).

Pode-se destacar a atenção que os norte-americanos passaram a dispensar à infância e juventude a partir do governo de Hoover, haja vista que o presidente organizava diversas reuniões na Casa Branca para discutir o assunto, assim como, segundo Hacking, foi quem deu o famoso conselho de que “[...] a nação devia agora cuidar tão atentamente da produção de crianças quanto das produções agrícolas [...]” (HACKING, 2016, p. 24).

Hoje, tendo em vista o sistema do federalismo, nota-se uma grande autonomia entre os estados norte-americanos no que tange à elaboração e aplicação das leis, que variam de uma federação para outra (LAMENZA, 2011).

Lamenza cita uma peculiaridade do estado do Havaí no tocante ao desrespeito dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo que, segundo ele, “[...] a Corte poderá nomear um profissional que seja advogado ou não (nesse caso, seria um ‘voluntário’, mas capacitado para a defesa dos interesses infantojuvenis) [...]” (LAMENZA, 2011, p. 85).

O México ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em 1990 e, logo após, editou a Lei para a Proteção dos Direitos de Meninos, Meninas e Adolescentes (*Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*), implementando, assim, uma cultura de proteção dos direitos da infância (LAMENZA, 2011).

A fim de que essa cultura de proteção seja efetivada, o país possui uma agência nacional de bem-estar infantojuvenil, a qual chama-se “Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família”. Essa instituição tem a função de promover os direitos da criança e do adolescente por todo o México (LAMENZA, 2011).

O Código Civil do México, dispõe em seu artigo 23 quanto a maioridade, afirmando que esta é restrição a personalidade jurídica que não deve depreciar a dignidade da pessoa e tampouco atentar contra a integridade da família, bem como

menciona que os incapazes devem exercer seus direitos e contrair obrigações por meio de seus representantes (LAMENZA, 2011).

Assim, esse dispositivo autoriza o Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família a pleitear em juízo ou fora dele, por meio do Procurador da Defesa Infantojuvenil, tudo aquilo que for melhor para os interesses das crianças e adolescentes, contribuindo para a concretização dos direitos fundamentais destes (LAMENZA, 2011).

Já Cuba ratificou a Convenção em 1991, porém não ficou claro se a mesma teria força legal, uma vez que o Código da Família Cubano não cita ou sequer se refere à citada Convenção. Contudo, o Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas notou um avanço no país no que tange aos serviços para atingir o bem-estar de crianças, principalmente no que se refere à saúde e educação (LAMENZA, 2011).

A Bolívia adotou a Convenção formalmente com a edição da Lei de 14 de maio de 1990, a qual mesmo não fazendo menção ao texto internacional, ela determina que se cumpra como lei da República (LAMENZA, 2011).

Em 1992 foi promulgado o Código do Menor, o qual previa muitos dos ideais previstos na Convenção, contudo apresentava algumas falhas. Por esse motivo, em 1999, com o advento do Código da Criança e do Adolescente Boliviano, houve a previsão de todos os direitos infantojuvenis previstos na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (LAMENZA, 2011).

Na Argentina, a primeira menção à direitos da infância foi com relação aos menores delinquentes, sendo que a resposta do Estado à tal problemática, foi no sentido de que a melhor medida para os menores delinquentes ou em situações perigosas a sua integridade seria a segregação, limitando-se a convivência e visita de pais ou familiares a fim de protegê-las da situação de vulnerabilidade (RIBEIRO, 2015).

No âmbito Constitucional não se verificaram mudanças quanto aos direitos infantojuvenis até o ano de 1949, quando no governo Perón, foram reconhecidos os direitos sociais e principalmente trabalhistas no que se refere a infância e juventude (RIBEIRO, 2015).

Segundo Ribeiro, o direito infantojuvenil na Argentina pode ser resumido em três pilares:

O primeiro pilar refere-se à Justiça e a reparação em relação às violações de direitos humanos de crianças e adolescentes durante o regime militar na Argentina, processo que contou com ampla participação da sociedade civil organizada – Madres de la Plaza de Mayo e Abuelas de la Plaza de Mayo. O segundo, o Direito Constitucional. Este ampara a internalização Convenção Internacional de Direitos da Criança e do Adolescente (1989) em 1994.

O terceiro consiste nas legislações infraconstitucionais que regulamentam o princípio da proteção integral na Argentina e que dispõem sobre a estrutura e o funcionamento do sistema de garantias para a criança e o adolescente no marco da Doutrina da Proteção Integral (RIBEIRO, 2015, p. 53).

Em 2005 foi aprovada a Lei n.º 26.061, a qual dispõe sobre a proteção integral dos direitos de meninas, meninos e adolescentes. Com essa lei o direito argentino incorpora as metas estabelecidas pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (LAMENZA, 2011).

A mencionada lei traz em seu artigo 3º o direito de crianças e adolescentes serem ouvidos e que suas opiniões sejam levadas em consideração quando da tomada de decisões pelo magistrado. No artigo 27, dá aos menores o direito de ter um advogado para a defesa de seus direitos fundamentais, bem como deixa ao Estado a incumbência de nomear um defensor para os que não possuem recursos (LAMENZA, 2011).

No plano do Poder Executivo, segundo Lamenza, “o governo da Argentina se especializa em dois níveis distintos: o federal, que conta com uma agência especializada em direitos das crianças [...]; e o das províncias, em que são levados a efeito o planejamento e a execução dessas políticas públicas” (LAMENZA, 2011, p. 88).

O direito à proteção é fundamental para garantir a integridade física, psicológica e emocional de crianças e adolescentes, com isso, em virtude da violência familiar na Província de Misiones na Argentina, foi criado em 1991 um programa para atenção de mulheres espancadas e, em 1997, foi criada a “Linha 102”, destinada à proteção de crianças maltratadas (LINARES; KRAUTSTFL; SRANDEL, 2005).

Ainda, em 2004, foi fundada a *Comisaría de la Mujer* e a *Policía Comunitaria* em Posadas, onde são atendidas denúncias de violência e abusos familiares ou individuais, envolvendo crianças e adolescentes. Apesar disso, muitas vezes, a melhor resposta estatal para a violência é a institucionalização das crianças (LINARES; KRAUTSTFL; SRANDEL, 2005).

Assim, a fim de proteger as crianças e adolescentes de quaisquer atos que violem os seus direitos, foram instituídas através de leis as Defensorias Regionais (*Defensorias Zonales*), as quais podem promover ações contra aqueles que cometerem atos que restrinjam os direitos dos menores ou de suas famílias (LAMENZA, 2011).

Em Portugal, a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança, foi ratificada em 1990, por meio do Decreto nº 49/90, adotando na íntegra o conteúdo do texto internacional (LAMENZA, 2011).

Com o principal objetivo de atender aos interesses infantojuvenis, Portugal assinou dois Protocolos Facultativos à Convenção no ano de 2000. Segundo Lamenza, “[...] um trata da proibição de recrutamento pelas Forças Armadas do país de menores de 18 anos. O outro se refere ao combate intransigente pelo Estado da venda de crianças, além da prostituição e pornografia infantis [...]” (LAMENZA, 2011, p. 93).

Na Constituição Portuguesa a infância é protegida no artigo 69 e a juventude no 70. O artigo 69 reconhece os direitos da criança, “à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições” (PINTO, CAMPOS, 2004, p. 554).

A relação entre pais e filhos encontra-se regulada pelo Código Civil Português (arts. 1796 e seguintes), sendo considerada conforme Proença como, “[...] vínculo de base natural (biológica) mas que só tem relevância jurídica depois de reconhecida pelo direito, reconhecimento que terá lugar através do ‘estabelecimento da maternidade’ e da ‘paternidade’ [...]” (PROENÇA, 2008, p. 281).

Ainda, de acordo com os artigos 1874 e seguintes do dispositivo legal supracitado, por força da relação de filiação os pais e filhos devem-se respeito, auxílio e assistência de forma mútua, sendo esse dever de assistência considerado como a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar (PROENÇA, 2008).

Na Itália, vem sido desenvolvido desde o ano de 1975, por meio de leis e projetos, uma cultura de aumento das políticas de atendimento no que tange à

crianças e adolescentes, iniciando por iniciativas privadas e com o passar dos anos incorporando também nas políticas públicas (LAMENZA, 2011).

Conforme Lamenza:

Em 1975, ocorreu a *Riforma del diritto di famiglia*, que é considerada embrionária para a discussão de temas referentes ao público infantojuvenil. No ano de 1983, foi editada a *Disciplina dell'affidamento dei minori* (lei que regulava a adoção e a acolhida de menores).

No mesmo ano de 1983, foi prevista a criação de um comitê interministerial para os problemas da infância (*Comitato Interministeriale per i Problemi dell'Infanzia*). Três anos depois, esse comitê foi materializado e feito permanente, sendo denominado Conselho Nacional de Menores (*Consiglio Nazionale dei Minori*) (LAMENZA, 2011, p. 94).

No tocante a ratificação da Convenção das Nações Unidas do Direito da Criança e do Adolescente, o governo italiano lançou em 1997 o Plano Nacional para a infância. No mesmo ano, editou a Lei nº 285, a qual dispõe sobre a promoção de direitos e oportunidades para a infância e juventude (LAMENZA, 2011).

A França ratificou a referida Convenção em 1990 e no ano de 2000 a fim de atender ao superior interesse dos infantes e dos adolescentes, editou a Lei nº 196, a qual instituiu a figura do defensor dos direitos da criança, o qual segundo Lamenza,

[...] é autoridade autônoma, 'encarregado de defender e promover os direitos da criança consagrados pela lei ou por um compromisso internacional regularmente ratificado ou aprovado' [...]. Ele também é incumbido de receber as reclamações individuais de crianças ou de seus representantes legais em casos nos quais pessoas de direito público ou privado desrespeitarem os direitos dos infantes (LAMENZA, 2011, p. 91).

Outra lei francesa criada a fim de proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente foi a Lei de 12 de janeiro de 2004, a qual versa sobre o acolhimento e proteção das crianças, sendo que prevê expressamente que o juiz da infância deverá sempre levar em conta o interesse da criança no momento em que aplicar qualquer medida protetiva (LAMENZA, 2011).

Por fim, pode-se verificar que a maioria dos países direciona sua legislação para a doutrina da proteção integral, adotando as diretrizes impostas pela Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, onde prevalece o melhor interesse do menor e, principalmente, sua situação de pessoa em peculiar desenvolvimento que merece especial atenção por parte do Estado, família e sociedade.

2 DO CÓDIGO DE MENORES AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A INFLUÊNCIA CONSTITUCIONAL

No presente capítulo, será abordado como era o tratamento dispendido aos menores de 18 anos pela Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores) e as mudanças trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), principalmente no que tange aos princípios constitucionais da proteção integral e da dignidade humana.

2.1 A UNIFORMIDADE DE TRATAMENTO DISPENDIDA AOS MENORES DE 18 ANOS PELA LEI Nº 6.697/1979

No ano de 1979, foi sancionada a Lei nº 6.697 (Código de Menores), a qual versava sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de até dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular ou os entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em Lei (BRASIL, 1979).

Tal código era caracterizado como assistencialista, visto que quando criado predominou o entendimento que deveria ter caráter social e não somente jurídico, como os códigos antecessores, tendo em vista que entendia que o principal problema das crianças era relacionado a assistência (SOARES, 2016).

A Lei nº 6.697/1979 foi sancionada e baseada na Política do Bem-Estar do Menor, a qual criou, em 1964, as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor – FUNABEM (SILVA, 2001).

As Fundações por possuírem autonomia financeira e administrativa, assumiram todo o papel de prestar assistência aos menores considerados em situação irregular, tanto os carentes quanto os infratores (SILVA, 2001).

Após a criação e implantação dessa política de Bem-Estar do Menor, estes passaram a estar em lugar de destaque na Doutrina da Segurança Nacional, saindo da esfera de competência do Poder Judiciário e passando à esfera de competência do Poder Executivo (SILVA, 2001).

O Código de Menores instituíra, portanto, a chamada doutrina da situação irregular, doutrina prevista expressamente nos artigos 1º e 2º da referida lei, veja-se:

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

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

II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

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

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

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

III - em perigo moral, devido a:

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

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

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

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

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial (BRASIL, 1979).

Conforme os artigos mencionados, a situação irregular do menor englobava os casos de delinquência, vitimização e pobreza, além das demais hipóteses que se apresentavam de forma vaga, possibilitando a atuação discricionária do juiz de menores (LEITE, 2005).

Segundo Saraiva, a doutrina da situação irregular instituiu a “delinquência juvenil”, instalando a categoria de “menor abandonado/delinquente”, além de que tal doutrina não estabelecia uma distinção entre crianças e adolescentes que cometiam delitos contra políticas sociais e de assistência, conhecido como “sequestro e judicialização dos problemas sociais” (SARAIVA, 2006, p. 25).

No Brasil, essa doutrina obteve grande incentivo em face de que, na época, vigorava no país o regime político militar, legitimando assim, essa ideologia de forma de atendimento à população infantojuvenil, geralmente direcionada as camadas sociais que eram menos favorecidas (SEGALIN; TRZCINSKI, 2006).

A declaração de situação irregular poderia resultar da conduta pessoal do menor, ou seja, em caso de cometimento de infrações ou desvio de conduta, assim como da própria família ou da sociedade, nos casos de maus-tratos e abandono, e, segundo Saraiva pode ser definida como “[...] aquela em que os menores passam a

ser objeto da norma quando se encontram em estado de patologia social [...]” (SARAIVA, 2009, p. 50/51).

O citado artigo 2º do Código de Menores, previa os casos em que eram considerados como “situação irregular”, sendo que a principal situação era a de pobreza, privados de condições essenciais à subsistência, assim como aquelas vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais (ISHIDA, 2015).

Na doutrina da situação irregular as crianças e jovens não eram reconhecidos como sujeitos de direito, e sim como incapazes. Assim, decorrente desse conceito de incapacidade do menor, sua opinião era considerada irrelevante, assim como não eram garantidos aos menores os mesmos direitos garantidos aos adultos (SARAIVA, 2006).

Tornava-se clara essa diferença em relação aos direitos quando o menor cometia alguma infração, tendo em vista que não lhes era assegurado um processo com todas as garantias legais, bem como a decisão que aplicasse a medida de internação ou qualquer outra não dependia especificamente do fato cometido, mas sim situação do menor, verificando-se se este se encontrava em situação de risco ou não (SARAIVA, 2006).

Além disso, para essa doutrina o conceito de menor fazia correlação com a denominada “situação irregular”, fazendo menção aos delinquentes e marginalizados, estando sujeitos a repressão e controle por parte do Estado (RIBEIRO, 2015).

Saraiva elenca algumas das características da situação irregular, dentre elas pode-se destacar

- [...] a) as crianças e jovens aparecem como objetos de proteção, não são reconhecidos como sujeitos de direito, e sim como incapazes. Por isso as leis não são para toda a infância e adolescência, mas sim para os “menores”;
- b) utilizam de categorias vagas e ambíguas, figuras jurídicas de “tipo aberto”, de difícil apreensão desde a perspectiva do direito, tais como “menores em situação de risco ou perigo moral ou material”, ou “em situação de risco”, ou, “em circunstâncias especialmente difíceis”, enfim estabelece-se o paradigma da ambiguidade;
- c) Neste sistema é o menor que está em situação irregular; são suas condições pessoais, familiares e sociais que o convertem em um “menor em situação irregular” e por isso objeto de uma intervenção estatal coercitiva, tanto ele como sua família [...] (SARAIVA, 2006, p. 25).

Além disso, o Código de menores trouxe uma distinção entre as crianças que eram consideradas “bem-nascidas” e aquelas que se encontravam em “situação irregular”, visto que as questões relacionadas as primeiras eram resolvidas no Direito de Família e dos últimos no Juizado de Menores (SARAIVA, 2006).

Apesar de não prever claramente formas de proteção, a doutrina da situação irregular inovou ao prever direitos nunca antes previstos aos menores, tais como, a proibição da presença dos menores em casas ou ambientes propícios aos jogos, ainda, limitava a presença destes em bailes públicos e vedava a hospedagem de menor desacompanhado (RIBEIRO, 2015).

Na lição de Andréa Amin:

A situação irregular não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema [...]. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram passíveis de execução (AMIN, 2010, p. 13/14).

Vale ressaltar que o Código de menores não fazia nenhuma distinção entre criança e adolescente, sendo que fazia menção apenas aos menores de 18 anos. O Código também não tratava da diferenciação entre menor delinquente e menor abandonado, sendo que ambos eram considerados em situação irregular, sujeitos, portanto, da aplicação das mesmas medidas, das quais a mais adotada era a de internação (LEITE, 2005).

Segundo Lamenza, havia duas formas de internação, as quais demonstravam com clareza o exercício de poder pelo Estado, a “internação-proteção” que era aplicada em prol das crianças desamparadas e a “internação-repressão” que era reservada aos jovens infratores, por meio destas o Estado buscava inserir os jovens de diferentes idades e condições sociais em ambientes de abrigo (LAMENZA, 2011).

Durante a vigência do Código de Menores, a maioria da população infanto-juvenil que se encontrava internada, era formada aproximadamente em 80%, por menores que não eram autores de fatos definidos como crime, mas sim menores em condição de pobreza, considerados em situação irregular (SARAIVA, 2009).

Nos ensinamentos de Martha Machado,

[...] o carente pode ser privado de liberdade, sob a presunção de que ele é o futuro delinquente; aquele que delinuiu efetivamente pode ser encarcerado sem observância das garantias individuais que continuaram a ser conferidas aos adultos, sob a falaciosa premissa de que ele está sendo protegido pelo Estado, uma vez que a medida jurídica imposta pela prática do crime (internação em reformatório) é essencialmente a mesma aplicada ao carente e ao abandonado (MACHADO, 2003, p. 48).

Dessa forma, o direito que era aplicado ao menor em situação irregular de certa forma mascarava violações cometidas por parte do Estado aos direitos humanos mais elementares, como por exemplo, o direito à convivência familiar e comunitária e até mesmo a liberdade (MACHADO, 2003).

Apesar de a Política Nacional do Bem-Estar do Menor defender o discurso de que a medida de internação seria apenas aplicada em casos extremos, na citada doutrina da situação irregular eram inúmeros os casos de internação, aplicada em casos distintos (LEITE, 2005).

Tendo em vista o grande número de internações, tornava-se clara a intervenção do Estado nas famílias, sendo que sempre que considerasse que o menor não estava se ajustando aos padrões estabelecidos, este era considerado em situação irregular (SARAIVA, 2003).

Para Martha Toledo Machado essa política de institucionalização, era justificada na época sob o argumento de que os menores estariam melhor amparados sob a tutela do Estado do que de suas famílias pobres. Veja-se:

A implantação da política da institucionalização acabou por gerar, tão-somente, uma condição de subcidadania de expressivo grupo de jovens criados longe de núcleos familiares, nas grandes instituições, que acabaram adultos incapazes do exercício de suas potencialidades humanas plenas. Além de também indigna e absurda retirada arbitrária de expressivo número de crianças de tenra idade da companhia de seus pais para colocação em adoção, sem que houvesse significativa violação dos deveres do pátrio-poder, apenas em razão da carência econômica das famílias (MACHADO, 2003, p.28).

A Lei nº 6.697/1979, expunha os menores e suas famílias à intervenção do Estado, vez que, como já mencionado, a situação irregular era considerada muito ampla, abrangendo diversos menores e conseqüentemente suas famílias. Basicamente todo menor de família pobre era considerado irregular, possibilitando, assim, a intervenção estatal por meio do juiz de menores (LEITE, 2005).

Há de se ressaltar que nessa legislação não havia preocupação em manter os vínculos do menor com a família, visto que, como já mencionado, esta era considerada, na maioria das vezes, a causadora da situação irregular (AMIN, 2010).

Assim, apesar das medidas de proteção e de assistência previstas na Lei, a fim de regularizar a situação do menor, no entendimento de Amin, “[...] a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente, estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção [...]” (AMIN, 2010, p. 13).

No entendimento de Carla Carvalho Leite, a partir de uma análise sistemática do Código de Menores pode-se concluir acerca da doutrina da situação irregular:

(i) uma vez constatada a “situação irregular”, o “menor” passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado “menor em situação irregular”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do “menor” no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor (LEITE, 2005, p. 14).

No que tange ao juiz de menores, esse detinha diversas atribuições, das quais várias ultrapassavam a função jurisdicional, visto que o mesmo tinha o poder de determinar normas gerais à sociedade, assim como no caso dos infratores era quem investigava os fatos, denunciava, defendia, sentenciava e até mesmo fiscalizava suas próprias decisões (LEITE, 2005).

Ainda, segundo Leite, “[...] o juiz de menores também tinha amplos poderes para agir ex officio, aplicando a medida de internação independentemente de provocação por outro órgão ou agente, não se observando o ‘princípio da inércia’ [...]” (LEITE, 2005, p. 15).

Porém, a atuação do juiz se restringia ao binômio carência/delinquência, sendo que as demais demandas que envolvessem crianças e adolescentes e que não tivessem relação com o referido binômio, deveriam ser resolvidas na Vara da Família, a qual era regida pelo Código Civil (AMIN, 2010).

Segundo Saraiva, a opinião da criança era considerada irrelevante, fato que afetava diretamente a função jurisdicional, uma vez que o Juiz de menores se ocupava não somente das questões judiciais, mas também de suprir a falta de políticas públicas adequadas (SARAIVA, 2006).

Em relação às medidas de proteção aos menores considerados em situação irregular, essas se encontravam previstas no artigo 14, tais como, advertência,

colocação em lar substituto, internação em estabelecimento educacional entre outras (ISHIDA, 2015).

Para Ishida, “[...] a situação irregular da criança e do adolescente afere-se sempre a qualquer situação de abandono ou de risco envolvendo os mesmos [...]” (ISHIDA, 2015, p. 231). Contudo, a mensuração dessa situação irregular deveria ser feita de acordo com cada caso concreto, tendo em vista as diferentes e peculiares situações que poderiam envolver jovens e infantes (ISHIDA, 2015).

No entendimento da Promotora de Justiça Jeanine Borges Soares, o Código de Menores foi alvo de duras críticas, das quais, destacam-se:

[...] a que se refere ao fato de prever a prisão provisória para o menor, inclusive sem a audiência do Curador de Menores, o que o colocou em situação pior do que o maior, que só poderia ser preso em flagrante ou preventivamente. Outra crítica dizia respeito à ampliação dos poderes do Juiz de Menores, que assume totalmente funções que pedagógica, funcional e democraticamente deveriam ser distribuídas entre vários segmentos da sociedade. Os menores em situação irregular, delinquentes ou abandonados, poderiam ser encaminhados ao Juiz de Menores por qualquer pessoa ou pelas autoridades administrativas (polícia ou comissariado de menores), e então o magistrado tomaria as medidas que entendesse pertinentes [...] (SOARES, 2016).

Por fim, verifica-se que o período de vigência do Código de Menores foi curto, tendo em vista as diversas denúncias de injustiças contra menores internados, além de questões acerca de trabalho infantil e prostituição, motivando, assim, debates sobre direitos da criança e do adolescente, surgindo então diversas opiniões que sustentavam o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos, sendo abandonada a expressão “menor” (LEITE, 2005).

2.2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INSERIDOS NO ESTATUTO

Como já mencionado no capítulo anterior, com o advento da Constituição Federal de 1988, teve início a vigência da doutrina jurídica da proteção integral, segundo a qual as crianças e os adolescentes devem ter seus direitos garantidos, além de terem reconhecidas as mesmas prerrogativas que os adultos (LAMENZA, 2011).

Em 1990, essa doutrina da proteção integral vem prevista de forma inequívoca no Estatuto da Criança e do Adolescente, logo em seu artigo 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

A Lei nº 8.069/90 foi um marco quando se fala em legislação, sendo que se tornou um exemplo a ser seguido. O referido Estatuto foi muito original em sua apresentação, trazendo em seu Título I e II, grande influência da legislação da Organização das Nações Unidas e principalmente da Constituição Federal, no que tange aos direitos fundamentais (ISHIDA, 2015).

As normas nele previstas visam assegurar a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, baseado, portanto, no princípio da proteção integral. O Estatuto, nesse ponto, na lição de Ishida, “[...] como um microsistema jurídico, cria mecanismos de amparo e proteção à criança e ao adolescente, garantindo-lhes instrumentos efetivos de defesa [...]” (ISHIDA, 2015, p. 19).

Assim, para Ishida:

A lei menorista passou inicialmente por elencar na Parte Geral os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduziu a regra da proteção integral, determinou regras eminentemente administrativas baseadas no poder de polícia e finalmente estabeleceu instrumentos para a garantia da efetivação desses direitos fundamentais da criança e do adolescente na Parte Especial. Do ponto de vista constitucional, o ECA elencou os direitos e depois passou a disciplinar as garantias, ou seja, os instrumentos para efetivação desses direitos (ISHIDA, 2015, p. 24).

Após a vigência do Estatuto, não se fala mais em direito do menor, mas sim, da criança e do adolescente, o qual possui como base a doutrina da proteção integral. Esse direito, conforme Ishida, “[...] pode ser conceituado como o conjunto de princípios e leis que se direcionam a disciplinar os direitos e obrigações das crianças e adolescentes sob o prisma da proteção integral e do melhor interesse” (ISHIDA, 2015, p. 7).

O Estatuto, em seu artigo 2º, traz um conceito de criança e adolescente para fins legais, conceito este que está de acordo com a já mencionada Convenção sobre os direitos da Criança e do Adolescente, bem como relaciona-se com a idade em que se inicia a responsabilidade penal prevista no Código Penal e na Constituição Federal:

Art.2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, 1990).

O já mencionado Código de Menores não trazia essa diferenciação entre crianças e adolescentes, mencionava apenas os menores de 18 anos. O Estatuto da Criança e do adolescente teve a necessidade de regulamentar tais conceitos, tendo em vista que trouxe diferenciação em alguns institutos previstos, como por exemplo a aplicação de medida socioeducativa para adolescentes (ISHIDA, 2015).

Um dos principais motivos dessa alteração técnica foi dar fim ao preconceito criado pelo Código de Menores, uma vez que a palavra "menor" trazia a ideia de "situação irregular", era vinculada ao conceito de infrator, portanto, com o intuito de acabar com essa situação, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente passaram a denominar o menor de 18 anos como adolescente e o menor de 12 anos como criança (ISHIDA, 2015). Nesse sentido, veja-se os ensinamentos de Costa e Porto:

A escolha dos termos "criança" e "adolescente" para se referirem aos titulares de direitos instituídos pelo Estatuto sepulta definitivamente o termo "menor", antes utilizado para caracterizar pessoas com até 18 anos de idade, visto que tal designação remete à ideia de pessoas sem direitos, autores de ato infracional, ou seja, aqueles destinatários da superada doutrina da situação irregular. Os termos adequados deve ser, além de criança e adolescente, menino, menina, jovem (COSTA; PORTO, 2013).

Há ainda a previsão de aplicação do referido dispositivo legal para as pessoas que possuam idade entre 18 e 21 anos, contudo, frisa-se a ressalva de que será possível somente se presentes dois requisitos: a) medida excepcional; b) ter o adolescente cometido o fato antes de completar 18 anos (ISHIDA, 2015).

Ainda, o Estatuto instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do melhor interesse do menor, superando a ideia que o Código de Menores trazia, que era da incapacidade das crianças e adolescentes, passando, então, a serem considerados pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento, sujeito de direitos (SARAIVA, 2006).

No entendimento de João Batista Costa Saraiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente organiza-se fundando em três eixos, os quais ele denomina de sistemas de garantias, o qual, segundo o autor, consiste em:

- a) Sistema primário de garantias, que tem como foco a universalidade da população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções, estabelecendo os fundamentos da política pública a ser executada, estando fundamentalmente descrito nos arts. 4º e 85 a 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- b) Sistema secundário de garantias, que tem como foco a criança e o adolescente enquanto vitimizados, enquanto vulnerados em seus direitos fundamentais. Esse sistema, que tem como operador originário o Conselho Tutelar, encontra sua fundamentação especialmente nos arts. 98, 101 e 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente [...]
- c) Sistema terciário de garantias, que tem por objeto o adolescente em conflito com a lei, na condição de vitimizador. Este sistema terciário ou socioeducativo inaugura-se no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente e consagra um modelo de Direito Penal Juvenil (SARAIVA, 2006, p. 59).

Quando se fala em fundamentos da política pública a ser executada em relação aos direitos da criança e do adolescente, está diretamente ligado à Constituição Federal e ao papel da família, Estado e sociedade perante a tutela dos jovens e infantes (ELIAS, 2010).

Quanto à proteção que deve ser garantida pelo Estado, o Estatuto da criança e do adolescente prevê a política de atendimento no tocante aos infantes, tendo previsão legal em seu artigo 86, o qual dispõe que, “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 1990).

Em nível de atuação Federal a competência para elaborar tais políticas, assim como de fiscalizá-las, é do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), na esfera estadual compete aos Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescentes (CEDCA) e nos municípios aos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) (ISHIDA, 2015).

No que tange aos direitos fundamentais, esses estão previstos do artigo 7º ao 69, quais sejam: a) direito à vida e à saúde (arts. 7º a 14); b) direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (arts. 15 a 18); c) direito à convivência familiar e comunitária

(arts. 19 a 52); d) direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59); e) direito à profissionalização e a proteção no trabalho (arts. 60 a 69).

Dentre os direitos fundamentais, o supremo é o direito à vida, haja vista que, segundo Lamenza, “[...] sem a existência do titular dos direitos fundamentais, todos os demais perdem a razão de ser [...]” (LAMENZA, 2011, p. 33).

Tal direito está especificamente previsto no artigo 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e chama o Estado para cumprir com seu dever de efetivar as políticas públicas que permitam o bem-estar, o nascimento e o desenvolvimento dos infantes e adolescentes (LAMENZA, 2011).

O direito à saúde é relativo à preservação da integridade física e psíquica das crianças e jovens, buscando um equilíbrio entre o físico e o psicológico no organismo em fase de desenvolvimento, garantindo, por fim, qualidade de vida (LAMENZA, 2011).

Estabelece o artigo 15, da Lei Estatutária, que as crianças e adolescentes tem direito à liberdade, respeito e dignidade como pessoas humanas, bem como o artigo 16, trata sobre o que constitui liberdade, a qual segundo Ishida, “[...] é a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolha entre duas ou mais alternativas [...]” (ISHIDA, 2015, p. 39).

No caso específico de crianças e adolescentes, o artigo 16, estabelece os seguintes direitos:

- Art. 16, O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
- I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
 - II – opinião e expressão;
 - III – crença e culto religioso;
 - IV – brincar, praticar esportes e divertir-se;
 - V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
 - VI – participar da vida política, na forma da lei;
 - VII – buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL. 1990).

O rol acima exposto segundo a doutrina é meramente exemplificativo, podendo, destarte, existir outras formas de expressão do direito à liberdade por crianças e adolescentes (ISHIDA, 2015).

Notadamente o direito à liberdade não é absoluto, motivo pelo qual o próprio Estatuto prevê a possibilidade de privação da liberdade do adolescente, nos casos de flagrante de ato infracional (BARROS, 2013).

No tocante ao direito ao respeito, concatenado com os direitos de personalidade, pode-se dizer que é um dos mais importantes direitos assegurados aos infantes e adolescentes, uma vez que busca manter a integridade física, psíquica e moral (BARROS, 2013).

Em relação à família, o artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, aduz que é direito fundamental a convivência familiar e comunitária, priorizando a família natural. Contudo, traz a ressalva de que nos casos em que a família natural se tornar prejudicial à criança ou ao adolescente, é plenamente possível sua colocação em família substituta (BARROS, 2013).

Conforme Barros:

A prioridade legal é da família natural, pois a criança tem oportunidade de conviver com seus genitores, irmãos e avós. Por isso, antes de se optar por uma família substituta, é preciso esgotar as possibilidades de manutenção da criança em sua família natural. Daí se falar na prática forense na necessidade de trabalhar a família, através de apoio psicológico, médico e profissional aos familiares naturais da criança ou do adolescente (BARROS, 2013, p. 39).

Ainda, no que tange a convivência familiar, cumpre destacar a importância do poder familiar, dentro do qual, encontram-se diversos deveres, tais como, guarda, educação, sustento, consoante o artigo 22, do Estatuto. Entretanto, há um rol mais extenso de deveres dos pais no exercício do poder familiar, o qual se encontra previsto no Código Civil, especificamente no artigo 1.634 (BARROS, 2013).

A convivência comunitária é assegurada no mesmo sentido da convivência familiar, uma vez que o Estado não pode privar os jovens e infantes de conviver com os grupos sociais que os cercam. Ainda, são assegurados à criança e ao adolescente direito à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho (LAMENZA, 2011).

Quando se fala em participação da sociedade na vida da criança e do adolescente, deverá esta contribuir de forma que eles se sintam acolhidos e possam expressar e participar da vida comunitária sem qualquer discriminação, o que é direito fundamental previsto no artigo 16, V, do Estatuto da criança e do adolescente (ISHIDA, 2015).

Quando se fala nessa gama de direitos fundamentais, importante ressaltar a atuação do Ministério Público e do Conselho Tutelar na busca pela efetivação e punição daquele que violar ou privar os jovens e infantes de tais direitos.

As funções do Ministério Público estão previstas no artigo 201, da Lei Estatutária. Dentre suas principais atribuições, está a de “[...] zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis” (BRASIL, 1990).

O rol previsto no artigo 201 é exemplificativo, conforme o seu § 2º, o qual prevê outras possibilidades de atuação do *Parquet*, desde que essas sejam compatíveis com a finalidade institucional descrita no artigo 127, da Constituição Federal (BORDALLO, 2010).

Sobre a atuação do promotor de justiça, descreve Bordallo:

A atuação do Promotor de Justiça da Infância e Juventude é uma das mais diversificadas e gratificantes dentre as especializações funcionais do Ministério Público. A diversidade das funções em um órgão com atribuição para infância e juventude é imensa, trazendo uma experiência de vida que não será obtida em nenhum outro órgão de atuação.

A atuação não se limita à aplicação do direito ao caso concreto, sendo muito mais ampla, pois o Promotor de Justiça da Infância e Juventude deve atuar na solução de problemas os mais diversos, muitas vezes apenas ouvindo, aconselhando, orientando pais e filhos [...] (BORDALLO, 2010, p. 421).

Além do Ministério Público, outro órgão de extrema importância na proteção dos infantes e adolescentes é o Conselho Tutelar, o qual não possui nenhuma correspondência em legislação anterior, tendo em vista que, conforme visto no item 2.1, o Estado era quem executava todas as ações no tocante às crianças e adolescentes e não um órgão específico (TAVARES, 2010).

Coube então a Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, instituindo órgãos como os Conselhos da criança e do adolescente, assim como conferindo poderes e prerrogativas ao Ministério Público, posicionar a família, o Estado e a sociedade no mesmo patamar, a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos dos jovens e infantes (TAVARES, 2010).

O artigo 131, da Lei Estatutária, descreve o conceito e a função do Conselho Tutelar, como “[...] órgão independente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente [...]” (BRASIL, 1990).

É obrigatória a existência de pelo menos um Conselho Tutelar em cada município e região administrativa do Distrito Federal, o qual deve ser antecedido

pela criação do Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (ISHIDA, 2015).

As atribuições destinadas ao Conselho Tutelar estão previstas no artigo 136, do Estatuto, sendo que, por se tratar de órgão de proteção aos interesses do menor, o atendimento inicial deve ser feito por seus membros e adotadas as medidas necessárias (ISHIDA, 2015).

A fim de assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tanto o Ministério Público quanto o Conselho Tutelar, dispõem de diversas medidas de proteção elencadas na Lei Estatutária, as quais correspondem, no sistema de garantias, ao sistema secundário. As medidas de proteção, consoante Ishida:

São as medidas que visam evitar ou afastar o perigo ou a lesão à criança ou ao adolescente. Possuem dois vieses: um preventivo e outro reparador. As medidas de proteção, portanto, traduzem uma decisão do juiz menorista ou do membro do Conselho Tutelar em fazer respeitar um direito fundamental da criança ou adolescente que foi ou poderá ser lesionado pela conduta comissiva ou omissiva do Estado, dos pais ou responsável ou pela própria conduta da criança ou adolescente. Aplicam-se tanto na hipótese de situação de risco como no caso de cumulação com medida socioeducativa em ato infracional (ISHIDA, 2015, p. 230).

Tais medidas estão expressamente previstas no artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e se aplicam aos adolescentes e crianças que se encontrem em situação de risco, as quais devem ser adotadas pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude (ISHIDA, 2015).

O ponto de partida para a aplicação das medidas protetivas é o disposto no artigo 98, da Lei Estatutária, pois nele estão elencadas as situações que demonstram que a criança ou adolescente se encontra em situação de vulnerabilidade, podendo então exigir-se a atuação dos órgãos integrantes do Sistema de Garantias de Direitos (TAVARES, 2010).

O artigo supramencionado demonstra claramente que aqueles que deveriam ser responsáveis pela proteção dos jovens e infantes, quais sejam, família, sociedade e Estado, podem ser os primeiros que os colocam em situação de risco ou vulnerabilidade social (TAVARES, 2010).

Em tal ponto, o Estatuto trouxe essa divergência em contraponto com o Código de menores, uma vez que, conforme mencionado no item anterior, o Código

de 1979, responsabilizava somente a criança, o adolescente ou a família, e em nenhuma hipótese o Estado ou a sociedade (TAVARES, 2010).

Assim, segundo Patrícia Silveira Tavares, no Estatuto da Criança e do Adolescente,

[...] O legislador compreendeu que tanto a sociedade quanto o Estado têm violado os direitos destes infanto-juvenis e que agora, devem ser responsabilizados por isto. O Estado ameaça ou viola os direitos desta população quando não prioriza as ações necessárias para esta área, ou, quando deixa de deliberar, orçar e implementar políticas sociais públicas. Da mesma forma a sociedade, quando se omite diante da violência, crueldade, opressão, dos abusos de toda a forma; além de alimentar um processo de exclusão crescente, desenvolvendo até ódio contra alguns grupamentos, fazendo com que estes sejam vistos como monstros que precisam ser exterminados [...] (TAVARES, 2010, p. 522).

O rol de medidas disposto no artigo 101 não é taxativo. Assim, devem as autoridades competentes sempre observar a possibilidade de aplicação de outras medidas não previstas, mas que melhor solucionem o caso concreto e assegurem a tutela dos direitos das crianças e adolescentes (TAVARES, 2010).

Há de se ter em mente que as medidas aplicáveis às crianças e adolescentes não podem ter caráter punitivo, mas sim puramente pedagógico, uma vez que são considerados sujeitos especiais de direito, em fase de desenvolvimento (ELIAS, 2010).

Gize-se, que em alguns casos haverá a necessidade de que o jovem seja submetido a exame por equipe especializada, sendo que, tais profissionais indicarão a medida que seja mais adequada ao caso concreto, como por exemplo, nos casos em que necessite acompanhamento médico, psicológico ou psiquiátrico (ELIAS, 2010).

A medida de acolhimento institucional é considerada excepcional, sendo que deve ser aplicada somente em casos extremos e de maneira provisória. De regra, em um período muito breve, sendo que a cada 6 meses deverá ser procedida a reavaliação de tal medida, a fim de verificar a possibilidade de extinção ou de substituição por outra (ISHIDA, 2015).

No caso das crianças, menores de 12 anos, em virtude de cometimento de ato infracional, não serão aplicadas as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes, e sim, uma medida de proteção dentre as elencadas no artigo 105 do Estatuto (ISHIDA, 2015).

Conforme Roberto João Elias,

[...] à criança, seja qual for o ato cometido e independente de sua gravidade, somente poderão ser aplicadas as denominadas “medidas específicas de proteção”. A regra é absoluta e não admite qualquer exceção. O critério adotado deve-se, certamente, à presunção de que, a partir dos doze anos completos, o menor já possua o discernimento que o capacita a entender melhor os atos que pratica, tendo uma certa maturidade, que, por si mesma, o induz a agir lícitamente (ELIAS, 2010, p. 145).

Aos adolescentes, com idade compreendida entre 12 e 18 anos serão aplicadas as medidas socioeducativas elencadas no artigo 112 da Lei Estatutária, sendo que na aplicação deve-se dar preferência àquelas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários (ELIAS, 2010).

O artigo 112, enumera as medidas socioeducativas presentes no Estatuto, de acordo com o grau de severidade, iniciando pela medida de advertência e terminando com a de internação, considerada a mais gravosa, aplicada excepcionalmente em casos extremos (FULLER, DEZEM, NUNES, 2012).

De acordo com Ishida, a medida socioeducativa “[...] é a providência originada da sentença do juiz da infância e da juventude através do devido processo legal de natureza educativa, mas moderadamente também com natureza sancionatória [...]” (ISHIDA, 2015, p. 287).

Uma vez realizado o ato infracional pelo adolescente, e havendo representação do Ministério Público, finalizado o procedimento, cabe ao Juiz aplicar dentre as medidas previstas no artigo 112, aquela que se mostrar mais adequada ao caso concreto (ISHIDA, 2015).

Ao contrário do Código de Menores, o adolescente que praticar qualquer ato infracional poderá ser processado asseguradas todas as garantias do devido processo legal, além de ser imprescindível que a lei defina o fato praticado como crime ou contravenção, em obediência ao princípio da legalidade. Ainda, estão expressamente previstas no artigo 111 do Estatuto, as garantias asseguradas ao adolescente no procedimento de apuração de ato infracional (ELIAS, 2010).

Tais garantias visam à plena defesa do adolescente, sendo que, uma das mais importantes garantias é a ampla defesa, visto que, a partir dela se poderá avaliar o real grau de responsabilidade do menor em relação ao fato cometido, uma vez que pode ter agido em legítima defesa ou estado de necessidade, não podendo, nesses casos, ser-lhe atribuída culpa pelo ato praticado (ELIAS, 2010).

Uma das importantes mudanças é a obrigatoriedade da defesa técnica por advogado, o qual poderá ser escolhido pelos pais ou responsáveis pelo adolescente, pelo Magistrado, assim como o próprio dispositivo legal assegura a assistência judiciária gratuita (ELIAS, 2010).

No tocante a aplicação das medidas socioeducativas, ensinam Fuller, Dezem e Nunes,

[...] depende da conjugação de dois requisitos: objetivo - a doutrina da proteção integral (art. 1º) reclama, para a imposição de uma medida socioeducativa, a apuração de um ato infracional (art. 103), não bastando um "desvio de conduta" (doutrina da situação irregular, do antigo Código de Menores de 1979); e subjetivo - ato infracional praticado por adolescente (modelo de responsabilidade especial), pois as crianças apenas se sujeitam a medidas de proteção (modelo de irresponsabilidade: arts. 105 e 101) (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012, p. 97).

Ainda, importante ressaltar que conforme previsão no artigo 99 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há impedimento quanto à aplicação de mais de uma medida, sendo que sua principal finalidade é a de solucionar os problemas dos jovens e infantes (ELIAS, 2010).

O Estatuto além de prever medidas voltadas às crianças e adolescentes, prevê também medidas direcionadas aos pais ou responsáveis. As medidas estão elencadas no artigo 129 da Lei Estatutária, sendo algumas delas de caráter protetivo, como por exemplo o encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família (TAVARES, 2010).

É de comum entendimento que os principais responsáveis pelo desenvolvimento adequado dos jovens e infantes são os pais ou responsáveis legais, sendo que o poder familiar é considerado como uma soma de deveres dos pais em relação aos filhos (ELIAS, 2010).

Nesse sentido, é o entendimento de Patrícia Tavares, com relação as medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, “[...] embora dotadas de qualidade tutelar, quando aplicadas, assumem a natureza de obrigação de fazer [...]” (TAVARES, 2010, p. 544).

Por fim, cumpre ressaltar o disposto no artigo 130 da Lei Estatutária, no que tange ao afastamento do agressor da moradia comum com o menor, visto que são inúmeros os casos de agressão por parte dos genitores, tal medida se torna

extremamente importante, uma vez que garante a tutela da integridade física e psíquica do infante ou adolescente (ISHIDA, 2015).

Portanto, verifica-se que o legislador procurou de todas as formas garantir a tutela dos direitos da criança e do adolescente, com a previsão de medidas de proteção, medidas de caráter pedagógico e inclusive medidas aplicáveis aos pais e responsáveis. Além disso, atribuiu funções de cunho protetivo e fiscalizador ao Ministério Público e principalmente ao Conselho Tutelar (TAVARES, 2010).

Nesse sentido fica totalmente demonstrada a intenção do Estado, através da legislação vigente, de proteger a criança e o adolescente de qualquer ameaça a seus direitos, contudo, a simples previsão legal não garante a efetividade das medidas de proteção, necessitando a criação de políticas públicas e de órgãos de fiscalização.

Por fim, considerando que ao longo da história a criança conquistou o seu espaço dentro da sociedade e do ordenamento jurídico, passando de ser insignificante a sujeito de direitos, percebe-se necessária a união da família e do Estado na busca pela efetivação da proteção da dignidade da criança e do adolescente, sendo esses como já mencionado, seres em plena evolução física e psíquica e que demandam muita atenção e cuidado, sendo a família meio propulsor da dignidade do infante e o Estado meio de efetivação dos direitos e garantias previstos no Texto Constitucional e na Lei Estatutária.

2.3 A DIGNIDADE HUMANA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL: O PRISMA CONTEMPORÂNEO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

A dignidade humana pode ser considerada mais do que um princípio, isto é, um postulado normativo, o qual deve ser respeitado em toda e qualquer situação, assim como um valor que deve ser permanentemente perseguido pela sociedade. Tendo em vista sua importância dentro do ordenamento jurídico e na vida em sociedade, está expressamente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (BARROS, 2013).

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana se tornou um dos grandes consensos éticos do mundo, sendo materializada em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições (BARROSO, 2015).

A dignidade é considerada um valor fundamental, sendo que os valores ingressam no direito geralmente na forma de princípios, assim, entendemos a dignidade humana como um princípio jurídico de status constitucional. Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso, “[...] como valor e como princípio a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais [...]” (BARROSO, 2015, p. 285).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos acolheu a dignidade humana como um dos principais valores a serem respeitados no universo de direitos. Isso, porque a dignidade humana é considerada direito inerente ao ser humano, não dependendo de qualquer critério para ser garantida (PIOVESAN, 2008).

No entendimento de Flávia Piovesan,

[...] seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno, a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2008, p. 153).

O princípio da dignidade humana é considerado muito amplo, motivo pelo qual se torna difícil sua conceituação, uma vez que ele não cuida de características específicas do ser humano, e sim de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano (SARLET, 2008).

Portanto, pode-se dizer que o conceito de dignidade humana, segundo Sarlet, “[...] é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. [...] reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional [...]” (SARLET, 2008, p. 159).

Cumprido destacar que a dignidade humana é irrenunciável, uma vez que não pode ser retirada ou concedida à pessoa, visto que, como já mencionado, se trata de algo inerente ao ser humano, não podendo ser também dispensada ou substituível (SARLET, 2008).

Segundo o entendimento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores de espírito como com as condições materiais de subsistência [...] (BARROSO, BARCELLOS, 2008).

A Lei Estatutária refere em seu artigo 18 que “[...] É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990). Por corolário, por meio do presente dispositivo, apresenta formas de preservar a dignidade da criança e do adolescente (BARROSO, 2015).

Na Constituição Federal, tal princípio é fundamento da República, nos termos do inciso III do artigo 1º. A dignidade humana dá origem e serve de base para todos os direitos materialmente fundamentais, bem como representa o núcleo essencial de cada um deles (BARROSO, 2009).

Nesse sentido, a dignidade humana será sempre utilizada a fim de nortear a melhor decisão nos casos em que houverem lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito e demais divergências. Ainda, qualquer lei que viole de qualquer forma a dignidade humana, será considerada nula (BARROSO, 2015).

No que se refere ao valor da dignidade humana, Piovesan alude que “[...] impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional [...]” (PIOVESAN, 2008, p. 150).

Nesse sentido, pode-se afirmar que é no valor da dignidade humana que o ordenamento jurídico como um todo encontra sentido, sendo que o princípio serve como ponto de partida e de chegada, a fim de orientar os juristas na interpretação da norma (PIOVESAN, 2008).

Frisa-se que, no entendimento de Ingo Sarlet, o elemento nuclear da noção de dignidade humana está ligado ao pensamento de Kant, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa (SARLET, 2008).

Segundo Martha de Toledo Machado, a dignidade humana é o ponto central do Estado Democrático de Direito, visto que dentro os previstos no artigo 1º do Texto Constitucional é o único que atrai conteúdo valorativo aos demais (MACHADO, 2003).

O princípio, como já anteriormente referido, se trata de um atributo da pessoa, sendo que, no caso específico do Estatuto da criança e do adolescente, atributo de pessoa em desenvolvimento, dessa forma a Lei Estatutária tenta por meio deste princípio, sensibilizar a sociedade a fim de evitar que os jovens e infantes passem por qualquer tipo de tratamento que possa atentar contra sua dignidade (ISHIDA, 2015).

Segundo Ishida, visa evitar os seguintes tratamentos:

1 Tratamento desumano. Trata-se do tratamento degradante que impinge sofrimento físico ou mental. 2 Tratamento violento. É o exercício contra a criança ou adolescente da violência física, como pode ocorrer com a violência doméstica. 3 Tratamento aterrorizante. É aquele que impõe o terror, isto é, o medo à criança ou adolescente [...]. 4 Tratamento vexatório. É aquele que impõe uma vergonha ou uma humilhação [...]. 5 Tratamento constrangedor. É aquele que resulta vergonha, semelhante ao tratamento vexatório (ISHIDA, 2015, p. 42).

Quando se fala em conteúdo jurídico na dignidade humana, Barroso destaca, em uma concepção minimalista, que o princípio identifica três elementos, quais sejam, “[...] (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário) (BARROSO, 2015, p. 286).

O valor intrínseco é aquele ligado a natureza do ser, está na origem de diversos direitos fundamentais, tais como, o direito à vida, à igualdade, etc. Já a autonomia está ligada a razão e ao exercício da vontade de acordo com as normas, tem como pressuposto necessário, a satisfação do mínimo existencial. Por fim, o valor comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, sendo moldada conforme os valores partilhados em comunidade (BARROSO, 2015).

Além do princípio da dignidade humana, outro princípio basilar e norteador do direito da criança e do adolescente, é o princípio da proteção integral, no qual se baseia integralmente a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Brasil, a doutrina da proteção integral foi instituída com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei Federal nº 8.069/90, sendo que procurou-se dar à infância a verdadeira proteção no que tange aos seus direitos fundamentais, obrigando o Estado a amparar as crianças e adolescentes em todos os sentidos. Tal

princípio encontra-se disciplinado no artigo 227 do texto Constitucional, em perfeita integração com o princípio da dignidade humana (AMIN, 2010).

Assim, se substituiu a Doutrina da situação irregular pela Doutrina da Proteção Integral, a qual possui caráter de política pública. Assim, as crianças e adolescente deixaram de ser objeto de proteção assistencial e passaram a ser titulares de direitos subjetivos (AMIN, 2010).

Saraiva cita algumas características da doutrina da proteção integral, entre elas estão:

[...] a) definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vir a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso.

b) desaparecem as ambigüidades, as vagas e imprecisas categorias de “risco”, “perigo moral ou material”, “circunstâncias especialmente difíceis”, “situação irregular”, etc.

c) Estabelece-se que, quem se encontra em “situação irregular”, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade, Estado) [...] (SARAIVA, 2006, p. 26).

Para assegurar os direitos conferidos às crianças e adolescentes pela doutrina da proteção integral, foi estabelecido um sistema de garantia, que se consolida e deve ser executado pelo Município, o qual restou competente para estabelecer a política de atendimento dos direitos dos jovens e infantes, através do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente – CMDCA (AMIN, 2010).

No entendimento de Roberto João Elias, “[...] a proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade [...]” (ELIAS, 2010, p. 12). Assim, verifica-se que devem ser asseguradas as crianças e adolescentes assistência material, moral e jurídica (ELIAS, 2010).

Na lição de Martha Toledo Machado, o princípio da proteção integral

[...] assenta-se na premissa de que todas as crianças e os adolescentes, independentemente da situação fática em que se encontrem, merecem igualdade jurídica, merecem receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo (MACHADO, 2003, p. 50).

De acordo com o princípio da proteção integral, as crianças e adolescentes devem ser tratados como sujeitos de direito e de forma prioritária, haja vista seu estado de desenvolvimento, o qual lhes atribui necessidades especiais e de pronto atendimento (COSTA, BIGRAS, 2007).

O princípio está expressamente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente logo em seu artigo 1º, opondo-se a antiga doutrina da situação irregular adotada pelo Código de Menores, apresentando um conjunto de normas e medidas de proteção para evitar tais situações (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

No que tange aos fins protetivos, a doutrina da proteção integral passou a levar em conta o eventual risco social a que se encontra exposta a criança e o adolescente, e não mais a situação irregular, permitindo, portanto, ao legislador e ao próprio juiz e operadores da rede de proteção uma maior liberdade na análise e atuação dos casos específicos que necessitem algum tipo de medida de proteção (AMIN, 2010).

Segundo Lamenza, compreende-se por proteção integral,

[...] todas as iniciativas por parte da família, da sociedade e do próprio Estado no sentido de garantir à criança e ao adolescente um ambiente propício a seu regular e peculiar desenvolvimento. O paradigma da proteção integral dos infantes e jovens é estabelecido numa tomada de atitudes positivas, amplas e irrestritas por todos os envolvidos nesse processo ligado intimamente à vida das crianças e dos adolescentes, de modo que não se excluam quaisquer gestos tendentes a assegurar seus direitos fundamentais (LAMENZA, 2011, p. 20).

A doutrina da proteção integral encontra-se também positivada na Convenção sobre os Direitos da Criança, em seus artigos 2º e 3º, os quais dispõem, “[...] Os Estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar [...]” (FULLER, DEZEM, NUNES, 2012).

Na mencionada Convenção foi a primeira vez que se ouviu falar em proteção integral, reconhecendo-se a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, merecendo, portanto, proteção especial por parte dos Estados (AMIN, 2010).

Vale ressaltar que o princípio da proteção integral é amplo, abrangendo todos os direitos assegurados às crianças e adolescentes, inclusive aqueles não previstos expressamente em norma (FULLER, DEZEM, NUNES, 2012).

O mencionado princípio traz a ideia da universalização de direitos, uma vez que os direitos alcançam a todos os infantes e jovens, não apenas uma parcela destes. Por isso, segundo Saraiva, “[...] se diz que com estas leis se recupera a universalidade da categoria infância, perdida com as primeiras leis para ‘menores’ [...]” (SARAIVA, 2006, p. 27).

Conforme Andréa Amin:

Com o fim de garantir efetividade à doutrina da proteção integral a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil (AMIN, 2010, p. 14).

Assim, pode-se concretizar a visão de que a responsabilidade pelos jovens e infantes não recai somente sobre a família, mas também à sociedade e, principalmente, ao poder público (AMIN, 2010).

No que tange as mudanças implementadas pela doutrina da proteção integral em relação a doutrina da situação irregular, destaca-se que o modelo passa de assistencialista para um modelo de direito subjetivo, além de que a competência quanto a aplicação das políticas de atendimento passa a ser do Município, sendo que antes era do Estado/União na figura do Juiz do Menor (AMIN, 2010).

Para Martha Toledo Machado, o núcleo da proteção integral “[...] é a noção de que sem a efetivação dos chamados ‘direitos sociais’ de crianças e adolescentes [...] não se logrará material proteção aos seus direitos fundamentais [...]” (MACHADO, 2003).

Nesse sentido, nota-se a necessidade de criação de políticas públicas por parte do Estado que visem assegurar os direitos fundamentais positivados, visto que sem a criação de tais políticas não se alcançará a proteção integral. Contudo, há de se ressaltar que as políticas públicas deverão ser traçadas e executadas levando em consideração a condição especial da criança e do adolescente, os quais são pessoas em peculiar desenvolvimento (MACHADO, 2003).

A ênfase que se dá à proteção integral dos infantes é muito relevante, tendo em vista que não se deve pensar na criança e no adolescente apenas como um ser que deve ser alimentado para sobreviver, mas sim, como um ser que merece

atenção especial por estar em pleno desenvolvimento físico e psicológico (ELIAS, 2010).

A liberdade psíquica da criança e do adolescente está diretamente ligada à dignidade, devendo ser observada com o máximo cuidado nos casos de adoção, colocação em família substituta, guarda e regulamentação de visitas (ELIAS, 2010).

O artigo 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que nenhuma criança ou adolescente será objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo os responsáveis punidos na forma da lei (BRASIL, 1990).

Segundo Valter Kenki Ishida:

Entende-se por **negligência** o ato omissivo, como por exemplo, falta de cuidados pelo responsável legal; **discriminação**, forma de se evitar o contato, por motivos étnicos, religiosos etc., como, por exemplo, pela cor da criança ou do adolescente; **exploração**, a forma de extrair irregularmente proveito da conduta do menor, que ocorre com os denominados “pais de rua”; **violência, crueldade e opressão**, a conduta coercitiva contra o adolescente, por qualquer finalidade (ISHIDA, 2015, p. 18) [grifo do autor].

O artigo mencionado demonstra claramente o princípio da proteção integral, considerado o Estatuto da Criança e do Adolescente como um microsistema jurídico, criando uma série de instrumentos de defesa, a fim de amparar e proteger os infantes (ISHIDA, 2015).

Com a finalidade de garantir a efetividade da doutrina da proteção integral, a Lei Estatutária instituiu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais, programas assistenciais e principalmente atribui competência para fiscalização da real proteção dos jovens e infantes, além da previsão de diversas medidas de proteção a estes (AMIN, 2010).

O Estatuto inovou instituindo, a fim de efetivar as medidas de proteção, a “rede de proteção”, composta pelo Estado, família e sociedade. Assim, conforme Costa e Bigras, quando se fala em rede de proteção, esta deve atuar de forma dinâmica “[...] agindo e interagindo com esta atuação, construindo possibilidades de melhorias, quanto às condições necessárias ao desenvolvimento de crianças e adolescentes [...]” (COSTA; BIGRAS, 2007, p. 1108).

Portanto, o principal objetivo da doutrina da proteção integral é garantir todos os direitos fundamentais que são inerentes às crianças e adolescentes, de maneira que eles não venham a sofrer nenhum tipo de privação ou violação desses direitos,

utilizando como meio de garanti-los a previsão e adoção de medidas, sejam elas comunitárias, administrativas ou judiciais (LAMENZA, 2011).

Nesse sentido, fica totalmente demonstrada a intenção do Estado, através da legislação vigente, de proteger a criança e o adolescente de qualquer ameaça a seus direitos. Contudo, a simples previsão legal não garante a efetividade das medidas de proteção, necessitando-se da criação de políticas públicas e de órgãos de fiscalização, além de um maior comprometimento por parte do Judiciário, Ministério Público, sociedade e família a fim de que possibilitar a eficácia do sistema garantista.

CONCLUSÃO

A pesquisa se instaura em um cenário de luta por direitos, iniciando em uma época que a criança não era reconhecida como sujeito de direitos e tampouco como pessoa em desenvolvimento, sendo que eram comparadas aos adultos.

No primeiro capítulo, estudou-se a concepção de criança desde a época medieval até hodiernamente. Assim, verificou-se que a figura da criança somente começou a aparecer a partir do século XV, quando surgiram os colégios e com eles a necessidade de proteger a moralidade dos infantes.

Cita-se como um marco da luta pelos direitos da infância a Lei nº 2.040/1871 (Lei do Ventre Livre), a qual constituiu, naquela época, um grande avanço por considerar os filhos da mulher escrava de “condição livre”, sendo que estes ficavam sob a guarda dos senhores de suas mães, que tinham o dever de cria-los e trata-los até os oito anos de idade.

Outro marco de suma importância foi à criação da assistência social no século XIX, marcada inicialmente pela iniciativa privada e, posteriormente, passou a ser mantida pelo poder público, quando surgiram as primeiras instituições públicas de abrigo.

Os programas oficiais de assistência aos jovens e infantes surgiram no início do século XX, sendo fundada a primeira instituição pública para atendimento dos infantes, qual seja o Instituto de Proteção e Assistência à Infância, o qual possuía sede no estado do Rio de Janeiro.

Antes da promulgação da Constituição da República de 1934, em 1921, a Lei nº 4.242 autorizou o governo a organizar o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinquente, lei esta que abriu oportunidade para criação dos juízos de menores.

A já mencionada Constituição da República de 1934 foi a primeira a fazer menção aos direitos referentes à infância e juventude, estabelecendo o dever do Estado em amparar a maternidade e a infância.

Contudo, apenas a Constituição de 1988 reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direito, conferindo-lhes direitos iguais aos dos adultos, oportunidade em que foram reconhecidos como pessoas em peculiar fase de desenvolvimento.

Com o advento desta Constituição, a criança e o jovem se tornaram prioridades para o Estado, que passou a protegê-los constitucionalmente da família desestruturada, assim como garantir educação, políticas sociais e bases para exercício da cidadania,

Falou-se, também, do direito da criança e do adolescente sob o prisma do direito comparado, sendo que se verificou que, a exemplo do Brasil, a maioria dos países adotou as diretrizes impostas pela Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança.

No segundo capítulo, inicialmente estudou-se a uniformidade de tratamento dispendida aos menores de 18 anos pela Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores), lei esta que versava sobre a proteção e vigilância dos menores de idade que se encontrassem em situação irregular ou em casos expressos previstos em lei.

O Código de Menores era caracterizado como assistencialista, visto que predominava o entendimento de que o principal problema das crianças estava relacionado à assistência.

Essa Lei instituí a doutrina da situação irregular, a qual englobava os casos de delinquência, vitimização e pobreza, além de outras hipóteses que se apresentavam de forma vaga, o que possibilitava a atuação discricionária do juiz de menores.

Na doutrina da situação irregular, as crianças e jovens não eram reconhecidos como sujeitos de direitos, mas sim, como incapazes. Assim, decorrente desse conceito de incapacidade do menor, sua opinião era considerada irrelevante, assim como não eram garantidos aos menores os mesmos direitos garantidos aos adultos.

Com o advento em 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a doutrina da situação irregular deu lugar à doutrina da proteção integral, criando mecanismos de amparo e proteção à criança e ao adolescente, garantindo-lhes instrumentos efetivos de defesa.

Uma das principais mudanças instituídas pelo Estatuto foi à diferenciação entre criança e adolescente, considerando-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade.

Um dos principais motivos dessa alteração técnica foi dar fim ao preconceito criado pelo Código de Menores, uma vez que a palavra "menor" trazia a ideia de "situação irregular", e era vinculada ao conceito de infrator. Portanto, com o intuito de acabar com essa situação, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente passaram a denominar o menor de 18 anos como adolescente e o menor de 12 anos como criança.

Ainda, o Estatuto instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do melhor interesse do menor, superando a ideia que o Código de Menores trazia, que era da incapacidade das crianças e adolescentes, passando, então, a serem considerados pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento, sujeito de direitos.

Por fim, analisaram-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral, sendo que ambos os princípios garantem à criança e ao adolescente a efetiva tutela dos seus direitos fundamentais.

O princípio da dignidade humana é considerado atributo da pessoa, sendo que, no caso específico do Estatuto da Criança e do Adolescente, atributo de pessoa em desenvolvimento, dessa forma a Lei Estatutária tenta por meio deste princípio, sensibilizar a sociedade a fim de evitar que os jovens e infantes passem por qualquer tipo de tratamento que possa atentar contra sua dignidade.

Já o princípio da proteção integral, também instituído pela Constituição Federal de 1988, visa dar à infância a verdadeira proteção no que tange aos seus direitos fundamentais, obrigando o Estado a amparar as crianças e adolescentes em todos os sentidos.

De acordo com o princípio da proteção integral, as crianças e adolescentes devem ser tratados como sujeitos de direitos e de forma prioritária, haja vista seu estado de desenvolvimento, o qual lhes atribui necessidades especiais e de pronto atendimento.

O princípio está expressamente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente logo em seu artigo 1º, opondo-se a antiga doutrina da situação irregular adotada pelo Código de Menores, apresentando um conjunto de normas e medidas de proteção para evitar tais situações.

Assim, a partir da análise empreendida, pode-se verificar que as hipóteses apresentadas restaram confirmadas, uma vez que à luz da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da proteção integral é o princípio basilar que busca primordialmente proteger a criança e o adolescente de ameaças e de violações a seus direitos. Partindo desse pressuposto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais hodiernamente são garantidos efetivamente, o que assegura a dignidade da criança e do adolescente no plano formal.

Contudo, percebe-se que na prática, apesar da previsão expressa de direitos fundamentais assegurados às crianças e os adolescentes na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, esses não são devidamente efetivados, o que fragiliza a proteção da dignidade dos infantes, colocando-os em situação de vulnerabilidade.

Portanto, com a presente pesquisa, pode-se concluir que a criança e o adolescente encontram-se amplamente amparados no que tange à legislação brasileira, uma vez que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente preservam diversas normas e mecanismos de proteção, a fim de efetivar a tutela da dignidade dos jovens e infantes.

Ocorre que, nem sempre o Estado, através da criação de políticas públicas, consegue colocar em prática o que está previsto na norma abstrata, resultando, assim, em uma fragilização do sistema protetivo, sendo que a simples previsão legal não garante a efetividade das medidas de proteção, necessitando a criação de políticas públicas e de órgãos de fiscalização.

Assim, considerando que ao longo da história a criança conquistou o seu espaço dentro da sociedade e do ordenamento jurídico, passando de ser insignificante a sujeito de direitos, percebe-se necessária à união da família e do Estado na busca pela efetivação da proteção da dignidade da criança e do adolescente, sendo esses, como já mencionado, seres em plena evolução física e psíquica e que demandam muita atenção e cuidado, onde a família é o meio propulsor da dignidade do infante e o Estado meio de efetivação dos direitos e garantias previstos no Texto Constitucional e na Lei Estatutária.

Todavia, tem-se por óbvio que a presente pesquisa não exaure toda a matéria a ser pesquisada acerca do tema, uma vez que o direito está sujeito a constantes

mudanças, tendo em vista que evolui em conjunto com a sociedade, o que resultará com toda certeza em pesquisas futuras acerca da matéria abordada.

Por derradeiro, a pesquisa contribui de forma extremamente positiva no âmbito dos direitos infanto-juvenis, haja vista que demonstra claramente a necessidade de criação de políticas públicas eficazes a fim de garantir os direitos previstos na legislação, considerando que a criança, bem como o adolescente, como enfatizado ao longo da pesquisa, necessitam de proteção especial por serem considerados pessoas em peculiar desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; TAVARES, Patrícia Silveira; MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 15, p. 9-28, 2000.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7ª. ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Código de Menores. **Lei nº 6.697/1979**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jan.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Decreto nº 678/92**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____, Convenção sobre os Direitos da Criança. **Decreto nº 99.710/90**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n.º 8.069/1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, **Lei 4.513**, de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____, **Resolução n.º 175**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 mai. 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Maria da Conceição O; BIGRAS, Marc. Mecanismos pessoais e coletivos de proteção e promoção da qualidade de vida para a infância e adolescência. **Cien Saude Colet**, v. 12, n. 5, p. 1101-1109, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v12n5/02.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2016.

COSTA; Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Revisitando o ECA: Notas críticas e observações relevantes**. Curitiba: Multideia, 2013.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; NUNES, Flávio Martins Alves Júnior. **Difusos e Coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2012.

GÓES, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo; SANTOS, Marco Antonio Cabral dos; PASSETTI, Edson; DEL PRIORE, Mary (coord.). **História das Crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

HACKING, Ian. Construindo tipos: o caso de abusos contra crianças. **Cadernos Pagu**, Campinas, São Paulo, n. 40, p. 7-66, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645067>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionabilidade do Estado**. Barueri: Minha Editora, 2011.

LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular a doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul – Juizado da Infância e Juventude – Periódico**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.ius.br/paginas/material-de-apoio/edicao-05.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LINARES, Angela Gabriela Spínola; KRAUTSTOFL, Elena; SPRANDEL, Marcia Anita. **Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: Desafios e Recomendações**. Curitiba: Itaipu Binacional, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. **Revista USP: Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 37, p. 46-57, 1998.30

MASSON, Cleber; **Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

PEREIRA-PEREIRA, Potyara Amazoneida; MATOS, Alessandra Gomes de; SALES; Mione Apolinario; MATOS, Maurílio Castro de; LEAL, Maria Cristina. **Política Social, Família e Juventude: Uma questão de direitos**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

PINTO, Paulo Mota; CAMPOS, Diogo Leite de; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Caderno de Direito Constitucional – Módulo V: Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. **Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, 2006.

_____, Flávia; SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; George Salomão (coord). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2ª. ed. São Paulo: Método: 2008.

PIRES, Ana L. D; MIYAZAKI, Maria C. O. S. Maus-tratos contra crianças e adolescentes: revisão da literatura para profissionais da saúde. **Arquivo ciência e saúde**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2733.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

PROENÇA, José João Gonçalves de. **Direito da Família**. 4ª. ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

RIBEIRO, Ana Carolina de Campos Paranhos. **A Doutrina da proteção integral em perspectiva comparada**: O Histórico do direito e da proteção social para a criança e o adolescente no Brasil e na Argentina. 2015. 104f. Monografia (Licenciatura em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10012/1/2015_AnaCarolinaParanhosdeCamposRibeiro.pdf>. Acesso em 10 nov. 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescentes e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEGALIN, Andreia; TRZCINSKI, Clarete. Ato infracional na adolescência: problematização do acesso ao sistema de justiça. **Revista Virtual Textos & Contextos - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1038/817>>. Acesso em 12 nov. 2016.

SILVA, Roberto da. A construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Rio Grande, 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554&revista_caderno=12>. Acesso em 11 nov. 2016.

SOARES, Janine Borges. Construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica. **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Barra do Ribeiro, 2016. Disponível em:
<<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em 09 nov. 2016.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência Juvenil**: Compêndio Transdisciplinar. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.