

Evolução histórica do direito da criança e do adolescente

Andréa Rodrigues Amin

Vivemos um momento sem igual no plano do direito infantojuvenil. Crianças e adolescentes ultrapassam a esfera de meros objetos de "proteção" e passam à condição de sujeitos de direito, beneficiários e destinatários imediatos da doutrina da proteção integral.

A sociedade brasileira elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da nossa República, reconhecendo cada indivíduo como centro autônomo de direitos e valores essenciais à sua realização plena como pessoa. Configura, em suma, verdadeira "cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana"¹, o que significa dizer que todo ser humano encontra-se sob seu manto, aqui se incluindo, por óbvio, nossas crianças e adolescentes.

O avanço para nossa sociedade foi imenso. Contudo, não podemos olvidar que o presente é produto da soma de erros e acertos vividos no passado. Conhecê-lo é um importante instrumento para melhor compreender o hoje e construir o amanhã.

1. IDADE ANTIGA

Nas antigas civilizações, os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião e não pelas relações afetivas ou consanguíneas. A família romana fundava-se no poder paterno (*pater familiae*) marital, ficando a cargo do chefe da família o cumprimento dos de-

1 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

veres religiosos. O pai era, portanto, a autoridade familiar e religiosa. Importante observar que a religião não formava a família, mas ditava suas regras, estabelecia o direito. Juridicamente, a sociedade familiar era uma associação religiosa e não uma associação natural.

Como autoridade, o pai exercia poder absoluto sobre os seus. Os filhos mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independentemente da menoridade, já que àquela época não se distinguiam maiores e menores. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte dos seus descendentes².

Os gregos mantinham vivas apenas crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com o objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, "patrimônio" do Estado. No Oriente, era comum o sacrifício religioso de crianças, em razão de sua pureza. Também era corrente, entre os antigos, sacrificarem crianças doentes, deficientes, malformadas, jogando-as de despenhadeiros; desfazia-se de um peso morto para a sociedade. A exceção ficava a cargo dos hebreus, que proibiam o aborto ou o sacrifício dos filhos, apesar de permitirem a venda destes como escravos.

O tratamento entre os filhos não era isonômico. Os direitos sucessórios limitavam-se ao primogênito e desde que fosse do sexo masculino. Segundo o Código de Manu, o primogênito era o filho gerado para o cumprimento do dever religioso, por isso privilegiado.

Em um segundo momento, alguns povos indiretamente procuraram resguardar interesses da população infantojuvenil. Mais uma vez foi importante a contribuição romana, que distinguiu menores impúberes e púberes, muito próxima das incapacidades absoluta e relativa de nosso tempo. A distinção refletiu em um abrandamento nas sanções pela prática de ilícito por menores púberes e impúberes ou órfãos. Outros povos, como lombardos e visigodos, proibiram o infanticídio, enquanto frisios restringiram o direito do pai sobre a vida dos filhos³.

2. IDADE MÉDIA

A Idade Média foi marcada pelo crescimento da religião cristã com seu grande poder de influência sobre os sistemas jurídicos da época. "Deus falava, a Igreja traduzia e o monarca cumpria a determinação divina". O homem não era um ser racional, mas sim um pecador e, portanto, precisava seguir as determinações da autoridade religiosa para que sua alma fosse salva.

2 COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

3 TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

O Cristianismo trouxe uma grande contribuição para o início do reconhecimento de direitos para as crianças: defendeu o direito à dignidade para todos, inclusive para os menores.

Como reflexo, atenuou a severidade de tratamento na relação pai e filho, pregando, contudo, o dever de respeito, aplicação prática do quarto mandamento do catolicismo: "honrar pai e mãe".

Por meio de diversos concílios, a Igreja foi outorgando certa proteção aos menores, prevendo e aplicando penas corporais e espirituais para os pais que abandonavam ou expunham os filhos. Em contrapartida, os filhos nascidos fora do manto sagrado do matrimônio (um dos sete sacramentos do catolicismo) eram discriminados, pois indiretamente atentavam contra a instituição sagrada, àquela época única forma de se constituir família, base de toda sociedade. Segundo doutrina traçada no Concílio de Trento, a filiação natural ou ilegítima — filhos espúrios, adulterinos ou sacrílegos — deveria permanecer à margem do Direito, já que era a prova viva da violação do modelo moral determinado à época.

3. O DIREITO BRASILEIRO

No Brasil colônia, as Ordenações do Reino tiveram larga aplicação. Mantinha-se o respeito ao pai como autoridade máxima no seio familiar. Contudo, em relação aos índios que aqui viviam e cujos costumes eram de todo próprio, havia uma inversão de valores. Dada a dificuldade que os jesuítas encontraram para catequizar os índios adultos e percebendo que era muito mais simples educarem as crianças, utilizaram-nas como forma de atingir os pais. Em outras palavras, os filhos passaram a educar e adequar os pais à nova ordem moral.

Para resguardo da autoridade parental, ao pai era assegurado o direito de castigar o filho como forma de educá-lo, excluindo-se a ilicitude da conduta paterna se no "exercício desse mister" o filho viesse a falecer ou sofresse lesão.

Durante a fase imperial tem início a preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor ante a crueldade das penas. Vigentes as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era alcançada aos 7 anos de idade. Dos 7 aos 17 anos, o tratamento era similar ao do adulto com certa atenuação na aplicação da pena. Dos 17 aos 21 anos de idade, eram considerados jovens adultos e, portanto, já poderiam sofrer a pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte natural para maiores de 14 anos⁴.

Houve uma pequena alteração do quadro com o Código Penal do Império, de 1830, que introduziu o exame da capacidade de discernimento para aplicação da

4 TAVARES, José Farias. Op. cit., nota 2, p. 51.

pena⁵. Menores de 14 anos eram inimputáveis. Contudo, se houvesse discernimento para os compreendidos na faixa dos 7 aos 14 anos, poderiam ser encaminhados para casas de correção, onde poderiam permanecer até os 17 anos de idade.

O Primeiro Código Penal dos Estados Unidos do Brasil manteve a mesma linha do código anterior com pequenas modificações. Menores de 9 anos eram inimputáveis. A verificação do discernimento foi mantida para os adolescentes entre 9 e 14 anos de idade. Até 17 anos seriam apenados com 2/3 da pena do adulto.

Em paralelo, no campo não infracional, o Estado agia por meio da Igreja. Já em 1551 foi fundada a primeira casa de recolhimento de crianças do Brasil, gerida pelos jesuítas que buscavam isolar crianças índias e negras da má influência dos pais, com seus costumes "bárbaros". Consolidava-se o início da política de recolhimento.

No século XVIII, aumenta a preocupação do Estado com órfãos e expostos, pois era prática comum o abandono de crianças (crianças ilegítimas e filhos de escravos, principalmente) nas portas das igrejas, conventos, residências ou mesmo pelas ruas. Como solução, importa-se da Europa a Roda dos Expostos, mantida pelas Santas Casas de Misericórdia⁶.

O início do período republicano é marcado por um aumento da população do Rio de Janeiro e de São Paulo, em razão, principalmente, da intensa migração dos escravos recém-libertos. Os males sociais (doenças, sem-tetos, analfabetismo) exigiram medidas urgentes, já que era um momento de construção da imagem da nova república. Assim, foram fundadas entidades assistenciais que passaram a adotar práticas de caridade ou medidas higienistas⁷⁻⁸.

O pensamento social oscilava entre assegurar direitos ou "se defender" dos menores. Casas de recolhimento são inauguradas em 1906, dividindo-se em escolas de prevenção, destinadas a educar menores em abandono, escolas de reforma e colônias correccionais⁹, cujo objetivo era regenerar menores em conflito com a lei.

Em 1912, o Deputado João Chaves apresenta projeto de lei alterando a perspectiva do direito de crianças e adolescentes, afastando-o da área penal e propondo a

5. Esse sistema foi mantido até 1921, ano em que a Lei n. 4.242 substituiu o subjetivismo do sistema biopsicológico pelo critério objetivo de imputabilidade de acordo com a idade.

6. Inspirados na Roda dos Expostos, alguns países europeus resgataram o instituto, designando-o como "parto anônimo". No lugar da roda, os hospitais dispunham de um berço aquecido, acessível por meio da janela do hospital e equipado com sensores que avisariam os profissionais de saúde, no momento em que fosse ocupado. A criança não teria ciência do seu vínculo biológico e seria colocada em família substituta.

7. Movimento surgido na Europa que, teoricamente, se fundamentava em noções de eugenia e degenerescência.

8. O assunto é aprofundado no capítulo sobre política de atendimento.

9. Foram criadas em 1908, pela Lei n. 6.994, para cumprimento dos casos de internação, de menores e maiores, estes de acordo com o tipo penal e a situação processual.

especialização de tribunais e juízes, na linha, portanto, dos movimentos internacionais da época.

A influência externa¹⁰ e as discussões internas levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência-delinquência. Era a fase da criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se, assim, a Doutrina da Situação Irregular.

Em um inevitável desenrolar dos fatos, em 1926 foi publicado o Decreto n. 5.083, primeiro Código de Menores do Brasil que cuidava dos infantes expostos e menores abandonados. Cerca de um ano depois, em 12 de outubro de 1927, veio a ser substituído pelo Decreto n. 17.943-A, mais conhecido como Código Mello Mattos. De acordo com a nova lei, caberia ao Juiz de Menores decidir-lhes o destino. A família, independentemente da situação econômica, tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas das crianças e dos jovens, de acordo com o modelo idealizado pelo Estado. Medidas assistenciais¹¹ e preventivas foram previstas com o objetivo de minimizar a infância de rua.

Já no campo infracional, crianças e adolescentes até 14 anos eram objeto de medidas punitivas com finalidade educacional. Já os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada. Foi uma lei que uniu justiça e assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Estava construída a categoria Menor, conceito estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes até a Lei n. 8.069/90.

A Constituição da República do Brasil de 1937, permeável às lutas pelos direitos humanos, buscou, além do aspecto jurídico, ampliar o horizonte social da infância e juventude, bem como dos setores mais carentes da população. O Serviço Social passa a integrar programas de bem-estar, valendo destacar o Decreto-Lei n. 3.799/41, que criou o Serviço de Assistência do Menor (SAM), que atendia menores delinquentes e desvalidos, redefinido em 1944 pelo Decreto-lei n. 6.865.

A tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo

10 No cenário internacional, destacaram-se o Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris, no ano de 1911, e a Declaração de Gênova de Direitos da Criança, que, em 1924, veio a ser adotada pela Liga das Nações, reconhecendo-se a existência de um Direito da Criança.

11 Em 1923, por meio do Decreto n. 16.272, foram publicadas as primeiras normas de assistência social visando proteção dos menores abandonados e delinquentes, após ampla discussão no I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância.

Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correcional e não afetiva.

Em 1943, foi instalada uma Comissão Revisora do Código Mello Mattos. Diagnosticado que o problema das crianças era principalmente social, a comissão trabalhou no propósito de elaborar um código misto, com aspectos social e jurídico.

No projeto, percebia-se claramente a influência dos movimentos pós-Segunda Grande Guerra em prol dos Direitos Humanos que levaram a ONU, em 1948, a elaborar a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, em 20 de novembro de 1959, a publicar a Declaração dos Direitos da Criança, cuja evolução originou a doutrina da Proteção Integral.

Contudo, após o golpe militar, a comissão foi desfeita e os trabalhos, interrompidos.

A década de 1960 foi marcada por severas críticas ao SAM, que não cumpria e até se distanciava do seu objetivo inicial. Desvio de verbas, superlotação, ensino precário, incapacidade de recuperação dos internos foram alguns dos problemas que levaram à sua extinção em novembro de 1964, pela Lei n. 4.513, que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem).

A atuação da nova entidade era baseada na Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) com gestão centralizadora e verticalizada. Nítida a contradição entre o técnico e a prática. Legalmente, a Funabem apresentava uma proposta pedagógico-assistencial progressista. Na prática, era mais um instrumento de controle do regime político autoritário exercido pelos militares. Em nome da segurança nacional, buscava-se reduzir ou anular ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de "problema de segurança nacional".

No auge do regime militar, em franco retrocesso, a Lei n. 5.228/67 reduziu a responsabilidade penal para 16 anos de idade, sendo que entre 16 e 18 anos de idade seria utilizado o critério subjetivo da capacidade de discernimento. Felizmente, em 1968, retorna-se ao regime anterior com imputabilidade aos 18 anos de idade.

No final dos anos 1960 e começo da década de 1970 iniciam-se debates para reforma ou criação de uma legislação menorista. Em 10 de outubro de 1979 foi publicada a Lei n. 6.697, novo Código de Menores, que, sem pretender surpreender ou verdadeiramente inovar, consolidou a doutrina da Situação Irregular.

Durante todo esse período, a cultura da internação, para carentes ou delinquentes, foi a tônica. A segregação era vista, na maioria dos casos, como única solução.

Em 1990, já completamente desgastada pelos mesmos sintomas que levaram à extinção do SAM, a Funabem foi substituída pelo Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA). Percebe-se, desde logo, a mudança terminológica, não mais se utilizando o estigma menor, mas sim "criança e adolescente", expressão consagrada na Constituição da República de 1988 e nos documentos internacionais.

4. O PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Constitucional de 1988 trouxe e coroou significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo novos paradigmas.

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. O binômio individual-patrimonial é substituído pelo coletivo-social.

Por certo, o novo perfil social almejado pelo legislador constitucional não poderia deixar intocado o sistema jurídico da criança e do adolescente, restrito aos “menores” em abandono ou estado de delinquência. E, de fato, não o fez.

A intensa mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais, como o Unicef, foi essencial para que o legislador constituinte se tornasse sensível a uma causa já reconhecida como primordial em diversos documentos internacionais, como a Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948); a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude — Regras Mínimas de Beijing (Res. 40/33 da Assembleia-Geral, de 29 de novembro de 1985). A nova ordem rompeu, assim, com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral.

No caminho da ruptura, merece destaque a atuação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), resultado do 1º Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, realizado em 1984, cujo objetivo era discutir e sensibilizar a sociedade para a questão das crianças e adolescentes rotulados como “menores abandonados” ou “meninos de rua”.

O MNMNR foi um dos mais importantes polos de mobilização nacional na busca de uma participação ativa de diversos segmentos da sociedade atuantes na área da infância e juventude. O objetivo a ser alcançado era uma Constituição que garantisse e ampliasse os direitos sociais e individuais de nossas crianças e adolescentes.

Segundo Almir Rogério Pereira¹², “a Comissão Nacional Criança e Constituinte conseguiu reunir 1.200.000 assinaturas para sua emenda e promoveu intenso *lobby* entre os parlamentares pela inclusão dos direitos infantojuvenis na nova Carta”.

12 *Visualizando a política de atendimento*. Rio de Janeiro: Kroart, 1998, p. 33.

O esforço foi recompensado com a aprovação dos textos dos arts. 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, resultado da fusão de duas emendas populares, que levaram ao Congresso as assinaturas de quase 200.000 eleitores e de mais de 1.200.000 cidadãos-crianças e cidadãos-adolescentes.

Coroando a revolução constitucional que colocou o Brasil no seleto rol das nações mais avançadas na defesa dos interesses infantojuvenis, para as quais crianças e jovens são sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais, foi adotado o sistema garantista da doutrina da proteção integral. Objetivando regulamentar e implementar o novo sistema, foi promulgada a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990¹³, de autoria do Senador Ronan Tito e relatório da Deputada Rita Camata¹⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente resultou da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas.

Coube ao movimento social reivindicar e pressionar. Aos agentes jurídicos (estudiosos e aplicadores) traduzirem tecnicamente os anseios da sociedade civil desejosa de mudança do arcabouço jurídico-institucional das décadas anteriores. Embalados pelo ambiente extremamente propício de retomada democrática pós-ditadura militar e promulgação de uma nova ordem constitucional, coube ao poder público, por meio das Casas legislativas, efetivar os anseios sociais e a determinação constitucional.

O termo "estatuto" foi de todo próprio, porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe está de ser apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microssistema que cuida de todo o arcabouço necessário para efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infantojuvenil. É norma especial com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional.

A adoção da Doutrina da Proteção Integral, na visão de Antonio Carlos Gomes da Costa, constituiu uma verdadeira "revolução copernicana" na área da infância e adolescência¹⁵.

Com ela, constrói-se um novo paradigma para o direito infantojuvenil. Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial,

13 Publicada no *Diário Oficial da União*, de 16 de julho de 1990, com vigência 90 dias após, de acordo com seu art. 266.

14 A Lei n. 8.069/90 é originária do Projeto de Lei n. 5.172/90, ao qual foi anexado o projeto de Lei n. 1.506/89, do Deputado Nelson Aguiar, de maior abrangência, ao qual também foram apensados vários projetos de lei. São eles os de n. 1.765/89, 2.264/89, 2.742/89, 628/83, 75/87, 1.362/88, 1.619/89, 2.734/89, 2.079/89, 2.526/89, 2.584/89 e 3.142/89.

15 A mutação social. *Brasil criança urgente*. A Lei n. 8.069/90. São Paulo: Columbus Cultural, 1990, p. 38.

com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.

Em seu lugar, implanta-se a Doutrina da Proteção Integral, com caráter de política pública. Crianças e adolescentes deixam de ser objeto de proteção assistencial e passam a titulares de direitos subjetivos. Para assegurá-los é estabelecido um sistema de garantia de direitos, que se materializa no Município, a quem cabe estabelecer a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, por meio do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente (CMDCA), bem como, numa cogestão com a sociedade civil, executá-la.

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a *todas* as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.

Novos atores entram em cena: a comunidade local, por meio dos Conselhos Municipal e Tutelar; a família, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar; o Judiciário, exercendo a função judicante; o Ministério Público como um grande agente garantidor de toda a rede, fiscalizando seu funcionamento, exigindo resultados, assegurando o respeito prioritário aos direitos fundamentais infantojuvenis estabelecidos na Lei Maior.

Implantar o sistema de garantias é o grande desafio dos operadores da área da infância e juventude. Inicialmente, faz-se indispensável romper com o sistema anterior, não apenas no aspecto formal, como já o fizeram a Constituição da República e a Lei n. 8.069/90, mas e principalmente no plano prático. Trata-se de uma tarefa árdua, pois exige conhecer, entender e aplicar uma nova sistemática, completamente diferente da pretérita, entranhada em nossa sociedade há quase um século, mas o resultado, por certo, nos levará a uma sociedade mais justa, igualitária e digna.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *A mutação social. Brasil criança urgente. A Lei n. 8.069/90*. São Paulo: Columbus Cultural, 1990.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Almir Rogério. *Visualizando a política de atendimento*. Rio de Janeiro: Kroart, 1998.
- TAVARES, José de Farias. *O direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.