

**O CÓDIGO MELLO MATTOS
E SEUS REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO POSTERIOR**

Maurício Maia de Azevedo

Capítulo 1: Introdução	3
Capítulo 2: Responsabilidade Penal do menor	7
Capítulo 3: Poder Normativo do Juiz	15
Capítulo 4: Família Substituta	22
Capítulo 5: Prevenção e Infrações Administrativas	29
Capítulo 6: Conclusão	35
BIBLIOGRAFIA:	36

Capítulo 1: Introdução

O ‘Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior’ é o tema de nossa monografia, promovida pelo Museu da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O ‘Código Mello Mattos’ era o Decreto 17.943-A, de 12-10-1927. Tinha 231 artigos e foi assim chamado em homenagem a seu autor, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos. Nascido em Salvador-BA, em 19-03-1864. Mello Mattos seria não apenas o seu idealizador, mas também o 1º juiz de Menores do Brasil, nomeado em 02-02-1924, exercendo o cargo na então capital federal, cidade do Rio de Janeiro, criado em 20-12-1923, até o seu falecimento, em 1934.

Em 1923 havia sido inaugurado o Juizado Privativo de Menores da Capital Federal, primeira instituição estatal voltada para a assistência a crianças abandonadas física e moralmente. Em 1924 já havia sido inaugurada a Casa Maternal Mello Mattos, situada no bairro do Jardim Botânico, Rio de Janeiro-RJ, ainda em funcionamento, em secular chácara de engenho, abrigando mais de 200 crianças de 2 a 14 anos de idade. A partir do Código Mello Mattos, ganharia destaque uma nova função – Serviço Social – a ser desempenhada profissionalmente por pessoas, organizando-se, a partir dali, esta nova carreira no Brasil.

Embora elaborado exclusivamente para o controle da infância abandonada e dos delinquentes de ambos os sexos, menores de 18 anos (art.1º), o Código Mello Mattos seria, apesar disto, o primeiro diploma legal a dar um tratamento mais sistemático e humanizador à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social.

O serviço social no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teve início a partir da instalação da Agência de Família da Legião Brasileira de Assistência, no Juizado de Menores e que passou, em 1948, a fazer parte do quadro da Justiça. Foi realizado concurso para admitir dez assistentes sociais, que teriam como principal função realizar sindicâncias sobre os casos de internação, para verificar a real necessidade do benefício e a investigação sobre os meninos apreendidos pelas autoridades policiais, como vadios, nas

vias públicas. Portanto, o Código Mello Mattos foi um marco jurídico-institucional no Brasil. E veremos o porquê.

Ao tempo do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D.Afonso V; foram substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, por determinação do Rei de Portugal, D.Manuel I. Nenhum dos dois ordenamentos chegou a ser eficaz em Portugal, quanto mais em suas colônias.

As Ordenações Filipinas foram promulgadas em 1603, por Filipe II, e orientava-se no sentido de ampla e generalizada criminalização e severas punições. Predominavam a pena de morte, mas haviam outras, cruéis: açoite, corte de membro, trabalho forçado em galés, etc.

Ao tempo da vinda da família real para o Brasil, em 1808, vigoravam tais Ordenações Filipinas na colônia do Brasil, rapidamente elevada a ‘reino unido’ a Portugal. O único benefício que um menor de 17 anos tinha em relação a um maior de idade era não ser condenado à morte.

O Código Penal Brasileiro de 1830 fixou a idade de responsabilidade penal objetiva aos 14 anos e facultou ao juiz a possibilidade de — isso se ele entender que a criança sabe distinguir o bem do mal — mandá-la para a cadeia a partir dos 7 anos. Portanto, o Brasil adota critério biopsicológico entre 7 e 14 anos para afirmar que a partir dos 14 se é tratado como adulto. Tal modificação na legislação penal foi realizada para permitir que D. Pedro II, fosse considerado ‘adulto’ aos 14 anos, emancipado, e passasse a governar o Brasil. José Bonifácio de Andrada e Silva seria seu tutor até completar esta ‘nova’ maioridade.

Em 16 de dezembro de 1830, o então imperador D.Pedro I sancionou o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina. Composto de 313 artigos, embora mantendo a pena de morte (art.38) e outras penas cruéis, abrandou-as, criou o sistema de dias-multa e estabeleceu que ‘nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis’, o que já era um avanço legislativo à época.

A primeira lei brasileira que tratou de proteger efetivamente os menores foi a Lei do Ventre Livre (1871), que, embora seja um absurdo do ponto de vista do século XXI,

trouxe o primeiro dispositivo legal protetivo expresso às crianças. Podemos encontrar, no sítio virtual do Senado Federal, o texto da lei, cujo resumo é: a mãe escrava tem direito a criar seu filho até os 7 anos. Quando a criança completa 7 anos, surgiam duas alternativas: o Estado brasileiro indenizava o dono da escrava num valor de alguns mil réis, e a criança era retirada da mãe e colocada num orfanato — ou seja, deixa de ser escrava para ser abandonada —, ou continuava na companhia da mãe, trabalhava como escrava até os 21 anos, quando então é alforriada.

Em 11-10-1890, foi editado novo Código Penal brasileiro, conhecido como Código Zanardelli; apresentava graves defeitos de técnica, e seria substituído em 1940, pelo Decreto-lei 2.848 de 1940, Código Penal, cuja parte especial continua em vigor.

O Código Penal de 1890, o primeiro da República, estabeleceu a inimizabilidade absoluta apenas para os menores de nove anos. Para os infratores que contassem entre nove e quatorze anos, desde que houvessem agido com discernimento, era indicado o recolhimento a estabelecimento disciplinar industrial, pelo tempo que parecesse necessário ao juiz, não podendo exceder o limite de dezessete anos de idade. Apesar da previsão de tratamento diferenciado, as "casas de correção" e as unidades de "estabelecimento disciplinar industrial" jamais saíram do papel.

No final do século XIX, nasceria de forma bizarra o Direito do Menor. Segundo depoimento do Exmo.Sr.Juiz JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, do estado do RS:

Em 1896, na cidade de Nova York, aconteceu um caso que ficou conhecido como o caso Mary Ann. Nova York já era Nova York em 1896. Consta da história que um casal maltratava muito a filha Mary Ann, de 9 anos. Toda a cidade tinha conhecimento dessa relação perversa, mas ninguém fazia nada, até pelo conceito de que criança era como vaca: propriedade da família, que a educava como achasse melhor.

No entanto, a situação chegou a tal extremo, que um belo dia um grupo de pessoas da sociedade local entrou na Justiça pleiteando junto ao juiz de direito da cidade a guarda da criança. Que grupo de pessoas fez isso? A Sociedade Protetora dos Animais de Nova York, que então já existia.

Quem é da área de Direito sabe o que um fato como esse gera de polêmica no Fórum: se tem competência ou não, se tem legitimidade ou não. O fato é que chegou-se ao consenso de que se aquela sociedade podia defender um cavalo, um cachorro, um gato ou uma vaca, evidentemente poderia defender uma criança. Pois bem. Um grupo da sociedade protetora dos animais de Nova York entrou na Justiça com ação de defesa da criança. A partir daí surgiu uma entidade até hoje existente chamada Save The Children of World. Essa ONG criada no final do século XIX teve grande influência no surgimento do Direito de Menores, no início do século XX, ou seja, o Direito Tutelar. Os menores, considerados bens de família, passaram a ser objeto de proteção do Estado. Com

isso, surgiram as grandes legislações para menores. Nos primeiros 20 anos do século XX apareceram códigos de menores em todo o mundo.

Insisto nesse assunto porque não consigo imaginar um foro de responsabilidade enfrentando esse tema sem conhecer a origem das legislações.

Somos protagonistas de um processo histórico e, como tal, temos imensas responsabilidades. Não podemos trabalhar movidos por “achismos” porque não há mais espaço para amadores. É necessário absoluto conhecimento dos problemas, para os enfrentarmos.

O Brasil entrou na onda do novo Direito e aprovou seu primeiro Código de Menores em 1927. Antes disso, em 1922 — ano importante não apenas pela realização da Semana de Arte Moderna, mas também pela efervescência que reinava na década de 20 no Estado e na política nacional —, o Brasil abandonou o Código Penal de 1890, criou a Consolidação das Leis Penais e deixou de lado o critério biopsicológico, que permitia ao juiz decidir se o jovem entre 9 e 14 anos ia ou não para a cadeia, e adotou o critério objetivo de responsabilidade penal a partir dos 14 anos. Retrospectivamente, no início do século XIX era a partir dos 7 anos; depois de 1830, entre 7 e 14 anos; em 1890, entre 9 e 14 anos; e, em 1922, aos 14 anos.

Em 1927, o Brasil teve o primeiro Código de Menores, conhecido como Código Melo Mattos, que fixou a menoridade em 18 anos. Com isso, houve conflito de leis entre o Código Melo Mattos e a Consolidação das Leis Penais.¹

A doutrina subjacente ao Código Mello Mattos (CMM) era a de manter a ordem social. As crianças com família não eram objeto do Direito; já as crianças pobres, abandonadas ou delinquentes, **em situação irregular – e apenas aquelas que estivessem em situação irregular-**, passariam a sê-lo.

Estariam em situação irregular aqueles menores de idade (18 anos) que estivessem expostos (art.14 e ss, CMM); abandonados (art.26, CMM); ou fossem delinquentes (art.69 e ss, CMM).

Era, pois, um tratamento conservador e parcial da questão; mas apesar disto constituía-se em um avanço legislativo considerável.

¹ Depoimento do Exmo.Sr. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA - Juiz do Juizado Regional da Infância e da Juventude do Município de Santo Ângelo, Estado do Rio Grande do Sul, ao Grupo de Trabalho do ECA, Câmara dos Deputados, Número: 0324/04 Data: 13/04/04.

Capítulo 2: Responsabilidade Penal do menor

Respondendo à questão filosófica “o que é O DIREITO”, e recorrendo à teoria tridimensional, tão bem exposta pelo mestre Miguel REALE, ela nos diz que ele é, a um só tempo, FATO, VALOR e NORMA, ou seja, “um elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo.” Segundo NADER:

O Direito não possui uma estrutura simplesmente factual, como querem os sociólogos; valorativa, como proclamam os idealistas; normativa, como defendem os normativistas. Essas visões são parciais e não revelam toda a dimensão do fenômeno jurídico. Este congrega aqueles componentes, mas não em uma simples adição. Juntos vão formar uma síntese integradora, na qual ‘cada fator é explicado pelos demais e pela totalidade do processo’

As *Lebenverhaltnis* – relações de vida – são a fonte material do Direito. Ao disciplinar uma conduta, o ordenamento jurídico dá aos fatos da vida social um modelo, uma fórmula de vivência coletiva. Seja uma norma jurídica: “É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador” (art.1.175, CC-1916).

O fato – uma dimensão do Direito – é o acontecimento social referido pelo Direito objetivo. É o fato interindividual que envolve interesses básicos para o homem e que por isso enquadra-se dentro dos assuntos regulados pela ordem jurídica. No exemplo citado, o fato é a circunstância de alguém, possuidor de bens, desejar promover a doação de seu patrimônio a outrem, sem reservar o suficiente para o custeio de suas despesas. O valor é o elemento moral do Direito, é o ponto de vista sobre a justiça. Toda obra humana é impregnada de sentido ou valor. Igualmente o Direito. No caso analisado, a lei tutela o valor vida e pretende impedir um fato anormal e que caracterizaria uma situação *sui generis* de abuso do direito. **A norma consiste no padrão de comportamento social, que o Estado impõe aos indivíduos, que devem observá-la em determinadas circunstâncias.** No exemplo do art.1.175, a norma expressa um dever jurídico omissivo. A conduta imposta é uma abstenção. Fato, valor e norma acham-se intimamente vinculados. Há uma interdependência entre os três elementos...

...

Construído por três fatores, **o Direito forma-se da seguinte maneira:** Um valor – podendo ser mais de um – incide sobre um prisma (área dos fatos sociais) e se refrata em um leque de normas possíveis, competindo ao poder estatal escolher apenas uma, capaz de alcançar os fins procurados. Um valor, para Miguel REALE, pode desdobrar-se em vários dever-ser, cabendo ao Estado a escolha, a decisão. O jusfilósofo salienta que toda lei é uma opção entre vários caminhos. Contesta, porém, o decisionismo, que erra ao exagerar o poder de escolha. Em relação ao fato, acentua que nunca é um fato isolado, mas um ‘conjunto de circunstâncias’.²

Acrescentaríamos, à tão boa explicação sintética de NADER, que: i) como pressuposto da teoria tridimensional do Direito, no que pertine à relação entre Moral e

² NADER (1997: 460-461).

Direito, está a teoria dos círculos secantes, pela qual nem todo Direito é Moral, e nem toda Moral é Direito; mas há uma área comum entre ambos; ii) a norma jurídica é mais do que simples padrão de comportamento do Estado aos indivíduos, pois ela é produzida, via de regra, pelos representantes do povo, da sociedade, reunidos no parlamento, que é um órgão político estatal, mas que com ele não se confunde; e também, o Estado fica vinculado à obediência das normas produzidas, especialmente as mais gerais e fundamentais, em especial as normas constitucionais, delas não podendo afastar-se sob qualquer pretexto. Logo, o que existe realmente não é simples imposição de normas do Estado aos indivíduos; esta é manifestação superficial, fruto de visão unilateral do fenômeno jurídico, mais complexo e mais dinâmico do que o descrito naquele texto introdutório. Neste sentido, em leitura de influência kantiana, **o Estado é um aparelho instrumental para se atingir fins (humanos) eleitos como prioritários.**

Quando o Estado é obrigado pela norma jurídica a perseguir tais fins, há **procedimentos** legais a serem seguidos, que terminam por refletirem, de alguma forma, uma influência das forças de poder, notadamente de grupos sociais, e, também, terminam por realizarem alguns valores sociais – alguns mais, outros menos. Assim, o Estado não deixa de ele próprio constituir-se em um FATO SOCIAL, em VALOR, e em NORMA, sintetizados ambos na Constituição.. O Direito, pois, regula o convívio social, assegurando-lhe condições mínimas de existência, desenvolvimento e paz, mas não o faz de forma neutra.

O Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico interno que possui duas acepções:

a) formalmente – é o conjunto de normas que selecionam ações e omissões delitivas, cominando-lhes consequências jurídicas, penas;

b) materialmente – é a seleção de comportamento social reprovável e a tutela de bens jurídicos indispensáveis.

Assim, a lei penal desempenha função de proteção e garantia de certos bens jurídicos, essenciais ao indivíduo e à sociedade.

O Código Mello Mattos mantém a visão conservadora de que menores delinquentes são uma ameaça à sociedade ordeira e ‘de bem’, mas introduziria uma novidade fundamental para sua época: não é razoável que estas ‘crianças problemas’

fiquem sem assistência estatal e sem alguma proteção jurídica. Com o CMM, a infância e a juventude passariam a ser bens jurídicos tutelados pela lei brasileira; pela via indireta, ainda que não de modo expresso, estaria sendo promovido direito humano, que apenas seriam (re)afirmados em 1948, na ONU, pelo Brasil.

De especial relevância para nós, na esfera penal, foi a descriminalização da conduta do menor de idade, contido no art.68 do CMM:

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, **não será submettido a processo penal de, especie alguma**; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação comtando que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3º si o menor não fôr abandonado. nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.

§ 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521e 1.623.)

Ao mesmo tempo, o CMM dá, em seu § 4º, art.68, uma ‘solução’ para os danos causados pelos menores que, embora já extraível do Código Civil de 1916, torna-se expressa apenas neste novo diploma: a reparação civil pelos pais e responsáveis. Na verdade, tal solução tinha muito mais boas intenções do que efetividade, haja visto que a grande maioria dos pais responsáveis por menores ‘infratores’ não tinha meios para promoverem a reparação civil.

Por sua vez, os menores de 18 anos mas maiores de 14 anos, seriam, a partir do CMM, via de regra, internados em estabelecimentos ‘oficiais’ – estatais ou não. Esta internação dar-se-ia não mais em estabelecimentos penais, para cumprimento de penas, mas para medidas corretivas de saúde física, mental e moral, e para educação.

Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, **será submettido a processo especial**, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco annos.

§ 3º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no maximo

Vê-se, pela leitura do art.69 e seus parágrafos, que o CMM não abandona a visão de que haja ‘periculosidade’ de fato de menores; no entanto, não admite-se que fiquem internados por tempo indeterminado caso sejam mentalmente sãos. O tratamento ‘penal’ dos menores pelo CMM é, pois, respeitador do direito à liberdade da pessoa humana, bem jurídico tutelado em última instância pela limitação dos prazos de internação.

Posteriormente, haveria um retrocesso pelo Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/79) e pela Lei 4.513/64 (Política Nacional de Bem-Estar do Menor - PNBEM), que admitiriam prazos indeterminados de internação e, ainda, a passagem do menor que completasse maioridade para a esfera da justiça criminal.

Foi criado em 05-11-1941, através do Decreto-lei 3.799, o Serviço de Assistência ao Menor (SAM). Tratava-se de um conjunto de estabelecimentos de ‘correção’ para menores infratores e abandonados. A finalidade do SAM era definido no próprio Decreto-lei:

Art. 2º O S. A. M. terá por fim:

- a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares ;
- b) proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes;
- c) abrigar os menores, á disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal;
- d) recolher os menores em estabelecimentos adequados, afim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento;
- e) estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos;
- f) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

Embora cumprindo bem suas finalidades de ‘recuperação pelo trabalho’, em seu início, posteriormente entraria em decadência e tornar-se-ia uma escola para o aprendizado de crimes. Uma série de fatores estruturais e conjunturais determinaram a decadência do SAM, inclusive a falta de recursos públicos para sustentar infra-estrutura mínima de assistência aos internos. Foi em razão desta queda que editou-se a Lei 4.513/64, que procurou dar um tratamento mais padronizado, sistemático e planejado, e menos repressivo e correicional, aos menores internos. Para gerir a PNBEM, foi criada a Fundação Nacional

do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), com autoridade sobre suas sub-divisões estaduais – as Fundações Estaduais de Bem Estar do Menor (FEBEM's).

A industrialização; a urbanização; o fenômeno dos meios-de-comunicação; a má distribuição de renda; o acesso cada vez mais fácil às armas; vários fatores contribuíram para a piora da situação social e aumento do número de menores internados.

Deteriorando-se a situação dos menores, editou-se a Lei 6.679/79 – Código de Menores de 1979. Esta ‘nova’ lei manteve a concepção básica do CMM, qual seja: a de ser a lei de menores um instrumento de controle social da infância e adolescência ‘irregulares’, ameaçadoras da família, da sociedade e do Estado. É o que se depreende, p.ex, da leitura do art.1º:

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.

Uma inovação do CMM foi o de admitir a prisão cautelar para menores, conforme se lê claramente:

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circunstancias do facto e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.

O dispositivo seria repetido na Lei 6679/79, conforme previsto no seguinte dispositivo:

Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

§ 1º O menor sujeito à medida referida neste artigo será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção de medida.

§ 2º Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade.

§ 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal.

Apesar de não submetido ao tratamento penal comum, e de bem intencionado neste aspecto, os menores de idade seriam, a partir do CMM, submetidos a um tratamento de internação obrigatório, de natureza semelhante ao do sistema prisional comum. Julgava-se, pelo CMM, que formar-se-iam homens através do ensino-aprendizagem pelo trabalho, razão pela qual era preciso disciplina. Com o Código de Menores de 1979, o enfoque não mudaria, mas a internação se faria de modo mais contundente, e sob o conceito abertíssimo de ‘desvio de conduta’, o que dava amplos poderes cautelares às então autoridades policiais do Estado, sob regime militar.

Este modelo de internação obrigatória, profissionalizante e de disciplina militar viria a ser aprofundada e ampliada pela legislação posterior sobre o menor, mas igualmente iria revelar-se de pouca efetividade para prevenir novos ‘atos infracionais’ pelos mesmos menores de situação irregular; ela viria, pois, a falir e somente seria abandonada pelo ECA (Lei 8069/1990).

Aos menores entre 16 e 18 anos, o CMM reservava, ainda, conforme o caso, a possibilidade de tratamento penal comum, nos termos do seguinte dispositivo:

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circunstancias do facto e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.

Posteriormente, com o ECA, há uma ruptura com o paradigma estabelecido pelo CMM em relação ao tratamento penal do menor. Com o ECA, o menor de idade somente pode ser internado em dois casos:

- a) flagrante delito de infração penal; ou,
- b) ordem expressa e fundamentada do juiz.

Veja-se o disposto no ECA a respeito:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

° Art. 5o, LXI, da CF de 1988.

° Art. 302 do CPP.

Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

° Art. 5o, LXII, da CF de 1988.

Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

° Art. 5o, LXV, da CF de 1988.

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

° Art. 5o, LVIII, da CF de 1988.

Refletiu ainda a influência do CMM a previsão no Código Penal de 1940, em seu art.65, inciso I, de circunstância atenuante genérica quando o agente, apesar de já ser maior de idade, contar ainda com méis de dezoito e menos de vinte e um anos de idade na data do fato. Prevaleria ainda a menoridade mesmo que se tivesse cessado a incapacidade por emancipação (art.9º, § 1º, CC-1916). Tratava-se com menor censurabilidade pessoal o jovem criminoso, ainda que não mais menor de idade, ainda que não mais criança ou adolescente, em relação às condutas típicas e ilícitas previstas no Código Penal.

O CMM inaugurou, portanto, a idéia de que não somente o menor de idade, mas também o jovem deve ser tratado com mais parcimônia e cuidados pela sociedade; cometendo crimes, a sociedade pode e deve puni-los, mas não na mesma intensidade, com o mesmo rigor, com que se puniria um adulto já formado. Um relevante valor social – o estado de juventude da pessoa criminosa – era alçado a motivo para atenuação da pena e, portanto, pela via indireta, de tutela jurídica pelo mesmo ordenamento que previa sua punição.

A correção ou não desta concepção cristã, cuja exacerbação desembocaria na ampla impunidade, é matéria mais complexa e mesmo aplicada, a qual apenas mencionamos no presente trabalho.

Capítulo 3: Poder Normativo do Juiz

Até 1927, os menores ‘irregulares’ eram competência do juiz das Varas Criminais. Após o CMM, surgindo uma Vara Especializada, os menores ‘irregulares’ passam a ser objeto do direito brasileiro, recebendo tratamento diferenciado, com preocupações de ‘correção’ (art.6º, CMM).

A partir do CMM, todos os menores em ‘situação irregular’ deveriam passar pelas mãos de um juiz de menores – uma autoridade estatal. O CMM refletiu-se sobre o texto da Constituição de 1937, que previu em um de seus dispositivos:

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Pela leitura do artigo supra, a Constituição de 1937, pois, prevê, na esteira da influência do CMM, uma norma com tripla eficácia jurídica: i) para o Estado, como norma programática, cria o dever jurídico de criar medidas e programas voltadas à infância e juventude; ii) para os pais, prevê que a lei cominará sanções aos omissos e irresponsáveis com seus filhos; iii) cria um direito subjetivo aos pais ‘miseráveis’: o de serem assistidos materialmente pelo Estado. Trata-se da constitucionalização da preocupação com a infância e juventude, preocupação presente originalmente no CMM; ainda que não dotando diretamente a criança e o jovem de direitos públicos subjetivos, tratou-se, na verdade, de um considerável avanço legislativo para um país que enfrentara cerca de três séculos de selvagem colonização, que era ainda predominantemente agrário e patriarcal, e que vivia, com a própria Constituição de 1937, a inauguração de um período de severa restrição de direitos e liberdades do cidadão.

Foi o CMM que inauguraria não somente a competência do Estado para tratar dos menores ‘irregulares’, como também dotaria o juiz de direito de amplos poderes normativos para decidir o que seria ‘o melhor interesse’ da criança e/ou do adolescente. Entendemos

como já embrionária a idéia do ‘melhor interesse’ no CMM, porque, ainda que de estirpe autoritária e eventualmente equivocada, pela primeira vez na legislação nacional era colocado um objetivo para o tratamento dos menores irregulares: o de profissionalização e de ‘normalização’ de suas condutas sociais. As legislações posteriores repetiriam, em boa medida, esta concepção teleológica do sistema de assistência e proteção aos menores; somente com o ECA haveria o rompimento com este paradigma bem intencionado, mas autoritário, no sentido de que o objetivo de um sistema de assistência e proteção aos menores de idade não poderia ser ‘apenas’ o de profissionalização, talvez nem mesmo principalmente de profissionalização ou de ‘normalização’ forçada de suas condutas, mas sim o de criação de condições para a vivência intensa de cada uma de suas fases de desenvolvimento, como direito subjetivo próprio e não vinculado ao atendimento de nenhuma finalidade de proteção coletiva.

Com o CMM, as decisões relativas à apreensão e internação dos menores ‘irregulares’ não precisavam ser fundamentadas. É o que se depreende da leitura do seguinte dispositivo do CMM:

Art. 7º À autoridade judiciária competirá exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores.

Parágrafo único. A fiscalização poderá ser desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança.

Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, **ao seu prudente arbítrio**, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Assim, eram amplíssimos os poderes normativos do juiz; mas não somente dele: as autoridades administrativas diretamente ligadas à fiscalização das situações dos menores também tinham poderes para a prática de atos sem fundamentação específica.

O Código de 1979 viria a praticamente repetir o disposto no CMM em relação aos poderes normativos do juiz; mas tomaria o cuidado de prever, ainda que débil e abstratamente, a limitação dos poderes das autoridades administrativas incumbidas de vigilância e da internação dos menores. É o que se depreende da leitura do seguinte dispositivo:

Art. 7º À autoridade judiciária competirá exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores.

Parágrafo único. A fiscalização poderá ser desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança.

Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Agora, com o Código de 1979, manteve-se o amplo poder normativo do juiz de menores, e a possibilidade dele confiar funções e posse e guarda dos ‘menores irregulares’ a pessoas de sua confiança. No entanto, é prevista na lei a necessidade de uma cautela legal – a nomeação – que dá publicidade ao ato e formaliza a situação do menor, além da advertência de, não obstante estarem as pessoas fazendo o que seria uma nobre atividade social, serem os novos guardiões de menores responsabilizados por abuso ou desvio de poder.

É interessante notarmos a presença, tanto no CMM quanto no Código de 1979, dos chamados ‘decretos autônomos’, ou ‘regulamentos administrativos autônomos’.

Recorremos a Maria Sylvia DI PIETRO, e esta ao mestre Miguel REALE, para explicar o que seriam regulamentos administrativos autônomos, expedidos pelas autoridades administrativas:

Normalmente, fala-se em poder regulamentar; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo, conforme se verá.

Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

Segundo lição de Miguel REALE (in “Revogação e Anulação de Ato Administrativo”, Forense, Rio de Janeiro, 1980), podem-se dividir os **atos normativos em originários e derivados**. ‘Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo’; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos derivados têm por objetivo a ‘explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da praxis’; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento. (...)

Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o **regulamento executivo** e o **regulamento independente ou autônomo**. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do art.84, IV, da Constituição, contém normas ‘para fiel execução da lei’; ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar

de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art.5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

O regulamento autônomo ou independente [por sua vez] inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia.³

No caso em tela, temos o chamado regulamento administrativo ‘superautônomo’, porque a própria lei – o CMM – atribui tais poderes a uma autoridade: o juiz de menores. Este, por sua vez, exercerá mais do que os poderes tradicionais conferidos pelo Princípio da Legalidade (=Reserva de Lei): ele passará a expedir normas jurídicas de caráter geral, abstracto e obrigatório, o que implica na atribuição de competência para expedir normas jurídicas de outra espécie, materialmente legislativas. É este o sentido de regulamento administrativo ‘superautônomo’: mesmo na presença da lei regulamentadora da matéria, esta autoriza a produção de normas jurídicas que extrapolam os seus comandos, mas que tornam-se legais e legítimos, na medida em que é autorizado por ela a existir e a produzir efeitos jurídicos.

Ao exercer tais poderes normativos, o juiz de menores não está a solucionar lide alguma submetida ao seu conhecimento; ele está a desempenhar atividade tipicamente administrativa, mas abarcando, integrada a ela, como parte e decorrência desta atividade de relevante finalidade social, poderes normativos materialmente legislativos. Tratava-se, pois, de um modo de intervenção indireta na seara social pelo Estado, jurisdicizando e humanizando uma questão que, até então, era tratada à margem pela sociedade e, pelo Estado, como mera questão de polícia.

A partir do CMM, portanto, ficaria patente a existência, no direito brasileiro, dos regulamentos administrativos autônomos, influência que se irradiaria para outras esferas do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na esfera da regulação posterior do Sistema Financeiro Nacional (SFN) pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), criado pela Lei 4.595/1964. Esta citada lei atribuía, tal como o fizera o CMM, poderes normativos amplíssimos ao CMN para regular o SFN, como se depreende da leitura do artigo que definiu suas competências legais:

Art. 4º Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional:

³ DI PIETRO (2004: 86-87)

....
V - **Fixar as diretrizes e normas** (VETADO) da política cambial, inclusive compra e venda de ouro e quaisquer operações em moeda estrangeira;

VI - **Disciplinar** o crédito em tôdas as suas modalidades e as operações creditícias em tôdas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

VII - Coordenar a política de que trata o art. 3º desta lei com a de investimentos do Gôverno Federal;

VIII - **Regular** a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

IX - **Limitar**, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover:

- recuperação e fertilização do solo;
- reflorestamento;
- combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais;
- eletrificação rural;
- mecanização;
- irrigação;
- investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias;

...
XII - **Expedir normas gerais** de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras;

...
XVII - **Regulamentar**, fixando limites, prazos e outras condições as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária;

...
XXI - **Disciplinar** as atividades das Bôlsas de Valores e dos corretores de fundos públicos;

XXII - **Estatuir normas** para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta lei;

XXIII - Fixar, até quinze (15) vêzes a soma do capital realizado e reservas livres, o limite além do qual os excedentes dos depósitos das instituições financeiras serão recolhidos ao Banco Central da República do Brasil ou aplicados de acôrdo com as normas que o Conselho estabelecer;

...
XXX - **Expedir normas e regulamentação** para as designações e demais efeitos do art. 7º, desta lei.

XXXI - **Baixar normas** que regulem as operações de câmbio, inclusive swaps, fixando limites, taxas, prazos e outras condições.

Juízes de menores praticavam-no originalmente, em razão de ‘criação’ pelo CMM, no exercício de seus poderes normativos regulamentares, no âmbito da competência territorial atribuída pela lei de divisão e organização judiciária de cada Justiça – Federal e estaduais.

A competência dos juízes de menores foi estabelecida no CMM em seu art.147, que dizia:

Art. 147. Ao juiz de menores compete :

I, processar e julgar o abandono de menores de 18 annos, nos termos deste Codigo e os crimes ou contravenções por elles perpetrados;

II, inquirir e examinar o estado physica, mental e moral dos menores, que comparecerem a juizo, e, ao mesmo tempo.a situação social, moral e economica dos paes, tutores e responsaveis por sua guarda;

III, ordenar as medidas concernentes ao tratamento, collocação, guarda, vigilancia e educação dos menores abandonados ou delinquentes;

IV. decretar a suspensão ou a perda do patrio poder ou a destituição da tutela, e nomear tutores;

V, supprir o consentimento dos paes ou tutores para o casamento do menores subordinados á sua jurisdicção;

VI, conceder a emancipação nos termos do art. 9º, paragrapho unico, n. 1, do Codigo Civil, aos rnenores "sob sua jurisdicção ;

VII, expedir mandado de buscar a apprehensão de menores, .salvo sendo incidente de acção de nullidade ou anulação de casamento ou do desquite, ou tratando-se de casos da competencia dos juizes de orphãos;

VIII, processar e julgar as infracções das leis e dos regulamentos de assistencia e protecção aos menores de 18 annos;

IX, processar e julgar as acções de soldada dos menores sob sua jurisdicção;

X, conceder fiança nos processos de sua competencia;

XI, fiscalizar o trabalho dos menores;

XII, fiscalizar os estabelecimentos de preservaçãõ e de reforma, e quaesquer outros em que se achem menores sob sua jurisdicção. tomando as providencias que lhe parecerem necessarias;

XIII, praticar todos os actos de jurisdicção voluntaria tendentes já protecção e assistencia aos menores de 18 annos, embora não sejam abandonados, resalvada a competencia, dos juizes de orphãos;

XIV, exercer as demais attribuições pertencentes aos juizes do direito e comprehensivas na sua jurisdicção privativa;

XV, cumprir e fazer cumprir as disposições deste Codigo, applicando nos casos omissos as disposições de outras leis, que forem adaptaveis ás causas civeis e criminaes da sua competencia;

XVI, organizar uma estatistica annual e um relatorio documentado do movimento do juizo, que remetterá no Ministro da Justiça e Negocios Interiores;

A partir do CMM, portanto, ficaria de vez incorporada a Teoria dos Poderes Implícitos, criada em decisão do juiz norte-americano John MARSHALL no século XIX, e que pode ser resumida, com o risco da simplificação excessiva, na seguinte regra: quem dá os fins, dá os meios para atingi-los.

Trata-se, na verdade, de uma exorbitância, para o Executivo e para o Judiciário, dos poderes normativos materialmente legislativos. E, evidentemente, em um Estado Democrático de Direito, nem todos os meios são admissíveis para se atingir os fins, ainda que declarados na lei e, pior ainda, pelas autoridades constituídas, como sendo de 'interesse público'. O fato, porém, é que foi o CMM quem incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, senão de forma pioneira, ao menos de forma expressa e indubitosa, tal princípio, que se irradiaria para outras legislações nacionais. A partir dali, ficaria entendido que o Princípio da Separação dos Poderes era, na verdade, um método de autolimitação do poder estatal, que era a rigor uno e indivisível, mas funcionalmente atribuído a diferentes instituições: Executivo, Legislativo e Judiciário. A estrita obediência da separação dos poderes era, na prática, não somente impossível, como contraprucedente em face de imperiosas necessidades práticas da vida social e nacional. O Estado não somente poderia,

como deveria intervir, ainda que atribuindo tais amplos poderes normativos a juízes de direito.

Apenas com o ECA haveria rompimento dos amplos poderes normativos conferidos ao juiz (e às autoridades administrativas) pela legislação a partir do CMM. De fato, o ECA garantiria à criança e ao adolescente o direito à ampla defesa antes da aplicação das medidas internativas; limitaria a internação dos menores 'irregulares' a casos extremos, e exigiria a fundamentação dos atos judiciais como requisitos de validade para toda e qualquer medida judicial aplicada a menores de idade. Não discutiremos, contudo, o erro ou acerto da mudança empreendida pelo ECA em face do 'paradigma' estabelecido pelo CMM.

Capítulo 4: Família Substituta

O CMM definiu os casos em que os menores de idade estariam em situação ‘irregular’: a) quando expostos; b) quando abandonados; e, c) quando, apesar de até terem família, forem infratores.

Seriam expostos, nos termos do CMM:

Art. 14. São considerados expostos os infantes até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja.

Apesar do CMM fazer menção, quase identificação, entre crianças expostas e abandonadas, cremos tratarem-se de conceitos distintos, sendo a exposição uma espécie do abandono - este, conceito mais geral.

As crianças eram sabida e claramente exposta se e quando, além de serem menores de 18 anos, tivessem menos de 7 anos de idade. Mais que isto: crianças até esta idade, ainda que por livre decisão da mãe, poderiam ser entregues à adoção nas ‘rodas dos expostos’. Tal engenhoso sistema era literalmente uma roda que girava no sentido horizontal, situada na frente de Santas Casas e outros tipos de instituições filantrópicas e assistenciais, destinadas a receberem o depósito de crianças menores de 7 anos. Uma vez depositada a criança, a mãe tocava um sino no lado externo e pessoas – freiras, voluntários e profissionais – giravam a roda, colocando a criança para o interior do prédio. A mãe ia embora, na certeza de ter entregue a guarda de seu filho a pessoas mais preparadas ou de maiores recursos, assegurando-se, assim, o seu anonimato; por outro lado, configurava-se com este ato uma espontânea e automática renúncia ao poder paterno ou materno de se criar o filho. Dali por diante, a criança seria cuidada e encaminhada à ‘família substituta’.

Diga-se que não foi o CMM quem criou a ‘roda dos expostos’. No entanto, tratando-o pela primeira vez juridicamente, permitiu que centenas, milhares de crianças, fossem encaminhadas mais formal, firme e seguramente à adoção por famílias substitutas, recompondo o tecido social.

Definia o art.26, CMM:

Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos:

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja guarda vivam;

II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;

III, que tenham pai, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupilo ou protegido;

IV, que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue à prática de actos contrários à moral e aos bons costumes;

V, que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicância ou libertinagem;

VI, que frequentem lugares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.

VII, que, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligência ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados;

b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde;

c) empregados em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde;

d) excitados habitualmente para a ganância, mendicância ou libertinagem;

VIII, que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível;

a) a mais de dois anos de prisão por qualquer crime;

b) a qualquer pena como co - autor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

O estado de abandono, pois, era algo mais abrangente do que a simples exposição infanto-juvenil. Tanto é que foi tratado em artigo distinto e, além do mais, abrangeu situações de abandono não somente físico, mas também moral e social para os padrões da época.

Já vimos que o menor de 14 anos foi, pelo CMM, protegido de qualquer responsabilidade penal; já os menores entre 14 e 18 anos, enquadravam-se em uma nova categoria: a de menor delinquentes (arts.68 e ss, CMM).

Todos os menores enquadráveis nestes três grandes grupos eram ‘menores irregulares’ e, portanto, sujeitavam-se à retirada de suas famílias biológicas originais pelo Judiciário.

O Código de Menores de 1979, seguindo a linha de preocupação estabelecida pelo CMM, adotou tipos abertos em seu art.2º, para (re-)definir, ampliando-o, o que se constituiria menor ‘irregular’, ou ‘em situação irregular’. Dizia o art.2º do referido Código de 1979:

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.

Prevê o art.31 e seguintes do CMM hipóteses de suspensão e perda de pátrio poder dos pais sobre os menores ‘irregulares’:

Art. 31. Nos casos em que a provada negligência, a incapacidade, o abuso de poder, os máos exemplos, a crueldade, a exploração, a perversidade, ou o crime do pae, mãe ou tutor podem comprometer a saúde, segurança ou moralidade do filho ou pupillo, a autoridade competente decretará a suspensão ou a perda do patrio poder ou a destituição da tutela, como no caso couber.

Art. 32. Perde o patrio poder o pae ou a mãe:

I, condemnado por crime contra a segurança da honra a honestidade das famílias, nos termos dos arts. 273 paragraho unico e 277 paragraho unico do Codigo Penal;

II, condemnado a qualquer pena como co-autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime perpetrado pelo filho, ou por crime contra este (lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, art. 3º, § 1º, n. VII, lettra b):

III, que castigar immoderadamente o filho (Codigo Civil, art. 395, n. 1);

IV, que o deixar em completo abandono (Codigo Civil, art. 395,n. II);

V, que praticar actos contrarios á moral e aos bons costumes (Codigo Civil, art. 395, n. III).

Art. 33. A decretação da perda do patrio poder é obrigatoria, estende-se a todos os filhos, e abrange todos os direitos que a lei confere ao pae ou á mãe sobre a pessoa e os bens do filho.

Art. 34. Suspende-se o patrio poder ao pae ou á mãe:

I, condemnado por sentença irrecorrivel em crime cuja pena exceda de dous annos de prisão (Codigo Civil, art. 394, paragraho unico), salvo o disposto no art. 4º. ns. I e II;

II, que deixai o filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem, criminalidade, ou tiver excitado, favorecido, produzido o estado em que se achar o filho, ou de qualquer modo tiver concorrido para a perversão deste, ou para o tornar alcoolico (lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, art. 3º, § 1º, ns. V e VI lettra d, e § 15):

III, que, por máos tratos ou privação de alimentos ou de cuidados indispensaveis puzer em perigo a saúde do filho (lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, art. 3º, § 1º, n. VI, lettras a e b);

IV, que o empregar em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saúde, a vida, a moralidade (lei numero 4.242, de 5 de janeiro de 1921, art. 3º § 1º, n. VI, lettra c);

V, que por abuso de autoridade, negligencia, incapacidade, impossibilidade de exercer o seu poder, faltar habitualmente ao cumprimento dos deveres paternos (Codigo Civil, art. 394, lei n. 4.242 de 5 de janeiro de 1921, art. 3º, § 1º, n. III).

Art. 35. A decretação da suspensão do patrio poder é facultativa, pode referir-se unicamente ao filho vietimado ou a todos, e abranger todos os direitos do pae ou da mãe sobre a pessoa e bens do filho ou sómente parte desses direitos.

Art. 36. E' licito ao juiz ou tribunal deixar de applicar a suspensão do patrio poder, si o pae ou mãe se comprometter a internar o filho ou os filhos, em estabelecimento de educação, ou garantir, sob fiança, que os filhos serão bem tratados.

O Código de Menores de 1979 repetiria e ampliaria o contido no CMM supra, ao prever em seu art.42 as medidas aplicáveis aos pais e responsáveis:

Art. 42. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - advertência;

II - obrigação de submeter o menor a tratamento em clínica, centro de orientação infanto-juvenil, ou outro estabelecimento especializado determinado pela autoridade judiciária, quando verificada a necessidade e houver recusa injustificável;

III - perda ou suspensão do pátrio poder;

IV - destituição da tutela;

V - perda da guarda.

A ‘advertência’ prevista no art.42 do Código de Menores de 1979 não era prevista no CMM.. O CMM previra antes em seu art. 36 duas possibilidades no lugar da ‘advertência’: i) a internação obrigatória; ii) a fiança, como garantia de que os filhos seriam bem tratados dali por diante. Como os ‘menores irregulares’ eram geralmente filhos de pais pobres, a fiança não era praticada e restava freqüente a internação obrigatória. Dado que a internação não era garantia de obtenção de família substituta, mantinha-se com a ‘advertência’ o menor em situação irregular. Mas tratava-se de uma ‘pena moral’, mais branda, que procurava alertar aos pais dos menores ‘irregulares’ para a gravidade da situação de seus filhos, e tentar, pela via do terror, obrigar-lhes a ‘corrigir’ voluntariamente a conduta própria ou dos filhos, sob pena de sanção mais dura, o que incluiria a destituição do pátrio poder.

Redação original do Código Civil de 1916 exigia o absurdo requisito de inexistência de prole para a adoção de menores. A Lei 3.133/57 viria a abolir este absurdo requisito, dando nova redação ao § único do art.368, Código Civil de 1916. Ao mesmo tempo, em que tal mudança facilitaria a procura de ‘família substituta’, a adoção no direito brasileiro, o legislador houve por bem estabelecer, por meio desta mesma lei 3.133/57, um requisito de maturidade para a adoção – idade mínima de 30 anos para adotar (caput do art.368, CC-1916) - , o que passaria a atuar na direção contrária ao de facilitar a adoção, mas, por outro lado, acreditava-se que tornaria mais ‘séria’ e qualificada a adoção.

Gostaríamos de dizer, como muitos o dirão, que tal mudança teria sido diretamente influenciada pelo nobre conteúdo legal-doutrinário do CMM, mas não estaríamos sendo sinceros. A modificação no CC-1916 ocorrida em 1957 ocorreu em razão do acúmulo de menores nos estabelecimentos oficiais, ‘arrancados’, cada vez mais

facilmente e em maiores quantidades, que foram de suas famílias biológicas originais, com base nos poderes conferidos ao juiz de direito de menores pelo CMM. Assim, ainda que bem intencionado, o CMM criara um problema maior ainda e, pela via indireta e socialmente dolorosa, forçava a reforma do instituto da adoção no sentido de corrigir-lhe os rumos, facilitando-a e qualificando-a.

O Código de Menores de 1979, por influência do CMM, passaria a tratar também do fenômeno da família substituta, incorporando-o e ampliando seu regime sob o nome jurídico de ‘lar substituto’, o que incluiria o instituto da ‘adoção’. Dizia o art.17 do Código de Menores de 1979:

Art. 17. A colocação em lar substituto será feita mediante:

I - delegação do pátrio poder;

II - guarda;

III - tutela;

IV - adoção simples;

V - adoção plena.

Parágrafo único. A guarda de fato, se decorrente de anterior situação irregular, não impedirá a aplicação das medidas previstas neste artigo.

Art. 18. São requisitos para a concessão de qualquer das formas de colocação em lar substituto:

I - qualificação completa do candidato a responsável e de seu cônjuge, se casado, com expressa anuência deste;

II - indicação de eventual relação de parentesco do candidato ou de seu cônjuge com o menor, especificando se este tem ou não parente vivo;

III - comprovação de idoneidade moral do candidato;

IV - atestado de sanidade física e mental do candidato;

V - qualificação completa do menor e de seus pais, se conhecidos;

VI - indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento do menor.

Parágrafo único. Não se deferirá colocação em lar substituto a pessoa que:

I - revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida;

II - não ofereça ambiente familiar adequado.

Portanto, o Código de 1979, por influência direta do CMM, seguindo-lhe a mesma *ratio legis*, ampliava a possibilidade de família substituta para os menores ‘irregulares’; no entanto, ao mesmo tempo em que criava mais requisitos, e mais rígidos, para que fossem transferidos os menores para as novas famílias. Ainda que o legislador revelasse extrema preocupação moral, o efeito prático de tais medidas foi, contudo, o de dificultar a adoção e a colocação de menores em famílias substitutas. A situação do menor ‘irregular’ não estava, definitivamente, sendo bem tratada pelas legislações estatais que se sucederam ao CMM.

Previo o Código de 1979 em seus artigos 27 e 28 a adoção simples; nos artigos 29 ao 37 a adoção plena. Juridicamente, no entanto, mais do que simples favor social ou ato de

filantropia, a antiga família substituta ganharia ares de definitividade e de novo direito social com a adoção, se ela fosse efetivada.

A adoção é modo artificial de filiação, que busca imitar a filiação natural. Embora a adoção já estivesse presente desde a Antiguidade, em Roma, e também no seio dos hebreus, segundo nos conta a própria Bíblia, tratavam-se na verdade de adoções de cunho religioso ou com finalidades patrimoniais, além de revestir-se de freqüente envolvimento de pessoas maiores de idade. A adoção puramente jurídica de menores de idade, e fundada em laços afetivos, é instituto relativamente recente e, embora o Código Civil de 1916 já tratasse do assunto, visava à proeminente realização das pessoas dos adotantes e dava tratamento por demais patrimonialista ao instituto. A partir do CMM, e especialmente com base nas situações de fato verificadas pelas autoridades públicas e com fundamento em seus amplos poderes normativos, as crianças e adolescentes em situação ‘irregular’ passariam a ter possibilidade de reversão jurídica de sua situação crítica, pela mudança de família.

Por razões jurídicas e extra-jurídicas, contudo, algumas das quais apontadas supra, os ‘menores irregulares’ eram retirados pelo Estado de suas famílias originais sob o argumento e a nobre promessa de que melhorariam de ambiente, mas não encontravam ‘famílias substitutas’. Durante anos e anos, até atingirem a maioridade, ficavam internados em estabelecimentos estatais, convivendo com menores delinqüentes, em ócio, e sendo freqüentemente desrespeitados e abusados por funcionários de tais estabelecimentos. Não havia praticamente qualquer tipo de fiscalização institucionalizada pelo Poder Judiciário.

A Doutrina do ‘Menor Irregular’ inaugurada pelo CMM estaria com seus dias contados, por seu fracasso em efetivar rápida e qualificadamente famílias substitutas a estes menores. Neste sentido, o CMM viria a constituir-se, nos anos 1980, em um anti-paradigma de como se deve tratar os menores ‘irregulares’ – na sua ampla maioria ‘irregulares’ não por opção sua ou de seus pais, mas por efeito da pobreza. Neste sentido, o CMM se refletiria também sobre a Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A nova lei viria a adotar um novo e mais amplo tratamento, baseado na Doutrina da Proteção Integral do Menor, e daria prioridade à resolução do outrora problema dos ‘menores irregulares’ através de instâncias colegiadas, garantia de direitos subjetivos a menores, excepcionalidade de internações, envolvimento dos pais e responsáveis na

educação dos menores, serviços sociais de regimes abertos, entre outros mecanismos bastante diferentes, estabelecidos por oposição, do CMM.

De todas as inovações trazidas pelo CMM, no entanto, há de ressaltar que a da ‘família substituta’, posteriormente reformada, viria a vingar. Primeiro, o ECA e, depois, o Código Civil de 2002 viriam a facilitar amplamente a adoção de menores por quaisquer pessoas que se dispusessem a criá-los com amor e segurança, independentemente de sua condição social ou de suas atividades profissionais; a perda do pátrio poder (depois, poder familiar, a partir da CRFB-1988) se tornaria exceção, vinculada ao Princípio da Reserva Legal e ainda dependente de sentença judicial transitada em julgado, e não mais uma faculdade do juiz de menores, no exercício de seus amplos poderes normativos.

Capítulo 5: Prevenção e Infrações Administrativas

Vimos no Capítulo antecedente duas formas de prevenção – a internação obrigatória e a fiança. Dado que a fiança era uma opção fora do alcance prático da grande maioria das famílias dos ‘menores irregulares’, pode-se dizer que o CMM instituiu no Brasil a internação em estabelecimentos oficiais como forma predominante de prevenção social contra a presença e a deturpação moral dos menores ‘irregulares’. Esta foi a tônica da ‘Doutrina do Menor Irregular’: visava-se antes prevenir a exposição dos menores a situações degradantes e prevenir, em favor da coletividade, sua conduta anti-social do que exatamente procurar tratá-lo e/ou formá-lo. Tais preocupações estavam presentes, certamente; mas parece-nos que eram por demais otimistas as expectativas de se arrumar logo uma ‘família substituta’ para os menores irregulares. Na medida em que elas não se confirmaram e, pior ainda, as normas decorrentes da ‘Doutrina do Menor Irregular’ ganharam força e abrangência, agravou-se a situação social, já crítica, do menor desassistido.

Algumas das mais importantes medidas preventivas estabelecidas pelo CMM eram fixadas no art.7º.

Art. 7º Nenhuma creança póde ser recebida para qualquer dos fins de que se occupa esta lei:

- a) por alguem de cujo cuidado tenha sido removida qualquer creança em consecuencia do máos tratos ou infracção a deveres para com ella;
- b) por quem tenha sido condemnado por delictos dos arts. 285 a 293, 298, 300 a 302 do Codigo Penal;
- c) em casa de onde tenha sido removida creança, por ser perigosa, ou anti-hygienica, ou por qualquer motivo interdictada enquanto durar a interdicção.

A partir do CMM, a preocupação com os menores ‘irregulares’ torna-se um dever do Estado. Os estados federados tornam-se, com o CMM, obrigados a estruturarem serviços semelhantes a nível estadual, nos termos do dispositivo seguinte:

Art. 11. Os Estados e municipios determinarão em leis e regulamentos:

- I, os modos de organização do serviço de vigilancia instituido por esta lei;
- II, a inspecção medica e de outras ordens, a creação, as attribuições e os deveres dos funcionarios necessarios;
- III, as obrigações impostas ás nutrizes, aos doctores de escriptorios ou agencias e todos os intermediarios de collocação de creanças;
- IV, a forma das declarações, dos registros, certificados ou attestados, e outras peças de necessidade

Contido dentro do poder normativo do juiz de menores, estava o poder de se retirar o menor de determinadas situações ‘irregulares’, com a finalidade de prevenir a deturpação de sua formação moral e cívica.

Art. 9º A autoridade publica póde impedir de ser abrigada, e si já o estiver póde ordenar a apprehensão e remoção, a creança nas condições deste capitulo:

- a) em alguma casa cujo numero de habitantes fôr excessivo, ou que fôr perigosa ou anti-hygienica;
- b) por alguém que, por negligencia, ignorancia, embriaguez, immoralidade, máo procedimento ou outra causa semelhante, fôr incapaz de ser encarregado da creança;
- c) por pessoa ou em alguma casa, que, por qualquer outro motivo, estiver em contravenção com as leis e regulamentos de assistencia e protecção a menores.

Era uma nobre preocupação do CMM. No entanto, como se verificaria posteriormente com a aplicação deste pioneiro diploma e dos que lhe seguiram, ao retirar o menor, ainda que problemático e infrator, do convívio familiar e, com a internação em regime fechado, do convívio social, o que se fazia era tolher-lhe as condições para um ‘normal e sadio’ desenvolvimento psico-sócio-afetivo.

As leis posteriores – com destaque para o Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/79) e a Lei 4.513/64 (Política Nacional de Bem-Estar do Menor) – manteriam a visão de que o menor era objeto de direito do Estado, e deveriam, todos em situação ‘irregular’, serem retirados da circulação social e do convívio familiar, com a finalidade primordial de prevenir-se a segurança pública, coletiva. Razões de ordem pública ligadas à maioria ‘normal’, organizada, com direitos efetivados, pois, impunham uma severa eficácia jurídica e social sobre as camadas mais pobres da população, através dos dispositivos do CMM.

Um dos grandes equívocos cometidos pelo Código de Menores de 1979 foi no sentido de dar-se o mesmo tratamento institucional aos menores abandonados e aos menores delinquentes, tratando-os genericamente como sendo ‘irregulares’. Com isto, menores mais jovens e pobres entravam em contacto, nos estabelecimentos oficiais, com os menores delinquentes e frequentemente mais velhos, o que acarretava num efeito sabidamente desastroso para a saúde física, moral e formação destes menores. Ao contrário, o CMM tivera a preocupação em atribuir amplos poderes normativos aos juízes de menores para decidirem, caso a caso, onde internar cada um dos menores, conforme avaliação subjetiva por eles empreendida. Era, certamente, um meio mais arbitrário de se

cuidar dos menores ‘irregulares’ até que, e se, encontrassem famílias substitutas; no entanto, era também um meio mais eficaz de se prevenir a ‘contaminação’ dos menores mais jovens e inocentes pelos menores mais velhos e mais delinquentes. O CMM estabelecia, p.ex, em seu artigo 70:

Art. 70. A autoridade póde a todo tempo, por proposta do director do respectivo estabelecimento, transferir o menor de uma escola de reforma para outra de preservação.

Não obstante tudo isto, o CMM previu outros modos de prevenção, alguns deles bastante louváveis e eficazes. Destacamos, em especial, a proibição absoluta de trabalho dos menores de 12 anos, em seu artigo 101. Tal vedação seria posteriormente incorporada pela Constituição de 1934, em seu artigo 121, § 1º, alínea d, ampliando a proibição para 14 anos de idade. Atualmente, a CRFB-1988, tributária do CMM, prevê a proibição de trabalho de menores como um direito social fundamental, em seu art.7º, onde se lê:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998)

E, de fato, seria absolutamente imprescindível aos rumos da infância e juventude nacional a gradativa proibição de trabalho – ora abrangendo mais tipos, ora elevando a idade, ora estabelecendo requisitos mais rígidos para o trabalho – a fim de que os menores dispusessem de tempo e, por consequência, se dedicassem às duas principais tarefas, melhor ainda se por prazer, que construiriam a sua formação moral e cívica: o estudo e o brinqueado em convívio com outras crianças e adolescentes.

O artigo 102 do CMM revelava uma forma importante de prevenção: a que se daria pela educação. Confira-se:

Art. 102. Igualmente não se póde ocupar a maiores dessa idade que contem menos de 14 annos. e que não tenham completado sua instrucção primaria. Todavia. a autoridade competente poderá autorizar o trabalho destes, quando o considere indispensavel para a subsistencia dos mesmos ou de seus paes ou irmãos, comtanto que recebam a instrucção escolar, que lhes seja possivel.

Outro importante dispositivo do CMM foi a proibição de trabalhos perigosos à saúde, à vida ou fatigantes, que excedessem as suas forças (art.104).

O artigo 109 do CMM proibiu trabalho noturno para menores de 18 anos de idade; preocupado com a definição do que seria trabalho noturno, o CMM teve o cuidado de fazê-lo no § único do art.109, onde se lê que ‘todo trabalho entre sete horas da noite e cinco horas da manhã é considerado trabalho noturno’.

A magnífica e necessária Consolidação das Leis Trabalhistas (DECRETO-LEI N. 5.452, DE 1o DE MAIO DE 1943) preveria, por influência do CMM, um Capítulo dedicado especialmente à proteção do menor trabalhador, a partir de seu artigo 402; e outro para regular a duração do trabalho do menor, a partir do art.411. Com a CLT, regulava-se mais rígida e amplamente o trabalho do menor, preocupação importantíssima já presente no CMM.

O CMM estabeleceu em seu art.89 uma proteção à exposição do menor infrator, ao vedar a publicação, pelos meios de comunicação, de fotos ou elementos que o identificassem. A violação a esta proibição importaria em infração administrativa, cominada com multa e apreensão do material impresso.

O artigo 19 do CMM previa, também, multa para a violação de segredo relativo à identidade das mães dos menores ‘irregulares’.

Vários outros dispositivos do CMM previam multa. No entanto, um dos mais interessantes era o contido no art.75, que vale à pena ser reproduzido, a seguir:

Art. 75. Si o pae, a mãe, tutor ou responsavel pelo menor estiver em condições de o educar, e por culpa sua não o tiver feito, a autoridade lhe imporá a pena de multa de 100\$ a 500\$, ou a prisão cellualar de cinco a 15 dias.

Ou seja, o CMM era cômico em, apesar de não prever a pena de advertência, prever uma pena mais branda, com a função de advertência: uma multa para aqueles pais negligentes. Com isto, o CMM esperava influir na conduta social de pais de ‘menores irregulares’.

O Código de Menores de 1979 previa dispositivos semelhantes para proteger a identidade de menores, de seus pais e para induzir os pais a cuidarem melhor de seus filhos. Veja-se, p.ex, o disposto no seguinte:

Art. 63. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, atos ou documentos de procedimento judicial relativo a menor.
Pena - multa de até cinquenta valores de referência.

Uma das formas mais radicais de prevenção, e considerada como ‘definitiva’ e salvadora do menor, prevista pelo CMM era sem dúvida alguma a da família substituta – que já vimos supra. O Código de 1979 reproduziria e ampliaria a possibilidade de adoção, bem como criaria a figura da ‘delegação de pátrio poder’ (art.21), desejada pelos pais ou responsáveis, ainda que o próprio Código de 1979 previsse em seu art.37 a irrevogabilidade da adoção plena. Com esta figura da ‘delegação’, uma vez adotado o menor, abria-se, contudo, a possibilidade dos pais adotivos ‘reenviarem’ o menor a outra família ou, o que era mais freqüente, a outra pessoa, para cuidar dele como se adotante fosse, mas em seu nome.

O ‘menor irregular’ contido no CMM e tratado pelas legislações posteriores era, na verdade, encarado como um produto da degeneração moral e cívica de algumas poucas famílias e pais; além disso, enquadrava a grande maioria das crianças e adolescentes brasileiras como passíveis de medidas preventivas, pelo simples fato de serem pobres. Isto representava, pois, uma enorme ingerência do Estado na esfera social, freqüentemente arbitrária, autoritária e desastrosa, ainda que bem intencionada.

Apenas com a CRFB-1988 haveria rompimento da visão geral sobre o menor ‘irregular’, tratando-o como uma pessoa humana em desenvolvimento e, portanto, um sujeito de direitos, entre os quais o de manter-se prioritariamente em estabelecimentos de regime semi-aberto, por períodos breves e com direitos de serviços sociais de todos os tipos para assisti-los. O ECA firmaria o entendimento contrário ao disposto no CMM, no sentido de que o local ‘natural’ em que um menor deveria desenvolver-se era o seio familiar; somente em última instância, assegurado o contraditório dos pais, ouvidos especialistas e visando à ampla defesa do melhor interesse do menor é que poderia uma criança ou adolescente ser afastada de seu lar (art.106, ECA). De toda forma, já no CMM se firmaria o primeiro conceito – moralizador e autoritário, certamente – do que seria ‘o melhor interesse’ da criança.

Com a CRFB-1988, o menor – fosse de qual fosse a classe social ou o delito praticado – passaria a desfrutar juridicamente de proteção integral à sua pessoa. De especial importância foi o art.227, CRFB-1988:

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.

Vê-se, com a redação do art.227, CRFB-1988, que a criança e o adolescente passam a ter direitos fundamentais. Promovê-los é tarefa da família; mas não somente dela: a sociedade e o Estado passam a serem co-responsáveis pela efetivação destes direitos, tanto na esfera jurídica quanto na esfera social. O Estado deixa de ser apenas um 'interventor' sobre menores em situação irregular, e passa a ter deveres positivos; mais ainda: embora situado formalmente no mesmo plano normativo, com o ECA rompeu-se a visão mais tradicional e conservadora de que tratamento de menores 'irregulares' seria tarefa primordial do Estado. Entendeu-se que, embora bem intencionado desde a edição do CMM, o papel do Estado na seara dos menores 'irregulares' é o de criar condições para que a própria sociedade, especialmente através das famílias dos menores, possa desenvolver seus filhos, profissionalizá-los e emancipá-los.

Capítulo 6: Conclusão

O CMM foi um Código de detalhada elaboração e preocupações sociais avançadas para sua época. As leis que o sucederam trariam poucas modificações em relação a seu conteúdo.

Seria o ECA, em 1990, que juridicamente romperia com o paradigma estabelecido pelo CMM quanto ao tratamento dado ao ‘menor irregular’. A discussão comparativa da efetividade de tratamento entre CMM e legislações subseqüentes vis-à-vis ao ECA é, contudo, matéria aplicada, que certamente demandaria mais e novos estudos, mas o qual nos eximimos de tratar no presente trabalho.

Não obstante o caráter excessivamente moralizador do CMM e graves equívocos no tratamento da questão do menor no Brasil, pode-se tributar ao mesmo CMM algumas realizações inegáveis na história do direito brasileiro, e de grande importância para a vida nacional. Entre outras influências, destacamos: i) traz a idéia embrionária do ‘melhor interesse da criança’; ii) prevê serviços sociais estatais em prol da criança e do adolescente; iii) protege o menor de idade do trabalho selvagem e excessivo; iv) força à revisão do instituto da adoção; v) descriminaliza condutas anti-sociais praticadas por menores; vi) coloca a sociedade para refletir melhor sobre seus filhos desassistidos. .

Ao Código Mello Mattos, pois, rendemos nossas sinceras homenagens.

BIBLIOGRAFIA:

- **BARROSO, LUÍS ROBERTO. “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades”. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.**
- **_____ . “Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora”. 6ª edição. São Paulo, Saraiva, 2004.**
- **BONAVIDES, PAULO. “Ciência Política”. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.**
- **COMPARATO, FÁBIO KONDER. “A Afirmação Histórica dos Direitos do Homem”. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2001.**
- **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.**
- **CURY, MUNIR; SILVA, ANTÔNIO FERNANDO DO AMARAL E; MENDEZ, EMÍLIO GARCÍA. “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”. 4ª edição. São Paulo, Malheiros: 2002.**
- **DALLARI, DALMO DE ABREU. “Elementos de Teoria Geral do Estado”. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.**

- **DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. “Direito Administrativo”. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.**
- **MORAES, ALEXANDRE DE. “Direito Constitucional”. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.**
- **PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. “Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações”. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.**
- **SILVA, JOSÉ AFONSO DA. “Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2001.**
- _____ . “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____ . “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. 1ª edição em 1967. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- **TAVARES, ANDRÉ RAMOS. “Curso de Direito Constitucional”. 2ª edição, São Paulo: Saraiva: 2003.**
- **VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. “Direito Civil – Direito de Família”. Volume 6. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.**