

A DOCTRINA DA PROTECCAO INTEGRAL

O principio do Superior Interesse e a Convenção dos Direitos da Criança: conteúdo e significado

João Batista Costa Saraiva¹

“Toda a história do progresso humano foi uma série de transições através das quais costumes e instituições, umas após outras, foram deixando de ser consideradas necessárias à existência social e passaram para a categoria de injustiças universalmente condenadas”

John Stuart Mill

Em nossa tradição jurídica, destaca Luigi Ferraioli, direito e infância são termos tendencialmente antagónicos. Por um lado, estando as crianças privadas da capacidade de actuar, sempre foram tratadas – e, antes disto, inclusive pensadas – muito mais como objectos que como sujeitos do direito. Criança sempre foi associada ao conceito de incapaz. Por outro lado, o direito dos “menores” sempre foi concebido em nossa cultura jurídica como um direito menor, alheio ao horizonte teórico do jurista e escassamente compatível com as avançadas formas jurídicas do direito dos adultos. A mencionada “autonomia científica” do direito do menor transformou-se de fato em uma autonomia do direito constitucional, ou seja, daquele sistema de direitos e garantias que constitui a substância do actual constitucionalismo democrático.

O mesmo Ferraioli destaca que nas origens desta exclusão das crianças do horizonte do direito, encontra-se um paradoxo vinculado à rígida separação entre esfera pública e esfera privada que é gerada com o nascimento do direito moderno. Produto desta separação, os direitos de liberdade dos indivíduos machos e adultos se consolidaram, no velho Estado liberal, como uma garantia de imunidade do direito à esfera privada, esfera à qual pertencem, junto ao património, a família e a casa. O universo doméstico, não muito diversamente da fábrica, se configurou como sociedade “natural” dentro da qual os “menores” e

¹ Juiz da Infancia e Juventude no Brasil, Professor na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missoes, e nos Cursos de Pjlos/Gradua;ao em Direito da Crian;a na Escola Superior do Ministerio Publico do Estado do Rio Grande do Sul e na Escola Superiro da Magistratura. Consultor do UNICEF, autor de diveras obras sobre o tema do Direito da Crianca.

as mulheres acabaram ficando alheios ao direito e além disso tudo submetidos ao poder absoluto – paterno e conjugal – consequência lógica das liberdades “civis” do pai-patrão. É assim que, mesmo adentrando em nosso século, o direito interessou-se pelos “menores” – através de tribunais e orfanatos – unicamente como problema de polícia ou de assistência caritativa, resultado de seus actos desviados ou de seu abandono. É por esta via que foi mantida, também nas leis europeias, uma legislação ao mesmo tempo paternalista e repressiva.

Esta função do direito se agravou dramaticamente na América Latina e em África pelas condições de pobreza e marginalidade em que vivem milhões de crianças empurradas pela fome a uma relação adulta com a sociedade, através do trabalho, ou, pior ainda, da pequena criminalidade de subsistência; ao mesmo tempo oprimidos, explorados, escravizados, violentados e inclusive exterminados como, lamentavelmente se fazem notórios os maus exemplos do Brasil e Colômbia. A função do direito foi estendida neste caso, além do âmbito doméstico, às ruas das grandes metrópoles e aos lugares clandestinos de trabalho ilegal e prostituição, onde as crianças são abandonadas às relações selvagens próprias do estado de natureza, vítimas indefesas de um gigantesco crime contra a humanidade; com o qual colaboram, não tanto seus pais, geralmente ausentes e de todos os modos vítimas por sua vez da desigualdade e da miséria, mas principalmente as classes mais favorecidas e os grupos dirigentes nacionais, assim como aqueles dos países ricos e desenvolvidos, responsáveis principais pela desigualdade e pela miséria.

Deste modo, a questão relativa ao estudo do Direito da Criança deve ser focada em face do conjunto dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, cuja dimensão subjectiva determina o estatuto jurídico da cidadania, quer em suas relações com o Estado, quer em suas relações entre si.

A elaboração destes princípios fundamentais, incorporados no constitucionalismo moderno, remonta a uma caminhada de séculos.

O processo de construção de um sistema de direitos fundamentais e o trato constitucional destes, do ponto de vista histórico, como destaca António Perez Luño, remete a um período inicial, onde foram concebidos inicialmente como instrumentos de protecção da cidadania frente a onnipotência do Estado.

Sentencia o mestre espanhol que os direitos humanos, neste contexto, se constituem em uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, assim como o

reconhecimento de que os direitos fundamentais são uma categoria descritiva dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico ².

Tratar-se de Direito da Criança supõe o conhecimento deste conjunto de valores, onde se inclui a luta contra a escravatura nas Américas e o conseqüente reconhecimento do direito do negro, o Direito da Mulher, das minorias etc.

Neste entendimento, situando o estudo do Direito da Criança no conjunto dos Direitos Fundamentais, abordando a trajetória deste Direito na normativa internacional, analisando a questão da responsabilidade penal dos menores de idade, seguidamente em voga no debate latino-americano em torno da responsabilidade juvenil, Emílio Garcia Mendez³ enumera que, do ponto de vista do Direito, é possível dividir a história do Direito Juvenil em três etapas:

- a) de carácter penal indiferenciado;
- b) de carácter tutelar;
- c) de carácter penal juvenil.

Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o Direito da Infância e Juventude se faz insuperável, que a primeira etapa, do carácter indiferenciado, é a marca do tratamento dado pelo direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de “liberdade por um menos pouco menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade”, na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço.

O segundo momento, do carácter tutelar da norma, tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no incício do século XX. Num período de tempo de vinte anos, iniciando em 1919 com a Legislação da Argentina, todos os países da América Latina adoptaram o novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. As novas ideias foram introduzidas a partir do chamado Movimento dos Reformadores⁴.

Na crítica que faz, ensina Emílio Garcia Mendez:

“...uma análise crítica permite pôr em evidência que o projecto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, constitui num compromisso profundo com aquele. As

² Luño, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales: Temas Clave de la Constitución Española. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, especialmente pp. 19 a 51.

³ Mendez, Emílio Garcia, Adolescentes e Responsabilidade Penal: Um debate Latino-Americano, Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.

⁴ Sobre o tema Emílio Garcia Mendez remete à leitura de Antony Platt, “Los Salvadores Del Niño, o la invención de la Delincuencia”, México, Siglo XXI, 1982.

novas leis e a nova administração da Justiça de Menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de sequestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada patologia social devia corresponder uma arquitectura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e de menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejo de seus emuladores latino-americanos. Neste último caso, onde ainda hoje a colocação de menores de idade na prisão de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitas regiões...”⁵.

A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada por conceitos como separação, participação e responsabilidade:

*“O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art. 12 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o carácter progressivo do conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social, mas ao contrário, além disso e progressivamente, numa responsabilidade de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.”*⁶

Esta terceira etapa, no Brasil, que foi pioneiro na América Latina, estabelecendo uma ruptura tanto com o modelo de carácter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, foi inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90.

Enquanto o movimento de direito das mulheres iniciou o século XX reivindicando o direito ao voto e à igualdade de oportunidades e direitos em relação aos homens, cuja marcha naquele distante 8 de Março fixou seu marco; o movimento pelos direitos das crianças inaugurou este tempo reclamando o reconhecimento de sua condição distinta em relação ao mundo adulto.

O primeiro Tribunal de Menores foi criado em Illinois, EUA, em 1899.

⁵ Op. Cit. pp. 7/8.

⁶ Mendez, Emilio Garcia. Op. Cit., p. 8.

Em decorrência da experiência americana e por esta influenciada, outros países aderiram à criação de Tribunais de Menores, criando seus próprios juízos especiais: Inglaterra em 1905, Alemanha em 1908, Portugal e Hungria em 1911, França em 1912, Argentina em 1921, Japão em 1922, Brasil em 1923, Espanha em 1924, México em 1927 e Chile em 1928.

Paralelamente se veio construindo a Doutrina do Direito do Menor, fundada no binómio carência/delinquência. Se não mais se confundia adultos com crianças, desta nova concepção resulta um outro mal: a conseqüente criminalização da pobreza.

Sobre o tema fazem-se extraordinárias as lições de Emílio Garcia Mendez⁷ e de Martha Toledo Machado⁸.

Dois episódios foram fundamentais, do ponto de vista da afirmação do Direito do Menor no início do século XX.

O primeiro episódio foi a realização do *Primeiro Congresso Internacional de Menores*, em Paris, no período de 29 de junho a 1º de julho de 1911. Este evento, como destaca Emílio Garcia Mendez⁹, foi de grande importância, não apenas em face do destaque dos juristas que dele participaram, tendo influenciado directamente a criação dos juízos de menores por toda a Europa e pela América Latina, como especialmente porque assentou os princípios do novo direito.

O mesmo Emílio Garcia Mendez, analisando as conclusões deste Congresso, destaca: *“que servem para legitimar as reformas da justiça de menores as espantosas condições de vida nos cárceres onde os menores eram alojados de forma indiscriminada com adultos e a formalidade e a inflexibilidade da lei penal que, obrigando a respeitar entre outros, os princípios da legalidade e de determinação da condenação, impediam a tarefa de repressão-proteção, própria do direito de menores”*¹⁰

A política era de supressão de garantias (como o princípio da legalidade) para assegurar a “protecção” dos menores. Para combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou um monstro: o carácter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais.

Em nome do amor estavam sendo lançados os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular, consagrando o binómio carência/delinquência.

⁷ Op. Cit.

⁸ Machado, Martha de Toledo. A Protecção Constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos. São Paulo:Manole, 2003 , p. 35 e seguintes.

⁹ Op. Cit. P.. 53

¹⁰ Op. Cit., p. 53;

A caminhada de protecção dos direitos da infância colocava como pressuposto a superação de garantias como o princípio da legalidade, em face a suposta figura de um juiz investido de todas as prerrogativas do bom “pater familiae”.

Martha de Toledo Machado¹¹ destaca esta situação, analisando as conclusões do Congresso de Paris, sendo ilustrativa desta nova postura do Direito em face aos menores a ideia fundante resultante daquele conclave: “a pedra angular das reformas consiste em alterar substancialmente as funções do juiz. O delegado belga no Congresso de Paris, o famoso professor de Direito Penal A. Prins, afirma que a jurisdição de menores deve possuir carácter familiar e que o juiz de menores deve ser um pai e um juiz de vigilância (Atas, 1912, p. 61)”.¹²

Os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular estavam lançados e, como destaca Emílio Garcia Mendez, a própria pauta do Congresso se fazia reveladora do espírito que a norteava:

“a) Deve existir uma jurisdição especial de menores? Sobre que princípios e directrizes deverão se apoiar tais tribunais para obter um máximo de eficácia na luta contra a criminalidade juvenil?”

“b) Qual deve ser a função das instituições de caridade ante os tribunais e o Estado?”

“c) O problema da liberdade vigiada ou probatória. Funções dos tribunais depois da sentença.”

O segundo episódio relevante no contexto internacional no início do século XX em face o Direito da Criança foi a Declaração de Génova de Direitos da Criança, que foi adoptada pela Liga das Nações em 1924, constituindo-se, na linha da Doutrina da Situação Irregular, no primeiro instrumento internacional a reconhecer a ideia de um Direito da Criança.

A Declaração dos Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 se constitui em um novo episódio fundamental no ordenamento jurídico internacional na afirmação dos direitos da criança. É lançado neste documento o embrião de uma nova concepção jurídica de infância, que irá evoluir, no final da década de oitenta, no século XX, para a formulação da Doutrina da Protecção Integral.

Ainda impregnada pela cultura tutelar, a legislação internacional começava a esboçar os primeiros passos para promover a criança de sua condição de objecto da norma, conquistada no início do século XX, superada a etapa da indiferença, para a nova condição (a

¹¹ Machado, Martha de Toledo. Op. Cit.

¹² Mendez, E. G., Op. Cit. p. 56.

partir da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) de sujeito do processo, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Neste contexto, de final dos anos cinquenta e início dos anos sessenta, estabelece-se uma importante fase de afirmação dos Direitos Humanos. Nos Estados Unidos os negros obtêm importantes avanços, sob o comando de Martin Luther King, sendo emblemático o episódio de acesso à Universidade em condições iguais com os brancos, como o famoso caso do Estado de Alabama.

Este permanente paralelo entre os diversos movimentos de afirmação de direitos faz-se imprescindível para compreender o conjunto dos avanços. No Brasil, somente em 1962 (depois, portanto da Declaração dos Direitos da Criança), é que a mulher casada brasileira alcança uma condição de dignidade frente ao tratamento desfavorável que a legislação lhe colocava, impondo a ela, até aquele instante, uma situação subalterna frente ao marido. Foi com o advento da Lei 4.121, de 27.08.1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que a mulher brasileira passou a desfrutar de certos direitos em condição igualitária ao homem, na medida em que até aquele momento fazia-se dependente do marido para a realização de negócios, e somente poderia praticar actos da vida civil assistida pelo marido. A mulher era, ate aquela data, relativamente capaz!

Enquanto no Brasil, em 1979, editava-se o Código de Menores, que se constituiu na expressão máxima da Doutrina da Situação Irregular e do carácter tutelar do Direito de Menores no País, a ONU estabelecia aquele como o Ano Internacional da Criança.

Passavam vinte anos desde o advento da Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, cumprindo fazer entre os países signatários daquela Carta um balanço mundial dos avanços alcançados na efectivação daqueles direitos enunciados.

Em face disso, percebendo a necessidade de uma Normativa Internacional com força cogente, apta a dar efectividade aos direitos preconizados na Declaração dos Direitos da Criança, na ONU, a representação da Polónia propôs a elaboração de uma Convenção sobre o tema.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1989 tem, pois, uma história de elaboração de dez anos, com origem em 1979.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU organizou um grupo de trabalho aberto para estudar a questão. Neste grupo poderiam participar delegados de qualquer país membro da ONU, além dos representantes obrigatórios dos 43 Estados integrantes da Comissão, organismos internacionais como o UNICEF, e o grupo "ad hoc" das organizações não governamentais.

Em 1989, no trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, reunida em Nova York, aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança. Desde então os Direitos da Criança passam a se assentar sobre um documento global, com força coercitiva para os Estados signatários¹³.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, consagrando a Doutrina da Protecção Integral, se constitui no principal documento internacional de Direitos da Criança.

No dizer de Antônio Carlos Gomes da Costa, a Convenção Internacional de Direitos da Criança é um documento poderoso para modificação das maneiras de entender e agir das pessoas, grupos e comunidades, produzindo mudanças no panorama legal, suscitando o reordenamento das instituições e promovendo a melhoria das formas de atenção directa¹⁴.

Apesar de não ser cronologicamente o primeiro texto, a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança contribuiu decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado “Doutrina das Nações Unidas de Protecção Integral à Criança”.

Conforme Emílio Garcia Mendez sob esta denominação estar-se-á referindo a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, As Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, As Regras Mínimas das Nações Unidas para a protecção dos jovens privados de liberdade e as Directrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil.

Este corpo de legislação internacional, com força de lei interna para os países signatários, modifica total e definitivamente a velha doutrina da situação irregular.

Na aplicação da Doutrina da Protecção Integral no Brasil, em cotejo com os primados da Doutrina da Situação Irregular que presidiam o velho Código de Menores, o que se constata é que o País, o Estado e a Sociedade é que se encontram em situação irregular.

Assim, a Doutrina das Nações Unidas de Protecção Integral à Criança, com força cogente nos Países signatários, pode ser afirmada a partir destes quatro documentos:

- a) Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (20/11/89);
- b) Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, conhecidas como regras de Beijing (29/11/85);

¹³ Sobre o tema vide Saraiva, João Batista Costa. Compendio de Direito Penal Juvenil, 3ª. Ed., Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre/RS, Brasil, 2006.

¹⁴ Apud Veronese, Josiane. Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente, nº 2, Florianópolis:ABMP, 1997.

c) Regras das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade (14/12/90);

d) Directrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Directrizes como Directrizes de Riad (14/12/90).

Este conjunto normativo revogou a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, dando um novo contorno ao funcionamento da Justiça de Infância e Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria de cidadania.

Todo sistema de garantias construído pelo Direito Penal como factor determinante de um Estado Democrático de Direito é estendido a criança e ao adolescente, em especial quando se lhe é atribuída a prática de uma conduta infracional.

Princípios fundamentais, cujos, em nome de uma suposta acção protetiva do Estado eram esquecidos pela Doutrina da Situação Irregular, passam a ser integrantes da rotina do processo envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei, tais como princípio da reserva legal, do devido processo legal, do pleno e formal conhecimento da acusação, da igualdade na relação processual, da ampla defesa e contraditório, da defesa técnica por advogado, da privação de liberdade como excepcional e somente por ordem expressa da autoridade judiciária ou em flagrante, da protecção contra a tortura e tratamento desumano ou degradante, etc.

Desfaz-se a figura do Juiz de Menores investido em funções que não estritamente jurisdicionais, impondo-se ao Judiciário seu papel de julgador, reservando-se aos demais personagens da vida pública sua devida actuação. Desaparece o Juiz com poderes ilimitados no exercício de uma actividade de controle social para dar lugar ao Juiz Técnico, limitado pelas garantias processuais.

Recorrendo a Mary Beloff é possível listar as principais características da Doutrina da Protecção Integral:

a) Definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vier 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 efectivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso.

b) Desaparecem as ambiguidades, 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).
- d) Estabelece-se a distinção entre as competências pelas políticas sociais e competências pelas questões relativas a infracção à lei penal. Neste caso estabelecendo-se princípios fundamentais como ampla defesa, reconhecendo que os direitos das crianças e dos adolescentes dependem de um adequado desenvolvimento das políticas sociais.
- e) A política pública de atendimento deve ser concebida e implementada pela sociedade e pelo Estado, fundada na descentralização e focalizada nos municípios.
- f) É abandonado o conceito de menores como sujeitos definidos de maneira negativa, pelo que não têm, não sabem ou não são capazes, e passam a ser definidos de maneira positiva, como sujeitos plenos de direito.
- g) São desjudicializados os conflitos relativos a falta ou carência de recursos materiais, substituindo o anterior sistema que centrava a acção do Estado pela intervenção judicial nestes casos.
- h) A ideia de Protecção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes: Não se trata, como no modelo anterior, de proteger a pessoa da criança ou do adolescente, do “menor”, mas sim de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes.
- i) Este conceito de protecção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los nem restringi-los.
- j) Também por este motivo a protecção não pode significar intervenção estatal coercitiva.
- k) Da ideia de universalidade de direitos, se depreende que estas leis, derivadas da nova ordem, são para toda a infância e adolescência, não para uma parte. Por isso se diz que com estas leis se recupera a universalidade da categoria infância, perdida com as primeiras leis para “menores”.
- l) Já não se trata de incapazes, meias-pessoas ou pessoas incompletas, mas sim pessoas completas, cuja particularidade é que estão em desenvolvimento. Por isso se reconhecem todos os direitos que têm todas as pessoas, mais um *plus* de direitos específicos precisamente por reconhecer-se que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.
- m) Decorre disso, por um imperativo lógico, o direito de a criança ser ouvida e sua palavra e opinião devidamente consideradas.
- n) Recoloca-se o Juiz na sua função jurisdicional, devendo a Justiça de Infância e Juventude ocupar-se de questões jurisdicionais, seja na órbita infracional (penal) seja na órbita civil (família).
- o) O Juiz da Infância, como qualquer Juiz no exercício de sua jurisdição, está limitado em sua intervenção pelo sistema de garantias.
- p) Na questão do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, se reconhecem todas as garantias que correspondem aos adultos nos júzos criminais, segundo as constituições e os instrumentos internacionais pertinentes, mais garantias específicas. Destas, a principal é de que os adolescentes devem

ser julgados por tribunais específicos, com procedimentos próprios e que a responsabilidade do adolescente pelo ato cometido resulte na aplicação de sanções distintas daquelas do sistema de adultos, estabelecendo, deste ponto de vista, uma responsabilidade penal juvenil, distinta daquela do adulto.

q) Resulta disso o estabelecimento de um rol de medidas aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei, onde o alternativo, excepcional, última solução e por breve tempo será a privação de liberdade. Estas medidas se estendem desde a advertência e admoestação até os regimes de semiliberdade e ou privação de liberdade em instituição especializada, distinta daquela de adultos e por tempo determinado.

r) A privação de liberdade será sempre o último recurso, presidida por princípios como brevidade e excepcionalidade, com período determinado de duração e somente aplicável em caso de um delito grave.

A partir destes primados estabelecidos pela nova ordem internacional estabelece-se uma mudança paradigmática no Direito da Criança.

Como a firma Mário Volpi¹⁵, a Doutrina da Protecção Integral além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social apresenta-nos um conjunto conceptual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e adolescentes sob a óptica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores.

Não mais se admite conceitos como “menor”, considerando a carga discriminatória encerrada nesta expressão, na medida em que o ordenamento propõe uma normativa apta a contemplar toda a população infanto-juvenil, agora em uma nova condição, não mais objecto do processo, mas sim sujeito do processo, protagonista de sua própria história.

Pela nova ordem resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e de toda a normativa internacional incidente, fundadora da Doutrina da Protecção Integral de Direitos, resta sepultada a Doutrina da Situação Irregular.

Dissertando sobre o tema, Luigi Ferraioli, destaca que o paradigma paternalista do direito menoril, fundado na Doutrina da Situação Irregular, resultava de sua natureza informal e discricionária, sempre consignado a um suposto poder “bom” que invariavelmente atuaria no “interesse superior do menor”. Este presuposto resultou dramaticamente desmentido pela realidade, transformado-se, o sistema da doutrina da situação irregular na ausência absoluta de regras, possibilitando e legitimando os piores abusos e arbitrariedades.

¹⁵ Volpi, Mário. A protecção integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes. Prefácio ao livro *Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, de João Batista Costa Saraiva.

Contrapõem-se a isso a Doutrina da Proteção Integral de Direitos da Criança, trazendo em seu bojo, na questão do adolescente em conflito com a Lei, todo o garantismo próprio do Direito Penal e do Constitucionalismo, estabelecendo um modelo de regras e garantias que se tem denominado Direito Penal Juvenil¹⁶.

A Doutrina da Proteção Integral incorpora à questão do adolescente em conflito com a lei a proposta de Ferraioli, definida por Bobbio como um sistema de garantismo, com a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo (e portanto das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direito) frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal¹⁷.

Quadro Comparativo entre uma Legislação orientada pela Doutrina da Situação Irregular e uma Legislação Orientada pela Doutrina da Proteção Integral¹⁸.

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

¹⁶ Ferraioli, Luigi. Prefácio a Infância, Ley y Democracia em América Latina. Mèndez, Emílio Garcia, e Beloff, Mary. Buenos Aires: Temis, 1999.

¹⁷ Bobbio, Norberto. Prefácio a Direito e Razão, de Luigi Ferraioli (São Paulo:RT, 2002).

¹⁸ Beloff, Mary. Op. Cit. P. 21