

Da Indiferença ao ECA: um esboço histórico dos direitos da criança e do adolescente.

Gleiciane Aparecida da Soledade Bernardino

Acadêmica do 10 período do curso de Direito do
Centro Universitário de Barra Mansa - UBM

Maria Lucia Sartori Machado

Mestre em Direito pelo Centro Universitário
Salesiano de São Paulo - UNISAL
Professora no Centro Universitário de Barra Mansa - UBM

Resumo

Este trabalho investiga, na história, a evolução dos direitos de crianças e adolescentes. Projeta-se desde antes da era cristã até o pós ECA, numa tentativa de demonstrar que as crianças e os adolescentes são contemplados com direitos e proteção, na medida em que a sociedade evolui. Demonstrada a relação entre a evolução social e a proteção do grupo infanto-juvenil, conclui-se que cada cidadão, quanto mais evoluído for, maior será a sua responsabilidade em ampliar a proteção aos menores e a respeitar e resguardar este grupo especial.

Palavras-chave: Evolução da proteção; crianças e adolescentes; responsabilidade social.

Abstract

This work investigates, throughout the history, the evolution of the rights of children and adolescents. It projects itself from before the Christian era to the post ECA in an attempt to demonstrate that children and teenagers are granted with rights and protection, inasmuch as society evolves. Once the relationship between social development and the protection of the juvenile group is demonstrated, it is concluded that the more evolved each citizen is, the greater his or her responsibility is in order to extend protection to children and to respect and defend this special group.

Key-words: Evolution of protection; children and adolescents; social responsibility

Sumário

Introdução. 1. A evolução da legislação e a afirmação dos direitos da criança e do adolescente. 1.1 A inexistência de proteção antes da era cristã. 1.2 Cristianismo – o marco da proteção à infância e à juventude. 1.3 da Lei do Ventre Livre ao ECA – o progresso da proteção no Brasil. 2. Diferenças entre o Código de Menores e o ECA. 2.1 dos princípios basilares do ECA. 2.2 princípios de direitos humanos universais. 2.3 Dos princípios específicos basilares do ECA. 2.3.1 Princípio da proteção integral. 2.3.2 Princípio da prioridade absoluta. 2.3.3 Princípio do superior interesse. 2.4 A especificidade do direito da criança e do adolescente. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente estudo consiste numa abordagem preliminar cuja finalidade é construir o pano de fundo para outro estudo, que trata da aplicação de medidas sócio-educativas em cotejo com a inserção do menor infrator no mercado de trabalho e a possibilidade de redução da reincidência. Esta discussão é desenvolvida em artigo a ser publicado oportunamente. Com a finalidade de contextualizá-los no tempo e no espaço, investigam-se historicamente os direitos dos infanto-juvenis. Conhecer os vários momentos históricos da proteção às crianças e adolescentes é reconhecer as possibilidades de aperfeiçoamento e comprometer-se com ele.

A eficácia dos direitos há de mostrar-se tanto na dimensão vertical quanto na horizontal, o que quer significar que não se pode prescindir nem das políticas públicas, nem do comportamento da sociedade. O avanço retroativo no tempo mostrará que a proteção à infância e adolescência evolui lenta e paulatinamente. Com isto se pode afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora construído sob o fundamento da proteção integral e ser paradigma na América Latina, não é ainda um instrumento totalmente eficaz.

Ademais, o tempo mostrou e o ECA consagrou, no art. 6, que os direitos das crianças e adolescentes habitam a categoria de direitos coletivos.

1 A evolução da legislação e a afirmação dos direitos da criança e do adolescente

A proteção à criança e ao adolescente caminhou a passos lentos até que fosse possível verificar, em quase todo histórico mundial, uma crescente tendência protecionista. Tal proteção se expressou, principalmente, pelo surgimento de leis que, quase sempre,

demonstravam o perfil de uma sociedade e que aos poucos contribuíram para a evolução e a afirmação dos direitos.

A proteção ao menor, ao contrário do que muitos pensam não tem início com o surgimento dos códigos e estatutos do século XX, como o Estatuto Belga e o Código de Melo Matos. Verifica-se, logo depois o nascimento do Cristo, um olhar diferenciado do Estado e da sociedade, à tratativa das crianças e dos adolescentes, conforme leciona Garcez (1994).

1.1 A inexistência de proteção antes da era cristã

No período que antecede a era Cristã não se verifica a existência de institutos que visem à proteção do menor. Ao contrário, a observação dos registros sobre os comportamentos da época faz com que seja constatada a total desproteção do menor. Garcez (1994) exemplifica a desproteção destacando práticas dos povos grego, romano e orientais.

Na Grécia a maior parte das crianças portadoras de algum tipo de deficiência era morta; o número de meninas mantidas vivas era o que o Estado considerasse interessante para a procriação e, especificamente em Esparta, decidia-se em um Tribunal quais crianças permaneceriam vivas, levando em consideração, única e exclusivamente os interesses do Estado.

Em Roma registra-se a existência do *ius vitae exponendi*, um instituto que autorizava os pais a decidirem se o filho morreria ou não, bem como justificava os tratamentos cruéis dispensados aos menores. Também, segundo a ótica de Garcez (1994), tais decisões eram tomadas considerando os interesses do Estado.

Entre os povos orientais verifica-se o sacrifício de crianças como forma de homenagem e oferta aos deuses e, em alguns casos, tais sacrifícios serviam de recurso contra a miséria.

Garcez (1994) versa ainda acerca da contraditoriedade entre os posicionamentos de um mesmo filósofo, qual seja Platão que de um lado propôs métodos humanitários de educação e de outro defendia o extermínio das crianças deficientes.

Aos poucos as sociedades e seus comportamentos foram mudando e alguns povos que antes eram exemplos de desproteção passaram a integrar o rol dos preocupados. Nesse sentido, Garcez (1994) registra a considerável mudança da postura oriental após o Alcorão, que proibiu o sacrifício e o aborto. Ressalte-se, que os seguidores do Alcorão eram favoráveis às proibições, porque visavam a propagação numerosa de sua espécie. Embora se constate que

tais proteções vislumbravam a defesa de interesses do Estado, da sociedade e não da criança, tal mudança não deixa de ser interessante para o direito do menor.

As vedações do Alcorão sinalizam um possível início, ainda que incipiente, da proteção do menor cujo marco de fato se localiza, no Cristianismo.

1.2 Cristianismo: o marco da proteção à infância e à juventude

As idéias de amor ao próximo pregadas pelo Cristo e seus apóstolos fizeram com que a sociedade comesçasse a digerir a idéia do princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade de proteção do homem desde a sua concepção. Assim, a era Cristã marca a proteção, ainda muito tímida do menor. Emergem textos e institutos importantes para a constituição do aparato que existe hoje. Nesse sentido, Garcez (1994) destaca o surgimento da *Lex Atilia* (dispunha sobre a tutela dos menores) e da *Lex Ploetoria* (tratava da proteção do patrimônio dos menores púberes (aqueles compreendidos entre 16 e 25 anos de idade) no século II d.C.

As referidas leis inauguraram a sequência de outros registros surgidos para favorecer a proteção do menor. Apenas para exemplificar, citam-se, dentre eles, alguns que contribuíram para o avanço, ainda sob a ótica de Garcez (1994). São eles:

- A proibição do abandono dos recém-nascidos em Roma;
- A determinação permitindo que as crianças que tivessem sido expostas por seus pais pudessem comprar sua liberdade;
- A criação, por Justiniano, de organização destinada a amparar os órfãos, cujos diretores assumiam a tutela dativa (*tutore dativus*);
- O imperador Justiniano disciplinou em seu código a criação e a organização do que mais tarde seria chamado orfanato, além de ter criado o instituto do ou tutela dativa (tutor escolhido pelo magistrado) e atribuído aos diretores dessas instituições a função de tutor;
- Os filhos dos cidadãos romanos deixam de ser parte de seu patrimônio e passam a receber tratamento semelhante a adultos, depreendendo-se daí o engatinhar da noção de sujeito de direito pregada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente;
- As passagens bíblicas, dentre outras, as constantes no Evangelho de Mateus no capítulo 18, versículos 2 a 6 e capítulo 19, versículos 13 e 14;
- As medidas propostas por personagens de evidência da Igreja Católica, dentre elas: o ataque à violência contra crianças encabeçado por São Justino;

- A proibição do *ius vitae ac necis*, ou seja, os pais e os Tribunais deixaram de ter o poder de decisão acerca do direito à vida das crianças e os réus do crime de infanticídio passaram a ser condenados à pena de morte;
- A criação do instituto da legitimação de filhos, que mais tarde evoluiu para a adoção, nos impérios de Teodósio II, Valentino III e complementada no império de Justiniano;
- O edito de 320 de Justiniano institui penas severas às meretrizes que corrompessem crianças e as demais pessoas que também o fizessem;
- O surgimento, entre os povos germânicos, dos primeiros asilos e patronatos para abrigar os menores;
- A criação das Casas de Ordem do Espírito Santo, por Guido de Montpellier (pontífice da Igreja Católica), que também é o responsável pela criação da *della ruota*;
- A criação das Misericórdias ou Santas Casas de Misericórdia, pela rainha portuguesa Leonor em 1488.
- Continua Garcez (1994) dizendo que após as primeiras noções legais relacionadas ao direito do menor e o surgimento de instituições com caráter paliativo os ideais da Revolução Francesa fazem emergir a figura de um Estado dotado da responsabilidade de assegurar às crianças os meios e serviços assistenciais necessários ao seu bem estar.

O Estado Francês também se destaca na evolução da proteção à criança e ao adolescente. Com efeito, registra Garcez (1994), o Estado, incorporando a proposta dos iluministas de intervenção na ordem familiar, passa a versar com mais seriedade sobre a família substituta e suas modalidades de constituição, além de tentar prevenir as carências decorrentes da menor idade civil. Registra Garcez (1994) que essa nova posição do Estado, encontrou dificuldades para se estabelecer devido à ordem que já estava presente.

A Revolução Francesa foi surtindo efeitos e dando sua contribuição. Nesse sentido, verifica-se o enterrar da idéia do menor como objeto pertencente aos senhores feudais e o surgimento de instrumentos normativos de considerável importância, dentre os quais Garcez (1994) destaca: o Decreto de 28/06/1793, que determinava que a criança abandonada devesse ser denominada órfã e que qualquer outra denominação será considerada discriminação, além de determinar que fosse responsabilidade do Estado a educação física e moral dessas crianças e a *Loi relative aux enfants* (que criou um sistema fundamentado de internação da criança abandonada, destacando a figura do tutor).

Segundo Garcez (1994) são demonstrações do avanço após a Revolução Francesa: advento do Estatuto Belga de 1912 (o primeiro a sistematizar o direito do menor), das

Legislações Francesas de 1912 (instituíram os juízes e tribunais de menores e criaram os conselhos de família) e das leis editadas na Argentina, Suíça, Holanda, Alemanha etc.

O surgimento das legislações específicas coincidiu com o aparecimento das discussões em torno da delinquência e da tratativa diferenciada que deveria ser dispensada aos menores. Aliando a necessidade de se tratar da criança abandonada e da delinquência cria-se no Brasil o Decreto nº 17.943-A, o Código de Menores de 1927, que, junto a outros instrumentos normativos voltados para a proteção, é o foco das considerações do próximo subitem.

1.3 da Lei do Ventre Livre ao ECA – o progresso da proteção no Brasil

No Brasil, assim como no âmbito mundial, a proteção às crianças e aos adolescentes se estruturou a partir da edição de leis e da criação de instituições. Nesse sentido, Petry (1999) apresenta considerações que demonstram como a proteção ao menor brasileiro se consolidou.

Segundo o autor, o primeiro grande marco da proteção foi a edição do projeto menor escravo trazido na Constituinte de 1823 por José Bonifácio. Tal projeto determinou que a escrava grávida não trabalhasse nos primeiros três meses de gestação; após o parto teria um mês de convalescência e no primeiro mês de volta ao trabalho não trabalharia longe da criança. Apesar de paliativo o objetivo do projeto era interessante, contudo, foi desconsiderado a partir da outorga da Primeira Carta Política de 1824 por D. Pedro I.

Frise-se que além de ter posto fim ao projeto menor escravo, a Constituição de 1824 foi omissa no que tange à tutela dos menores, assim como também o foi a Constituição de 1891.

Caminhando um pouco mais se verifica que em 1862 o Senado brasileiro aprovou uma lei de Silveira Bastos que vedava a venda dos pais e filhos escravos separados uns dos outros.

Em 1871 foi promulgada, pela Princesa Isabel, a Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco que determinava que os filhos de escravos nascessem livres. Como as outras leis esta também era deficiente, mormente por permitir que as crianças permanecessem sob a autoridade de sua mãe e do senhor – e podiam ser por este castigadas – até completar oito anos, quando então, seriam entregues ao Estado que pagaria uma indenização ao senhor, ou, caso não fossem vendidos, permaneceriam sob a autoridade do senhor até que completassem vinte e um anos.

Os ingênuos ou rio brancos, como eram conhecidos os nascidos sob a égide da lei do Ventre Livre, deveriam ser registrados em um determinado prazo e sob o cumprimento de várias exigências. De maneira que a Lei do Ventre Livre se mostrou, segundo Petry (1999),

um instrumento para fundamentar o surgimento de uma nova modalidade de escravidão, porque na prática o referido registro, dadas as muitas exigências não era feito, e a criança permanecia escrava.

Apesar das cláusulas restritivas e da considerável burocracia imprimida pelo instituto, para Petry (1999) a Lei do Ventre Livre deve ser vista como uma das mais significativas dentro do processo de extinção da escravidão e também dentro do processo de proteção do menor.

A Lei do Ventre Livre juntamente com um conjunto de outras levaram ao fim da escravidão no Brasil, logicamente depois de algum tempo, culminando com o surgimento de uma nova era da forma de trabalho predominante, qual seja, a desempenhada pelos imigrantes.

Essa nova fase da forma do trabalho da sociedade brasileira é um dos elementos que contribuiu para a nova fase econômica do Brasil, que por sua vez foi marcada pelo início da industrialização do país. Nesse sentido, analisa Petry (1999), o processo de industrialização, aliado à liberdade deficiente atribuída aos ingênuos anteriormente, devem ser considerados como fatores que agravaram o abandono e a rejeição de crianças, culminando, portanto, na necessidade de casas e instituições voltadas para o recolhimento do menor.

No que tange às instituições, Petry (1999) registra o surgimento da Casa dos Expostos ou Roda em 1738 no Rio de Janeiro e da Casa dos Expostos em 1896 em São Paulo.

Nota-se, contudo, que também as casas de caridade seguem o mesmo raciocínio das primeiras leis que participam desse processo progressivo, dado o objetivo interessante e a execução falha.

A publicação do Código Penal da República (1890) fez surgir discussões acerca da menor idade, pois este instrumento, assim como o Código Penal do Império considerava a menor idade como condição atenuante além de determinar a aplicação de medidas especiais aos menores que tivessem cometido atos criminais. Tratava-se da aplicação da teoria da ação com discernimento que imputava responsabilidade penal ao menor em função de sua consciência quanto ao fato criminoso praticado.

1890 foi um ano muito importante para a proteção dos menores brasileiros, porque além do Código Penal, inaugurando uma tratativa diferenciada o ano foi marcado pelo surgimento dos decretos 439 (determinou as diretrizes para a organização dos serviços assistenciais às crianças em risco), 658 (regulamentou o Asilo de Meninos Desvalidos) e 1313 (estipulou que a idade mínima para o trabalho seria de doze anos e que a duração máxima do período de trabalho giraria entre sete e nove horas diárias não consecutivas).

Leciona Petry (1999) que apesar das disposições do Decreto 1313/1890 o novo cenário da sociedade brasileira, marcado principalmente pela industrialização, ensejou a inserção dos menores nas fábricas, na maior parte das vezes desenvolvendo funções de adultos em condições insalubres e sem nenhum fundamento que justificasse o referido tipo de trabalho, haja vista que as condições as quais os menores eram submetidos não condiziam em nada com a idéia de aprendizagem de um ofício ou a preparação de sua mão de obra.

Insatisfeita, em sua grande maioria, com essa nova ordem, a opinião pública se organizou no sentido de publicar o Regulamento de Serviço Sanitário que proibia o emprego de menores doze anos, o trabalho noturno dos menores de dezoito anos e a jornada superior de cinco horas às crianças menores de quinze anos.

Saindo da órbita do trabalho, Petry (1999) volta à discussão das instituições protecionistas, porque em 1893 e em 1902 as leis 145 e 947, respectivamente, alteraram o Código Penal e determinaram o estabelecimento e a regulamentação das colônias correcionais, passando a exigir uma maior intervenção do Estado.

Verifica-se, portanto, que a sociedade começa sinalizar mudanças significativas. Ressalte-se, que até os intelectuais da época passaram a incentivar a mutação do pensamento quanto aos menores, constatando que apenas casa e comida não eram suficientes. Nesse sentido: “Urge que se modifique radicalmente o regime que se aplica nesses estabelecimentos, sem nenhum interesse para a nossa vida social; necessitamos de institutos profissionais; os mesmos abrigos de menores devem ser transformados, porquanto eles nada produzem.” (LOUZADA, apud PETRY, 1999, p. 22).

Segundo Petry (1999) a referida mudança da sociedade é marcada, principalmente, pelo surgimento de um novo posicionamento estatal, haja vista que o referido ente passa intervir nas possíveis causas motivadoras da desordem. Dessa forma, constata-se, que é no início do século XX que a infância pobre brasileira passa ser alvo de atenção, cuidado e receio, este último motivado pela idéia de que a infância moralmente abandonada é potencialmente perigosa porque está a mercê da falta de educação em todos os seus âmbitos e à disposição da extrema pobreza, baixa moralidade e das doenças.

A reunião de conceitos pensados pela psicologia, medicina, pedagogia e o direito permitiram a formação de uma nova mentalidade quanto ao tratamento mais específico que deveria ser dispensado aos menores em todos os setores, fazendo surgir, apenas em 1924 o primeiro Juizado de Menores no Rio de Janeiro, graças a Mello Mattos.

O Juízo Privativo de Menores foi instituído a partir do Decreto nº 16.272 de 1923. Tal instituto previa que o juiz declararia se a criança era abandonada ou delinqüente e qual o

amparo aplicado a cada caso, igualmente, determinava que o abrigo que tivesse uma parte destinada aos delinquentes e outra aos abandonados ficaria subordinado ao juizado e deveria ter condições para abrigar meninos e meninas até que a passagem pela triagem determinasse seu encaminhamento a outros estabelecimentos. Registre-se, pois, que o primeiro abrigo era temporário.

Observe-se ainda que também competia ao juizado as funções de promoção, solicitação, acompanhamento, fiscalização e orientação dos menores em todas as ações judiciais em que estes fossem parte.

Verifica-se com a análise de todas as funções atribuídas ao Juizado que sua instituição era uma excelente idéia, apesar de insuficiente para a solução total da questão. Contudo, faltou estrutura para que o objetivo fosse concretizado. Nesse sentido, cumpre esclarecer que Petry (1999) aponta como um dos principais fatores impeditivos para o insucesso do Juizado a escassez de estabelecimentos capazes de executar e apoiar as medidas jurídicas propostas pelo decreto.

A boa iniciativa aliada ao insucesso que foi o Juizado privativo fez surgir a necessidade de novas medidas voltadas para a proteção dos menores brasileiros. Daí o surgimento de alguns projetos de lei, dentre os quais se destacaram: o de Lopes Trovão em 1902; o de Alcino Guanabara em 1906.

Nenhum dos projetos acima mencionados conseguiu a proporção esperada, e, apenas em 1921 é apresentado um Código que reuniu todos os decretos e leis até então publicados relativos à menor idade. Foi o Código de Menores de Mello Mattos que teve como maior dificuldade o pátrio poder divulgado até então, que permitia que o pai decidisse acerca da vida e da morte de seu filho, podendo rejeitá-lo e escravizá-lo.

O Código de Menores de Mello Mattos regulamentou a intervenção do Estado no poder do pai sobre o filho, fazendo surgir a idéia do poder dever, é o que vários doutrinadores, dentre eles Petry (1999), dizem ser o divisor de águas entre o direito arcaico e o moderno.

Nota-se que já em 1921 os legisladores começam a nortear de forma bem interessante o direito do menor brasileiro, haja vista que passam a diferenciar o menor abandonado do delinquent, determinam a competência para aplicação de medidas de assistência e proteção, alteram e substituem concepções arcaicas como as de culpabilidade e de responsabilidade, abandonam as idéias de repressão e punição e passam a priorizar a regeneração e a educação.

Em síntese, a tônica do Código de Mello Mattos é corretiva e educacional, calçada em princípios, dentre os quais merecem destaque: a instituição de juízo privativo de menores; a intervenção estatal suspendendo, inibindo ou restringindo o pátrio poder; a regulamentação do

trabalho de menores limitando em doze anos a idade mínima para início da atividade laboral e vedando o trabalho noturno para os menores de dezoito anos e versando acerca da proposta de criação de um corpo de assistentes sociais.

Em verdade o Código de Mello Mattos conseguiu tratar de uma série de assuntos complexos que até então não haviam recebido a merecida atenção do legislador. Contudo, um outro grande empecilho à eficácia do referido Código foi constatado, qual seja a exploração industrial e a convivência dos pais com seus filhos por pouco tempo. Relacionado a isso vale a pena transcrever as seguintes palavras:

[...] se procurará (sic) curar apenas os efeitos causados por uma moléstia social, para a qual os legisladores-terapeutas fazem vista grossa. Não a vêem: a situação do operário nacional. Explorado, maltratado, aviltado pelos bem montados na fortuna e na vida, o mal-estar do operário constitui a causa única dessa moléstia. A cujos efeitos terribilíssimos estão a preocupar o nosso legislador caolho. (PETRY, 1999, p. 31.)

Novamente a sociedade está diante de um instrumento jurídico teórico relativamente bom para a realidade da época, mas cuja prática proposta se mostra deficiente e os resultados logicamente ineficazes, principalmente, em virtude da ausência de instituições estruturadas e, ainda em virtude da permanência de conceitos arcaicos.

Ante a necessidade de por fim ao cenário que despontava de ineficácia do Código de Mello Mattos e contínua desproteção do menor, Sabóia Lima estuda a origem do insucesso que mais tarde levaria a organização do Serviço de Assistência a Menores (SAM).

Registra Petry (1999) que o SAM era mais um instrumento que tinha por objetivo tentar dar eficácia ao Código de Mello Mattos e tinha como lógica de ação a internação de menores em situação de risco, medida essa que foi incorporada no Código de Menores de 1979. Porém, também foi mais um fracasso, tendo em vista o total descrédito atribuído às escolas modelares criadas pelo Serviço e os métodos aplicados.

O descrédito e o conseqüente fracasso do SAM motivaram a criação da FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-estar do Menor) no ano de 1964, em meio ao Governo Militar. Leciona Petry (1999) que é nesse momento que a questão da criança brasileira assume o *status* de problema social tratado sob os preceitos ideológicos da Segurança Nacional e o menor passa a ser tratado como objetivo de uma Política de Bem-estar – é a Política do Bem-estar do Menor (PNBEM) –.

A PNBEM encontrou fundamentação na Declaração Universal dos Direitos da Criança, no entanto, acabou por apresentar medidas muito setoriais, ou seja, medidas paliativas que não consideravam a realidade da infância no contexto da sociedade brasileira.

Ante as deficiências dos institutos normativos anteriores e o fracasso das instituições por eles criados, necessário se fez o advento de um novo código, surge, então, o Código de Menores de 1979 – Ano Internacional da Criança. As considerações pertinentes ao Código de Menores serão tratadas no próximo item deste trabalho, no entanto, desde já é fundamental que se registre que em 1990, anos após terem sido constatados irregularidades e flagrantes de desrespeito em face dos menores o Código de Menores foi substituído pelo ECA, cuja promulgação deu-se logo após a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, adotada pela Organização das Nações unidas (ONU).

Em substituição ao antigo princípio da ‘situação irregular da criança’, essa Convenção seguiu o da ‘ampla proteção’, fundado na situação de carência do menor em todos os sentidos, ainda que não se possa demonstrar que ele se encontra em ‘situação irregular’. (COMPARATO, 2006, p. 316).

Em 1993, no mês de maio, celebrou-se uma Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional. A referida Convenção foi celebrada em Haia e constitui fator relevante na proteção a crianças e adolescentes de todo o mundo. (COMPARATO, 2006).

2 Diferenças entre o Código de Menores e o ECA

Pretende-se, neste item, analisar as distinções entre o Código de Menores de 1979 (Lei 6697/79) e o ECA (Lei 8069/90) sob os seguintes aspectos: objetivo geral do instrumento, visão do menor, mecanismos de participação, fiscalização do cumprimento da lei e a contraposição entre a idéia da transferência de responsabilidades e das responsabilidades conjuntas. Ressalte-se que os aspectos a serem analisados são os propostos por Pereira (1998).

No que tange ao objetivo do instrumento entende Pereira (1998) que o Código de Menores foi promulgado com a idéia central de controlar a infância e a adolescência vítima de omissão e transgressão do Estado, ao passo que o ECA nasceu com o objetivo de ofertar proteção especial às crianças e aos adolescentes entendendo serem estes componentes de uma faixa etária em risco na população brasileira.

Verifica-se, portanto, que um instrumento é voltado, evidentemente para o menor como vítima ou como autor do fato criminoso e o outro se mostra voltado para a não configuração da desproteção ou da prática do fato análogo ao crime.

As distinções existentes entre o Código de Menores e o ECA no tocante ao objetivo dos institutos já demonstram que ambos também se diferem quanto à visão do menor. Cumpre esclarecer, apenas, que o referido aspecto está relacionado à forma como o legislador, o poder público e a sociedade enxergavam e passam a enxergar a criança e o adolescente.

Nota-se, pois, que enquanto o Código de Menores tutelava, exclusivamente, o menor em situação irregular e o enxergava como objeto de medidas judiciais, o ECA revolucionou ao tratar o menor como pessoa em situação peculiar de desenvolvimento e, sobretudo, como sujeito de direito e não como objeto.

O terceiro aspecto é referente aos mecanismos de participação. Registra Pereira (1998) que o Código de 1979 não abria precedentes para a participação de outros, senão as autoridades policiais e judiciárias. Já o Estatuto de 1990, instituiu uma série de mecanismos de participação de indivíduos de diferentes segmentos da sociedade nas três esferas (municipal, estadual e federal).

Os mecanismos de participação encontram guarida no ECA em diversos dispositivos que possibilitam a atuação de Conselhos diferenciados nas três esferas da administração pública, contudo, fato é que merece destaque o dispositivo legal que prevê a criação do Conselho Tutelar que atua diretamente na esfera municipal dada a sua competência para intervir em questões relacionadas ao interesse local.

A definição, as diretrizes gerais sobre a criação e o funcionamento dos Conselhos Tutelares estão previstas nos artigos 131 a 137 do ECA, sendo de grande expressividade o art. 131 do Estatuto, ora colacionado: “O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei”. (BRASIL, ECA, 2012, p. 926)

Oportuno é que se registre a existência de críticas acerca da atuação dos Conselhos Tutelares em vários municípios, principalmente, no tocante à atuação dos referidos órgãos no sentido de buscar a excelência dos resultados do processo de ressocialização. Fato é que as deficiências existem, contudo, nesse momento o objetivo é falar sobre os referidos conselhos e demonstrar o novo posicionamento do legislador e, por consequência, da sociedade no sentido de pulverizar as responsabilidades em prol de saldos mais efetivos.

Cumpre, agora, trazer à baila as considerações relacionadas à fiscalização do cumprimento da lei, mais especificamente no que se refere aos indivíduos responsáveis por

fiscalizar. Registra Pereira (1998) que o Código de Menores previa a responsabilidade exclusiva do Juiz e seus auxiliares, diferentemente do ECA que possibilita a participação da sociedade também no sentido fiscalizar a aplicação da lei.

A Lei 8.069/90 favorece a atuação de diversas instituições não apenas no que toca à responsabilidade de executar propriamente as suas previsões, como no caso dos Conselhos Tutelares, mas também no que concerne à possibilidade dessas instituições fiscalizarem a aplicação ou não, bem como verificar, se a referida aplicação está sendo ou não deficiente. Nesse sentido, vale registrar que existem outras instituições que atuam no âmbito da fiscalização, destacando-se, dentre elas, o Ministério Público, cuja atuação está prevista em outros dispositivos, mas principalmente, nos artigos 200 a 205 do ECA.

O advento do ECA também faz surgir uma nova ordem no que toca às responsabilidades das instituições, ou seja, com o novo Estatuto os direitos dos menores passam a ser da responsabilidade de todos (Estado, sociedade e família), diferentemente do que ocorria à época do Estatuto de 1979 em que as crianças e os adolescentes marginalizados eram sujeitos alvo da filantropia e da caridade, como se as instituições de caridade e filantrópicas fossem os responsáveis exclusivos pelo bem estar dos menores e da exclusão dos sujeitos em questão a fim de cessar o perigo que estes pudessem causar à sociedade.

Por fim, cumpre consignar que a apresentação dos quatro parâmetros acima não tem a pretensão de esgotar as distinções entre o Código de 1979 e o ECA, mas sim de traçar as diferenças básicas entre esses diplomas que apesar da proximidade temporal marcam épocas jurídicas muito diferenciadas quanto ao direito do menor.

Insta salientar que semelhantemente aos demais ramos do direito brasileiro o direito do menor encontra suas bases em princípios gerais e estabelece outros específicos que por certo nortearam as linhas dos estatutos ora em comento. Dada a importância desses princípios, são eles os objetos das considerações do próximo item.

2.1 dos princípios basilares do ECA

Os princípios que norteiam a proteção do menor não são, apenas, os específicos do ramo do direito do menor, conforme já mencionado. Também os princípios de direitos humanos universais influenciaram a formação do Estatuto e a atuação do Judiciário, razão pela qual serão alvo de considerações no presente trabalho.

2.2 princípios de direitos humanos universais

Não se pretende nesse subitem esgotar todos os princípios de direitos humanos universais que guardam relação com o direito da criança e do adolescente, tampouco se cobiça tratar de todos os princípios de direitos humanos. O objetivo aqui é versar um pouco acerca dos princípios mais destacados na doutrina e que revelam relação direta com os principais tópicos do direito do menor.

São os princípios de direitos humanos destacados: universalidade dos direitos com equidade social e justiça e igualdade e direito à diversidade.

Para Piovesan (2010) o princípio da equidade social e justiça e igualdade se calça na idéia de que todos os seres humanos são portadores da mesma condição de humanidade, logo são titulares dos mesmos direitos. O somatório entre essa idéia e a noção de justiça social dá origem à necessidade de um foco especial às minorias, não porque são diferentes em condição de humanidade e sim porque são mais vulneráveis do que as demais parcelas da sociedade.

A seu turno, o princípio do direito à diversidade determina que, apesar das pessoas serem iguais, elas têm peculiaridades que fazem com que necessitem de direitos específicos que lhes proporcionam maior segurança ante as diversidades que possuem. Nesse diapasão, é que se constata a existência das minorias no que tange à idade, à diversidade sexual, à questões raciais, sendo esse entendimento também de Piovesan (2010).

Apresentados os princípios gerais passa-se a tratar dos princípios específicos.

2.3 Dos princípios específicos basilares do ECA

Como já dito, não é objetivo do presente trabalho tratar de todos os princípios que guardam relação com os direitos da criança e do adolescente. Assim, nesse subitem far-se-á a apresentação dos princípios que os doutrinadores entendem como os basilares, quais sejam: o princípio da proteção integral, da prioridade absoluta e do superior interesse.

2.3.1 Princípio da proteção integral

Tal princípio fundamenta uma doutrina - a doutrina da proteção integral -. Com fulcro no art. 1º do ECA o princípio em questão determina que o menor de idade é titular de direitos e interesses que devem ampará-lo tanto do ponto de vista material, quanto do espiritual.

Segundo Fonseca (2011), o princípio da proteção integral determina o amparo completo, levando em consideração os cuidados especiais demandados pelo menor. Desse princípio decorrem outros que também contribuem para a tutela dos direitos do menor.

Leciona ainda Fonseca (2011) que o princípio da proteção integral tem previsão, ainda que não expressa, no art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), contudo, é na Declaração Universal dos Direitos da Criança que o princípio vai encontrar sua base. Nesse sentido, registre-se que além dessa declaração também outros documentos internacionais fundamentam a doutrina da proteção integral inaugurada por esse princípio.

Destarte se verifica que é desse princípio que derivam outros tantos dentre os quais é interessante destacar o princípio da cooperação que, conforme leciona Elias (2005) revela que é dever de todos contribuir com o atendimento às necessidades da criança e do adolescente brasileiro. Relacionado a isso verifica-se o surgimento de instituições que envolvem diversos setores da sociedade, dentre os quais é possível citar o Conselho Tutelar.

2.3.2 Princípio da prioridade absoluta

Por meio deste princípio fica determinada a primazia da criança e do adolescente em receber os cuidados, a precedência no atendimento e a preferência na formulação de políticas públicas. Ressalte-se que essa prioridade se justifica pela vulnerabilidade dos sujeitos e não deve ser entendida como um privilégio puro e simples, conforme salienta Fonseca (2011).

A fim de tornar mais palpável essa questão da prioridade seguem palavras esclarecedoras:

Priorizar o recém nascido é, antes de tudo, oferecer assistência pré-natal, saneamento básico, saúde, alimentação, vacinação em massa. Priorizar a criança até 12 anos é dar ensino primário, cultura, lazer, entre outras medidas, além de esporte e assistência médico-odontológica. Priorizar o adolescente, além do já mencionado, abrange o ensino profissionalizante, proteção ao trabalho, assistência familiar e também atendimento ao jovem em situação de risco. (PEREIRA, apud FONSECA, 2011, p. 18).

As palavras ora colacionadas deixam claro a necessidade de adequação da prioridade instituída pelo princípio às faixas, tendo em vista que a primazia teórica em nada adiantar para a tutela dos direitos dos menores brasileiros.

2.3.3 Princípio do superior interesse

É também denominado princípio do melhor interesse ou do interesse maior e encontra guarida no art. 3 da Convenção dos Direitos da Criança. Assevera Fonseca (2011) trata-se de princípio relativo que orienta o princípio da primazia determinando que não basta que o interesse do menor seja atendido é necessário que seja observado a melhor forma de assim fazê-lo.

2.4 A especificidade do direito da criança e do adolescente

Na lição de Piovesan (2010) fica claro que três diplomas introduzem na cultura jurídica brasileira um novo olhar ao direito da criança e do adolescente. São eles: a Constituição de 1988, o ECA (1990) e a Convenção sobre os Direitos da Criança – ratificada pelo Brasil em 1990.

Segundo Piovesan (2010) a doutrina da proteção integral em conjunto com as prerrogativas determinadas pelos outros princípios influenciadores orientou a difusão de uma série de direitos já previstos na Convenção e na Constituição que, sem dúvida, congregam com a necessária proteção especial demandada pela minoria em tela, o que enseja a obrigação do Estado e da sociedade de assegurar-lhes, por meio de leis ou por outros meios todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais em condições de liberdade e de dignidade.

Assevera Piovesan (2010) que a primeira grande demonstração da especificidade dos direitos do menor ocorreu antes mesmo do advento do ECA e consistiu na determinação da aplicação do antigo código de menores a todos os menores de 18 (dezoito) anos independente de estarem em situação de risco ou não. Seguindo o norte ofertado pelos princípios adotados o legislador brasileiro passou a tratar com considerável atenção os seguintes direitos: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e direito à profissionalização.

Ante a leitura das considerações de Piovesan (2010) acerca das especificidades dos direitos conferidos ao menor brasileiro verifica-se que alguns exemplos devem ser destacados, tendo em vista demonstrarem a condição especial do ser em formação. São eles: direito ao acompanhamento na fase pré-natal, incluindo o apoio alimentar à gestante (art. 8º do ECA); a vedação da distinção de filhos entre filhos havidos ou não na constância do casamento (art. 20 do ECA) e a proibição do trabalho em locais insalubres de menores de 18 (dezoito) anos, além de outras determinações específicas quanto ao trabalho do menor, sendo essas tratadas no quinto capítulo desse trabalho.

Outros tantos são exemplos que poderiam ser citados, contudo, os apresentados no parágrafo anterior são capazes de elucidar o quanto as disposições da legislação brasileira alcançam, em considerável parte, a condição especial do menor, o que, contudo, não é suficiente.

Embora não visasse tratar apenas do menor em situação de risco ou do menor que delinqüe, o legislador destinou considerável parte do ECA à tratativa do procedimento a ser

seguido caso o menor transgredisse a norma penal. De modo que o legislador cuidou de apresentar uma série de medidas, em tese, bem fundamentadas que é alvo das considerações do próximo capítulo.

Conclusão

As crianças e os adolescentes de todo o mundo ficaram desprotegidos e relegados à toda sorte da arbitrariedade do Estado por muito tempo. No Brasil não foi diferente, e os primeiros sinais de tutela de direitos mais do que necessários levaram algum tempo. Mas, felizmente, viu-se a afirmação de direitos fundamentais, que aconteceu, principalmente, por meio de estatutos como o ECA.

O ECA se mostrou um arsenal de armas muito potentes, mas que sozinhas não bastam. Isso porque a efetivação plena das propostas do ECA demanda a participação dos três atores mencionados incansavelmente nesse trabalho. Ocorre que hoje, infelizmente, o que se verifica é que na maioria dos casos as medidas propostas pelo ECA não vêm atingindo ápice dos objetivos, qual seja, a proteção integral aos infante-juvenis. Além disto, verifica-se uma cobrança muito grande quanto à obrigação das famílias no processo de reintegração e um reconhecimento da responsabilidade do Estado e da sociedade muito pequeno.

Referências

BRASIL. *Vade Mecum Universitário de Direito*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ELIAS, João Roberto. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCEZ, Sérgio Matheus. *O novo direito da criança e do adolescente*. Campinas: E. V. Editora, 1994.

PEREIRA, Ariselma. *Fundac*. Disponível em <http://www.sedes.ba.gov.br/pagina/fundac>. Acesso em Jul/2012.

PETRY VERONESE, Josiane Rose. *Os direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTR, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.