

## A atual problemática do menor

DR. LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA AMARAL

*"Do rio que tudo arrasta, se diz que é violento; mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem."*

B. BRECHT.

### SUMARIO

- INTRODUÇÃO
- A COMUNIDADE E O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR
- OS RECURSOS HUMANOS
- DUAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS ESSENCIAIS A POLÍTICA DO MENOR
- A SITUAÇÃO IRREGULAR
- A TERAPIA
- O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR E AS LEIS AFINS
- O DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS NAO-ADULTOS, EM ALGUMAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS
  - França
  - Alemanha
  - Itália
- A PREVIDENCIA SOCIAL E O PROBLEMA DO MENOR
- OBSERVAÇÕES DERRADEIRAS
- CONCLUSÃO

### INTRODUÇÃO

Ao encetarmos esta modesta tarefa, cumpre-nos liminarmente expender a sua íntima razão: não só um apelo, mas também um brado de advertência às consciências dos que lidam com aqueles condenados até a alma, os menores problemáticos, calados pela desproteção, sofridos pela habitudinária desatenção.

---

O autor é advogado militante no foro de Brasília, havendo atuado na Defensoria Pública junto ao Juizado de Menores desta Capital, pesquisador do assunto e mestrando na Universidade de Brasília.

Ensinou Ihering que, "o fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta". Como nós que iniciamos a vida forense, num órgão cuja denominação traz o sentido de luta — pois quem defende não o faz sem lutar — assim também é este trabalho: um embate amplo e impessoal, almejando o resguardo daquele que nem ao menos tem merecido duas ou três linhas em seu proveito, senão dos abnegados magistrados em suas sentenças, muitas vezes, dignas de maior publicidade.

Nosso objetivo imediato é buscar a unidade de compreensão dos postulados básicos do Direito do Menor considerando aqueles companheiros que divergem da atual orientação científica, por puro desconhecimento ou por comodismo. Justamente, miramos os que não aliam a prática à teoria, pois pensamos que a longa experiência é sem dúvida imprescindível, mas ainda não o bastante, se não tem o mínimo de embasamento doutrinário.

A missão de recuperar qualquer ser humano é altamente qualificada; com o menor, essa exigência é bem mais profunda por razões que adiante veremos.

Talvez tenhamos adotado neste ofício um real avanço em certas proposições, contudo, neste vanguardismo, temos aliados valorosos. Não queremos dar enfoque puramente teórico ao presente trabalho, mas queremos, sim, falar da prática por ângulos que aprendemos a observar.

Com efeito, não desejamos esgotar ou dar cores terminativas ao tema que ora abordamos, mas tão-somente pretendemos levar a qualquer interessado sugestões e pensamentos hauridos em profunda pesquisa e convivência íntima com a realidade do menor. A lide diuturna e absorvente no Juizado de Menores desta Capital fixou-nos certas aspirações dentro dessa causa.

Assim, já se afirmou que entre a palavra dita e a vivida, há sensível diferença. Se for apenas proferida, é tão-só um eco vazio. Mas se vivida, sofrida, com conteúdo de existência e história pessoal, ela se transforma em mensagem, em alerta, afeta consciência, forma opiniões, enfim, sugere movimentos. Logo, limitar-nos-emos à realidade, usando para isso, amiúde, do empirismo; todavia, quando possível, buscaremos razões científicas que são exíguas na literatura pertinente.

A lei, distante da realidade, não existe como direito e sim, como letra morta; mas a lei que tem a realidade por base, esta sim, tende a atingir seus fins.

Impõem-se, neste intróito, algumas premissas essenciais do problema do menor em nosso País.

Destarte, devemos ter perfeita noção de que a causa menorista (para usarmos o neologismo de Cavallieri) não está restrita a uma visão monolítica, porém global. O menor desajustado, infrator, abandonado, doente, é produto de uma sociedade ainda não plenamente desenvolvida, na amplitude de seus recursos econômicos, sociais e culturais. É verdade, também, que o problema existe noutras sociedades mais desenvolvidas. Ter-se sempre bem presente tal evidência é de suma importância para o trato do tema em exame.

Com efeito, nosso desenvolvimento apresenta-se com certos contrastes de grandes proporções, senão vejamos: em 1970 a nossa densidade demográfica foi de 11 habitantes por km<sup>2</sup>, com apenas 1,03 habitantes por km<sup>2</sup>, na vasta região norte, e 44 habitantes por km<sup>2</sup> na região sul, tendo seus extremos no Território de Roraima e no Estado da Guanabara.

Nossa taxa de natalidade na década de 1940 a 1950, que era de 44 mil, decresceu para 37,7 por mil no período de 1960 a 1970; mas graças aos notáveis progressos de nossa medicina, a taxa de mortalidade decresceu no mesmo período de 23,7 para 9,4 por mil.

Com isso, a taxa de crescimento aumentou apesar da redução da natalidade — de 20,3 para 28,3 por mil ao ano — e, ainda, a expectativa de vida média do brasileiro ao nascer passou de 42 para cerca de 60 anos (dados de 1970).

Nosso País é eminentemente de jovens. Nos censos demográficos de 1940, 1950, 1960 e 1970, cerca de 43% da população total tinha menos de 14 anos, abaixo portanto da possibilidade física normal de trabalho, e cerca de 53% da mesma população tinha menos de 19 anos de vida, sobrando apenas 47% acima de vinte anos.

Esses dados estatísticos (IBGE) nos convertem num dos países mais jovens do mundo e nos mostram que em 1980, daqui a dois anos, teremos 75 milhões de jovens de menos de 19 anos; isso refletirá decerto na capacidade plenamente ativa do Brasil e, indubitavelmente, na política nacional do menor.

Conforme estudos do Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho, a população economicamente ativa em 1975 foi calculada em 34%, o que significa que cada pessoa que auferiu renda teve de sustentar a si e a mais dois dependentes. Mas grande parte dessa população ativa auferia renda abaixo de suas necessidades. Em 1970 o IBGE comprovou que cerca da metade da população ativa auferiu salários inferiores ou iguais ao mínimo vigente naquele ano. Sendo certa a exclusão dos salários indiretos (13º salário, PIS-PASEP, salário-família etc.).

Daí, vislumbramos o tão debatido, entre os teóricos do desenvolvimento, círculo vicioso e cumulativo da pobreza, demonstrado pelo Prof. C. E. A. Winslow:

“Homens e mulheres eram doentes porque eram pobres; tornaram-se mais pobres porque eram doentes e, mais doentes, porque eram mais pobres” (1).

Temos, ainda, que o menor em situação irregular, acentuadamente (mas não exclusivamente), o abandonado, é uma questão fortemente ligada ao processo de urbanização. As cidades crescem (incham), sem que haja um prévio controle que se faz indispensável (saneamento básico, habitação, emprego, escolas, migração interna, etc.), resultando daí a perda do senso comunitário,

(1) WINSLOW, C. E. A. — “The Cost of Sickness and Price of Health”, Monograph Series, nº 7 — Genebra — 1951.

perda essa que não é decorrência necessária do processo de urbanização, mas sim da aleatoriedade da sua evolução. Afloram, então, a forte competitividade e os conflitos que não poupam sequer os indefesos nestas megalópoles.

Vale lembrar as estatísticas, no que tange à distribuição de nossa população: em 1970, 55% encontrava-se nas cidades e apenas 45% no campo. Para 1975, as previsões indicaram para a cidade, em números absolutos, 65 milhões de pessoas e, para a região rural, 43 milhões, num total de 108 milhões de patrícios. Nessa progressão, em 1980, quando nossa população será de 125 milhões, deveremos ter 83 milhões nas urbes e 43 milhões no campo. É de se destacar que o decênio de 1980 será o primeiro em que nossa população rural decrescerá em números absolutos.

Parecerá que essas progressões são otimistas, conquanto todo o processo de industrialização fornece tais proporções. Se, porém, considerarmos que o modelo histórico de ocupação dos solos urbanos, na América Latina e no Brasil, também se realizou dentro da linha genérica do *laissez faire*, sem haver, via de regra, um planejamento do estado físico, veremos que não há abrigo para esse otimismo. Senão vejamos: a massa populacional expelida dos campos anualmente vem para as cidades à busca de melhores condições de vida, sem preparo profissional, cultural e político para enfrentar seu novo *habitat*, daí a marginalização dessa gente nas cidades.

Desse caótico cenário, já podemos tirar duas ilações:

a) impõe-se urgente estímulo no sentido de que se fixe o homem no seu ambiente (rural), com todas as adaptações que a modernização rural está a exigir dele, para que o mesmo não venha a ser rechaçado do "seu mundo";

b) inevitável é a planificação familiar, sem a qual de nada valerão os esforços de desenvolvimento social, pois o crescimento demográfico acelerado é algo que anula o objetivo de nossa lenta distribuição de melhorias. Sabemos que é delicada esta posição por razões bastante conhecidas; no entanto, temos a certeza de que um certo planejamento voluntário, respaldado em orientações, esclarecimentos, conscientizações, através de uma campanha que atingisse todos os níveis sociais, certamente contribuiria no sentido de amenizar a questão do menor. Ora, esse planejamento não seria impositivo, logo não teria aspectos negativos no que concerne à moral e à religião.

Não mais perdura a filosofia de que o ato sexual tenha por objetivo único a procriação; se assim fosse, não haveria a permissibilidade do congresso carnal em estando a esposa grávida.

Sabe-se que o sexo também é um ato do prazer e isto não é irracional hedonismo, mas constatação científica.

É oportuno salientarmos que a Encíclica *Humanae Vitae* adverte que: "Em relação às condições físicas, econômicas, psicológicas e sociais, a paternidade responsável exerce-se tanto com a deliberação ponderada e generosa de fazer crescer uma família numerosa, como com a decisão tomada, por motivos graves e com respeito pela lei moral, de evitar temporariamente, ou mesmo por

tempo indeterminado, um novo nascimento” (2). Antes desse documento papal, outro já traçava a mesma orientação, a *Populorum Progressio*:

“É aos pais que compete determinar, com pleno conhecimento de causa, o número de filhos, assumindo a responsabilidade perante Deus, perante eles próprios, perante os filhos que já nasceram, perante a comunidade, de acordo com as exigências de sua consciência...” (3).

Logo, não vemos como contrariar a moral e a religião, pois o pleno conhecimento de causa (direito de todos), que estipula a última Encíclica, é o que se tem como escopo dessa planificação familiar voluntária, esclarecida e viabilizada pelos órgãos governamentais. Ainda poder-se-ia obstar essa ação do Poder Público, argumentando-se que um poder temporal não pode interferir noutra espiritual. Sem usar nossas palavras, provamos que tal alegação improcede, com fulcro novamente na *Populorum Progressio*, quando ela esclarece:

“É certo que os Poderes Públicos, nos limites de sua competência, podem intervir, promovendo uma informação apropriada e tomando medidas aptas, contanto que sejam conforme as exigências da lei moral e respeitem a justa liberdade dos cônjuges” (4).

Temos o arrimo, neste passo, do Prof. Mário Henrique Simonsen, que diz em seu livro *Brasil 2002*: “a planificação familiar é um direito exercido pelos ricos, hoje sonogado às classes mais pobres” (5). Planificação familiar é, em suma, política educacional voltada para a sociedade, que afasta a hipótese da paternidade irresponsável, não desejada — que só traz à família desequilíbrio e desintegração — evitando muitos casos de abortamento criminoso que passam despercebidos às autoridades, e cuja freqüência nos deixa perplexos.

Num País que busca a democratização das oportunidades, é inadmissível a não divulgação dessas informações. Os dados estatísticos e a lógica descompromissada com preconceitos demonstram a imperatividade de urgentes e firmes decisões para o problema do menor.

A verdade dos filhos indesejados, todos os dias, atormenta quem labuta no âmbito do Juizado de Menores, tanto assim que não se pode quase sempre intimidar os pais, dizendo-lhes da possibilidade de recolhimento de seus filhos, pois justamente é isso que eles almejam: livrar-se dos filhos para sempre, “ou de papel passado”. Já refugimos dos exemplos de recém-nascidos (filhos de mães-solteiras), abandonados em maternidades e até em vias públicas, porque nesses casos, como prova do desinteresse por esses filhos, só há o concreto abandono (renúncia tácita do pátrio poder, para alguns), sem a expressa manifestação da mãe neste sentido, que quase nunca é encontrada, inobstante as incansáveis diligências do Serviço Social do Juizado.

(2) CHARBONNEAU, Paul Eugene — *Humanae Vitae e Liberdade de Consciência*. Herder, São Paulo, 1969, p. 127.

(3) PAULO VI — *Populorum Progressio*. 4ª ed., São Paulo — Paulinas, 1927, p. 28.

(4) PAULO VI — *Op. cit.*, pág. 29.

(5) SIMONSEN, Mário Henrique — *Brasil 2002*, 6ª ed., Rio de Janeiro, APEC, 1975, pág. 67.

## A COMUNIDADE E O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR

A complexa questão do menor é da alçada de todos. Esta concepção se faz essencial como lenitivo para este crucial problema. Logo, é necessária a conjugação de esforços: juiz, escola, hospital, igreja, empresas e imprensa em geral, todos irmanados na mesma causa, que é, por assim dizer, garantia do futuro nacional. Portanto, é para a comunidade um dever cívico e cristão.

Cabível, nesse passo, é recordarmos as palavras do Prof. Alfredo Buzaid (quando Ministro da Justiça):

“Estamos, na verdade, diante de uma causa nacional. Para conjurar os males que afligem a infância e a adolescência em nossa Pátria, devemos congregiar nossos esforços em busca de soluções que traduzem a cooperação comum. Já não se admitem iniciativas inspiradas por idéias empíricas e por improvisações apressadas. O que se impõe é um planejamento ordenado, sistemático e racional, cuja execução, guardada a unidade superior dos princípios, posto que atendendo às peculiaridades regionais:

— é assegurar à infância e à juventude um tratamento digno, a fim de que a personalidade humana se forme sem ódio, sem ressentimento e sem complexos;

— é dar aos desamparados um ambiente familiar, onde recebam manifestações de afeto, prepará-los para adquirir uma profissão, assisti-los em suas enfermidades e proporcionar-lhes recreação legítima e sadia. Este empreendimento depende para seu êxito, não só da colaboração dos governos estaduais e municipais, como também das milhares de associações e entidades beneficentes, criadas pela iniciativa particular” (\*).

Nossas comunidades tendem, atualmente, para a organização de clubes sociais e esportivos, relegando para segundo plano a criação de obras de atendimento aos menores, isto porque acreditam este ônus cabe apenas ao Estado. Esta mentalidade precisa ser escoimada das comunidades brasileiras.

É salutar uma campanha conscientizadora do público neste particular; isto sim, deveria ser iniciado pelos organismos oficiais ou ligados ao assunto. Se nossos apelos não forem correspondidos, ao menos teremos feito todo o possível para amenizar tão agudo problema.

## OS RECURSOS HUMANOS

O Juiz de Menores que tem judicatura bem diferente da dos demais magistrados não pode e não deve ilhar-se na comunidade, sob pena de ver seus propósitos falirem, acentuadamente, os preservativos. Precisa ele buscar a participação de todos na sua sublime missão. Aprendemos em nosso dia-a-dia que esse juiz é intrépido, comunicativo e bondoso, sem contudo perder sua autoridade de magistrado.

(\*) R. G. do Sul — Assembléia Legislativa/Juizado de Menores — “II Simpósio Nacional para o Equacionamento do Problema do Menor” — 1974.

A aplicação da lei, mesmo que em toda a sua amplitude, sem limitações, não resolverá por si só a questão do menor; todos os recursos técnicos exigidos também não serão a solução, senão dos casos já existentes (terapia); o que mais resultará proveitoso é, em verdade, a prevenção (profilaxia). Esta, sim, deve ser o alvo maior de todos quantos tenham ingerência nesta causa. Sem isto, todos os recursos instalados serão sempre insuficientes.

Injuntiva é a preparação do pessoal que, por qualquer condição, se relacione com menores problemáticos; este é o ponto de inófia de quase todos os juizados do Brasil (que conhecemos). Sabemos da falta de implementos indispensáveis ao bom desempenho do juiz e sua equipe. Há necessidade de que o menor perceba, tanto quanto possível, que toda essa equipe trabalha única e exclusivamente para beneficiá-lo, para ressocializá-lo e não para castigá-lo. De logo faz-se sentir a premência de uma visão uniforme por parte de todos os elementos que lidam com menores. Aqui temos outra razão importante desse trabalho.

Essa unidade de entendimento (ao menos exterior) evita que o menor receba mensagens contraditórias, das diversas pessoas com quem ele mantém relacionamento, durante sua passagem pelo Juizado. É como se numa família o pai orientasse o filho em um sentido e a mãe, no inverso.

O menor precisa achar sua identidade na família e, principalmente, em qualquer meio que pretenda ressocializá-lo. Todos aqueles que têm conhecimento, mesmo que estreito, na área da psicologia infantil ou do adolescente, sabem da imprescindibilidade dessa identificação. As teorias sobre a personalidade são fartas neste ponto (Adler, Sullivan e Roger) (7). Poderíamos dar mais evidência científica para a sugerida unicidade, mas a psicologia não é nosso campo de domínio.

Por isso, concluímos que, se não há condições para a seleção prévia dos candidatos a este serviço altruístico e profundamente técnico, devemos ao menos proporcionar aos elementos ligados a esse mister algumas informações científicas, tais como palestras periódicas, reuniões, debates, instruções circulares, visando a todo o pessoal, sem distinção (do servente ao mais gabaritado técnico).

Esta atividade mentalizadora do pessoal poderia ser propiciada, em grande parte, pelos próprios juízes e/ou por seus auxiliares habilitados para tal orientação. É uma reciclagem real e sistemática para o pessoal, sem grandes esforços e que atingiria, para ser eficiente, até aqueles meros colaboradores e demais interessados, tais como comissários, fiscais de menores etc.

Há também outra razão para essa periódica reciclagem, qual seja a melhor especialização de cada setor, seguindo-se o princípio da especialização tão difundido na moderna técnica administrativa, que dá maior organicidade de rendimento ao serviço. Tal equacionamento é, aliás, da maior importância

---

(7) ADLER, Alfred. *Ciência da Natureza Humana*; ROGER, Carl. *Grupo de encontro*; SULLIVAN, Harry Stack. *Theory of Psichiastry*.

para a administração da justiça em geral, excluindo as improvisações que tanto entravam a prestação jurisdicional.

A seleção de pessoal impõe-se mais ainda, em se tratando de menor infrator das leis penais; neste caso, exige-se maior preparo daquele que tenha por ofício efetivo o trato com este tipo de menor, posto que o terapeuta deve ter um bom nível de tolerância às frustrações, porquanto a recuperação deste adolescente é lenta, quase um constante recomeçar. Daí o rótulo "menor irrecuperável" e as conseqüentes medidas puramente repressivas sem qualquer conotação ressocializante; se bem que, em muitas dessas medidas, tem-se insito o total desvalimento de meios materiais e humanos para que outras soluções sejam adotadas. É certo, também, que às vezes é o uso inadequado dos meios existentes que provoca tais despropósitos.

Temos consciência de que só a seleção não resolve a difícil situação dos serviços instituídos para cuidar do menor. Eis por que é recomendável que se aproveitem, ao máximo, os recursos já instalados, através do sistema de reciclagem e outros. Além disso, seria um desperdício infundado não se contar com as boas colaborações, não lhes dando o aprimoramento essencial, para que se faça a plena utilização de todos os recursos disponíveis. Temos observado em nossas andanças em outros juizados do País, com inquietação, que certos desgastes poderiam ser escoimados, se fosse outra a mentalidade. Sabemos que a larga experiência é de suma importância, contudo não ignoramos que a ausência de conhecimentos teóricos, mínimos que sejam, se não a anula, a reduz ao empirismo obscuro, negação dos princípios ressocializantes do Direito do Menor.

Citamos abaixo algumas características da personalidade que o profissional menorista deve ter para o bom desempenho de suas atividades — segundo o Prof. David Zimmermann (8):

- a*) capacidade de estabelecer relações afetivas profundas e suficientemente prolongadas;
- b*) capacidade de assumir responsabilidades; capacidade de reconhecer as próprias limitações e disposição afetiva para realizar trabalho continuado;
- c*) sensibilidade, compreensão intuitiva das emoções (empatia), capacidade de escutar;
- d*) capacidade de observar a ansiedade alheia; capacidade para suportar seus problemas pessoais, frustrações e desgastes;
- e*) bom nível de inteligência e flexibilidade de assimilar novos conhecimentos (aí temos a reciclagem);
- f*) de cultura geral e humanística e conhecimento em certa profundidade das ciências afins (Ciência do Homem)."

(8) Catedrático de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Diretor do Curso de Pós-Graduação nessa área, com vasta experiência com a problemática do menor.

O mesmo catedrático faz algumas sugestões para o permanente bom andamento do trabalho:

- “1 — selecionar as pessoas para trabalhar com o menor e não dar emprego a determinadas pessoas;
- 2 — supervisão permanente para os profissionais;
- 3 — ensino e estudo sistemático, para evitar que o trabalho caia na rotina;
- 4 — remuneração adequada para que os profissionais bem selecionados permaneçam no trabalho; eventual ajuda econômica e estímulos às pessoas realmente capazes e dedicadas”. (Quanto à parte econômica da sugestão, ao nosso ver, é algo difícil, porém, quanto ao estímulo, é fácil e simples) (9).

Ainda é do professor acima aludido o esclarecimento de que é conveniente a preparação ou orientação, variando de acordo com o nível, de todo e qualquer elemento que exerça atividade em torno do menor: assistentes sociais, psicólogos, médicos, técnicos educacionais, comissários, especialistas afins, advogados e pessoal de direção e administradores e, até mesmo, agentes de polícia e serventuários atendentes, vigilantes, porteiros etc. Como se pode notar, tal cuidado é tanto para um Juizado como para estabelecimentos que abriguem menores. Estas apreciações foram proferidas em simpósio sobre menores problemáticos, em Porto Alegre, em 1974.

De certo modo, o profissional mal remunerado faz um tipo de jogo duplo, não se dedica, não usa dos princípios técnicos porque é explorado pela instituição a que serve.

Nestas circunstâncias, o menor transforma-se em um receptáculo dos problemas pessoais deste monitor.

É evidente que aqui não se propõe medir qualidades no profissional menorista, mas sim avaliar se elas existem ou não. E o melhor meio para essa aferição é o estágio probatório.

Com relação ao juiz, em virtude de sua especial jurisdição, entendemos que não só julga o menor, mas também o ajuda, o protege. Essas atividades do juiz não devem ser perfunctórias, assim como as dos seus auxiliares; ambas carecem sempre de profundo estudo do caso. Trazemos neste sentido o conselho de Cavalcante de Gusmão: “o menor perante o juiz está como filho perante o pai”, tal deve ser o espírito tutelar, não só do juiz como também de toda a Justiça do Menor. Sem que isso signifique a ausência do caráter disciplinar, conquanto o pai também disciplina. Há que se notar quão diferente é esta justiça das demais: tem sede independente, juízes com insólita jurisdição. Esses magistrados vão à televisão, reúnem-se, precisam de conhecimentos especiais, vivem cercados de técnicos, exigem recursos e colaboração de todos, desfrutam de inusitadas faculdades — arts. 160 e 131 do Código de Menores.

---

(9) *In* Simpósio retroaludido.

Infere-se a partir das considerações acima mencionadas que não deve haver, no caso de Juízos não privativos de menores, a confusão de ânimo judicante, tão prejudicial ao Direito do Menor. Há de se fazer as necessárias distinções, porque o espírito tuitivo desta justiça não pode ser desprezado. Eis aí a razão premente da especialização do Juiz de Menores, como aliás é princípio norteador de qualquer serviço organizado sobre bases científicas.

## DUAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS ESSENCIAIS À POLÍTICA DO MENOR

A primeira delas é a tão comentada célula básica da sociedade, a família, que hoje diz-se estar em crise. Mas, nesta crise, temos como endocausa as mais variadas formas de desintegração desta instituição social, que, como tal, não mais cumpre suas específicas e tradicionais funções, dentro da organização humana. Tal desintegração é bem observada na família dita extensa, principalmente; daí surgindo, então, a família nuclear (pai, mãe e filhos). Alteração esta bastante sensível hoje em dia nos grandes centros urbanos; é enfim uma mudança substancial na instituição familiar, no seu curso evolucionar, cujos efeitos provocam sérios desequilíbrios sociais.

Essa família remanescente sofre alguns desvínculos em relação a certos padrões tradicionais, o que gera a crise e suas variadíssimas conseqüências. A instituição familiar não tem condições para atender às mínimas exigências de nossos dias, por fatores diversos da vida moderna. Com efeito, muitas famílias não estão ainda preparadas para ajustarem-se às rápidas mudanças sociais, não fornecendo assim à criança as reais identificações, como primeira etapa de socialização do ser humano. Em diversas famílias, as crianças não recebem o afeto e as influências positivas necessárias ao bom desenvolvimento da personalidade.

A escola, como segunda instituição promotora da socialização do homem, também experimenta uma inaptidão para realizar suas atribuições sociais, tanto por deficiência quantitativa, quanto, principalmente, qualitativa (neste último aspecto, Piaget é abundante em constatações práticas).

A escola deve ser o centro dinâmico da coesão comunitária (pais e mestres devem tirar proveito da excelente posição da escola na sociedade). O que a família não pode oferecer, a escola poderá fazê-lo, com certo esforço pessoal de cada um e planejamento adequado; pode ela dar à comunidade orientações, recreações e apoio em geral às famílias. Estamos pensando principalmente (porém, não exclusivamente) nas escolas que estão encravadas em locais onde é maior a incidência do menor abandonado e certamente infrator (favelas, mocambos e similares).

Algumas escolas já procedem neste sentido comunitário, entretanto, essas são justamente aquelas reservadas às famílias que menos carecem dessa orientação.

Escola e comunidade devem operar mutuamente, aliás esta exigência já se faz notória de há muito; todavia, realizá-la é que se constitui na incógnita do problema.

Fazem-se preciosos planos e experiências práticas que poderiam ser executados por universitários, aproveitando-se os excelentes recursos que as universidades oferecem, posto que nada deve ser desperdiçado num processo de desenvolvimento social acelerado.

O aluno precisa situar-se em sua comunidade e isto constitui o objetivo, ou deveria sê-lo, da escola, visto que não se forma espírito de cidadania, abstraindo-se o educando de seu meio cultural. Urge expandir a educação para além dos limites da escola tradicional, fazendo dela elemento ativo do esquema comunitário; dar à comunidade ciência de suas potencialidades, provocando a mobilização destas potencialidades e equacionando algumas de suas graves distorções. Essas são algumas das técnicas do progresso comunitário.

A escola é instituição social, como já dissemos, logo, com amplas funções sociais improrrogáveis. Educar não é apenas alfabetizar, mas também, e essencialmente, habilitar a criança (o jovem) para a participação sadia, sem a qual os pilares da segurança nacional debilitar-se-ão.

A educação também não é caridade, entretanto um dever do Estado e dos pais; é um ponto de honra de qualquer sociedade que aspire ao progresso global. Logo, este dever é para a escola uma prática não desvinculada do processo de desenvolvimento da sociedade em geral. É um dever prestado com consciência e métodos hábeis para que se alcance o fim almejado, que é sempre o homem em última instância e não aparência de atendimento deste fim puramente ideológico (10).

A educação e seu aspecto ideológico servem à causa nacional, e este serviço para ser proveitoso, precisa centrar-se na pessoa do educando e seu ambiente social.

A guisa de melhor entendimento, vejamos o que diz o avanço teórico do psicólogo Carl Roger, no tocante à educação direcionada ao aluno: "Não é o professor que deve orientar o processo educacional, mas o aluno é que deve orientar o professor nas coisas que deseja aprender."

Certamente este posicionamento ainda não nos é adequado, mas serve para demonstrar o quanto é importante o aluno, no contexto educacional moderno; ele não é mais mero objeto e sim sujeito do processo educacional (11). Preferimos dizer que a comunidade é que deve orientar a educação, pelo menos em certos aspectos, suprimindo no aluno aquilo que a família não pode dar.

É, sem dúvida, a evasão da escola um dos fatores preponderantes na questão do menor. Não raro os menores que chegam às barras da Justiça não atingiram sequer o término do antigo curso primário.

Em entrevista ao *Jornal do Brasil* (15-10-76), a Secretária de Educação do Estado do Rio de Janeiro, Prof<sup>a</sup> Mirthes Wenzel, calculava em 81% o índice de evasão escolar na rede oficial de 1º grau daquele Estado. Explicava a educadora que dos dez mil alunos, menos de dois mil chegavam à última série. Dava

(10) Ideologia, na acepção aqui usada, é a ausência de realidade científica, de objetividade (mera aparência sustentadora de uma estrutura).

(11) *In* *Jornal O Globo*, 13-1-77.

como causas a necessidade de trabalho (contribuição dos menores para o orçamento familiar), o êxodo rural e o fato de apenas sete Municípios oferecerem ensino de 1º grau completo. É interessante a afirmativa daquela entrevistada: "Só por causa da distribuição de merenda escolar, conseguiremos reduzir, até 1979, esta elevada estatística."

Evasão escolar ocorre também por falta de estímulos para o prosseguimento nos estudos; falta de livros, de ambiente propício na família e até mesmo por questões relativas ao uniforme escolar, que é mera recomendação; entretanto, temos tomado conhecimento de alunos que não puderam continuar os estudos porque seus pais não tiveram condições para dar-lhes o tão exigido uniforme escolar.

Podemos ainda dizer que diversas escolas levam direta ou indiretamente os pais a retirarem delas seus filhos "porque não dava certo", ou "porque a professora reclamava muito dele". Coisas desse tipo precisam de uma pronta medida das autoridades competentes, para que a escola faça justamente o inverso, orientando os pais, buscando soluções psicopedagógicas para resolver tais dificuldades.

Como vemos, o quadro é obscuro; contudo, muitos podem colaborar, como, por exemplo, sindicatos e instituições públicas e privadas ligadas a serviços assistenciais.

Vale dizer que a educação é um vantajoso investimento para todos e para a Nação. Assim o Prof. Geraldo Langoni (FGV) tem estudado percutientemente o aspecto econômico da educação; neste sentido, também o Senador João Calmon tem propugnado por maior volume de verbas para este setor. Temos também o pensamento do Presidente Geisel que vem reiteradamente considerando a valorização do homem como a meta do desenvolvimento.

O menor, não tendo suas aspirações (conscientes ou não) atendidas, nem na família, nem na escola e ainda sofrendo de outras carências, tais como afeto, alimentação, recreação e estímulos, vai procurar saná-las na rua. Sabemos que a ociosidade da infância, na faixa mais pobre da sociedade, é uma realidade. Não há clubes ou outras atividades culturais; logo, a ocupação mais atraente é a vida livre na rua onde o menor encontra a liberalidade, a remuneração até suficiente e auto-afirmação (negativa). Tudo isso, aliado à sua carência de valores intrínsecos e ao total desvínculo afetivo com o grupo familiar (às vezes até maus tratos), leva-o a acreditar ser mais gratificante a completa independência física e moral, daí a devassidão e a marginalização.

Não devemos esquecer que o desenvolvimento da personalidade é por si mesmo processo interpessoal por excelência, uma vez que ocorre sob a direção ou pelo menos em companhia de outros (familiares, professores etc.). Há um século dizia Aluísio de Azevedo:

"O homem, seja ele o que for, bom ou mau, tolo ou esperto, nunca é mais do que o desenvolvimento fiel de uma criança, e uma criança é obra exclusiva de quem a educou" (12).

(12) MONTELLO, Josué. *Aluísio de Azevedo e a Polêmica d'O Mulato*.

Diz Alfred Adler que "a vida social do homem antecede a vida individual. Não se muda o comportamento de um homem, alterando-se suas experiências e atos, mas sim operando-se em sua estrutura psíquica" (13). Eis a razão da necessária especialização para que se obtenha sucesso nesta complexa missão de recuperação do menor.

Não havendo normal socialização (integração), não havendo resposta às exigências do desenvolvimento pessoal, a criança terá reduzidas as maturações das faculdades do psiquismo, em maior ou menor gravidade. Temos aí, o que se chama em psiquiatria, oligofrenia (do grego *óligos* = pouco; *frénos* = crânio, amênia), em suas espécies diferenciadas: oligonosia (imaturação intelectual), oligotimia (imaturação afetiva).

Vemos, ainda, o trabalho do menor em vias públicas, sem qualquer fiscalização, como excelente estímulo para irregularidade de sua situação. Às vezes, este trabalho é iniciado antes mesmo da idade constitucionalmente permitida (12 anos); é incisiva a lei quando reprime esse abuso dos pais (art. 405, § 1º, da CLT).

Partilhamos da corrente que defere ao menor o trabalho para preencher a ociosidade; todavia, sabemos inadmissível a exclusão da educação e da fiscalização desta atividade laborial, eis que nem todo serviço é recomendável ao menor.

Urge a intervenção preventiva do Juizado e de outras autoridades neste mister. Sabemos da ampla preventividade consagrada no Código de Menores, inclusive dirigida a maiores de 18 anos. Nem sempre a providência cautelar cabível é tão árdua; as mais das vezes, é simples tarefa de se coadunarem as necessidades às possibilidades, pragmaticamente, usando-se todos os recursos alcançáveis sem desvios.

Assim, citemos um exemplo carioca. A Polícia Militar organizou, há pouco, a *campanha de ressocialização de menores*, que consistiu no seguinte: os menores que trabalhavam nas ruas (engraxates, jornaleiros, vendedores etc.) foram cadastrados e identificados pela PM. Ainda estes milicianos provocaram a solidariedade do comércio, das obras filantrópicas e até da Secretaria Estadual de Abastecimento, que forneceram os instrumentos de trabalho (caixas de engraxates, carrinhos de feiras-livres) e uniformes, o que atraía os menores para as inscrições no quartel, que lhes garantia ainda instrução, educação física, higiênica e outros aconselhamentos. Os menores perambulantes (terminologia bem carioca) eram recolhidos e entregues ao Juizado, para que este lhes desse destino certo. Quão grande preocupação cívica esta patrocinada pela PM, com repercussões altamente benéficas para a própria Polícia e para o Juizado!

As causas da delinqüência e do abandono são como que inesgotáveis, porém as precauções também são abundantes.

Seria ideal que o Juizado não extrapolasse de suas atividades judiciárias; se o faz, sabemos que isto se justifica por razões de ordem prática, posto que

---

(13) *Op. cit.*

a prevenção é talvez a maior comporta aos desvios sociais de menores. É evidente que a esta justiça não cabe a assistência social direta. E certamente a ingerência excessiva provocará o descompromisso das autoridades pertinentes. Há que realizar-se o perfeito entrosamento de todos, sempre em benefício do menor e sob a liderança do Juiz.

### A SITUAÇÃO IRREGULAR

O Direito do Menor só será bem compreendido quando se clarificar o conceito de *situação irregular* do menor. Esta denominação quanto ao primário destinatário das normas deste novel Direito foi recomendada pelo Instituto Interamericano da Criança, dentre os diversos tipos: menor desassistido (FUNABEM), menor em estado de patologia social, menor transviado (muito inconveniente), em perigo (*danger*, na França). Tendo cada uma destas designações subdivisões práticas.

*Situação irregular* é a melhor denominação e apresenta, como deve ser, conotações jurídicas, pois estamos no âmbito do Direito. Além desta coerência, parece-nos que tal denominação é ampla suficientemente para abranger as categorias de menores, a quem a norma menorista é dirigida (*regular* é dar conformidade com as regras).

Algo deve ser dito sobre a dicotomia, adotada por Mello Mattos, na sua genial obra, o *Código de Menores*, vigente desde 1927, e que, apesar de não totalmente antiquado, precisa de certas atualizações. Na classificação bifurcada em menores abandonados e delinquentes, pensamos que cabe melhor designação no caso dos infringentes das leis penais. O curial seria: menor de conduta anti-social (ou em estado de psicopatologia social, que é ainda mais aprimorado). Estas denominações estão menos carregadas de estigmas negativos (rótulos). Quanto ao estado de abandono, este é realmente de grande validade, basta que atentemos para o fato de que ele distingue as competências da Vara de Família e de Menores, o que aliás é ponto de conflito, que adiante veremos. Todavia, não vemos necessidade de um especial processo (melhor dizendo procedimento), para que se declare este estado, despicienda tal preocupação, porquanto todos os menores jurisdicionados por este Juízo são pelo menos formalmente abandonados. Assim, bastaria apenas um procedimento de encaminhamento, extinguindo-se o de abandono.

O excelso protetor dos menores deu às normas desse direito a necessária flexibilidade, o que permite variações de atendimento de acordo com as diversas circunstâncias, facilitando ainda a atuação preventiva do juiz; eis por que ainda hoje vige o antigo código.

No trabalho de Cavalcante Gusmão, que ele modestamente qualificou de esboço, defende-se a classificação tríplice, acrescentando-se o "perigo moral". Podemos daí compreender a preocupação preventiva, reinante no trabalho desse jurista. A explicitude e a flexibilidade da legislação menorista deve visar longínquos rincões dessa vastíssima Pátria; pois em tais locais, é muito frequente que a autoridade responsável pelos infantes seja um cidadão pouco letrado (para usar a doce linguagem de Monteiro Lobato). Esta necessidade, cobra-se também em nome da imagem moral do Juizado de Menores. Temos

imensas dificuldades em esclarecer as finalidades deste órgão judiciário aos que lhe batem à porta, solicitando o que não nos é cometido.

É verdade que em São Paulo (como na França) existe até ajuda financeira às famílias necessitadas (Conselho de Amparo ao Menor — SP), mas entre nós (no DF) não existe tal assistência. Em assim sendo, a omissão dos órgãos competentes leva ao descrédito popular a justiça do menor. Igualmente, a falta de elucidação à população acerca das atribuições desta Justiça provoca a imagem de omissão da mesma; impõe-se, neste sentido, a criação, na estrutura do Juizado de Menores, de um setor de relações públicas.

### A TERAPIA

Certos tipos de terapia, se é que assim se pode chamar, não têm a menor preocupação com o espírito educativo e recuperativo, apanágio central do Direito do Menor. É o caso dos castigos, como forma de intimidar; da pura repressão; do internamento sem qualquer aspecto positivo para o menor e para o Direito aqui em estudo.

O experiente menorista Prof. Cavallieri diz que até mesmo os nomes dos estabelecimentos (orfanato, asilo, reformatório) traumatizam o menor neles colocado. O psicólogo especialista em análise de problemas juvenis, K. Friedlander<sup>(14)</sup>, vai ao ponto de assegurar que juntamente com os castigos, o estigma mantém ainda uma ativa idéia de retribuição ou vingança. Eis por que refutamos a generalização do tratamento de cunho policialesco ou carcerário, onde só se pode dar ao menor ociosidade e toda a sutil facilidade para a reincidência. Mantemos ainda viva a deletéria experiência do antigo SAM — no Rio de Janeiro — mácula indelével na consciência de quantos o queriam mantido. Ademais, se o adulto criminoso precisa de julgamento regular para que se possa tolher-lhe a liberdade, não se admite *a fortiori* que o menor seja simplesmente preso, sem qualquer preocupação recuperadora. Aliás, a FUNABEM tem demonstrado como se realiza a radical mudança de mentalidade, isto em apenas dez anos de existência, como modelo que é de instituição de amparo ao menor, até mesmo ao nível internacional. “Para punir-se um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias”<sup>(15)</sup>. Logo, toda medida ou ambiente de caráter unicamente punitivo, tal como grades, algemas, viaturas ostensivamente policiais, permanência demorada em delegacias e comissário-policia (física ou mentalmente) e ainda o tão comum “vulgo fulano” (alcunhas), são reais desserviços que não deram, não dão e não darão resultados com os adultos e muito menos com os menores. Há que se atentar para a adversidade psicofisiológica, existente entre o menor e o adulto, raciocínio este, do qual sói descrever o desavisado, sendo sua negação verdadeira falácia, que de há muito vem sendo combatida pela Escola Positiva do Direito Penal.

Estas medidas a que acima aludimos, além de prejudiciais, anulam o trabalho dos técnicos que se dedicam ao ofício de recuperar o ser humano. De-

(14) K. FRIEDLANDER. *The Psycho-Analytical Approach to Juvenile Delinquence*.

(15) Apud — CROSS, Rupert. *Punishment, prison and the public*, 1971, pág. 47.

fendemos a Justiça de Menores, rigorosa, mas sempre voltada para os interesses do próprio menor e — por que não dizer? — da sociedade, que certamente não está a exigir castigos, mas sim, segurança, e esta é mais recuperação psicossocial que estéril repressão. Insistimos na idéia de que a irrecuperabilidade de muitos delinquentes procede em maior escala das deficiências do próprio sistema que precisamente dos infratores, acentuadamente quando estes são menores e jovens-adultos. Com efeito, diz-nos Augusto Thompson (Diretor do Departamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro): “Se o preso demonstra o comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente ele merece não ser considerado como apto para a vida livre.” Partilhamos também deste exemplar pensamento, porquanto sabemos que o mundo carcerário, tão institucional, é bem diferente do mundo livre, para o qual pretende-se que o homem retorne em condições positivas; assim, *mutatis mutandis*, o mesmo ocorre com o menor. É oportuno lembrar que o menor infrator não é objeto das medidas judiciais que lhes são aplicadas, mas sim sujeito que participa do processo de recuperação, assim como o adulto apenado não é mero objeto da execução penal.

Corroborando com essa concepção, o atual Secretário de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, através da Resolução nº 113, de 6-8-76, criou a Divisão de Segurança de Proteção ao Menor (DSPM), para substituir a Delegacia de Menores.

Esta iniciativa pioneira não foi, como muitos podem pensar, simples alteração de nomenclatura. Os integrantes desta Divisão cumpriram e cumprem determinados currículos mínimos de especialização, na FUNABEM (Centro de Estudos e Desenvolvimento do Pessoal — CEDEP). Assim o Secretário justificou aquela Resolução: “Partindo do princípio de que o menor não é caso de polícia, o Estado do Rio de Janeiro vem modernizando cientificamente, com apoio na área de preparo de material humano do CEDEP, o setor da polícia responsável pelo menor. Há necessidade de a polícia se integrar à Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Hoje a polícia tem novas responsabilidades sociais mais complexas a exigir muito mais que capacidade de força física” (16).

A sede deste setor da polícia é independente, suas viaturas não têm semelhança com as demais e seu contingente é de 135 componentes, todos especializados.

Apesar desta modernização, o menor não pode permanecer por mais de cinco dias nesta Divisão, sem que o Juiz autorize, com o devido acatamento.

O princípio de que a polícia é o primeiro agente da recuperação social do menor é fundamentalmente obedecido nesta iniciativa modernizadora.

Apressamo-nos em dizer que quanto maior a extensão do erro, tanto mais fatal é a intensidade de suas influências.

Outro aspecto de real valor é aquele a que se tem chamado de *prisionização*, um processo de assimilação dos hábitos carcerários, que foi assim de-

(16) Revista da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, 37, 1º Quadrimestre de 1977, *Brasil Jovem*.

nominado por Donald Clemmer (17), estudioso da questão penitenciária. A esse respeito Dostoiévsky escreveu: "O homem é um animal que se habitua" (referia-se o grande escritor russo às prisões siberianas). No caso dos menores que sejam recolhidos numa instituição com regime assemelhado ao prisional, observar-se-á o mesmo processo de assimilação, o que é altamente nocivo no tocante ao propósito recuperativo.

Não se deve, nem se pode negar tais evidências científicas nesta missão de reforma do ser humano. Qualquer argumentação em contrário é insustentável negação de fatos objetivos, assim como leciona Bertrand Russell (18):

"Em linhas gerais, pode-se estabelecer que o irracionalismo, ou seja, a descrença no fato objetivo, surge quase sempre do desejo de afirmar coisas de que não há provas, ou negar algo de que há excelente prova."

Temos tão excelentes provas da invalidade do regime meramente punitivo, que bem podemos usá-las como anteparo do princípio maior reinante, no ramo jurídico aqui focalizado, ou seja, a ressocialização ou, as mais das vezes, socialização do menor.

Todas as legislações que tentaram impor aos menores os malefícios do tratamento prisional receberam pronta e eficaz refutação dos magistrados menoristas do Brasil, numa altruística demonstração da tutela que lhes cabe dispensar ao menor infrator.

Tivemos alguns famigerados artigos de lei (Lei nº 5.258/67), que regrediram até ao art. 13 do Código Criminal do Império (1830), que consagrava o sistema do discernimento na apuração da responsabilidade criminal a partir dos 14 anos, já àquela época criticado por Tobias Barreto e outros (19).

O surgimento da Lei nº 5.258/67, verdadeira teratologia jurídica, veio alterar o Código Penal de 1940, que primava nesse passo pela inimputabilidade do menor de 18 anos (art. 23), sabiamente restabelecida pela Lei nº 5.439/68; da mesma forma, é repudiável a inovação do Código Penal Militar (1969), que reduziu para 16 anos o limite da idade de inimputabilidade. Novamente, e agora, com o mestre Nelson Hungria, o Código Penal de 1969 pretendeu o retorno do discernimento (art. 32). Todas essas investidas foram debeladas com bravura pelos menoristas.

Sabemos da impraticabilidade desse critério que, aliás, já foi muito divulgado por renomados autores e, exatamente por isso, nos furtamos a tratá-lo nesta oportunidade. O critério puramente cronológico (18 anos entre nós) não é perfeito tecnicamente, mas é o que nos dá a tranqüilidade e a paz social, evitando-se assim os sistemas aleatórios. Veremos adiante que o critério cronológico é o mais aceito internacionalmente. Vem Cavalcante de Gusmão reforçar essa posição, quando declara, do alto de sua autoridade, que a maté-

(17) CLEMMER, Donald. *Prisonization, in the Sociology of Punishment & Correction*.

(18) RUSSELL, Bertrand. *Ensaio Céticos*. Ed. Ópera Mundi, 1970.

(19) MENEZES, Tobias Barreto de. *Menores e Loucos em Direito Criminal* — Baemmert C. Editores, 1884, p. 50.

ria de fixação de idade para a inimizabilidade penal pertence ao Direito do Menor, jamais ao Direito Penal. Não se trata certamente de prevalência das normas do Direito do Menor sobre as de outros Direitos, mas sim do princípio de que a norma especial afasta a geral (20).

## O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR E AS LEIS AFINS

Demonstraremos a seguir algumas facetas, não de todos, mas de alguns institutos jurídicos aplicáveis aos menores que apresentam situação irregular.

Começemos com a *guarda e responsabilidade*, que até há pouco constituía-se na medida mais usada no sentido de reparar o estado de abandono, por sua grande simplicidade.

É este instituto o que mais causa controvérsia acerca de diversos detalhes. Sabemos dos escrúpulos que devem insular esse tipo de colocação familiar, pois muitos nele vêem apenas um meio de auferirem diferentes vantagens, sem, no entanto, pretenderem dispensar ao menor o devido amparo ou, pelo menos, sobrepor o interesse próprio ao do menor. Por outro lado, não se pode negar os legítimos proveitos advindos desta guarda, desde que sua finalidade seja devidamente atingida.

De outro ângulo, a *guarda e responsabilidade* deixa-nos entrever o incongruente e até injusto tratamento a este bom serviço prestado pelo particular à causa do menor. Queremos reportar-nos ao despropósito da Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963, que instituiu o salário-família do trabalhador. O decreto regulamentador desta lei (nº 53.153, de 10-12-63) preceitua com rigor em seu art. 4º: "O salário-família é devido na proporção do número de filhos menores, de qualquer condição, até 14 anos de idade." E no parágrafo único do mesmo artigo está dito expressamente o que se considera filho de qualquer condição — "Consideram-se filhos de qualquer condição, os legítimos, os legitimados, ilegítimos e adotivos, nos termos da legislação civil." Nem a época natalina deste decreto fez com que fosse lembrado que, afora aqueles destinatários da lei, outros dependentes do trabalhador merecem tal benefício. E a jurisprudência tem sido fiel na interpretação deste diploma legal. Citemos alguns destes acórdãos de tribunais trabalhistas:

"O salário-família aplica-se ao filho menor de qualquer condição e não a simples dependente, tanto assim que exige a lei a apresentação de certidão de nascimento do filho" (Ac. 1ª Turma — TST — Proc. nº 4.184/67, julg. em 6-5-68 — Ementário Forense, arquivo 1/292).

"A lei que institui o salário-família não se aplica aos menores sob regime de tutela. Inaplicável a equidade, existindo lei expressa sobre a matéria questionada" (Ac. 1ª Turma — TRT/GB — Proc. nº 2.329/65, julg. em 4-1-65 — DJ, 7/66, pág. 277).

(20) Com esta explicação o então Min. Moreira Alves (STF) se opôs ao art. 2º do esboço de Cavalcante de Gusmão, na época em que ocupava a Coordenação Legislativa do Ministério da Justiça; tal esclarecimento nos foi prestado de viva voz.

Vemos que o elemento essencial na inteligência destes julgados e da lei é o pátrio poder; da sua existência ou não, está a depender o salário-família. Daí por que, mais adiante, tentaremos provar a utilidade da delegação do pátrio poder, em casos especiais, com a devida vênia dos defensores da tese em contrário. Temos aí a evidência cristalina de outro abandono de menores, o legal; isto porque uma lei que objetivamente trata do melhor amparo aos menores e inválidos não pode relegar a plano secundário o menor abandonado (na acepção jurídica) e todo o aspecto social do Código de Menores, dizendo tão-somente “nos termos da legislação civil”, sem abranger aqueles miseráveis até *ope legis*, como vemos na prática diuturna.

Se já não cabe ao exegeta ampliar a rigorosa estipulação da lei, aqui, *sub censura*, caberá por certo à Associação Brasileira de Juizes de Menores, ou a qualquer interessado, sugerir a alteração da sobredita lei, para dar maior incentivo (que já é tão pouco) à sociedade nessa colaboração à causa dos menores abandonados. É uma atitude que dimana do princípio de justiça social, do humanismo social que tanto preocupou ao exponencial Clóvis.

É ainda de se notar que o Decreto nº 60.501, de 14-3-67 (Regulamento Geral da Previdência Social), em seu art. 13, mais precisamente alínea *b* do parágrafo 2º, foi mais benéfico ao equiparar aos filhos de qualquer condição o menor coberto por guarda e responsabilidade. Contudo, ainda não é o melhor, pois as crianças simplesmente carentes, logo não juridicamente abandonadas (*ex vi* do art. 26 do Cód. de Menores), permanecem fora do amparo previdenciário tão essencial em nosso País.

Assim, certos menores, apesar de possuírem representante legal (quase sempre mãe solteira ou apartada do marido) — que por conviver *more uxore* com um companheiro que a sustenta e a seus filhos — não são abrigados pela Previdência Social. Isto porque tais menores (filhos apenas da companheira do segurado), não são havidos, como já dissemos, como abandonados juridicamente falando e nem sequer o são impropriamente (art. 26, III, do Cód. de Menores), posto que para tal este artigo exige “reconhecida pobreza” (miserabilidade para alguns); logo, esses menores não têm direito a um título de guarda e responsabilidade, ou a qualquer outro documento judicial (em nome do padrasto) e assim para eles não há, reafirmamos, Previdência Social. Esta mãe, após cinco anos de vida em comum com o segurado, tem esses direitos como adquiridos, porém seus filhos menores não os têm. Daí a *via crucis* destes interessados em obter qualquer título judicial, como exigem os órgãos previdenciários, procurando-o junto ao Juizado de Menores, Vara de Família, ou ainda Vara Federal (justificação judicial).

Releva dizer ainda, com respeito à guarda e responsabilidade, que ela é a mais precária das medidas do Direito do Menor, já que não defere ao guardador o direito de representar o guardado; daí surge um motivo a mais para o estorvo da Justiça (pedidos de autorização, suprimentos etc.). Além de ter sua vigência limitada até aos dezoito anos, significando isto que, após aquela idade, o jovem não terá ainda plena capacidade, logo carecerá, até 21 anos, de representante para certos eventos da vida civil, embora já penalmente capaz. A emancipação, nestes casos, parece ser bastante conveniente. Assim, é de se preferir qualquer

um dos outros institutos do Direito do Menor, que será sempre mais seguro e razoável. Neste instituto, não há que falar em alteração do pátrio poder; eis aqui a diferença essencial entre este e os outros institutos de colocação familiar, que ensejam sempre o exercício deste direito-dever, o que é altamente relevante para o menor e para a Justiça.

Seria mais curial que, em havendo abandono (que sempre há no Juizado, nestes casos), também houvesse rotineira inibição do pátrio poder, como aliás determinam o art. 394, II, do Código Civil e ainda o art. 162 do Cód. de Menores, para ensejar o seu pleno exercício por outro mais capacitado; mais uma vez, vemos a impostergável necessidade da delegação do pátrio poder, pois, deste modo, haveria sempre o completo amparo ao menor, se no caso não coubesse adoção, nem legitimidade adotiva. Aliás, a delegação do pátrio poder deveria substituir muitas das vezes a guarda e responsabilidade por ser instrumento de melhor política menorista. É, em verdade, o estreito leque de opções jurídicas que dificulta o bom desempenho da Justiça de Menores, tanto na área delinqüencial, como na de abandono.

Usemos mais uma vez da jurisprudência, agora da egrégia Corte Suprema: "Perde o pátrio poder, por espontânea renúncia, a mãe que confia a guarda e a criação de sua filha de tenra idade, durante muitos anos, a pessoa estranha, não tendo por isso o direito de, tempos mais tarde, vir reclamar a restituição da menor" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 80, pág. 430).

Não vemos, então, o porquê de tanta segurança deferida ao pátrio poder afeto àquele titular que nem ao menos cuidou de transferi-lo (adoção) para melhor proteger seu filho. Como já assumimos posições tão polêmicas, adotaremos mais essa: a de se dar maior atenção aos interesses do menor descurado e de seus acolhedores que aos pais que o abandonaram.

Se não há que se falar em direitos de terceiros sobre o menor, ter-se-á o robusto argumento do interesse do menor, em caso de perfeita e profunda afeição (interesse sentimental). Há extrema impropriedade em afrontar-se, com os direitos dos pais consanguíneos, o direito de felicidade do menor, este sim, absoluto e indeclinável. Se não há que se falar em direitos de terceiros, há por certo o valioso argumento do interesse do menor, frisamos por ser importante. Este interesse evidentemente possui três aspectos: o material, o moral e o sentimental, que sobrelevam às normas preestabelecidas. Oportuno é afirmar-se que este interesse do menor jamais é questão de direito, mas unicamente *quaestio facti*, cujo conhecimento está afeto tanto ao juiz de menores como ao de família.

Cabe, ainda, dizer que, segundo o art. 1.341 do Código Civil, o terceiro poderá haver dos pais a justa indenização por despesas despendidas em favor do menor, a título de alimentos.

A doutrina também pode aclarar nossas posições.

Estevam de Almeida ensina: "Menores abandonados são os encontrados na via pública ou na vagabundagem. E, por ampliação razoável, também os filhos de ébrios habituais, vagabundos, mendigos, criminosos e contraventores reinci-

dentos; são-no ainda os menores coagidos a trabalhos superiores às suas forças ou em detrimento de sua saúde" (21). O ilustre civilista Carvalho Santos observa: "O conceito de abandono nós o temos no Código de Menores, podendo-se dizer que é deixado em abandono o filho que não é guardado convenientemente pelos pais, quer por negligência, quer por conveniência, resultando dessa atitude grave perigo para o menor, já quanto à saúde, já quanto à segurança, já quanto à moralidade, proporcionando-lhe mesmo probabilidade de se tornar vadio, mendigo ou libertino" (22). Já dizia Lemos de Brito, estudando o Código de Menores, "ser esta a principal atribuição do Juiz (23) apreciar e sanar o abandono em toda sua amplitude".

A época do remoto *Jus exponendi* (direito do pai abandonar o filho menor) já se perdeu na história distante, embora perdurem resquícios dessa abusiva lassidão.

Haurimos do insigne professor da UFMC, João Batista Vilela, excelentes lições acerca do mito da consangüinidade. Expõe ele em sua tese da "desbiologização da paternidade" (apresentada diante da I Conferência Mundial da Sociedade de Direito de Família, em Berlim, em 1975), que impõe-se a minimização das preocupações quanto ao pátrio poder, sempre em prol da transcendente norma do interesse do menor.

Ainda com referência à *guarda e responsabilidade*, vejamos os conflitos negativos de competência, suscitados entre a Vara de Família e a de Menores, que se constituem num dos fortes motivos do presente trabalho, pois sabemos o dilema que temos enfrentado em meio a essa controvérsia. Enquanto as discussões pululam nos autos, o menor e quem por ele se interessa ficam a esperar que alguém interceda para regularizar a situação do primeiro; é, pois, um real abandono judiciário.

Eis que competente será o Juizado de Menores para deferir a *guarda e responsabilidade*, entretanto, apenas na casuística do art. 26 do Código de Menores, se expende o estado de abandono. Destarte, só em havendo a situação irregular do menor (no caso o abandono) é o que será apto para a prestação requerida o Juiz de Menores.

O cerne do dissenso está na inteligência do abandono jurídico, mais precisamente do abandono impróprio (art. 26, III, do Cód. de Menores), pois este estado só será admitido quando houver, reconhecidamente, a impossibilidade ou incapacidade do pai, da mãe, tutor ou encarregado da guarda do menor, para cumprir os deveres para com o filho, pupilo ou protegido. Como vemos, esse entendimento é por demais subjetivo, quiçá para ensejar abrigo aos diversos casos que se nos apresentam como do interesse do menor, embora não bem tipificado o abandono, por causa da inconveniente casuística daquele artigo. Como vemos, a competência *ratione materiae* do Juiz de Menores, embora improrrogável (*ex vi* do art. 114 do CPC), é fixada pelo abandono que está envolto por um subjetivismo que tem gerado, no mais das vezes, prejuízos ao menor.

(21) ALMEIDA, Estevam de. *Manual do Código Civil*, vol. VI, pág. 313.

(22) SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VI, pág. 154.

(23) BRITO, Lemos de. *As Leis de Menores do Brasil*, 1929.

Dessa compreensão subjetiva (do abandono) brotam as dúvidas entre o Juízo de Família e o de Menores.

Para logo sanar a dubiedade, há que se distinguir o menor carente do impropriamente abandonado. Disse bem o ilustrado Juiz de Menores de Brasília (Prof. José Manoel Coelho) que "carentes são aqueles pobres, porque pobres são os seus pais; abandonados são os que resultam de colapso no exercício do pátrio poder, ainda que temporário". Sem essa acurada distinção, há de cair-se na inversão da exceção pela regra, já que o Brasil, como já vimos, possui níveis de renda baixíssimos (*per capita*). Contudo, faz-se necessário indagar se este colapso não promana de certa indignidade dos pais, que os inabilita para o exercício daquele poder; no mais das vezes, a resposta é positiva. Logo poderá e deverá haver a prestação cabente, pelo magistrado dos menores, até por ser sinal de bom direito (*fumus boni juris*, dos latinos) e ainda dentro da área de preventividade peculiar e tão ampla quanto necessária a este Juízo. E não se diga com isto que o Estado estará sustentando razoável parcela da população (carentiada), pois é justamente isto o que se visa com a *guarda e responsabilidade*: prevenir o iminente estado de extrema penúria que já não mais precisará de homologação judicial, mas sim de amparo material pelo Poder Público ou pela caridade popular.

Ao demais, qual o pai que decide entregar seu filho a outrem, senão para acudir sua extrema penúria, ou melhorar-lhe a sorte? Quanto aos filhos indesejados, estes, com maior razão, merecem uma nova oportunidade de integração familiar.

Muitos dos menores que, ora pedintes, ora perigosos vadios, encontramos nas ruas, em ampla marginalização social, são levados a esta deplorável realidade nacional, por falta de melhores condições materiais e emocionais de seus pais que, algumas vezes, até tentaram dar-lhes maior proteção, noutro lar. Diversos menores que, passando dias expostos em vias públicas, procuraram remediar a pobreza de seus lares, só encontram as veredas do crime e da libertinagem. Neste estado de coisas, a guarda e responsabilidade, como medida precaríssima noutros casos, desponta como melhor solução preventiva, mesmo em se tratando de situações atípicas de abandono.

A Justiça de Menores é, por essência, ou deve ser mais flexível que as outras, pois a realidade social que a cerca nunca é inflexível, pelo contrário; há quase meio século, dizia Lemos de Brito (*op. cit.*) ser a principal atribuição do Juiz de Menores apreciar e sanar o abandono em toda sua amplitude, como já frisamos. O odioso é de ser restringido, porém o benigno precisa ser ampliado. É a velha parelha latina cabível neste passo.

Não nos parece bom, neste mister, o espírito juspositivista ortodoxo, pois certamente o juiz não é simples e frio aplicador do direito objetivo, e a sentença não é jamais expressão desta morbidade judicante.

Devemos, ainda, reparar que, se a prevenção ditada pelo Código de Menores é genérica, isto não proíbe, obviamente, precaução em caso concreto e isolado, porque, tanto genérica como particularizada, a norma pretende proteger a todos.

Decerto, não se fará com que os pais cumpram seus deveres para com os filhos, negando-se-lhes a homologação da guarda e responsabilidade; ao invés, isto provocará maiores desatenções para com estes (previdência social, desajustes familiares etc.).

Quanto aos efeitos jurídicos da guarda de fato, estes praticamente não existem; assim mesmo, o efeito da dependência econômica, que seguramente pode ser presumido, existe na prática diuturna. A justificação judicial, com aqueles efeitos jurídicos, é também de eficiência ilusória.

As vantagens provenientes de título de guarda são devidas e justas, como retribuição a quem, por qualquer motivo, colabore com o menor desassistido. Essa mentalidade de gratidão social é elemento propulsor do equacionamento da problemática do menor.

É verdade que casos há em que a ausência de condições materiais dos pais não ultrapassa os limites da mediana pobreza; sendo assim, não há que se alegar abandono, já que tal debilidade econômica não chega a afetar o desenvolvimento geral do menor. Por certo não há razão para que se faça prevenção à humilde educação, isto por que não se pretende o despropósito da competição entre ricos e pobres naquele ofício. Desta forma, temos que o Juízo competente é, sem dúvida, o de Família.

Por outro lado, não é apenas do litígio entre cônjuges que ressalta a competência do Juiz de Família (DL nº 113, de 25-1-67, letra a, II, do art. 3º). Logo, não há, como alguns pensam, dissemelhança entre *guarda e responsabilidade e posse e guarda*. É ainda de se comentar o pertinente repúdio de Rui a respeito do termo *posse* (na antiga denominação do instituto ora estudado), alegando que não há posse de pessoas, mas tão-só de coisas e direitos.

Ao advogarmos maior flexibilidade e abrangência no entendimento do abandono, sabemos que em muito os nossos encargos no Juizado de Menores crescerão. Contudo, não só por coerência de princípios, mas por convicção também, desde já estamos preparados para tal sobrecarga.

Com efeito, cremos ser inadmissível a sujeição dos cânones essenciais do Direito do Menor às insuficiências materiais ou de qualquer outra natureza; a Justiça de Menores existe para o menor e não o inverso.

Ademais, devemos salientar, por oportuno, que o espírito da norma contida no art. 26 do Código de Menores não é de punição, mas sim de proteção, como de resto todo o Direito do Menor.

Quanto à *guarda mediante soldada*, vemo-la sem qualquer respaldo prático nos dias atuais. A medida tem a intenção de colocação familiar, mais dirigida às meninas que aos meninos; entretanto, tal pretensão padece de incoerência com o espírito integrativo do Direito do Menor, posto que tal colocação existe, porém como mera situação de emprego doméstico. Assim não há intenção familiar, como é de se almejar.

Esta é a inepta realidade deste instituto decadente.

Vejamos agora a *liberdade assistida*, melhor que vigiada, por ser mais consentânea com o ideal pedagógico reinante no direito aqui em foco.

Este instituto tem origem no Direito americano, precisamente em Boston (1878), com o nome de *probation*, que é um período de provas a que fica submetido o condenado que tem a pena suspensa.

Varia esta medida desde punição até meio terapêutico, através do tempo e do espaço.

No Brasil, aparece no art. 47 do Decreto nº 5.083, de 1-12-1926, que instituiu o Código de Menores. Na obra de Mello Mattos, consta do art. 100, sendo aplicado também ao abandonado, o que pode parecer estranho, mas este menor também pode carecer desta medida. Aliás, não é de se fazer distinção entre abandonados e infratores, em tese, já que ambos são alvo, não de punição, mas de tratamento ressocializante, que em casos isolados pode até incluir certa margem de intimidação. Esta é a orientação do Anteprojeto do Código de Menores, da Associação dos Juizes de Menores, e foi também orientação do Substitutivo paulista. A distinção caberá apenas casuisticamente. É a tendência moderna.

A *liberdade assistida* consiste em submeter o menor, após entregue aos responsáveis, ou após liberação do internato, à assistência (inclusive vigilância discreta), com o fim de impedir a reincidência e obter a certeza da reeducação. Com isto, nota-se que não é tão só vigilância, mas, primordialmente, assistência ampla.

Esta, quando bem exercida, por elementos bem preparados para o trato com menores problemáticos, traz excelentes resultados, como os demonstrados em estatísticas do Serviço de Liberdade Assistida do Juizado do Rio de Janeiro, que é um corpo técnico trabalhando e pesquisando em prol do menor infrator (principalmente viciado) e de sua recuperação social.

Em relação ao instituto da *emancipação*, têmo-lo como necessário dentro do Direito do Menor. A emancipação, causa de extinção do pátrio poder, pode ser: legal (art. 9º, II, III, IV e V, do Código Civil); judicial ou voluntária (art. 9º, I, do Código Civil).

Dessa forma, a emancipação é a cessação da incapacidade civil. Em consequência, desaparece o pátrio poder (*ex lege* art. 392, II, do Código Civil).

O Juiz de Menores poderá expedir mandado, no qual nomeará Curador para que se proceda à escritura pública de emancipação. Essa é uma das raras medidas da competência do Juiz de Menores destinada a maiores de 18 anos.

É sempre necessário perquirir-se acerca das reais possibilidades mentais do emancipando. A emancipação, no caso da cessação da guarda e responsabilidade, tem-se como recomendável, nas hipóteses em que o jovem não possui representante legal, como freqüentemente acontece.

Quanto à *adoção*, vemos neste instituto a melhor forma de integrar-se o menor em uma nova família, só sendo superada pela legitimação adotiva (ou adoção plena).

A adoção procedida através do Juizado carece de cuidados especiais, o mesmo já não acontecendo quando realizada em cartório em presença da mãe (menor não caracterizado como abandonado).

Assim, os candidatos que desejam acolher o menor em adoção precisam submeter-se a minuciosa seleção prévia, quando serão apuradas as reais possibilidades de total integração familiar, atentando-se sempre para o exclusivo interesse do menor, que prevalecerá ao do candidato. Pensamos que a adoção precisa de maiores facilidades para que maior número de casais e menores possam ser atendidos; assim, a pretensa e excessiva segurança que cerca este instituto quase sempre só prejudica o próprio interesse do menor abandonado, não passando de verdadeiro mito, como o da consangüinidade retroaludido.

Na recente lei alemã de adoção (de 1-1-1977), a integração do adotado à nova família é total, desfazendo-se, desde logo, todos os laços entre o menor e a sua família original (até quanto à sucessão). Este foi o maior incentivo que a sociedade germânica obteve para colaborar com o poder público na causa do menor abandonado. Não há qualquer distinção entre filho consangüíneo e adotivo, além de outras facilidades.

Enquanto em nosso País, diversos são os óbices, quer para a adoção simples, quer para a adoção legitimamente, noutros países são criados estímulos e facilidades para debelar o problema da infância desassistida.

Quanto à *legitimação adotiva*, foi introduzida não há muito entre nós, com várias restrições, apesar de modelos preexistentes na França e no Uruguai não serem tão restringentes.

Veremos agora a dilemática questão da delegabilidade do pátrio poder.

Primeiro, exporemos a histórica gênese do *patrio potestas* dos romanos; de logo, nota-se o enorme recuo deste poder no tempo.

Imprescindível a compreensão da família em sua organização no antigo Direito Ocidental, em nosso estudo consideraremos a família romana.

Nela, o traço fundamental é a autoridade, não sendo de relevância na sua constituição a consangüinidade. A relação de dependência e subordinação aparece como critério informativo civil, já demonstrava Ulpiano. Podendo, então, haver vínculo de sangue entre várias pessoas, sem que essas sejam necessariamente da mesma família, logo o inverso também ocorre. Temos aí a autoridade que vincula como familiares todos os que a ela estão sujeitos.

O casamento levava a filha a se retirar de sua família e integrar-se à do marido, alterando-se, por conseguinte, o seu culto e a potestade que, em face das núpcias, passava a ser a de seu esposo.

Quanto ao filho adotivo que não tinha vínculos naturais de parentesco com o adotante, desde que submetido à autoridade e ao culto doméstico do chefe do lar, era considerado como da família, sem distinções.

O filho emancipado já não era da família, porque sobre ele já não existia a potestade.

O grupo mais extenso, mais numeroso, a *gens*, era constituído de um agregado de elementos, subordinados ao chefe único, o *paterfamilias*. A essa agregação livre de consangüinidade dava-se o nome de agnação; era agnada a mulher casada *in manu* (que ao casar integrava a família do seu marido e este por sua vez era também subordinado ao *paterfamilias*). Tinham-se igualmente como da família os escravos e os libertos por estarem também subordinados à potestade. Ao casar *in manu*, a mulher passava a dever obediência ao *paterfamilias* — como filha — e esse chefe podia não ser o seu marido, se este estivesse também sob o domínio do *paterfamilias*; ambos, neste caso, ficavam sob a responsabilidade total de um só chefe.

Dáí podemos concluir que o patriarcalismo em Roma guardou para o *paterfamilias*, no âmbito da sociedade doméstica, os mais amplos e ilimitados poderes (potestade). Se compararmos o que hoje chamamos de chefe de família ao *paterfamilias*, ou mesmo a potestade ao atual pátrio poder, ficaremos estarrecidos. Entretanto, esse confronto só pode ser realizado com as devidas perspectivas históricas.

Ensina Ihering que essa autoridade não existia apenas na antiga Roma, porém perdurou por maior tempo <sup>(24)</sup>.

Apenas para melhor avaliarmos os poderes do *paterfamilias*, atentemos para a faculdade que ele tinha de dispor da vida de seus dependentes (*ius vitae et necis*), bastando para isso ouvir os parentes, *judicium domesticum*. Era ainda facultado ao chefe de família o direito de abandonar, *ius exponendi*, o direito de vender, *ius vendendi*, os seus subordinados. No direito hebreu, esse direito de dispor da vida dos filhos era assegurado ao pai (Deuteronômio, cap. 21).

Mas este chefe autoritário também era inteiramente responsável pelo grupo a ele vinculado, até quanto aos delitos praticados pelos seus pupilos.

Esta servidão humana veio se diluindo através do tempo, até as conotações dos dias presentes, muito contribuindo o Cristianismo para o abrandamento desta extrema autoridade. Assim é que nas Ordenações Filipinas do Reino, que vigoraram entre nós até 1821, esse rigor já era bem lenificado.

Já temos elucidação histórica suficiente para entendermos o pátrio poder contemporâneo, que não tem mais o aspecto de dominação, mas sim de proteção; já houve mesmo quem pretendesse substituir essa expressão por outra mais atualizada, ou seja, autoridade parental. Em França já se denomina o pátrio poder como *puissance paternelle*.

Busquemos subsídios na doutrina para aclarar o que seja, precisamente, pátrio poder:

Do insigne civilista lusitano José Tavares:

“Conjunto de direitos e deveres que aos pais compete em relação à pessoa e aos bens de seus filhos menores, não emancipados” <sup>(25)</sup>.

(24) IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*, vol. 2.

(25) TAVARES, José. *Princípios Fundamentais de Direito Civil*, Coimbra, 1922.

De Clóvis Bevilacqua:

“É a organização da autoridade protetora dos pais, durante a menoridade dos filhos e não instituto privativo da família legítima, mas também extraconjugal” (26).

É da lavra de Plácido e Silva:

“Conjunto ou soma de poderes legalmente outorgados ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos.”

Creemos já ser bastante claro o que seja pátrio poder, saltante que está, nas lições acima, o caráter de direito e dever insito no mesmo instituto.

Qual a razão desse direito ser também um dever, se a todo direito corresponde um dever? Como achar-se numa só pessoa o direito e o respectivo dever?

No caso do pátrio poder, por sua alta relevância e por razões de ordem natural, dá-se o dever ao ser que, deliberadamente, traz ao mundo outro semelhante que lhe é totalmente dependente. A esse mesmo ser (pai) conferem-se direitos a fim de que possa desempenhar deveres para com o filho ainda incapaz. Sendo o pai o responsável pelo ato conceptivo, o é também pela manutenção de seu filho, princípio natural que o Direito acolhe como norma de ordem pública, por ser indispensável. Se por um lado há para o pai direitos e deveres, por outro lado, há, no sentido inverso, deveres e direitos do filho para com o pai; eis aí o princípio da correspondência entre direito e dever. O dever dimana da responsabilidade natural e social; já o direito, da possibilidade de cumprimento desta imposição.

A natureza do pátrio poder, os direitos e deveres nele contidos são, conseqüentemente, de ordem pública.

Não são estes direitos absolutos como outrora, mas constituídos atualmente no interesse dos pais, para a realização de certos deveres concernentes à pessoa de seu filho menor. Estes direitos são como que prerrogativas para a consecução de várias imposições legais; são, enfim, direitos altamente vinculados aos respectivos deveres.

Embora sendo o pátrio poder de ordem pública, o Estado só pode interferir em seu exercício, quando no interesse do próprio menor e nos casos previstos em lei (v.g., art. 395 do Código Civil). É múnus público, encargo, porém jamais obrigação indelegável, como sustentam alguns, sem o rigor da linguagem técnica do Direito. Com efeito, obrigação possui cunho patrimonial, logo indelegável, não se confundindo com outros deveres jurídicos, como adiante exporemos.

Quanto aos fundamentos do pátrio poder há quem o entenda como decorrente do fato da geração. Outros buscam liames religiosos, outros ainda o fundamentam em razões econômicas (Rangio Ruiz). Hobbes, coerente com sua concepção de autoridade, encontra as origens do pátrio poder na força física (do pai). Puffendorff apela para um pacto não escrito, que se supõe entre procriação e procriadores, lembrando Rousseau. Apenas o fato da geração, em

(26) BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*, II, obs. ao art. 379.

bora importante, não é todavia suficiente, porquanto pode haver pátrio poder sem laço de sangue (adoção).

Os fundamentos religiosos e econômicos ficaram para os tempos de antanho; continuamos, pois, crendo em razões de imperatividade social. O interesse visado não é do filho exclusivamente, mas também da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

É este instituto, a um tempo, direito (poder) e, a outro, dever (múnus), direito e ônus simultaneamente. Pode-se ainda colher outro aspecto do pátrio poder, ou seja, o de ser um dever em relação à sociedade e ao filho e um direito firme, oponível *erga omnes*, do pai. O instituto, cujo estudo vimos fazendo, hoje sofre restrições como direito, porém como dever se avulta em imperiosidade e seu aspecto de indisponibilidade não busca violar o interesse que é da sociedade e do incapaz.

O pátrio poder, por todas essas propriedades, é por natureza um direito personalíssimo, não cabendo, por isso mesmo, a renúncia, que não se confunde com a delegação. Senão vejamos um e outro conceito:

**DELEGAÇÃO:** Conceder, transmitir, confiar, constituir, atribuir, enviar; a concessão ou a transmissão de um poder, atribuído ou inerente a uma pessoa, promovida por esta a outrem para que pratique atos que lhe eram confiados, ou exerça função que lhe era atribuída ou confiada (27).

**RENÚNCIA:** "Ato de abandonar direitos, de despojar-se deles, não o transferindo a terceiros. Desistência, abdicação" (28).

Leciona Caio Mário que a chamada renúncia translaticia é uma inexatidão técnica. Em rigor científico não se trata de renúncia (29). Vem o nomeado civilista roborar nossa tese de que quem transfere (ou delega) não está renunciando tecnicamente falando. Claramente, pode-se perceber que renúncia não é o mesmo que delegação; então, o pátrio poder é irrenunciável, porém, jamais, indelegável. Isto porque sabemos que deveres são irrenunciáveis; entretanto, podem ser, em alguns casos, cumpridos por outrem, desde que dentro das condições exigidas (v.g., obrigações não personalíssimas); assim sendo, há a noção subjetiva passiva (mudança da pessoa obrigada). Do pátrio poder depreende-se que a sua finalidade precípua não é fixá-lo rigidamente à pessoa do pai, mas sim, essencialmente garantir o suprimento geral do incapaz. O pai biológico é o primeiro responsável por esse encargo e, correlatamente, o primeiro facultado nos direitos respectivos, já que ele, por vontade livre, tacitamente, aceitou aquele direito onerado. Mas a concepção de que o pai é o primeiro responsável não pode prejudicar o atendimento às carências do seu filho, sob pena de inversão dos valores da *mens legis*; chegar-se-ia absurdamente à confusão entre meios e fins. O espírito da lei, como entendemos, tem o pai por meio para atingir-se o fim (amparo a um indefeso).

(27) SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 1975.

(28) MAGALHÃES, H. Piragibe; MALTA, Christóvão Piragibe Tostes, *Dicionário Jurídico*, 1975.

(29) PEREIRA, da Silva Caio Mário. *Instituição de Direito Civil*, vol. I, pág. 407, Ed. Forense, 1974.

Vemos, desde já, que a interpretação do pátrio poder deve ser sempre teleológica, tanto quanto possível. Tem ele uma função social a cumprir, assim como a propriedade. Ambos são direitos com certos ônus jurídicos, entretanto não descaracterizados por isso como direitos, nem tampouco passando à condição de deveres, ao invés de direitos. A característica de obrigação *lato sensu* do pai não é mais que uma sujeição, jamais pode ser confundida com obrigação jurídica *stricto sensu*. E é por causa desta confusão que, inopinadamente, se tem dado ao pátrio poder o caráter obrigacional, indelegável, prejudicando-se, assim, o próprio objetivo do instituto; o interesse do menor e o da sociedade. É, pois, delegável o pátrio poder, justamente por não ser o dever a ele inerente uma obrigação; tecnicamente falando, este termo, quando citado em alguns autores, tem um sentido de mera sujeição jurídica, enquanto que a obrigação jurídica só tem existência dentro das relações patrimoniais.

Em rápidas linhas, façamos um estudo das obrigações, para que fique clara a conceituação dessa espécie do gênero dever jurídico, tomada apenas na linguagem técnico-jurídica, pois que o leigo não faz qualquer dissemelhança entre obrigação, sujeição, ônus e dever.

Do romanismo nos vem este conceito de obrigação: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei* (incluso nas Institutas). Obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. É o conceito romano; conquanto mereça elogios dos civilistas, é insatisfatório em razão das interpretações que comporta a expressão *solvere rem*. Se entendida em sentido literal e restrito de pagar uma coisa, não abarca todas as espécies de obrigação, na concepção ampla de prestação que compreende todos os deveres jurídicos. Admite Orlando Gomes<sup>(30)</sup>, e em geral outros juristas, que a expressão se refere a todas as prestações patrimoniais.

Ainda nota-se que alguns dizem que é redundância falar-se que obrigação é vínculo jurídico, pois, se é obrigação, é jurídico; todavia constitui essa pseudo-redundância, ao nosso ver, um precioso reforço, para distingui-la de outras relações que não se apresentam como obrigacionais (como o pátrio poder), mas sim como deveres, ônus ou sujeições (compulsórios, entretanto jamais obrigação).

Certos autores chamam os sujeitos da relação obrigacional de credor e devedor, o que bem demonstra o conteúdo patrimonial das obrigações.

Poderíamos ir ao fundo da questão aqui tangenciada com o pensamento de Ihering, no que concerne ao seu "interesse tutelado", como prestação sem qualquer cunho pecuniário. Entretanto, no caso do pátrio poder, aquele interesse tutelado certamente não é a rígida fixação no sujeito passivo (pai) do exercício deste poder, mas sim o mínimo de atendimento às carências do filho ainda incapaz.

Isto posto, cremos que a tese negatória de validade à delegação do pátrio poder não mais vingará; até porque, buscar-se na remota história o argumento da inalteração subjetiva das obrigações, para com isso, por analogia falha, ne-

(30) GOMES, Orlando. *Obrigações*, 4ª ed., RJ, Forense, 1976.

gar-se a possibilidade da delegação do poder aqui questionado, é não ver a evolução do direito obrigacional (v.g., novação subjetiva passiva) para contrariar a própria origem do pátrio poder que era transferível em Roma (matrimônio *in manu*).

Nem a decadente noção de intransferibilidade das obrigações, nem o rijo entendimento do pátrio poder podem ser aceitos em detrimento do interesse do incapaz e até mesmo da sociedade.

Cabe aqui o realismo jurídico de Duguit que afasta o estéril historicismo de Savigny. O preconceito, a obstinação e a inflexibilidade são altamente infensos ao espírito do Direito do Menor; disto se apercebeu Mello Mattos, há quase meio século (arts. 131 e 160 do Código de Menores).

À guisa de melhor elucidação da questão em tela, cotejemos as definições de dever jurídico, sujeição e ônus:

*Dever jurídico*: “é a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico sob pena de incorrer numa sanção (esta sanção visa a proteger interesse alheio)”.

*Sujeição*: “é a necessidade de suportar as conseqüências jurídicas do exercício regular de um direito potestativo”.

*Onus jurídico*: “é a necessidade de agir de certo modo, para tutela de interesse próprio” (31).

Temos aí, na lição de Orlando Gomes, a distinção de meridiana clareza que se impõe fazer para a perfeita inteligência do instituto do pátrio poder, que hoje requer maior flexibilidade (de compreensão) para que seus desideratos sejam alcançados. Ao demais, a expressão latina *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém está obrigado ao impossível) é cabente, no caso de o exercício do pátrio poder ser impraticável, ou não cumprir suas finalidades, em condições satisfatórias em relação ao incapaz.

Nem razões obrigacionais, nem tampouco argumentos tradicionalmente históricos podem, como vimos, impedir a delegação do pátrio poder.

Em verdade, a fixação deste direito-dever, por causas naturais e também potestativas, na pessoa do pai (e subsidiariamente da mãe) é plenamente justificada. Porém, cabe salientar que tal dever imputado ao ser que faz gerar outro não pode e nem deve ir de encontro ao interesse do menor, pois este se constitui na razão de ser desta remota potestade. Assim, não é a obstinada sujeição do pai, em relação ao exercício do pátrio poder, o objetivo visado, porquanto, se assim for, trair-se-á o fim deste instituto. Hoje é de se repetir que não é mais cabível a consideração do aludido instituto, como direito pleno e discricionário do pai, em detrimento ao interesse do menor. É a jurisprudência reinante (*Revista dos Tribunais*, 205-223).

Até mesmo a Igreja já vem historicizando seus dogmas, para melhor coerência com a moderna sociedade. O mesmo precisa ocorrer com certos princípios seculares do Direito, sob pena de se tornarem ineficazes, por obsoletos.

(31) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pág. 14.

O aspecto *intuitu personae* do exercício do pátrio poder é meramente informativo da 1ª pessoa a quem, por *naturalis ratio* incumbe tal encargo.

Seguindo aqui a visão Kelseniana de que o conceito é um recorte das possibilidades lógicas, podemos, assim, parafrasear, dizendo acerca do pátrio poder, que ele deve comportar lógicas possibilidades para perseguir seu alvo.

Já podemos concluir que a delegação aqui pretendida é racional, legal e utilíssima ao Direito do Menor, falecendo qualquer argumento à posição contrária. Vimos que a delegação é transferência e não renúncia (tecnicamente falando), é concessão. E assim temos a adoção, que é vínculo dissolvível (art. 374 do Código Civil); o art. 35 da Portaria nº 555/65, baixada com base no art. 161 do Código de Menores, por Cavalcante de Gusmão (quando Juiz de Menores da Guanabara), regulando os processamentos dos feitos do Cartório do 1º Ofício daquele Juízo, e ainda o Provimento nº 4/65, do Juiz Aldo de Assis (de São Paulo), que cuida dos esclarecimentos e adequações da Lei 4.655, de 2-6-65 — Legitimação Adotiva — referem-se à delegação do pátrio poder; também assim é no art. 12, X, do Regimento Administrativo do Juizado desta Capital (Ato nº 294, de 17-9-76). Logo, temos respaldos suficientes, como acabamos de ver, para sustentarmos a delegabilidade do pátrio poder.

#### O DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS NÃO-ADULTOS, EM ALGUMAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Embora conscientes de que nossas soluções devem, tanto quanto possível, ser havidas em nosso meio, julgamos recomendável a experiência externa, pois que a questão do menor é universal.

O Direito Comparado é, hoje, de grande valia em face das crescentes e aceleradas influências entre as nações. Isto posto, vejamos como se está equacionando o problema do menor, noutras plagas, acentuadamente no que diz respeito à delinqüência juvenil.

A idéia de sujeitar o jovem delinqüente a um regime jurídico especial, diverso do Direito Criminal comum, em maior ou menor escala surge em nosso século, apesar de um grande rastro pela história. Em verdade, para determinar as conseqüências da prática de um crime, nunca foi irrelevante a idade do autor.

Já na Lei das Doze Tábuas (450 a.C.) encontramos duas disposições: uma relativa ao furto em flagrante, outra ao dano em seara e animais — com relevância à idade do delinqüente, fundamento da atenuação da pena. Ambas as disposições, apesar de cominarem penas bastante severas, amenizam tal rigor em relação ao autor impúbere, sendo então essas sanções substituídas por correções (*verberatio*) ministradas segundo o arbítrio do pretor, e ainda por medidas pecuniárias.

Na época clássica (130 a.C. — 230 d.C.) é que a jurisprudência vai firmando a célebre diferenciação do menor impúbere em: *infans, admodum impubes ou proximus infantiae e proximus pubertate*. Estas fases não são fixadas expressamente. Os glosadores (séc. XI) deram os limites de cada fase, assim: *infans*

é o menor de menos de 7 anos; o *proximus infantiae*, de 7 a 10 anos; o *proximus pubertate*, de 10 a 14 anos (esta última fase teve limite máximo de 14 anos estipulado por Justiniano). O *infans* e o *proximus infantiae* são isentos de qualquer punição, por não terem capacidade de dolo; o *proximus pubertate*, por já possuir esta capacidade, é equiparado ao adulto, logo plenamente responsável.

No período de Justiniano, embora se considere o jovem de 25 anos *minor aetate* e se lhe dispense certa proteção civil especial, entende-se que, em matéria penal, a *miseratio aetatis* não deve ser mais relevada. Apesar disso, verifica-se tendência para isentar o *minor aetate* de penas, atendendo a sua juventude.

A época do Império Absoluto (286, 776 d.C.), a máxima *malitia suppleat aetaten* buscou justificar muitas arbitrariedades cometidas na punição de jovens delinquentes, como uma reação ao período antecedente, mais indulgente.

No Direito Penal dos povos bárbaros, o menor *infra aetatem*, embora seja isento de sanção pública (*fredus*), está sujeito a sanções privadas (quantia em dinheiro paga pelos pais à vítima). Mais tarde, cremos que por influência do princípio romano da personalidade das penas, tende-se a atenuar a responsabilidade dos pais, fazendo-a intervir somente em caso de culpabilidade.

É de se notar que, enquanto os romanos usavam o critério da capacidade de dolo, os bárbaros recorriam à força física e à capacidade de usar armas (do menor).

A idade considerada como de desenvolvimento biológico suficiente para atingir-se a fase adulta varia de povo para povo (doze anos para os francos sálios e saxões; 14 anos para os suevos; 15 anos para os francos ripuários, visigodos e burgundos).

Temos na era medieval, também, a idade do delinquentes como relevante. Algumas leis e normas consuetudinárias fixam limite da menoridade, considerando que, antes desse limite, o menor é completamente irresponsável (assim o menor de 15 anos nos Assises de Jerusalém e nas Cartas de Lille, o menor de 12 anos no Espelho da Saxônia e nos velhos costumes saxões e escandinavos); ou então, este menor tem uma responsabilidade diminuída (tal acontece com o menor de 17 anos, nas leis espanholas de Afonso VII).

Outras legislações da Idade Média consagravam duas idades: a primeira, limite de um período de irresponsabilidade; a segunda, termo de uma fase de responsabilidade diminuída (as leis de S. Luís, relativas à punição de blasfêmia, que fixam respectivamente aquelas fases em 10 e 14 anos).

Na Noruega, a pena de "perda de pais" imposta a uma criança ou adolescente é acompanhada da faculdade de os pais prestarem assistência ao punido, forma de atenuação do castigo aplicado.

No costume escandinavo, o ofendido por um menor (12 anos) poderia castigá-lo como se fosse seu pai ou tutor. Assim também na Dalmácia, onde o menor (14 anos) não vai ao tribunal, mas sim à presença do Conde, que o pode castigar de acordo com sua idade.

Vemos já na época moderna, na Europa Ocidental, por força da influência do Direito romano, que a questão da menoridade não é mais regulada por leis ou costumes bárbaros, mas sim pelas regras do Direito de Roma.

Assim, vamos encontrar na *Constitutio Criminalis Carolina* (art. 164), o preceito de que ao ladrão de menos de 14 anos deve ser aplicada, em vez de pena de morte, uma pena corporal. Todavia, se ele se aproximar dos 14 anos, e houver circunstâncias agravantes, observar-se-á a máxima “a malícia supre a idade”, podendo esse jovem ladrão ser punido em seus bens, corpo ou vida. Para decidir nesta causa, deve o juiz ouvir o conselho dos “homens de leis” (tribunais e faculdades de Direito).

Para além dessa hipótese especial, a Lei Carolina admite, de um modo geral, a relevância da idade, quando o delinqüente não atingiu o “uso da razão” (art. 179), ou é possível determinar se a criança podia ou não fazer “uso da razão” (conselhos dos homens de leis).

Em França, a *Ordonnance Criminelle* de 1660 não tem qualquer referência à idade do delinqüente: omissão voluntária, pretendendo-se que se recorra ao Direito romano para resolver o problema, ao que parece.

Em Portugal, as Ordenações (Manoelinas — Livro III, Título LXXXVIII e Filipinas — Livro V, Título CXXXV) determinam que, se o delinqüente tiver entre 17 e 20 anos, fica ao arbítrio do Juiz aplicar-lhe a pena total ou atenuada, observando-se as circunstâncias em que o crime foi perpetrado e a pessoa do criminoso. Se esse delinqüente tiver menos de 17 anos, não pode ser condenado à pena de morte (na época a sanção mais rigorosa), ainda que mereça.

Neste período, o Direito Criminal português segue as orientações das fases da menoridade dos romanos (*infans*, *admodum impubes* e *proximus pubertate*). Grande margem de arbítrio é dada ao Juiz; o princípio da malícia suprimindo a idade é largamente usado. Só os *infans* são isentos de penas, assim mesmo ocorrendo exceções. Mais que a isenção, a atenuação é usada.

Muitas destas penas guardavam tão-só o caráter de exemplaridade (como a suspensão pelas axilas); poucas eram corretivas (como a pena de assistir ao suplício).

Quanto aos menores errantes (perambulantes), neste período, muitas leis já previam o internamento educativo (por exemplo: *Ordonnance* de 11-7-1682, em França). Outra *Ordonnance*, de 12-6-1722, indica que os contrabandistas de sal (delito tido à época como gravíssimo) menores de 14 anos serão presos numa casa de educação vigiada, ao invés das penas cruéis cominadas, para este crime, aos adultos.

Um outro período do tratamento criminal de delinqüentes jovens é iniciado com o Código Penal francês de 1791, que fazia depender a situação penal do menor (até 16 anos) do seu discernimento — resquício ainda da máxima “*malitia suppleat aetatem*” — sujeitando-o, em certos casos, a um regime represível especial.

Os diversos códigos do séc. XIX partem do princípio do discernimento, à semelhança do francês de 1791, e vários atuais diplomas penais recorrem a este artifício (ao nosso entender precário), com ligeiras distinções. Alguns deles fixam a idade para limite da maioridade, como o francês supracitado (16 anos); antes do menor atingir essa idade limite, é sempre suscitada a questão do discernimento. Esses códigos não conheceram nenhum período da vida humana em que a falta deste elemento se presume, em que a criança seja considerada inimputável, independente de qualquer exame do seu desenvolvimento intelectual. É esta orientação seguida pelo Código Penal francês de 1810 (art. 42, nº 1) e pelo belga (arts. 72-74); ambos fixam a idade de 16 anos para o limite da menoridade. Já em outros, esta presunção é reconhecida, sem qualquer exame, para concluir-se pela inimputabilidade, variando a idade limite para tal presunção. Assim tivemos: o Código Penal português de 1852 (sete anos); o Código Penal português de 1886 (dez anos); o Código Penal italiano de 1889 (nove anos).

A questão do discernimento só se levanta após esta idade e até a criança atingir o termo final da menoridade. Esta idade máxima estava fixada em 14 anos no Código Penal português de 1852; Código Penal português de 1886 (art. 46); aos 18 anos, no Código Penal alemão; aos 14 anos no Código Penal italiano de 1889 (art. 54).

Sendo considerado imputável, por ter havido com discernimento, é punido com as sanções comuns, porém atenuadas. Tal atenuação traduz-se ou na substituição das penas mais graves (morte, trabalhos forçados perpétuos, prisão perpétua) por prisão, ou na diminuição das medidas privativas da liberdade (arts. 67 e 69 do Código Penal francês de 1810; art. 73, parágrafo único, do Código Penal português de 1852; art. 109 do Código Penal português de 1886; arts. 73 e 74 do Código Penal belga).

Como veremos, a prisão é ainda a reação criminal normalmente aplicada ao menor considerado imputável. Ela deve, todavia, ser cumprida em estabelecimentos especiais e aí reside já um grande avanço. Assim é na legislação francesa de 1810 (art. 67), italiana (art. 54) e alemã (art. 57).

Acima dos limites máximos que indicamos, o jovem delinqüente é plenamente imputável, não havendo que falar em discernimento, contudo a juventude ainda exercerá influências na aplicação da pena.

A menoridade de 20 anos (art. 20, nº I, do Código Penal português de 1852) ou de 21 anos (art. 39, nº III, do Código Penal português de 1886; arts. 55/56 do Código Penal italiano) é considerada circunstância atenuante nestes países. Os dois últimos códigos mencionados tratam os jovens delinqüentes divididos em dois grupos: os de 14 a 18 anos e os de 18 a 21 anos, estabelecendo expressamente como deve ser realizada a atenuação da pena em relação a um e outro desses grupos.

Estes princípios nortearam as leis penais durante o século XIX.

Vejamos, de per si, algumas legislações referentes aos jovens delinqüentes, em alguns países da Europa:

## *França*

Neste país, o Código Penal de 1810 pouco foi alterado. Encontramos modificações marcantes apenas em 1906, com a Lei de 12-4-1906, que manteve a questão do discernimento e elevou a maioria de 16 para 18 anos. Contudo, o jovem de 16 a 18 anos não é absolutamente equiparado ao menor de 16 anos. O discernimento é o elemento decisivo; não o havendo, o jovem é absolvido e entregue à família ou internado, se conveniente, em colônias penitenciárias. Constatado o discernimento, há punição como a do adulto, sem qualquer atenuação.

As casas de correção, já previstas no Código Penal de 1791, só foram oficialmente criadas pela Lei de 5-8-1850.

Foi realmente a Lei de 22-7-1912 que introduziu o novo Direito Criminal do menor nesse país, mesmo assim de forma tímida, diante de outras leis noutros países, à mesma época. Em verdade, não há transição de um sistema repressivo para um regime protetor e educativo. Todavia, vemos na situação processual e na penal inovações, como órgãos especializados e introdução da liberdade vigiada.

Diferentemente das legislações portuguesa e belga, a lei francesa não tratou de menores de mero comportamento associal, mas tão-só do menor infrator das leis penais.

Nesta lei, temos a separação em grupos, conforme a idade do delinqüente — os menores de 13 anos, os de 13 a 16 anos e os de 16 a 18 anos —, derivando desta distinção importantes conseqüências, mui especialmente quanto à determinação do tribunal competente e das reações criminais aplicáveis. Há tribunais de 1ª e 2ª instância para os diversos grupos de jovens. A Lei de 1912 já introduz princípios processuais novos. A instrução é procedida por um Juiz especializado (nos grandes centros urbanos), que deve avaliar as condições de caráter e antecedentes do menor; é ainda de grande valor o ambiente passado e presente do incriminado, quanto à educação, moral e situação material de sua família. Se houver necessidade, poderão ser realizados exames médicos, geral ou específico.

A prisão preventiva é ao máximo restringida, sempre com anuência do Ministério Público, no caso de ser ela decretada, apesar de facultativa a critério do juiz.

A publicidade não é permitida (qualquer fotografia, relatos dos debates etc.) sempre que o delinqüente é menor de 18 anos. O nome do menor não é indicado, se não por uma inicial apenas (arts. 6º e 19). A citada lei introduz na França o princípio da inimputabilidade absoluta, sem qualquer influência do discernimento, em relação aos menores de 13 anos, só cabendo para essas crianças medidas puramente tutelares (vigilância e educação). Há certa variedade de medidas aplicáveis aos jovens que se acham à disposição dos tribunais, dependendo de circunstâncias agravantes, reincidência, ou da compleição moral, material, educacional e até médica do menor.

Já a Lei de 27-7-1942 revogou todo o sistema anterior e trouxe real desenvolvimento ao Direito Criminal dos menores. Criou Tribunais de Menores altamente especializados, dispondo de Centros de Observações anexos e suprimiu totalmente a questão do discernimento. A guerra retardou a vigência destas reformas, que só foram efetivadas com a *Ordonnance* de 2-2-1945, que revogou a Lei de 1942. Com poucas alterações (por exemplo: Lei de 24-5-1951 e *Ordonnance* de 22-12-1958), a *Ordonnance* de 2-2-1945 vigora até hoje <sup>(32)</sup>.

Para julgar os menores de 18 anos, que cometam infrações penais, são competentes: o Juiz de Menores, o Tribunal de Menores, a "Cour d'Assises" de menores e ainda o Tribunal da 2ª instância de menores. Os menores já pertencentes às Forças Armadas são julgados pelas Cortes Militares (arts. 5º e 6º, *Ordonnance* de 11-7-1945). Os menores de 21 anos estão sujeitos ao Juiz de Menores, se são doentes ou se sua segurança, moralidade ou educação estão comprometidas (art. 1º, *Ordonnance* de 23-12-1958).

Os órgãos judiciais menoristas estão compostos por juízes especializados e pessoas com conhecimentos afins (de ambos os sexos). O Juiz de Menores preside o inquérito social amplo do menor incriminado (de 18 anos). As medidas podem sempre ser alteradas para atender melhor aos interesses recuperativos. O jovem adulto (de 18 a 21 anos), na França, é submetido ao Direito Penal comum.

Tal como na Bélgica, na França foi a administração penitenciária que primeiro procurou uma solução digna para o problema do menor e do jovem-adulto (neste último caso na Bélgica), reservando estabelecimentos especiais para o cumprimento de pena para estes delinquentes (prisão-escola). É notória a validade dessa preocupação.

Na França há sempre necessidade de, em se tratando de jovem-adulto, pergunta-se: "Há lugar para substituir a pena por uma medida de defesa social?". Apesar do regime desta classe de delinquentes ser o mesmo dos adultos, a prática revela preocupações sociais, relativas às penas.

### *Alemanha*

Em comparação a outros países, foi com grande atraso que a Alemanha introduziu o Direito Criminal de Menores. Tal só ocorreu mesmo, apesar dos clamores generalizados aos 16 de fevereiro de 1923, com a Lei sobre Tribunais de Menores (*Jugendgerichtsgesetz* — JGG). Os menores de 14 a 18 anos (podendo a regra estender-se aos menores de 21 anos) são sujeitos a órgãos especializados. Em havendo coparticipação de maiores (18 anos), os processos são separados, para que o menor compareça perante a justiça especial. O órgão do Ministério Público deve ser também especializado.

A prisão preventiva é bastante restringida; o inquérito social é sempre seguido de exame médico do acusado.

---

(32) BOUZART, P. Pinatel, J. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, II, Paris, 1963.

O Ministério Público pode deixar de propor a acusação, bem assim o tribunal pode recusar a acusação, arquivando-se o processo, sempre que houver outra forma melhor para recuperar o menor, sem medidas repressivas.

Original é a apuração da responsabilidade sempre totalmente livre da questão o discernimento que é substituída pela avaliação da maturidade intelectual, moral e volitiva. Daí pode-se concluir da imputabilidade ou não do menor. Apesar de original, parece-nos este critério contar com as mesmas dificuldades do sistema do discernimento.

Assim, para que o menor seja declarado imputável, é preciso — como no direito antigo — que ele, ao tempo da infração, compreenda que pratica uma ação proibida (maturidade intelectual). Além disso, é preciso que ele próprio, com base nas noções de valor que fez suas, assim o considere (maturidade moral). Há que se notar, neste critério, a diferença entre capacidade intelectual e moral do menor; assim, ele pode entender o sentido da norma, mas não aceitá-la com a seriedade das exigências morais. Por outro lado, é indispensável que o menor tenha capacidade suficiente para resistir à prática da infração (maturidade volitiva), sobretudo nos casos de crimes contra a honestidade e a propriedade <sup>(33)</sup>.

É inegável que, durante a vigência do Nacionalsocialismo, o caráter educativo do Direito Criminal do menor sofreu retrocessos; o punitivo-intimidativo superava a função de correção moral. Assim uma nova orientação foi introduzida, nesta época, na Alemanha, através da Lei do Reich sobre Tribunais de Menores (Reichsjugendgerichtsgesetz — RJGG), de 6-11-1943. Esta lei revogou a JGG de 1923, determinando penas aos menores, antes absolutamente inaplicáveis (por ex.: morte, prisão perpétua etc.). Volta-se mais para o evento crime que para a pessoa do delinqüente na aplicação da pena, chegando a cominar sanções para maiores de 16 anos, antes apenas atribuíveis aos adultos.

A evolução do Direito Criminal de Menores continuou com a JGG de 1953; esta lei veio expurgar da legislação criminal atinente aos menores os malefícios do período nazista. Ressurge a suspensão da pena e a extensão, em alguns casos, desta norma especial aos jovens-adultos (18 a 21 anos).

É esta lei que vigora ainda na Alemanha. Tal legislação, voltando-se mais para a personalidade do acusado do que para seu crime, estipulou reações criminais autônomas, assim distintas: *medidas educativas* — imposição de normas de conduta, assistência educativa e pedagógica; *medidas de correção* — repreensão, imposição de deveres especiais e detenção juvenil; *pena juvenil* — detenção de duração determinada ou indeterminada, conforme o caso.

Nota-se que esta legislação menorista é mais dirigida ao agente que ao ato praticado; as medidas não têm por fim tão-somente censurar, mas sim corrigir ou reeducar. É, enfim, prevenção especial o que se busca através da correção do jovem delinqüente, para que ele não venha a ser um adulto delinqüente.

---

(33) GERSÃO, Eliana. *Tratamento Criminal de Jovens Delinqüentes*, Coimbra, 1968.

Com referência à imposição de normas de conduta, a lei não é taxativa ao enumerá-las, deixando o Juiz utilizar a imaginação e a capacidade pedagógica para descobrir a norma mais adequada a cada menor. Cremos que o valor pedagógico destas normas de conduta se assenta precisamente na grande possibilidade de individualização que oferecem. É certo que há limites nesta liberdade dada ao Juiz: primeiro, limitações constitucionais e, depois, a natureza e o fim da medida. O tratamento médico pode ser complemento desta leve medida, mas para isso é mister a autorização dos educadores legítimos e do representante legal do menor e, se ele tem mais de 16 anos, o seu consentimento é imprescindível. Estas normas devem ser claras e de fácil controle para serem eficazes. Em face do insucesso, por culpa do menor e se ele tiver sido alertado, pode ser-lhe aplicada a detenção juvenil.

As normas de conduta, para Holzschuh<sup>(34)</sup>, Juiz de Menores de Adarmstadt, são de alto valor educativo, sendo a medida mais importante da JGG; e assim, adequada para resolver de 80% a 90% dos casos de delinqüência juvenil. Segundo este Juiz, as normas de conduta destinam-se "a mostrar o caminho certo ao menor, que se tornou delinqüente por fraquezas ou por certas deficiências de educação".

É de se destacar a solução trazida pela Jugendwohlfahrtsgesetz, de 11-8-1961, que, ao substituir a vigilância protetora pela assistência educativa, deu um passo largo em direção ao fim da pecha da irreuperabilidade, lançada a certos menores, que só chegam a tal extremo por abandono total (material, afetivo e até judicial), a não ser que se tome tal irreuperabilidade como carma, o que não nos parece científico. Esta medida vem provando, em plagas distantes, que a prevenção social é a solução mais recomendável à questão da delinqüência juvenil.

Outra medida de realce doutrinário é a detenção de curta duração para o jovem, porém com rigor extremado. Com efeito, tenta-se compensar a duração mínima por dureza máxima. É uma detenção que atinge apenas as horas livres do menor (por ex.: aos sábados e domingos), cumprida em absoluto isolamento celular, sem qualquer conforto, além do estritamente necessário. Tais detenções, não ultrapassam três dias, sem que haja a sujeição ao regime comum (de maior duração). Tal reação criminal distingue-se da pena de prisão comum, acentuadamente pelo seu caráter de prevenção especial (ressociação). Isto não significa que não possua também a função retributiva que ao nosso entender é importante, na medida em que leva o delinqüente a assumir responsabilidades pelos seus atos. Assim já se expressou a culta prof<sup>a</sup> Armida Bergamini Miotto:<sup>(35)</sup> "o preso é sujeito de direitos, deveres e responsabilidades"; é a culpabilidade normativa (consciência do ilícito cometido) conforme a lição da precitada professora.

---

(34) Este magistrado menorista diz que "pelo bem, é que o homem deve ser educado para o bem"; logo, "quem destrói, deve construir", e assim por diante. De artigo publicado em *Neue Wege*, Berlim, 1955.

(35) Magistral aula proferida por essa assessora do Ministro da Justiça, em março de 1977, na UnB.

Em relação aos jovens-adultos (18 a 21 anos), estes comparecem perante a Justiça de Menores como os delinquentes de 14 a 18 anos.

### *Itália*

Este país, dentre todos aqui mencionados, foi o último a conceder autonomia à Justiça de Menores, tanto em relação aos órgãos judiciais quanto à legislação. Além disso, as reformas que o movimento logrou alcançar não foram tão radicais, como nos outros países.

Surpreendente é verificar-se que, já em 1908, uma Circular do Ministro da Justiça traçava as primeiras linhas do tratamento do menor infrator. Previa, então, tal diploma que, nos tribunais onde houvesse mais de um Juiz de Instrução, um deveria cuidar especialmente dos processos referentes a menores. Seguindo ainda essa orientação, ficou estabelecido que, para evitar o contacto de delinquentes jovens com adultos, deviam os primeiros ser julgados em dias de pouco movimento no Tribunal.

Todavia, essa tendência não resultou renovadora, porquanto em tudo continuou-se a aplicar indistintamente o Código Penal de 1889, até que em 1930 surgiu novo Código Penal. Ao que parece, essa renitente imutabilidade legal não decorreu de esquecimento, pois vários projetos foram apresentados (por ex.: o do Codice dei Minorenni, de 1912; outro projeto foi o de Ferri, de 1921, voltado essencialmente para a personalidade do delinquentes).

Foi no Código de Processo Penal de 1914 que a causa menorista sofreu algumas inovações (substituiu-se a prisão preventiva por recolhimento em reformatório ou em sociedade de assistência, quanto a menores de 14 e até 18 anos, não sendo reincidente — art. 373).

Em 22 de setembro de 1929, a Circular Rocco (Ministro da Justiça) prescreveu as primeiras normas para a especialização da jurisdição de menores, com seções de tribunais ordinários atuando como tribunais de menores.

Com o advento do Código Penal de 1930, o regime jurídico para o menor infrator modificou-se, exceção feita ao princípio (ainda do séc. XIX) de que a reação criminal depende da afirmação ou negação da responsabilidade (que envolve mais que o simples discernimento).

O ponto primordial da renovação foi a fixação de novos limites de idade, para a fase de inimputabilidade absoluta, assim como para a fase de imputabilidade condicionada ao grau de desenvolvimento da personalidade. Esse desenvolvimento, como já afirmamos, não é só intelectual (discernimento, como no Código Penal de 1889) mas também é observado o desenvolvimento moral e volitivo do menor.

Assim, temos que, aos 14 anos, a inimputabilidade é absoluta (art. 97); acima desse limite e até 18 anos, necessário é pesquisar-se acerca da capacidade de entender (moral) e de querer (volitiva), para haver imputabilidade com pena atenuada (art. 98). Este último artigo enseja enormes dúvidas, quanto

ao que seja "capacidade de entender"; aliás, sobre essas dificuldades de prospecção da personalidade já discorreremos linhas atrás.

É necessário, ao analisar-se essas condicionantes da imputabilidade, determinar-se que, para ser responsável, não basta que o menor esteja com sua inteligência desenvolvida, preciso é que esteja terminado, ou bem adiantado, o seu processo de formação ética; é, ao demais, imprescindível que ele bem entenda aquilo que faz e também avalie adequadamente os motivos da vontade e ainda o caráter moral do fato e de suas conseqüências <sup>(36)</sup>.

Se o menor for socialmente perigoso e inimputável, o Juiz pode pronunciar as medidas de liberdade vigiada, medidas de segurança e internamento em reformatórios; sempre observando as condições morais da família do menor.

O art. 245 assegura total sigilo das audiências por razões de proteção psicossocial do menor.

Um decreto de 1934 manda que, em cada distrito judicial, devem existir centros de reeducação de menores. Estes centros podem conter em suas estruturas organizacionais: institutos de observações; seções médico-psicopedagógicas; serviço social; lares de semiliberdade; escolas; laboratórios; centros recreativos especiais; reformatórios judiciais e prisões-escolas.

Outra norma de interesse (art. 650 do Código de Processo Penal) é a que faculta ao Juiz impor às pessoas ou instituições encarregadas de menores, em regimes de liberdade vigiada, multas no caso de se não cumprirem as obrigações referentes à vigilância e educação do menor infrator.

Em relação ao jovem adulto, a Itália, do ponto de vista penal e processual, não evoluiu e até mesmo regrediu. É assim que o Código Penal de 1930 aboliu as atenuações de penas contidas no Código de 1889. Parece ter ficado comprovado para os legisladores italianos a completa maturidade psíquica aos 18 anos, o que é bastante discutível.

Neste parco panorama das legislações alienígenas sobre menores infratores, vimos clara a séria preocupação com esse problema, que, ao contrário do que ocorre entre nós, é do cotidiano de muitos, não de alguns poucos. A doutrina, a legislação, a sociedade enfim, dão conta de encargo social que a época atual nos impõe mais que qualquer outra.

Atentemos para o mal que é imensamente profundo e, por isso mesmo, carece de remédio heróico e de aplicação urgente.

## A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O PROBLEMA DO MENOR

A Previdência já ultrapassou a simples Assistência, e agora chegamos ao tempo da seguridade social.

---

(36) "La capacità di intendere e di valore del imputato minorenni", 1951, in *Revista da Escola Positiva*, Itália.

Logo ao término da Segunda Grande Guerra surge a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada em 10-12-1948, pela ONU, e que, em seu artigo 25, diz: “Todo homem tem direito a um padrão de vida, capaz de assegurar a si e à família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito de segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência, em circunstâncias fora de seu controle.” Desse artigo florescia o chamado Direito Social, direito de exigir do Estado padrões mínimos de vida, sem prejuízo da liberdade individual.

Discutia-se a respeito desta exigibilidade por parte do indivíduo contra o Estado; mas hoje é assente este direito.

A assistência social não provém da caridade, nem mesmo do paternalismo. É, desde Bismark (fins do séc. XIX), preocupação do Estado, possuindo mesmo um caráter de obrigação do Poder Público. E algumas Constituições já declaram este direito social como exigível pelo cidadão; é o pleno Estado do Bem-Estar (o *Welfare State*, dos americanos).

O nosso País foi pioneiro na extensão, a toda a população brasileira, dos benefícios da assistência social, através do Plano de Caixa Geral do Estado, de 20-10-1931. A lei consagradora destas vantagens generalizadas veio em 7-5-1945, Decreto-Lei nº 7.526 (Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil). Mas, apesar do nosso pioneirismo, o texto constitucional de 1969 (Emenda nº 1), aliás, repetindo as Constituições anteriores, só abrange os trabalhadores (art. 165). E só recentemente o trabalhador rural e, mais recente ainda, os domésticos obtiveram esses benefícios. Ainda há bem pouco, os velhos foram assegurados também (Lei nº 6.179/74); agora parece chegada a vez dos menores desamparados.

Creemos que a todos o Estado deve assistir, sem discriminações; eis aqui outro incentivo para o planejamento voluntário da família brasileira, consoante vimos sustentando. Neste passo, fazemos nossas as palavras de Angelopoulos: “A miséria é o desperdício de energia produtiva, inadmissível na sociedade moderna” (37).

Devemos atentar para o fato de que exatamente os relegados pela seguridade social são os mais carentes, os desempregados por falta de mínima qualificação; diga-se o mesmo em relação aos menores abandonados ou simplesmente carentes. E, para haver amparo previdenciário, é necessário apenas a prova, junto ao INPS, da dependência deste menor ao segurado, conforme o art. 11 da Lei Orgânica da Previdência Social; e essa dependência (econômica) é questão de fato e não de direito, de acordo com a melhor doutrina previdenciária. A dependência é conceito econômico e não jurídico, logo sua prova é extrajudicial por excelência (38).

(37) ANGELOPOULOS, Angelos. *Planisme et Progrès Social*, 1953.

(38) RUSSOMANO, M. Victor. *Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social*, vol. I, pág. 109. Idem in: VARES, de Vargas Paulino — *Compendio de Previdência Social*, pág. 27, Ed. Síntese, 1977.

## OBSERVAÇÕES DERRADEIRAS

Seguindo a mesma linha de raciocínio, vejamos agora algumas observações indispensáveis ao bom entendimento do nosso posicionamento teórico, dentro do tema aqui enfocado.

Os artigos 88, 89 e 90 do Código de Menores, que regulam o segredo de justiça, se nos apresentam como letra morta. Este sigilo é tanto imposto aos serventuários, como também à imprensa em geral. Se não bastasse a proibição legal, teríamos argumentos outros, dentro da função psicossocial do Juizado de Menores, para cumprir e fazer cumprir a lei.

No entanto, o que se observa são formas sub-reptícias de ilegalidade. Com efeito, procura-se por todos os modos alijar aquele interesse maior colimado pela lei, tarjando-se os olhos dos menores envolvidos em atos ilícitos, ainda muito comum o uso de mais de uma inicial do nome deste menor; publicam-se endereços denunciadores do menor envolvido; identificam-se os pais destes menores e outras irregularidades.

O que verdadeiramente almeja a lei é evitar a publicidade em torno do infrator como também da vítima, quando menores; logo qualquer forma que possa identificá-los é ilegal. O que se permite quanto à publicidade é unicamente a inicial de quaisquer dos nomes. A fotografia, o uso de mais de uma inicial são frontais desrespeitos à lei.

A sensibilidade da imprensa é notória quase sempre, não publicando qualquer identificação de mocinhas, vítimas de crimes sexuais. Mas talvez por desconhecimento da amplitude desta proibição, não poupa os menores que cometem atos anti-sociais, deles divulgando, as mais das vezes, todas as iniciais do nome, apelidos, pais, endereços e fotos.

Quanto ao inclemente problema de viagens de menores para o exterior, acompanhados por apenas um de seus pais, achamos que a permissão do Juizado deveria ser condição prévia para obtenção do passaporte. Assim evitar-se-iam sérios casos de burla ao direito adquirido por um dos cônjuges, de guardar os filhos comuns.

Quanto às viagens internas, que tornam quantiosos os casos de menores vadios, libertinos e errantes pelo País afora, só um esforço conjunto entre diversas autoridades federais e estaduais, afetas ao problema, essencialmente do DNER (Polícia Rodoviária) renderia resultados positivos.

## CONCLUSÃO

Se o princípio da retribuição é justiça em todos os seus aspectos segundo Kelsen, "psicologicamente tem ele raiz no instinto vingativo do homem. Este não é, decididamente, o pensar esperado de qualquer prudente" (39). Desta categórica afirmação, tiramos a ilação de que evidentemente a justiça dos tem-

(39) KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, 1963, Coimbra.

pos atuais não é ou não deve ser vingativa, visto que seus postulados essenciais não têm este caráter; se o tivessem, então, seria justa pena capital para aquele que matasse seu semelhante, e ainda justo e recomendável seria premiar o merecimento como gratidão.

Vemos nesta lógica construção que não há lugar para simplesmente punir-se, reter-se um menor, por seu ato anti-social; falamos apenas em menor, pois que é dele que estamos aqui tratando. Não advogamos a insensatez da imunidade dos menores, porém é inadmissível qualquer punição livre de incidências psicopedagógicas. É a própria lei penal (art. 26 do Código Penal de 1940) que, peremptoriamente, evita denominar as reações criminais de "penas", chamando-as de "medidas", quando trata do menor e o remete para a legislação especial, que, por sua vez, traz a mesma preocupação reeducadora.

Destarte, a correção do criminoso antes requer a correção da sociedade que o produz; é inarredável princípio de Direito vivo, não programático e tampouco supra-real. O crime, como o Direito, contém raízes sociais.

Não podemos olvidar que prevenção é difundir na sociedade ambiente desfavorável ao crime; eis por que certas reações à criminalidade ao nível tão-só do legal não resultam proficuas, pois padecem de maior atenção ao aspecto social que afasta o infundado tecnicismo. Nisto insistiremos sempre.

Sociedade e crime possuem fronteiras contíguas. Assim, os diversos estímulos sociais que fazem gerar alcoólatras, prostitutas, menores sem o mínimo amparo, preparam o avultar da criminalidade. E não surtirão efeitos sanções cada vez mais fortes, porquanto a causação do fenômeno não é só individual, mas também comporta condicionantes sociais, que precisam de freios. Convém considerar que, quando um jovem delinqüente recebe punição, a sociedade que o cerca também está sendo sancionada, abstratamente, por sua debilidade e sua incapacidade de recuperá-lo.

O menor hoje violento sofreu ontem variadas formas de violência. A sociedade hodierna, com sua alta competitividade desproporcional, seu egoísmo descontrolado, exalta a violência generalizada. Há violência econômica (salários, desempregos), há violência nas artes (filmes, até mesmo infantis), há violência afetiva (posições emocionais rígidas), há violência política (autoritarismo, poder de grupos). Enfim, a violência, atualmente, existe em quase todos os recônditos da vida social e individual, e se apresenta sob formas diversas, dissimuladas ou não; eis porque a macrovisão é essencial ao seu estudo.

Quem abandonou o menor, quem o desviou da conduta socialmente recomendada?

O avultar da delinqüência infanto-juvenil está a chamar a atenção para a genérica desorganização social.

Ou se combate eficazmente o problema do menor, ou nem sequer justificaremos nossa presença no âmbito da questão. E a prevenção se impõe em todos os níveis, como medida salutar. Não mais cabe a cômoda idéia do delinqüente lombrosiano; neste ponto, é mais convincente e positivo o

pensamento de Ferri, para quem o criminoso nato (de berço), se educado razoavelmente, será um homem honesto.

Um estudo sociográfico, de bases estatísticas, acerca da delinquência do menor, pode nos mostrar que a grande proporção destes delitos surge como meio facilitador do consumo, que, até mesmo ao nível do indispensável ao ser humano, é quase inexistente para aqueles menores. Desta forma, temos, em 1975 (no Juizado do Rio de Janeiro): crimes contra o patrimônio (roubo, furto e latrocínio) com 58% seguidos de lesões corporais, com 12% (brigas por pontos de venda, nas ruas). Ainda na mesma linha de raciocínio, temos as estatísticas do Departamento do Sistema Penal (DESIPE), do mesmo Estado: 95% da população carcerária é de pobres (desqualificados profissionalmente).

Deixamos ao leitor as variadas deduções destes dados.

Ainda segundo as estatísticas da FUNABEM, são fatores determinantes da marginalização do menor (e de seus atos anti-sociais): menor filho de pai desempregado, 95%; menor filho de mãe empregada doméstica, 90%; menor filho de pai ou mãe separados (vivendo com esta ou com aquele), 90%. Assim, para vencermos esse desafio social, carecemos do apoio de todos, essencialmente da comunidade, despertada pela imprensa; dos políticos, que precisam lembrar-se de que o problema do menor, nas proporções com que se apresenta, é do inteiro interesse da segurança nacional (a CPI do menor, em 1976, deu-nos alentadas esperanças, mas não se foi além disso). É ainda a FUNABEM que demonstrou, em suas pesquisas, que são cerca de 54 as variantes causadoras do problema aqui em estudo (40).

Com efeito, cremos estar a adequação da grave questão penitenciária diretamente vinculada à problemática do menor. Como vimos, noutros países, a causa desta remontou àqueloutra, não por mera conveniência, mas sim por imposição de lógica social.

Assim, ao encerrar este estudo, clamamos por maior atenção aos nossos menores marginalizados (carentes, abandonados e de conduta anti-social), somente assim teremos condições para abrandar esta desabonadora realidade nacional.

É inabalável nossa convicção de que aqueles que aguardam uma solução para a questão do menor, a partir deste trabalho, não terão nada além de meras aproximações do fenômeno social. Para estes recomendamos: debelem o mal com a prática do bem.

As noites insones não terão sido em vão, se este esforço lograr, ao menos, convocar a reflexão científica para a causa ora discutida.

Disse em linhas memoráveis Rui Barbosa: "A blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria" (41). Eis, então, nossa razão, nossa fé, dirigidas à humanidade e à civilização.

(40) FUNABEM. *Brasil Jovem*, RJ, n° 36, 1976.

(41) BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*.