

**DAS NECESSIDADES AOS DIREITOS**

© EMÍLIO GARCIA MENDES  
ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA  
1994

Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 — São Paulo — SP  
Tel.: (011) 822-9205 — Fax: (011) 829-2495

Fotocomposição, paginação e filmes  
Helvética Editorial Ltda.

Capa  
Vânia Lúcia Amato

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
02-1994

damentais.  
Tudo isso nos é  
dos desses autores. Mu  
de circulação restrita c  
lio Garcia Mendez e, j  
mes da Costa. Hoje, ai  
co, revistas e ampliac  
Enquanto lia os o  
pulo pode receber de s  
confesso que me deba  
gem de tanta clarividê  
tônio. Da mesma form  
complexos problemas  
a genitalidade —, perc  
ta?) encontrava a resp  
EMÍLIO GARCIA ME  
mais desassociação o Di  
mo instrumento para a  
mo. Professor de Crim  
obrigado a deixar seu f  
dura Militar. Esse fato l

## HISTÓRIA DA CRIANÇA COMO HISTÓRIA DO SEU CONTROLE

1

1.1 A criança: da literatura tradicional ao enfoque histórico — 1.2  
A criança "abandonada-delinquente" — 1.3 O surgimento dos tribunais de menores — 1.4 O controle sócio-penal das crianças na América Latina — 1.5 Conclusão.

### 1.1 A criança: da literatura tradicional ao enfoque histórico

Naquilo que num sentido amplo pode ser denominado campo sócio-jurídico penal, a literatura relativa a jovens é de uma abundância considerável. Que não se possa afirmar o mesmo a respeito do tema "Crianças — sistema de justiça penal" é uma mera aparência. Além das dificuldades de se encontrar parâmetros objetivos não jurídicos para estabelecer uma diferença clara entre ambas as categorias (crianças e jovens), pode-se afirmar que a "escassez" de trabalhos sobre o tema "Crianças — sistema de justiça penal" deve-se, em grande parte, ao uso eufemístico do termo *jovem* ou *menor*, que salvo indicação em contrário, cobre amplamente a intervenção da justiça penal sobre as crianças.

A abundância da literatura mencionada anteriormente não se traduz, porém, num maior conhecimento das dimensões reais do fenômeno. Mais que isto, pode-se afirmar que a maioria arrastadora da literatura específica contribui decididamente para aumentar a confusão, mistificando ainda mais o problema. Trata-se de uma literatura que não apenas não resolveu o "nó da questão" — a contradição proteção-controle penal-direitos e garantias — como também nem sequer expôs a questão.

O conteúdo essencial da mensagem da literatura tradicional sobre o tema "menores-controle social formal" pode ser resumido da seguinte maneira: os instrumentos jurídicos (penas) aplicados à infância, entendendo-se esta última como um dado

ontológico-biológico, percorreu um processo permanente de evolução positiva realizado no interesse dos menores. Não é difícil entender as enormes dificuldades e resistência que encontraram, e ainda encontram, todas as tentativas de corroboração empírica das intenções do discurso dominante com os resultados empíricos obtidos. O tema dos "menores" com conduta "desviada" tem sido patrimônio quase exclusivo de uma atitude dogmaticamente moralista, que tem impedido durante muito tempo qualquer confrontação séria baseada em argumentos racionais.

Neste contexto não é de se estranhar que, mesmo sob perspectivas divergentes, o enfoque histórico constitua um elemento comum a quase todas as tentativas de caráter desmistificador. Se foi a perspectiva histórica que permitiu colocar em evidência a relatividade, arbitrariedade e contingência dos sistemas penais, pode-se afirmar com segurança que a função desta perspectiva nos estudos sobre a infância produziu resultados análogos.<sup>1</sup> Retutando as teses da psicologia positivista que vinculam a categoria infância a determinadas características da evolução biológica, no enfoque histórico esta categoria é apresentada como o resultado de uma complexa construção social que responde tanto aos condicionantes de caráter estrutural quanto às sucessivas revoluções no plano dos sentimentos.

Num dos estudos históricos mais profundos e completos sobre a infância, Philippe Aries (1985) apresenta sua tese central afirmando que na sociedade tradicional, até meados do século XVI, não se entendia a infância tal como é entendida hoje. Ao invés disso, ela era encarada como um período de total dependência física, após o qual se adentrava imediatamente no mundo dos adultos (p. 45). Um exemplo e prova disto é que o desconhecimento sobre a criança por parte da arte medieval não pode ser reduzido a um mero erro ou distração dos artistas (pp. 92-93). Utilizando-se da pintura da época como documento cuja importância não pode ser desconsiderada, percebe-se que o século XVII apresenta uma inversão da tendência representada pelo retrato da família já organizada em torno da criança (p. 107). Neste processo de descobrimento-invenção da infância, a vergonha e a ordem constituem dois sentimentos de caráter contrapostos que ajudam a modelar um indivíduo a quem a escola dará forma definitiva. A escola, organizada a partir de três princípios fundamentais (vigilância permanente, obrigação de denunciar e imposição de castigos corporais), cumprirá conjuntamente com a família,

1 Para um panorama geral da perspectiva histórico-crítica, podemos consultar o trabalho de B. Krisberg, J. Austin (1978).

a dupla tarefa de prolongar o período da infância, arrancando-a do mundo dos adultos. É o nascimento de uma nova categoria infantilício constitui outro elemento de importância central na tarefa de reconstrução histórica.

Na antiga Roma, o vínculo de sangue contava menos do que o vínculo da escola. Durante o tempo de Augusto, os recém-nascidos eram expostos nas portas do palácio imperial, matando-se os que não eram escolhidos: uma prática que cumpriria as atuais funções do aborto. Até a era medieval, durante a qual as atuações mudanças ocorridas não conseguiram modificar o fato de que o matrimônio e, em consequência, a família, constituíram um âmbito exclusivo da vida privada, o infantilício continuou tendo uma influência quantitativa de bastante importância. É interessante observar que apesar de no século IV o infantilício ter começado a ser juridicamente considerado um delito, foi somente no século XVI que começou a haver uma certa repulsa social por parte das classes populares. Repulsa que coincide, por outro lado, com a necessidade estrutural de se possuir uma família numerosa. De acordo com Aries (1985, p. 439), houve três etapas importantes da morte infantil até hoje. A morte como um fato (*a*) provocado, (*b*) acício e (*c*) absolutamente intolerável.<sup>2</sup>

Dentre as múltiplas conclusões da investigação de Aries (1985), podem-se destacar as seguintes: (*a*) o interesse pelas crianças despertado na Idade Média constitui mais uma tarefa para moralistas que para humanistas; (*b*) além do breve período de dependência física, na Idade Média, percebia-se como pequenos adultos aqueles que hoje consideramos claramente como crianças; (*c*) a consolidação da descoberta da infância nos séculos XVI e XVII ocorreu conjuntamente com o desenvolvimento dos sentimentos sobre crianças corrompidas, um conceito absolutamente impensável nos séculos anteriores.<sup>2</sup>

Comparilhando a necessidade do enfoque histórico, existe outra investigação cuja importância dificilmente pode ser ignorada. Trata-se da obra coletiva dirigida por Lloyd De Mause (1978), dedicada à história da infância. As profundas diferenças com as teses de Aries se devem, entre outros motivos, ao fato de se ter dado um enfoque psico-histórico ao tema.

É interessante observar, contudo, que as profundas e explícitas críticas feitas por De Mause (p. 18) à tese de Aries se relacionam mais a uma diferença de programa de ação (ausente da obra

2. Neste ponto, seguem-se os resultados das investigações históricas de Ph. Aries (1979) e (1985).

predominantemente descritiva de Aries), do que a uma diferença de constatação de fatos históricos. Assim, por exemplo, a "existência" da criança no período anterior ao século XVI é explicada não pela falta de amor dos pais, mas sim pela falta de maturidade emocional para tratar a criança como uma pessoa autônoma (De Mause, 1978, 35). De forma similar à classificação realizada por Aries, De Mause estabelece também uma tipologia das etapas da infância, mas sob a perspectiva dos diversos momentos das relações entre pais e filhos (De Mause, 1978, 82-83). No caso do infanticídio, por exemplo, as afirmações de De Mause confirmam e reforçam a tese de Aries, sustentando que tal prática foi considerada normal até o século XIX (pp. 51-52). Mas as profundas divergências entre os dois enfoques podem ser ressumidas na acusação de De Mause sobre a tendência das investigações sócio-históricas que justificam, sem indignação moral, as crueldades do passado. Além de polêmica, a investigação de De Mause se destina a mostrar a evolução da infância também como um amplo processo, mas no qual a luta pela diminuição do sofrimento moral e físico ocupa um lugar de crucial importância. Criada a infância e abrindo-se plenamente a possibilidade de sua corrupção (a criança corrupta como sujeito ativo ou passivo), lançam-se as bases que permitem tratar a infância "abandonada-delinquente" como uma categoria específica.

## 1.2 A criança 'abandonada-delinquente'

A história do controle social formal da infância como estratêgia específica constitui um exemplo paradigmático de construção de uma categoria de indivíduos débeis para quem a proteção, muito mais que constituir um direito, consiste numa imposição.

Por isso, não é sem motivo que uma das obras pioneiras neste campo foi denominada *The child savers: the invention of delinquency* ('Os salvadores de crianças: a invenção da delinquência') (A. Platt, 1969).

Poucas são as negações das liberdades jurídicas não justificadas pelo moralismo dos protagonistas deste movimento. Trata-se de uma situação que facilita a tarefa de reconstrução histórico-crítica na medida em que não exige um trabalho sofisticado de interpretação do material disponível, mas sim adequada exposição do mesmo.

Na escassa documentação histórica dedicada ao tema do controle penal dos "menores" (W. Sanders, 1970), pode-se identificar

objetivamente uma certa correspondência com as teses de Philippe Aries, que refletem um tratamento penal predominantemente indiscriminado das crianças por parte dos adultos, pelo menos até o final do século XIX, tanto em nível normativo quando no momento de execução das penas.<sup>3</sup>

3. No período anterior à metade do século XIX, com relação às disposições jurídicas que levam em consideração a idade, os efeitos de imposição de sanções penais podem ser consideradas como a "pré-história" do direito penal de menores. Sabe-se muito pouco sobre esta "pré-história", já que não existem investigações específicas. Sem que isto signifique qualquer tentativa de alteração, por menor que seja, da afirmação anterior, transcrevo aqui um velho texto do jurista inglês William Blackstone (*On the criminal responsibility of children under the common law*, 1769), que proporcionalmente uma idéia aproximada do pensamento dominante antes do movimento das reformas que começa em 1899: "... as crianças (infants) que não chegaram à idade da razão não devem ser passíveis de qualquer execução criminal. Qual é a idade da razão é uma questão que varia em cada país. A lei civil classificava os menores desde o nascimento até os sete anos; puerícia dos sete aos quinze anos; e puerícia dos quinze aos vinte anos. A etapa de puerícia ou infância, era por sua vez, subdividida em duas partes iguais: de sete a dez anos e meio (as actas infantiac proxima) e de dez e meio aos quinze (as actas pubertatis proxima). Durante a primeira etapa da infância e a segunda metade de etapa da infância, a infância proxima, não eram puníveis por nenhum tipo de crime. Durante a outra metade da infância, cerca da puberdade, de dez e meio a quinze anos, eram puníveis no caso de serem declarados doli capaces; ou seja, capazes de fazer mal; mas com diversas atenuantes e sem que se aplicasse o rigor máximo da lei. Durante a última etapa (da idade da puberdade em diante), os menores eram puníveis, seja com a pena capital, como com outros tipos de pena."

A lei na Inglaterra, em alguns casos, privilegiava o *infant* abaixo dos vinte e um anos quando se tratava de delitos menores, a fim de evitar multas, cárceres e similares; em particular no caso de omissão, tal como não consertar uma ponte ou uma rua ou outros delitos similares; isso por não ter acesso ao seu patrimônio até os vinte e um anos. Contudo, no caso de grande perturbação da ordem pública, amotinamentos, agressões ou ações afins (atos que as crianças em idade adulta são pelo menos tão propensas a cometer quanto os adultos), as crianças maiores de quinze anos de idade eram passíveis de receber todas as sanções que correspondiam aos maiores de vinte e um anos.

Com relação aos crimes (*felonies*), a lei é ainda mais casuística e estrita, diferenciando entre os vários níveis de idade. De acordo com um antigo direito saxão, estabelecia-se a idade dos doze anos como a possível idade da razão... dali em diante até os quinze anos, entrava-se na *aetas pubertatis proxima*, quando se podia ou não ser considerado culpável por um delito, de acordo com sua capacidade ou incapacidade pessoal. Esta última constituía a etapa em que existia dúvida sobre se a idade da razão tinha sido alcançada ou não, mas abaixo dos doze anos entendia-se que não se podia ser considerado de posse de uma vontade culpável. Por outro lado, após os quinze anos a inocência não podia ser pressuposta automaticamente nos casos de crime punível com a pena capital. Mas de acordo com a lei vigente, que existe pelo menos desde a época de Eduardo III, a capacidade de discernir sobre a maldade de um ato e de assumir a culpa

Se o século XVIII "descobre" a escola como o lugar de produção de ordem e homogeneização da categoria criança, o século XIX se encarrega da tarefa de conceber e colocar em prática os mecanismos que recolhem e "protegem" aqueles que foram expulsos ou não tiveram acesso ao sistema escolar.

Se, como se verá mais adiante, 1899 constitui uma data que marca uma mudança fundamental na história do controle penal da infância, existem alguns antecedentes que devem ser mencionados, na medida em que ajudam a entender a direção e a lógica dos acontecimentos posteriores.

Os primeiros antecedentes modernos do tratamento diferencial no caso dos "menores delinquentes" podem ser encontrados em disposições destinadas a limitar a divulgação das ações de natureza penal supostamente cometidas por menores. Nesse sentido, existe uma lei suíça de 1862, transformada em lei especial em 1872, com disposições que incluíam também a inimizabilidade penal dos menores de 14 anos (medidas similares podem ser encontradas no código penal alemão de 1871). Porém, em matéria de antecedentes diretos, parecem existir poucas dividas de que a "Lei Norueguesa de bem-estar infantil", de 1896, constitui o documento jurídico mais importante. Ela possui todas as características do atual direito dos menores (T. S. Dahl, 1985, 8). Neste sentido, é importante deixar claro que todas as disposições jurídicas de caráter sócio-penal (ambos os termos nascem e desenvolvem-se num processo de permanente confusão) contidas na política de reformas, referem-se invariavelmente a dois aspectos fundamentais: (a) aumento da idade da responsabilidade penal para afastar completamente as crianças do sistema penal dos não deve ser medida tanto por sua idade em anos e dias, mas pela capacidade de discernimento do delinquent. Uma criança de onze anos pode ter tanta ou mais maldade que uma de catorze, e nestes casos a máxima é de que *malitia supplet aetatem* (a maldade substitui a idade). Abaixo dos sete anos, na realidade, uma criança não pode ser ré de um crime, já que o discernimento criminal é quase uma impossibilidade natural, mas aos oito anos ela pode ser ré de um crime. Também abaixo dos catorze anos, mesmo que a criança seja *prima facie*, um indivíduo *doli incapax*, se for considerada pela corte e pelos jurados *doli capax* e em condições de discernir entre o bem e o mal, pode ser sentenciada e condenada à morte. Deste modo, uma menina de treze anos foi queimada na fogueira pelo homicídio de sua mãe, e um menino de dez e outro de nove anos de idade, que haviam matado seus companheiros, foram sentenciados à morte e o de dez anos foi efetivamente enforcado, pois, conforme o processo, um dos homicidas fugiu, mas o outro ocultou o corpo da vítima — fatos que denotam claramente a consciência da culpa e a capacidade de discernir entre o bem e o mal.

Houve um caso no século passado em que um menino de oito anos foi julgado em Abingdon por incendiar dois graneleiros e concluiu-se que ele agiu maliciosamente, com malícia e astúcia, foi considerado culpado e condenado a morrer na forca... (W. Sanders, 1970, 60-62).

adultos e (b) imposição de sanções específicas para as crianças "delinquentes".

A evolução e as características dos instrumentos jurídicos destinados ao controle dos menores devem ser necessariamente interpretados à luz da consciência social reinante durante as distintas épocas. As diversas políticas de segregação dos menores, que começam a adquirir caráter sistemático a partir do século XIX, são legitimadas no contexto "científico" do positivismo criminológico e nas conseqüentes teorias da defesa social que derivam desta corrente.

Conforme demonstra a essência de muitos documentos da época, a preservação da integridade das crianças está subordinada ao objetivo de proteção da sociedade contra os "futuros" delinquentes (S. J. Pfohl, 1977, 311). A confusão já existente, somase a consideração indiscriminada dos conceitos da delinquência e pobreza, abuso e maus-tratos. Há que se esperar até os nossos dias para ver uma verdadeira organização da consciência e reação social que reconheça o abuso e os maus-tratos à criança como um problema grave, e que sobretudo faz parte da esfera pública. Não é de se estranhar que o castigo das crianças venha sendo legitimado durante séculos por razões de obediência, disciplina, educação e religião. Aliás, muitos anos depois que o infanticídio, como ato explicitamente intencional, passou a encontrar forte reprovação jurídica e social, os castigos corporais que excluem a morte eram considerados, sobretudo se realizados por familiares da vítima, como um fato normal. A primeira intervenção do Estado, no caso de uma criança vítima de maus-tratos por parte dos pais, foi não apenas tardia como também ironicamente premonitória. Em 1875, num caso de grande repercussão na imprensa e na opinião pública, a menina Mary Ellen, de 9 anos de idade, foi retirada da guarda de seus pais por autoridades judiciais. A instituição que ativou o caso foi a "Sociedade para a Proteção dos Animais", de Nova York. Este fato coincide com a criação da "Sociedade de Nova York para a Prevenção da Crueldade Contra Crianças" (S. J. Pfohl, 1977, 312).

Também a reação aos maus-tratos de crianças, inexistente na consciência social durante séculos, tem sido entendida como o resultado de uma aliança de interesses que não pode simplesmente ser atribuída ao aumento do número de tais ocorrências. Uma interpretação digna de se levar em conta afirma que a luta pelo poder no seio da comunidade médica — neste caso relacionada aos Estados Unidos — através da qual os especialistas em radiologia tentavam superar a função de subordinação na qual estavam confinados por outras especialidades, foi uma causa de-

cisiva na percepção negativa dos maus-tratos como problema de domínio público (idem, pp. 317 e ss.).

Neste clima político-cultural, chega o momento que marca um instante fundamental nas práticas sócio-penais de "proteção-segregação" da infância. Em 1899, por meio da "Juvenile Court Act" de Illinois, foi criado o primeiro tribunal de menores.

Nos tópicos seguintes, tenta-se mostrar, resumidamente, as características mais relevantes de tais tribunais, a direção que imprimem à política de controle dos "menores", bem como sua extensão e implantação no contexto latino-americano.

### 1.3 O surgimento dos tribunais de menores

Inexistentes no século XIX, com a única exceção de Illinois, em 1930 os tribunais de menores são uma realidade em um número considerável de países. Para oferecer apenas alguns exemplos, os tribunais de menores foram criados em 1905 na Inglaterra, em 1908 na Alemanha, em 1911 em Portugal e na Hungria, em 1912 na França, em 1922 no Japão e em 1924 na Espanha. Na América Latina, foram criados em 1921 na Argentina, em 1923 no Brasil, em 1927 no México e em 1928 no Chile.

Como já foi dito acima, a literatura descritiva-apologética sobre o tema "menores-delinquentes-abandonados" possui uma dimensão quantitativa enorme. Por essa razão, torna-se imprescindível concentrar-se naqueles momentos de criação e divulgação de idéias dominantes constituídas por encontros de caráter internacional. No tocante aos tribunais de menores, não existem dúvidas de que o "Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores" realizado em Paris, entre 29 de junho e 1 de julho de 1911, constituiu um documento-chave na tarefa de reconstrução histórica.<sup>4</sup> Dificilmente se poderia imaginar maior audiência do que a existente no Congresso, onde se encontravam presentes as mais altas autoridades francesas no assunto, bem como delegados oficiais e de organizações privadas de quase todos os países europeus e dos Estados Unidos. Três foram as presenças latino-americanas: Cuba, El Salvador e Uruguai, sem que exista

4. Toda informação relativa a este Congresso foi obtida diretamente de suas Atas, publicadas em 1912 com o título *Tribunaux Pour Enfants. Ier Congrès International*. Travaux Préparatoires. Comptes rendus analytiques et ethnographiques publiés au nom du Comité d'organisation par M. Marcel Kleine" (Secrétariat Général do Congresso). Daqui por diante, esta publicação será citada como "Atas", com o nome do relator, quando for o caso.

qualquer elemento que ponha em dúvida que esta participação foi meramente formal e marginal.

Os temas tratados pelo Congresso foram altamente representativos do debate da época, e podem ser resumidos nos seguintes três pontos principais:

- a) Deve existir uma jurisdição especial de menores? Em quais princípios e diretrizes deverão apoiar-se tais tribunais para obter o máximo de eficácia na luta contra a criminalidade juvenil?
- b) Qual deve ser a função das instituições de caridade frente aos tribunais e frente ao Estado?
- c) O problema da liberdade vigiada ou *probation*. Funções dos tribunais posteriormente à sentença.

A própria agenda do Congresso, que abriu caminho para a aprovação unânime da criação dos tribunais de menores na França um ano depois, oferece algumas indicações de considerável importância. A primeira parte da primeira pergunta põe em evidência o caráter meramente retórico sobre se deve ou não existir uma jurisdição especial de menores. O detalhe tem importância, já que o forte moralismo que impregna todos estes temas determina a existência de um altíssimo nível de consenso. Salvo pequenas exceções, as contradições neste campo jurídico se caracterizam pela marginalidade e banalidade dos argumentos. Tampouco se pode passar ao largo da segunda parte da primeira pergunta, que oferece bases que permitirão subordinar a tarefa de proteger as crianças às exigências da defesa social. O segundo tema, por sua vez, legítima, com certeza, a participação de instituições de caráter privado na delicada tarefa de controle dos menores.

O terceiro tema constitui um dos pontos mais espinhosos do "direito do menor", um aspecto que conserva toda sua vigência e que se refere fundamentalmente à imposição de sentenças de caráter indeterminado, assim como a intervenção da justiça penal com respeito ao comportamento não criminal dos menores. Contudo, a verdadeira importância do Congresso de Paris não deriva nem da enorme adesão que recebeu, nem de sua representatividade no mundo político-judicial. Seu caráter de momento decisivo na história do controle sócio-penal das crianças provém, sobretudo, do fato de que, pela primeira vez, foram expostos de forma sistemática todos aqueles temas que, com pequenas variações, constituem até hoje uma constante, recorrente na arrastadora maioria dos discursos oficiais sobre o menor "abandonado-delinqüente".

São dois os motivos mais importantes, declarados pelo Congresso, que servem para legitimar as reformas da justiça de menores: as espantosas condições de vida nos cárceres, onde as crian-

ças eram alojadas de forma indiscriminada com os adultos, e a formalidade e inflexibilidade da lei penal, que, obrigando o respeito, entre outros, aos princípios de legalidade e de determinação da sentença, impediam a tarefa de repressão-proteção própria do direito de menores.

A atribuição de um caráter revolucionário a estas reformas por parte de seus recebedores — do qual o contexto latino-americano é um bom exemplo — constitui uma interpretação subjetiva e absolutamente errônea.

No discurso de abertura do Congresso, Paul Deschanel, deputado e membro da Academia Francesa, encarregou-se de afirmar o contrário de forma clara e explícita: "Estas conferências são necessárias para demonstrar que as reformas que queremos não têm nada de revolucionário, e podem ser realizadas sem alterar substancialmente os códigos existentes, com uma simples adaptação das velhas leis às necessidades modernas" (Atas, 1912, 48).

Mas a proteção e preservação dos jovens em perigo moral não constitui o único motivo declarado da legitimidade destes tribunais. No final de seu discurso de abertura do Congresso, Deschanel expõe outros motivos que ajudam a compreender a real dimensão dos problemas expostos: "Sinto-me muito feliz por poder transmitir uma fé profunda no futuro dos tribunais para crianças. Tenho certeza de que em alguns anos todos os países civilizados os terão organizado completamente. Estes tribunais se transformarão, em todas as partes, em centro de ação para a luta contra a criminalidade juvenil. Não somente nos ajudarão a recuperar a infância decaída, como também a protegê-la contra o perigo moral. Estes tribunais poderão se transformar, também, em auxiliares da aplicação das leis escolares e das lei do trabalho. Em seu redor, agrupar-se-ão as admiráveis obras da iniciativa privada, sem as quais a ação dos poderes públicos não poderia ser eficaz. Ao mesmo tempo em que manterão a repressão indispensável, proporcionarão uma justiça iluminada, apropriada aos que devem ser julgados. Serão também a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a segurança mais eficaz da sociedade" (Atas, 1911, 49).

Lendo-se as atas do Congresso e comparando as discussões e propostas com as conclusões (Atas, 1912, 683-685), pode-se apreciar com facilidade a grande influência do delegado americano. A enorme legitimação, a priori, de sua presença se devia ao fato de representar um país que não somente foi pioneiro na matéria, como também foi aquele no qual a política sócio-penal de menores alcançou o maior número de realizações administrativas con-

cretas. Mas não se pode esquecer que os juristas europeus da época que se ocupavam do tema "menores" elogiavam permanentemente o pragmatismo e a flexibilidade dos americanos, que se caracterizavam por seu absoluto afastamento das formas dogmático-jurídicas. Tem razão Anthony Platt (1969, 46) ao afirmar que, se os europeus se caracterizam por sua contribuição ao desenvolvimento da teoria penal, os americanos representam uma posição dominante em matéria de administração da questão penal. A contribuição do delegado americano ao Congresso de Paris, cujo pontos mais importantes convém recordar aqui, confirma plenamente as afirmações de Platt.

A clareza da intervenção do delegado americano C. R. Herson torna supérflua qualquer interpretação ou comentário adicional. Pode-se dizer, em todo caso, que o enfoque de Herson parte da eliminação total de qualquer tipo de relativismo, fixando categorias absolutas e universais amparadas no marco "científico" do positivismo. Assim, afirma que:

"Em primeiro lugar, a psicologia demonstrou a existência de diferenças radicais entre as crianças e os adultos, pondo em relevo os traços característicos da adolescência.

— A criança não é mais um adulto em miniatura, nem em corpo, nem em espírito: é uma criança. Possui uma anatomia, uma fisiologia e uma psicologia próprias. Seu universo não é mais do adulto. Não é um anjo nem um demônio: é uma criança. O estudo da infância se converteu numa ramificação de uma ciência especial. A divulgação do resultado destas investigações produziu uma revolução nos métodos educativos. Os princípios da investigações deixaram de ser teorias abstratas e especulativas para se transformarem em generalizações resultantes de fatos e experiências empíricas. As escolas-reformatórias se converteram em verdadeiros laboratórios de ciências pedagógicas. Em todos os países civilizados, associações de caráter filantrópico lançaram iniciativas em favor das crianças abandonadas. Seus integrantes descobriram simultaneamente as necessidades da criança e os erros dos procedimentos legais. Muitas dessas pessoas são juristas profissionais" (Atas, 1912, 56).

Se o século XVIII fixa a categoria social da criança tomar do como pontos de referência a escola, o início do século X assiste a uma fixação da categoria sócio-penal da criança, que tem como pontos de referência a "ciência" psicológica e um estrutura diferenciada de controle penal.

Parece fora de discussão que nem toda política de reformas responde a meras razões humanitárias como consequência de mudanças na consciência social, quando se descobre a "incapaci-

de e debilidade" das crianças, sobretudo ao se tomar em conta o que diz Hendersson:

"O movimento democrático deste século provocou uma aproximação inédita das classes sociais. Em consequência, são muitas as pessoas que compreendem os perigos que correm as famílias trabalhadoras e pobres. Esta é outra influência que favorece uma modificação do direito penal e processual" (Atas, 1912, 57).

O fato dos partidários das reformas repetirem e darem ênfase ao caráter não revolucionário das mesmas, é explicado pela estratégia de introduzir mudanças de tipo processual que resguardem o conflito com as teorias penais dominantes. Para que o Estado possa exercer as funções de "proteção e controle" (é impossível separar ambos os termos), é necessário modificar radicalmente os princípios processuais próprios do direito iluminista. Isto se consegue, em primeiro lugar, anulando a distinção entre menores delinquentes, abandonados e maltratados, uma proposta que encontrou eco na Resolução III do VIII Congresso Penitenciário realizado em Washington em 1910.

Mas a pedra angular das reformas se baseia em alterar substancialmente as funções do juiz. O delegado belga no Congresso de Paris, o famoso professor de direito penal M. Prins, afirma que a jurisdição de menores deve possuir um caráter familiar (Atas, 1912, 61). Em diferentes graus, todos os delegados concordam com este princípio, cujo requisito para plena realização passa pela anulação da figura de defesa. Neste sentido, tornam-se claras as palavras do delegado italiano que, citando Garofalo, afirma: "... a intervenção do defensor não parece necessária porque quase sempre, em nosso país, a defesa não se limita — diz Garofalo — a oferecer desculpas para os piores atos delituosos, mas também a fazer sua apologia" (Atas, 1912, 250-251).

Com pequenas variações, os participantes do Congresso concordam com a necessidade das sentenças de caráter indeterminado. Se a condição indispensável para a proteção é a sentença, somente uma sentença de caráter indeterminado poderá converter a proteção num fato permanente. A delegada belga na Comissão Real de Patronatos, Madame Henry Carton de Wiart, afirma: "A liberdade vigiada deve ser revestida das características de uma sentença indeterminada. Um termo fixo constitui uma proteção temporária. Uma sentença indeterminada converte a proteção em algo de caráter permanente" (Atas, 1912, 545).

Com o encerramento do Congresso, abre-se uma nova etapa na política de "controle-proteção" de toda uma categoria de indivíduos cuja "debilidade e incapacidade" deveria ser sanciona-

da jurídica e culturalmente. Apesar das funções centrais outorgadas às instituições privadas, o Estado se reserva, na prática, a tarefa de organizar e supervisionar a assistência sócio-penal, não sendo incomodado por exigências de segurança ou garantias jurídicas. Lançam-se, desta forma, as bases de uma cultura estatal de assistência que não pode proporcionar proteção sem uma pré-via classificação da natureza patológica: uma proteção só concebida na medida das distintas variações da segregação que, na medida das hipóteses, reconhece a criança como objeto de comparação mas nunca como indivíduo detentor de direitos.

Sem pretender que este ponto se converta numa descrição e análise exaustiva da nova política de controle dos menores, o mesmo proporciona o marco imprescindível de referência para se entender o rumo que toma a política de menores no contexto latino-americano. De forma similar que em outros campos de direito, os juristas latino-americanos redescobriram o problema do controle "sócio-penal dos menores" num marco conceitual previamente formulado. Uma influência maior das correntes antropológicas em criminologia, além dos problemas derivados do processo massivo de imigração em muitos países da região, constituiram os marcos diferenciais de um problema a respeito do qual, por diversas razões, só se apresentam aqui algumas bases para discussão.

#### 1.4 O controle sócio-penal das crianças na América Latina

Faltam, na América Latina, investigações no campo da história social sobre a especificidade do processo que cria e fixa a categoria *infância*.

Os escassos dados disponíveis para o período anterior e posterior à conquista carecem de uma sistematização mínima que permita a compreensão dos traços característicos do controle sócio-penal da infância durante tal período.<sup>5</sup>

Apesar disso, fica claro que o "descobrimento" da criança "delinqüente-abandonada" como problema específico no campo do controle social ocorreu no início do século XX.

Até meados do século XIX, o retribucionismo contratualista dos (incipientes) códigos penais vigentes costumava distinguir

5. A história da infância é a história de seu controle. Neste sentido, uma primeira tentativa específica de reconstrução histórica latino-americana pode ser concentrada na pesquisa coordenada por E. Garcia Mendez e E. Carranza (1990).

com certa clareza os menores delinquentes infratores e os menores abandonados ou em estado de perigo moral. Em termos gerais, fixava-se a idade de nove anos como limite da inimputabilidade absoluta, adaptando-se, para os maiores dessa idade, os comuns critérios de discernimento para decidir, por parte dos juizes penais ordinários, a possibilidade de serem aplicadas as sanções correspondentes.<sup>6</sup>

Obviamente, o movimento em gestação na Europa, descrito no ponto anterior, não poderia passar despercebido na América Latina.

O positivismo "científico" criminológico, importado em sua versão antropológica mais ortodoxa, ainda que sob um manto psicológico, encontrou no "problema dos menores" um campo ideal para estender e consolidar seu poder perante os representantes do dogmatismo jurídico.

Num ambiente de agudos conflitos sociais que geravam uma recolocação subordinada no mercado internacional durante as primeiras décadas do século XX, a criação dos tribunais de menores aparecia como a resposta mais adequada, apesar de insuficiente, para o controle de infratores potenciais da ordem.

Simultaneamente, e mesmo antes de alguns países europeus, foram criados tribunais de menores em 1921 na Argentina, em 1923 no Brasil, em 1927 no México e em 1928 no Chile — só para mencionar alguns exemplos.

Tomando-se a Argentina como exemplo paradigmático<sup>7</sup> pode-se perceber que as metáforas utilizadas para legitimar esta nova estrutura jurídica correspondem aos conteúdos de uma classe dirigente agropastoril. Nas palavras do diretor da Seção de Menores da Polícia de Buenos Aires, os tribunais de menores eram criados "pela saúde física da raça, por sua saúde moral, pelo porvir das novas gerações, pela grandeza da pátria; é indispensável cuidar a colheita humana e prestar à infância a atenção que merece... O governo e a sociedade argentina têm dado repetidas pro-

6. Para este ponto confronte-se *Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina* (Raul Zaffaroni, 1988, Coordenador).

7. Por razões complexas, que não nos cabe tratar aqui, pode-se afirmar que as teorias (e práticas) criminológicas no contexto latino-americano alcançam seu ápice na Argentina em fins do século XIX e início do século XX. Por este motivo, determinando-se a direção tomada pela política sócio-penal em relação aos menores neste país, é possível traçar um quadro bastante aproximado da situação (ou pelo menos das tendências) nos demais países latino-americanos. Existe um excelente trabalho, inédito, de reconstrução histórica do desenvolvimento da criminologia na Argentina, realizado por Rosa Del Olmo, no qual me apóio para fazer estas afirmações.

vas do quanto lhes preocupa a solução deste problema com a promulgação da Lei 10.903, com a criação dos tribunais de menores, a designação da Delegacia Judicial de Menores como casa de observação e classificação médico-psicológica da infância abandonada e delincente..." (C. de Arenaza, 1927, 36).

Mas a nova lei leva a novos problemas. Um dos mais importantes se refere à intervenção judicial frente aos casos de abandono material ou moral da infância (ou seja, frente aos comportamentos não "delinquentes").

Apesar de dificilmente se poder conceber uma interpretação mais ampla do abandono material ou moral do que a contida no artigo 21 da Lei 10.903 (denominada Ley Agote, que inclui a "venda de jornais, publicações ou objetos de qualquer natureza nas ruas ou lugares públicos..."), o fato de os juizes de menores só poderem intervir nos casos em que os menores compareçam como autores ou vítimas de um delito constitui um problema de grande importância para uma cultura político-social que só concebe a proteção como uma forma de controle repressivo.

O empenho por cancelar todo tipo de distinção entre menores delinquentes e abandonados se converte na profecia que se auto-realiza. Carlos de Arenaza expressa esta situação com as seguintes palavras: "Dá-se que, em determinados casos, simula-se ou acusa-se a criança de uma contravenção para que a ação protetora do Estado possa tornar-se um benefício" (p. 38).

A questão dos menores "abandonados-delinquentes" é colocada em termos tais, que somente a eliminação de todo tipo de formalidades jurídicas constitui a única garantia de eficácia das tarefas de "proteção-repressão".

Nas palavras de Raul Zaffaroni (1984), é a minimização formal do controle para se atingir o máximo de repressão material. Por isto, em termos gerais, a política de reformas não se esgota na criação de uma jurisdição separada daquela dos adultos. Ela trata de elevar, na medida do possível, a idade máxima da inimputabilidade para aumentar quantitativamente a parcela da população a ser "protegida", mas despojada de todas as garantias formais do processo penal.

Um jurista brasileiro da época oferece uma síntese clara dessas idéias, que dispensa qualquer comentário:

"O caráter principal desses tribunais é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas do julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter educativo ou coercitivo... Tribunal numeroso equivale à morte da luminosa criação. Basta um juiz para julgar. Mas esse juiz deve ser exclusivamente um juiz para menores; não deve, não pode exercer outra função.

"Se nas grandes cidades, ou nas regiões onde o coeficiente da criminalidade é mais elevado, se torna necessária a criação de varas especiais para o crime, também é imperioso que se designem juizes especiais para o julgamento dos menores. Tais juizes têm a missão espinhosa e difficilma de se tornarem familiares com esse mundo misterioso e quicã impenetrável que é a alma infantil. Cada qual deles será um juiz calmo, amorável, dedicado ao seu sacerdocio. Juiz-pai, eis a expressão que melhor o deveria caracterizar.

"Nada de affectações prejudiciais. Nada de inquirições publicas. Nada de accusação e de defesa.

"O critério adaptado é este: segregar o acusado do público, principalmente dos outros menores. Não admitir, senão em casos singulares, a accusação, que busca sempre entenebrer o quadro, aumentando a culpa do acusado, nem a defesa, que procurando atenuar a mesma culpa, poderá levar ao cérebro do menor a convicção de que o facto delictuoso de que se faz réo é uma ninharia, um nonada, uma ação trivial, perdoável, que ele poderá repetir a vontade, entregue às suas paixões, sem receio de punição.

"O juiz age como pai. É o que fez o juiz Tutthil, de Chicago, artilado e eminentemente julgador de centenares de menores accusados de faltas mais ou menos graves" (L. Brito, 1924, I, 7-80).

A confiança cega na "cientificidade" dos instrumentos da medicina, biologia e sobretudo da psicologia criminal, utilizados sob o prisma do positivismo, determina objectivamente a destruição do principio de legalidade. O delinquente — principalmente a criança — não é mais o comprovado infrator da lei, mas se torna toda uma categoria de indivíduos frágeis a quem os instrumentos científicos permitem detectar exactamente como delinquentes em potencial. O trabalho do laboratório de biologia infantil do Rio de Janeiro, inaugurado em 1936, cópia do Centro Médico Pedagógico de observação de Roma de 1934, constitui um bom exemplo das tendências anunciadas anteriormente. Para dizê-lo com as palavras de seu director: "Estes centros de investigação biológica da infância e da adolescência devem ser... dotados de todos os meios indispensáveis, tanto em material como em pessoal. Para permitir, tanto quanto possível, a compilação da informação que facilitará o conhecimento da vida dos menores delinquentes ou abandonados antes da prática do delicto..." (L. Ribeiro, 1938, 226).

A obsessão por classificar, ordenar e estudar o desenvolvimento dos menores "delinquentes-abandonados" permite suportar estas investigações oferecem um quadro quantitativo bastante aproximado do panorama geral desta categoria de indivíduos vul-

neráveis. Nada mais distante da verdade. A descommunal falta de substância e a imprecisão das definições normativas e "científicas" determinam que os únicos dados disponíveis se referem ao estreito mundo da "anormalidade segregada". As características da criança "delinquentemente-abandonada" resultam dos traços das crianças capturadas em algumas das inúmeras instituições totais da "proteção-repressão".

Com relação ao carácter indeterminado da sentença, salvo raras exceções, o consenso é unânime.

A posição do educador e jurista mexicano Manuel Velázquez Andrade constitui uma das poucas exceções à corrente dominante da época. É óbvio, contudo, que sua posição não se origina numa preocupação pela ruptura do principio da legalidade, ou muito menos pelo temor à violação de certas garantias jurídicas. Sua posição responde a exigências da eficácia na tarefa de repressão da "delinqüência" juvenil sob a perspectiva da defesa social. Mas a posição de Velázquez Andrade é mais curiosa ainda ao se tomar em conta seu firme determinismo biológico na percepção da delinqüência: "Deve-se considerar o anormal sempre como um delinquentemente em potencial e tratá-lo com uma profilaxia educativa e social adequada" (M. Velázquez Andrade, 1932, 49).

Em todo caso, fica claro o contraste de sua opinião com as idéias de seu tempo:

"Conhecemos muitos casos de delictos juvenis cuja causa é a incerteza da duração da reclusão que sempre se considera injusta. A resolução de um juiz que sentença reclusão illimitada a um adolescente ou jovem, por todo o periodo necessário para sua educação ou preparação para o trabalho, é contraproducente para o próprio interessado... Quando o jovem delinquentemente para o tempo que durará sua pena, vêm-lo entregue a um desencorajamento moral constante, a um desânimo difficil de ser vencido, a uma repugnância por qualquer esforço, mesmo que seja em seu próprio beneficio;... A má conduta destes jovens parece irreductível a termos desejáveis — ao contrário daqueles que são sentenciados a um tempo determinado. Estes sempre têm uma data que esperam alcançar; observa-se neles uma vontade de não retardá-la ou alongá-la com novos delictos ou reincidências; esforçam-se por parecer — ainda que realmente não o estejam — arrependidos e influenciados pelo tratamento educativo, pelo trabalho ou pelo ambiente higiénico que os rodeia" (pp. 85-86).

Citar a posição de Velázquez Andrade (abstraindo-se seu esboço crítico) possui o duplo sentido de, por um lado, mostrar os argumentos de uma voz dissonante a respeito do delicado problema da determinação/indeterminação das sentenças e, por outro, compreender que tais contradicções não afetam a essência da

cultura dominante neste plano do jurídico. Mais ainda, a proteção aos menores, subordinada às exigências de repressão e controle, parece ser um ponto fora de discussão em seu discurso. Os motivos de caráter político-estrutural, descritos de forma geral no início deste ponto, são transparentes. Além das considerações de caráter racista, muito comuns na época, as propostas de Velázquez Andrade não se abstragem do conflito social reinante. Sua experiência, proveniente da "Casa de Orientação para Varões" — eufemismo utilizado para designar um instituto fechado de detenção de menores, fundado em 1921 em Tlalpan, no México — o conduziu a afirmar: "Organizada e administrada a Casa de Orientação para Varões tal como está funcionando, dentro de uma tradição não isenta do caráter de prisão e tomando em conta a condição social de onde provêm os menores delinquentes, a disciplina cívico-militar é a mais apropriada" (p. 59).

Sem pretender de nenhuma forma reduzir a enorme influência dos avanços americanos e europeus no campo da política de menores latino-americana, uma avaliação provisória do que foi dito até aqui poderia conduzir à conclusão errônea de que os projetos e realizações nesta área, na América Latina, constituem um simples reflexo dos acontecimentos nos países desenvolvidos. Existem, contudo, algumas indicações em contrário.

Em meados dos anos 30, assiste-se, no campo da teoria criminológica, a um movimento que, tendo como epicentro a Argentina, estende-se a todo o continente. Nos limites da antropologia criminal, desenvolvem-se, cada vez com maior força, as correntes psicológicas e pedagógicas que colocam em dúvida os próprios fundamentos dos mecanismos punitivos: a lei, o juiz e a pena aparecem como os maiores culpáveis.

O desenvolvimento dessas tendências não se reduz aos estreitos limites dos consultórios médicos ou às universidades (cuja importância na época não deve ser subestimada). Entre 1884 e 1937, quatro projetos de organização de instituições para menores foram apresentados ao Parlamento Argentino (1884, 1919, 1923, 1937) — como se pode ver, dois deles são anteriores à criação da primeira lei específica de menores. Convém transcrever aqui um resumo dos fundamentos do projeto de 1923, altamente representativo das idéias dominantes: "Isolar o menor — diz — estudá-lo à luz da observação cotidiana do homem de ciência, significa colocar em relevo sua enfermidade: apresentar o diagnóstico e ensaiar o regime de cura adequado". (Diário de Sessões da H. C. de Deputados da Nação de 16 de agosto de 1923).

Os termos do conflito dominante na época fazem referência ao contraste de um enfoque jurídico e um enfoque médico-psi-

cológico da "criminalidade". O problema da inimizabilidade aparece explícita ou implicitamente no centro do debate. Desnecessário dizer que as correntes médico-psicológicas lutam por um aumento da idade da inimputabilidade em termos das leis penais. A conclusão resultante destas posições conduz paradoxalmente à exigência da extinção dos tribunais de menores. Da forma como a cultura dominante concebe a proteção de seus indivíduos mais vulneráveis, as únicas formalidades admitidas são de caráter puramente disciplinar.

Difícilmente se pode encontrar um exemplo mais claro da "medicalização" dos problemas sociais do que o descrito abaixo: "Não havendo castigo para as crianças delinquentes, mas ação protetora do Estado, que significado teriam os tribunais para menores? Seriam absolutamente inúteis.

"Se as cortes juvenis constituem um aperfeiçoamento das instituições jurídicas dos Estados Unidos e da Europa, podemos resolver nosso problema com um critério mais moderno e dar um passo ainda mais decisivo no sentido de progresso.

"Toda criança que tivesse cometido um ato anti-social seria levada diretamente ao Instituto de Observação e Esclarecimento do Departamento Nacional da Criança, e de lá, após um cuidadoso estudo médico-psicológico, seria encaminhada ao estabelecimento mais adequado para seu tratamento médico-pedagógico. Para um critério estritamente científico; o propósito de proteger e não castigar. O tribunal, portanto, é desnecessário". (A. Foradori, 1938, 343).

Independentemente das intenções declaradas, as correntes psicológicas da antropologia criminal erguem a obra mais gigantesca de negação e mistificação dos profundos conflitos estruturais, que as sociedades latino-americanas atravessam. Uma vez mais, as interpretações são desnecessárias face à clareza dos protagonistas da época:

"Insistiremos no ponto de vista clínico-psico-pedagógico... Aquelles que falam da infância abandonada e delinquente como um problema social só querem ver as conseqüências de um processo, e não sua origem e evolução" (A. Foradori, 1938, 343).

Nas décadas de 40 e 50, inicia-se um lento e contraditório processo de deslegitimação cultural das distintas correntes bio-psico-antropológicas que fundamentam o direito dos menores. Na realidade, isto não significa, contudo, uma alteração radical nas características essenciais da política anterior. A indeterminação das sentenças, a confusão entre menores delinquentes e abandonados, a luta permanente pelo aumento ou diminuição da idade da inimputabilidade penal, mas sobretudo o exercício da "pro-

teção" através das múltiplas variações da segregação, permanecem como temas (e fatos) centrais no discurso e na prática oficiais.

A mais importante característica, a partir da década de 40, é a internacionalização<sup>8</sup> e "sociologização" do tema "menores". O primeiro elemento não é novo. Já em 1924, os tribunais de menores haviam sido um tema central do III Congresso Latino-Americano de Criminologia, realizado em Buenos Aires. A este propósito, é interessante enfatizar que nas resoluções do Congresso aparece, objetivamente exposta, uma contradição que a política de "proteção-repressão" não conseguiu resolver até hoje. O mesmo documento estabelece que "a distinção entre menores delinquentes e menores abandonados é ineficaz para o melhor tratamento dos mesmos"; e, algumas linhas mais adiante, "que o princípio da estrita legalidade dos delitos e da sanções deve ser mantido no direito positivo da garantia das liberdades individuais, que consagram todos os regimes democráticos na América".

De toda maneira, será somente após a introdução das correntes sociológicas norte-americanas sobre o tema "menores" que a internacionalização do discurso começará a adquirir maior peso.

O "problema" dos menores foi tema do I Congresso Panamericano de Criminologia, Santiago, Chile, em 1944; do I Congresso Panamericano de Medicina, Odontologia Legal e Criminologia, Havana, Cuba, em 1946; da I Conferência Panamericana de Criminologia, Rio-São Paulo, em 1947; do Seminário Latino-Americano sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent, Rio de Janeiro, em 1953; e do I Congresso Hispano-Luso-Americano-Filipino, São Paulo, em 1955 (para citar apenas os mais importantes).

Mas a internacionalização do discurso sobre o menor, que alcança seu ponto mais alto na década de 60, não se reduz a um mero intercâmbio de enfoques originados em distintos contextos nacionais. A hegemonia das teorias sociológicas norte-americanas no contexto latino-americano, durante tal período, dificilmente se expressa em outra área com mais força e clareza do que no campo da "juvenile delinquency".<sup>9</sup>

Vagas referências de caráter estrutural, desajustes emocionais, falhas de personalidade e pais divorciados substituem a amor-

8. Sobre o tema da "internacionalização" do conhecimento criminológico na América Latina, veja o trabalho de Rosa Del Olmo (1981).

9. Veja o trabalho de Alessandro Baratta (1986) sobre a influência geral das correntes sociológicas americanas no campo da criminologia. Ainda não existe uma avaliação da extensão e grau de influência real da sociologia americana sobre a criminologia latino-americana.

malidade física, a decadência da raça e a amorabilidade dos imigrantes na legitimação das recorrentes práticas de classificação. Em nome da reeducação, as medidas tutelares se constituem no eufemismo que designa e legitima as novas formas de segregação. Uma indicação interessante deste desenvolvimento é o uso esquizofrênico do termo "menor-delinquente". Mas a má consciência não se traduz, curiosamente, em qualquer revisão profunda ou radical dos termos do problema. Ao contrário, a capilaridade do controle social ativo dos países desenvolvidos é reforçada como aspiração explícita e objetivo a ser alcançado. Aliás, afirma-se que "não se pode medir com a mesma vara a situação no Chile e nos Estados Unidos. Enquanto em nosso país se considera delinquente — ainda que inapropriadamente — o menor que comete um ato que se cometido por um adulto constituiria um delito, nos Estados Unidos o termo "delinquência" abrange uma grande variedade de atos ou de formas de conduta que, em sua maioria, não são perseguidos quando seu autor é um adulto; por exemplo, na descrição jurídica de delinquência entram as seguintes situações: "faltar habitualmente à escola; ser incorrigível; iludir a autoridade do pai ou tutor; comportar-se de maneira imoral ou indecente; vagar de noite pelas ruas sem justificativa; dedicar-se a ocupações ilegais, etc." (J. Pena Nuñez, 1960, 9).

O princípio da legalidade torna-se, assim, um "luxo" para indivíduos fortes, ao que, no caso da "delinquência habitual", os mecanismos de criminalização secundária se ocupam de dar conteúdo concreto. Para os "menores", o tratamento reservado é outro: "mesmo que o juiz chegue à conclusão de que o fato não foi cometido, ou que o menor não participou do mesmo, esse poderá aplicar as medidas de proteção estabelecidas na lei, caso o menor se encontre em perigo moral ou material" (J. Pena Nuñez, 1960, 18).<sup>10</sup>

### Conclusão

As tendências que emergem durante os anos 60 tendem a se consolidar na década de 70. Mas, enquanto boa parte das instân-

10. Esta posição que, em termos gerais, não sofreu modificações substanciais, ignora totalmente as importantes mudanças ocorridas em alguns países desenvolvidos, pelo menos em termos sócio-culturais. A profunda negatividade dos "benéficos" coercitivos, por um lado, e o respeito rigoroso aos direitos da criança e do adolescente, por outro, conseguiram impor-se recentemente como tema no contexto internacional. Para um excelente exemplo desta posição, veja o trabalho de Orm W. Ketcham (1979).

cias oficiais legitimavam velhas políticas através de discursos abertos e espaços fechados, a incipiente criminologia crítica latino-americana afirmava que certos problemas nada mais eram que reflexos de condicionantes estruturais. As transformações de caráter geral ofereceriam, por sua vez, as soluções adequadas. Em todo caso, o desafio atual não é simples. Tampouco se trata de uma guinada de 180 graus em nome de um realismo que põe entre parênteses "até nova ordem" a crítica profunda.

A política jurídica e social no campo da infância-adolescência constitui o lado contrário de um problema banal. O abandono da luta pelo respeito aos direitos e garantias jurídicas e sociais da infância inclui o risco potencial de transformar todo direito penal num "direito penal de menores".

A informalidade dos mecanismos formais de controle sócio-penal dos menores deve ser colocada em evidência para tirar conclusões que permitam a elaboração de uma política social baseada no respeito profundo aos direitos humanos.

Eu excluí, deliberadamente, deste trabalho, o estudo da caustica normativa dos últimos anos, não porque me pareça pouco importante ou por crer que o tema é patrimônio exclusivo dos penalistas. Pelo contrário, o direito da infância e da juventude, assim como todas as práticas de intervenção sócio-penal, são de tal importância para mim que requerem a estreita colaboração de outras disciplinas (tendo em mente, por exemplo, as carências no campo da história social apontadas no início).

Definitivamente, trata-se de mudanças nos padrões culturais que demonstram o absurdo de se pensar na proteção dos setores mais vulneráveis de nossa sociedade, declarando sua incapacidade e condenando-os à segregação.

## POLÍTICA DA INFANTO-ADOLESCÊNCIA NA AMÉRICA LATINA: POLÍTICAS PÚBLICAS, MOVIMENTO SOCIAL E MUNDO JURÍDICO

2.1 O movimento dos reformadores — 2.2 Reformadores e reformas na América Latina — 2.3 Dos reformadores ao movimento social — 2.4 As tarefas do futuro: elementos para discussão.

### 2.1 O movimento dos reformadores

As páginas seguintes constituem uma primeira tentativa de reconstruir as formas concretas que assumem as relações entre os três atores principais que conformam o universo das políticas da infância e da adolescência no contexto latino-americano: políticas públicas, movimento social e mundo jurídico-institucional.

A reconstrução crítica proposta deve ser entendida como um requisito imprescindível da profunda reflexão necessária para encarar as transformações por que passam, nos dias de hoje, esses três atores.

A reconstrução das relações entre as políticas públicas, o movimento social e o mundo jurídico-institucional deve partir daquele que pode ser considerado o ponto zero da história da infanto-adolescência. Quer dizer, do momento em que a categoria infanto-adolescência começa a adquirir especificidade, passando a merecer um tratamento diferenciado em todos os planos, particularmente no jurídico.

O nascimento do primeiro tribunal de menores em Illinois EUA, em 1899 pode ser considerado o ponto zero desta história e, ao mesmo tempo, a manifestação mais importante de ruptura com os processos anteriores.<sup>1</sup>

1. Sobre este ponto, ver I. "A história da criança como história do seu controle."