

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL DE SAMPAIO CAVICHIOLI

DUAS FAMÍLIAS, DUAS LEIS

CURITIBA

2019

RAFAEL DE SAMPAIO CAVICHIOLI

DUAS FAMÍLIAS, DUAS LEIS

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2019

C382d

Cavichioli, Rafael de Sampaio

Duas famílias, duas leis / Rafael de Sampaio

Cavichioli; orientador: José Antônio Peres Gediel. –
Curitiba, 2019.

258 p.

Bibliografia: p. 241-258.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação
em Direito. Curitiba, 2019.

1. Infância (Direito). 2. Direito de família. 3. Crianças.
4. Adolescentes. I. Gediel, José Antônio Peres. II. Título.

CDU 347.157

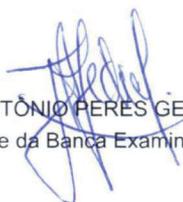
Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **RAFAEL DE SAMPAIO CAVICHIOLI** intitulada: **Duas famílias, duas leis.**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, que após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 09 de Agosto de 2019.



JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL
Presidente da Banca Examinadora



* KARYNA BATISTA SPOSATO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE)



ROGER RAUPP RIOS
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS)



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



ADRIANA ESPINDOLA CORREA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

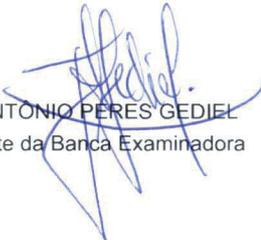


* Via Skype

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia nove de agosto de dois mil e dezenove às 13:30 horas, na sala De Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **RAFAEL DE SAMPAIO CAVICHOLI**, intitulada: **Duas famílias, duas leis.**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), KARYNA BATISTA SPOSATO (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE), RODRIGO XAVIER LEONARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ROGER RAUPP RIOS (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS), ADRIANA ESPINDOLA CORREA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela outorga. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutorado está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada à sessão, da qual eu, JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 09 de Agosto de 2019.



JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL
Presidente da Banca Examinadora



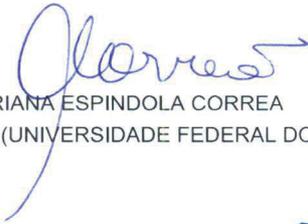
* KARYNA BATISTA SPOSATO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE)



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



ROGER RAUPP RIOS
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS)



ADRIANA ESPINDOLA CORREA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

* Via Skype



AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor José Antônio Peres Gediel pela orientação desta tese, pautada pelo diálogo amigo e pela crítica sincera.

Sou grato à Biblioteca do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná por ter me propiciado acesso a obras de difícil acesso e por ter facilitado meu contato com obras situadas em outras bibliotecas do país. Registro meu sincero agradecimento à antiga Coordenadora da Biblioteca de Ciências Jurídicas, Paula Carina de Araújo, por seu empenho e por sua dedicação.

Por terem me auxiliado no acesso a obras estrangeiras, agradeço a Andressa Chiamulera e ao Alfredo Andreazza Dal Lago.

Ao Lawrence Estivalet de Mello, sou grato pela disposição em ajudar, especialmente pela indicação de página eletrônica para gestão de referências e de professora para revisão ortográfica do texto.

A versão para o inglês do resumo é devida à professora Giselle Maria Paula e Silva Soffiatti e a versão para o francês, à professora Janaina Ravagnani. A revisão ortográfica e de normas de apresentação devo à professora Ana Paula Mira.

Pela leitura de trechos da tese ainda incompleta, agradeço a Maria Fernanda Battaglin Loureiro, ao André Luiz de Araújo e ao José Augusto Guterres. Sei das dificuldades cotidianas de cada um e como a leitura representou um esforço para que eu pudesse ouvir suas importantes impressões.

Aos meus pais, agradeço a dedicação à minha formação e ao meu bem-estar. De minha mãe, especialmente, tenho o exemplo da entrega interessada aos livros, aos estudos e ao conhecimento. Muito obrigado.

Sou grato a Juliana por ter me acompanhado e me apoiado nesses anos todos e por, diversas vezes, ter feito eu priorizar o que era prioritário. Você sabe que eu jamais conseguiria estudar, ler, escrever e fazer o que faço, não fosse você.

Ao Davi e a Maya, obrigado.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO I – O DIREITO E O SUBSOLO | 20 |
| 1 SEDIMENTOS DO ASSINALAMENTO E DA DILUIÇÃO DA PENA..... | 20 |
| 1.1 CRIANÇA PERIGOSA, SOCIEDADE EM PERIGO..... | 20 |
| 1.2 TODA LATITUDE AO GOVERNO | 30 |
| 1.3 A SOCIEDADE TEMEROSA: OS FILHOS DAS CLASSES PERIGOSAS | 38 |
| 2 SEDIMENTOS DA REDE DE PROTEÇÃO | 51 |
| 2.1 UM MEDIADOR ENTRE O ESTADO E A FAMÍLIA..... | 51 |
| 2.2 O GOVERNO DA POBREZA NA ORDEM LIBERAL | 63 |
| CAPÍTULO II – O DIREITO E O SOLO..... | 76 |
| 1 GENEALOGIA DOS AFETOS – O DIREITO ENTRE PAIS E FILHOS | 76 |
| 1.1 DO MAGISTRADO PIEDOSO AO ÉBRIO HABITUAL: CORROSÃO DOS PODERES PATERNOS?..... | 76 |
| 1.2 O INTERESSE DA CRIANÇA E A PORTA DA CASA | 85 |
| 2 A INFÂNCIA NO SOLO BRASILEIRO..... | 104 |
| 2.1 URBANIZAÇÃO E INFÂNCIA NA PRIMEIRA REPÚBLICA | 104 |
| 2.2 “NARCISO ACHA FEIO O QUE NÃO É ESPELHO” | 113 |
| 2.3 UMA CASA POBRE PARA CRIANÇAS POBRES | 124 |
| CAPÍTULO III – OUTROS SOLOS, MESMOS CORPOS..... | 135 |
| 1 O INTERESSE DA CRIANÇA EM DISPUTA..... | 135 |
| 1.1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA | 136 |
| 1.2 DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR: UM ANACRONISMO..... | 147 |
| 1.3 REDE DE PROTEÇÃO: O DIREITO CAPTURADO PELA FAMÍLIA..... | 154 |
| 2 A DOMESTICAÇÃO DO DIREITO | 170 |
| 2.1 <i>PARENS PATRIAE DOCTRINE</i> : “O PIOR DOS DOIS MUNDOS” | 171 |
| 2.2 O DIREITO DA INFÂNCIA CONTRA NEGROS E POBRES | 185 |
| CONCLUSÕES – A FAMÍLIA SITIADA PELO AFETO..... | 201 |
| 1 DUALIDADES PARA UMA ECONOMIA DA SUBJETIVIDADE | 202 |
| 2 UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA? | 212 |
| 3 O AFETO E A ALIANÇA | 218 |
| 4 O SUBSOLO E A SUPERFÍCIE..... | 227 |
| 4.1 NEGROS E POBRES, NOVAMENTE..... | 228 |
| 4.2 O INTERESSE DA CRIANÇA PARA OBSERVAR E GERIR A POBREZA | 231 |
| REFERÊNCIAS | 241 |
| 1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA | 241 |
| 2 MATERIAIS DE PESQUISA | 249 |

| | |
|---|-----|
| 2.1. ATAS DE CONGRESSOS INTERNACIONAIS..... | 249 |
| 2.2. JORNAIS..... | 253 |
| 2.3 LEGISLAÇÃO E ATOS NORMATIVOS..... | 253 |
| 2.4 JURISPRUDÊNCIA..... | 257 |
| 2.5. PÁGINAS ELETRÔNICAS | 258 |

RESUMO

Esta tese analisa o Direito da Infância e demonstra ele ter se revelado, no Brasil, um Direito de Família paralelo, que contribui para o controle social, para a economia da subjetividade das famílias de negros e pobres. Foi empregado o método foucaultiano, rejeitando noções transcendentais de infância e de família, e foi eleita uma positividade discursiva que elabora esses conceitos, especialmente as Atas de Congressos Internacionais do fim do século XIX e do início do século XX. Identificou-se que o Direito da Infância e suas práticas institucionais se assentavam sobre um temor de a criança pobre se tornar um adulto criminoso. Como, no contexto do liberalismo do século XIX, o Estado era, discursivamente, proibido de intervir sobre a esfera privada, a solução institucional encontrada para evitar que as crianças se tornassem criminosos foi delegar a entidades filantrópicas, os patronatos privados, a tarefa de intervir sobre as famílias pobres. O liberalismo proibia a ajuda direta aos pobres e, por isso, os patronatos desenvolveram sua tarefa por meio da vigilância e do aconselhamento, respaldados por medidas sancionatórias, como a destituição do pátrio poder, impostas pelo Estado às famílias desobedientes, que não adotavam os conselhos. Dessa maneira, delineou-se o subsolo do Direito da Infância, baseado na vigilância e no aconselhamento respaldados pela coerção estatal, cujo foco eram as famílias pobres. O aconselhamento era feito por meio do ingresso dos patronatos privados e, posteriormente, das autoridades estatais na privacidade do lar, a fim de avaliar os modos de vida, os hábitos de higiene, de alimentação e até mesmo as práticas sexuais. A legitimação desse ingresso se deu a pretexto de proteger a criança de maus-tratos ou abusos infligidos no âmbito doméstico. A partir da crítica formulada pelo juiz Georges Bonjean, no fim do século XIX, sobre a chamada correção paternal, identificou-se a fórmula jurídica para tal proteção, o interesse da criança, posteriormente elaborada no século XX como melhor interesse da criança. Essas práticas institucionais são incorporadas no Brasil no início do século XX e também são voltadas ao controle e vigilância das famílias pobres, o que é demonstrado por meio do exame do discurso de publicistas brasileiros, como Mello Mattos e Evaristo de Moraes. No fim do século XX, é elaborada a Doutrina da Proteção Integral, que, pautada por discurso humanista, visava a introduzir um Direito da Infância democrático e apartado de práticas institucionais discriminatórias. Ao se confrontar a crítica ao sistema de responsabilização penal de adolescentes brasileiros com a domesticação constitucional desse sistema pretendida pela Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1960, concluiu-se que o Direito da Infância e suas práticas institucionais são voltadas, prioritariamente, contra pobres e negros, colocando sob questionamento o objetivo da Doutrina da Proteção Integral. Por fim, esse mesmo questionamento é transposto para a análise dos processos de acolhimento e destituição do poder familiar, autorizando a formulação da tese de que o Direito da Infância brasileiro é um Direito de Família paralelo, voltado à economia da subjetividade de famílias de negros e pobres.

Palavras-chave: Sujeito de direito. Criança e adolescente. Direito da Infância. Direito de Família.

RÉSUMÉ

Cette thèse analyse le Droit de l'Enfant et indique que, au Brésil, il est inséré dans le cadre du Droit de Famille ce qui contribue pour le contrôle social, pour l'économie de la subjectivité des familles des noirs et des pauvres. On a utilisé l'approche foucauldienne qui écarte les notions transcendentales de l'enfance et de la famille. On a choisi, également, la positivité discursive qui élabore ces concepts, surtout les actes des Congrès Internationaux de la fin du XIX et du début du XX siècle. On a identifié que le Droit de l'Enfant et ses pratiques institutionnelles se penchaient sur la crainte que l'enfant pauvre puisse devenir un adulte criminel. Étant donné que, dans le contexte du libéralisme du XIX siècle, l'État était, discursivement, interdit d'intervenir sur la vie privée, la solution institutionnelle trouvée pour éviter que les enfants deviennent des criminels, était celle de déléguer aux institutions philanthropiques, les patronats privés, le rôle d'intervenir sur les familles pauvres. Le libéralisme interdisait l'aide directe aux pauvres et, pour cela, les patronats ont développé son rôle par le biais de la surveillance et de la recommandation, soutenues par des mesures de sanction, comme la déchéance de l'autorité parentale, imposées par l'État aux familles désobéissantes, qui ne suivaient pas les recommandations. Ainsi, le sous sol du Droit de l'Enfant a été tracé, basé dans la surveillance et les recommandations, lesquelles ont été sauvegardées par la contrainte de l'État, dont la cible était les familles pauvres. Les recommandations étaient faites par le biais des patronats privés et, ensuite, par les autorités de l'État au sein du foyer, afin d'évaluer la façon de vivre, les habitudes d'hygiène, l'alimentation et même les pratiques sexuelles. Cette action a été légitimée sous le prétexte de protéger l'enfant des maltraitances ou des abus domestiques. À partir de la critique formulée par le juge Geroges Bonjean à la fin du XIX siècle sur la correction paternelle, la formule juridique pour telle protection – l'intérêt de l'enfant - a été identifiée et, plus tard, au XX siècle, elle a été élaborée en considérant cette question et est présentée comme l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces pratiques institutionnelles sont appliquées au Brésil à partir du début du XX siècle et sont tournées vers le contrôle et la surveillance des familles pauvres, ce qui est représenté à travers le discours des publicitaires brésiliens comme Mello Mattos et Evaristo de Moraes. À la fin du XX siècle, la Doctrine de Protection Intégrale est élaborée, et, basée sur le discours humaniste, elle vise à introduire un Droit de l'Enfant démocratique et écarté des pratiques institutionnelles discriminatoires. Quand la critique brésilienne au système de responsabilité pénale des adolescents a été comparée avec la domestication constitutionnelle du système qui visait la Cour Suprême des États-Unis dans les années 1960, on a conclu que le Droit de l'Enfant et ses pratiques institutionnelles sont dirigées, principalement, contre les pauvres et les noirs, ce qui met en question le but de la Doctrine de Protection Intégrale. Finalement, les mêmes questions sont prises en compte pour l'analyse des processus d'accueil et de déchéance de l'autorité parentale, ce qui autorise la formulation de la thèse que le Droit de l'Enfant brésilien est un Droit de Famille séparé, dirigé vers l'économie de la subjectivité des familles des noirs et des pauvres.

Mots-clés : Sujet de droit. Enfant et adolescent. Droit de l'Enfant. Droit de Famille.

ABSTRACT

This paper analyzes Child Protection laws and shows that, in Brazil, they are a parallel to Family Law and contributes to social control and black/poor families' economy of subjectivity. The Foucauldian methodology has been used, rejecting transcendental notions of childhood and family and it was elected a positive discourse that elaborates such concepts, especially Minutes of International Congresses held at the end of the 19th century and beginning of the 20th century. It was identified that Child Protection Laws and their institutional practices were based on the fear that a poor child might become a criminal. As, in the context of the 19th century liberalism, the State was, discursively, forbidden to intervene in private matters, the institutional solution to avoid children turning into criminals was to delegate to philanthropic entities - the so-called private patronages - powers to intervene in the lives of poor families. The liberalism excluded direct assistance to families in need and, consequently, there was room for patronages that developed their own method through surveillance and counseling, supported by sanctions, such as the destitution of parental rights, imposed by the State to non-abiding families, which preferred not to take advices. Thus, the Child Protection's underground was outlined, based on surveillance and counseling, supported by state coercion, whose main target were poor families. Counseling was provided by private patronages and, later, state authorities, within the privacy of family homes, aiming at assessing lifestyles, hygiene habits, eating habits and even sexual practices. The legitimacy of such interference was based on the pretense of protecting the child from abuse and maltreatment in their own homes. After such paternal correction was criticized by Honorable Georges Bonjean, at the end of the 19th century, it was identified a legal formula for such protection, that is, the child's interest, later on improved and called, in the 20th century, the child's best interests. Such institutional practices are incorporated, in Brazil, at the beginning of the 20th century, also focusing on control and surveillance of poor families, which is demonstrated in the speeches of Brazilian publicists, such as Mello Mattos and Evaristo de Moraes. At the end of the 20th century, it was devised the Full Protection Doctrine, supported by a humanistic discourse, which aims at introducing democratic Child Support laws, distinct from discriminating institutional practices. When reading Brazilian criticism to the penal accountability of adolescents, against such system's constitutional domestication, as intended by the US Supreme Court, in the 1960s, it is possible to conclude that Child Protection Laws and respective institutional practices are primarily against poor and black people, casting doubt on the real purpose of the Full Protection Doctrine. Lastly, the same doubt is transported to the analysis of the fostering process and destitution of family rights, authorizing the formulation of the proposition that Brazilian Child Protection laws are a parallel Family Law, focusing on poor/black families' economy of subjectivity.

Keywords: Subject of law. Child and adolescent. Child Protection Laws. Family Law.

INTRODUÇÃO

Nas culturas ameríndias amazônicas, os animais são percebidos como pessoas com um envólucro, com uma roupa de bicho, e os xamãs são seres aptos a se comunicarem com os animais porque os veem sem a roupa de bicho. Para Viveiros de Castro, os xamãs conseguem transpor mundos, adotam a perspectiva dos bichos e os veem como pessoas. Essa atividade é perigosa e para poucos, pois, para leigos, desprovidos de habilidades xamânicas, a travessia dos mundos e a visão dos animais sem a roupa de bicho representam, comumente, um contato fatal, sem retorno. Por isso, o xamã exerce uma diplomacia cósmica:

A noção de que os não humanos atuais [isto é, os animais e plantas] possuem um lado prosomórfico invisível é um pressuposto fundamental de várias dimensões da prática indígena; mas ela vem ao primeiro plano em um contexto particular, o xamanismo. O xamanismo amazônico pode ser definido como a habilidade manifesta por certos indivíduos de cruzar deliberadamente as barreiras corporais e adotar a perspectiva de subjetividades aloespecíficas, de modo a administrar as relações entre estas e os humanos. **Vendo os seres não humanos como estes se veem (como humanos), os xamãs são capazes de assumir o papel de interlocutores ativos no diálogo transespecífico; sobretudo, eles são capazes de voltar para contar a história, algo que os leigos dificilmente podem fazer. O encontro ou o intercâmbio de perspectivas é um processo perigoso, e uma arte política – uma diplomacia. Se o ‘multiculturalismo’ ocidental é o relativismo como política pública, o perspectivismo xamânico ameríndio é o multiculturalismo como política cósmica.**¹

Nos países do Ocidente europeu, da América do Norte e também no Brasil, entre o fim do século XIX e o início do século XX, a prática do Direito e da Justiça da Infância pressupõe uma perspectiva sobre as crianças e adolescentes, assumindo-as como seres incompletos cuja incompletude viabilizaria uma moldagem moral, em prol de um modelo familiar e de organização político-econômica baseado na divisão social do trabalho, no trabalho livre e assalariado e na hierarquia entre as classes sociais (a família patriarcal, o Estado liberal e o modo capitalista de produção).

A partir da metade do século XX, elabora-se a autodenominada Doutrina da Proteção Integral, cujo marco é a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e cuja expressão maior é a qualificação da criança e do adolescente como pessoa. À semelhança dos bichos dos ameríndios, o Ocidente “descobriu” que a criança era pessoa. Mas essa descoberta exigiu a criação e o aprimoramento de práticas e de ambientes institucionais que permitiram esse

¹ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. 5.ed. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p.357-358.

discurso de verificação, de dizer a verdade sobre a criança. Se a escola e a pedagogia, se a puericultura e a medicina são práticas institucionais e de produção do saber que contribuíram para essa descoberta, o Direito e a Justiça da Infância também participam dessa tarefa, e em grande medida por meio de associação com essas outras práticas.

O menor é o indivíduo potencialmente criminoso porque é exposto a ambiente imoral. Ele é explorado pelo pai ébrio e é negligenciado pela mãe prostituta. Vive em casa de cômodo. É educado na mendicância e na gatunagem praticada em grupos. A criança e o adolescente são pessoa, são portadores de uma Nova Era de cidadania e de direitos, mas, como portadores que são, carregam consigo aquilo que não detêm inerentemente: são portadores da autonomia, mas não são autônomos. O menor, potência de crime e de sedição, é substituído pela criança, potência de autonomia e de responsabilidade. Ambos participam do elemento comum, a noção de potência.

A civilização assombrada pelo fantasma do sujeito – expressão maior da ideia de autonomia e de responsabilidade, seja o indivíduo autônomo que funda a ordem econômico-política liberal, seja a classe revolucionária, vanguarda da emancipação humana – é desafiada por esse ser lacunar, cuja característica é a falta. Ao menor, à criança e ao adolescente faltam a autonomia e a subsequente responsabilidade.

Diante desse ser aporético – que é aquilo que poderá vir a ser – essa civilização desenvolve práticas institucionais para compreendê-lo e forjá-lo. Da escola ao escotismo, dos internatos aos reformatórios, passando por uma Justiça especializada sobre esses seres lacunares, tais práticas são envoltas em saberes dedicados a elaborar um discurso sobre eles.

Se os xamãs ameríndios – seres transespecíficos – adotam a perspectiva dos seres inumanos (plantas e animais) para tecer uma diplomacia cósmica, a civilização ocidental colocou para si a tarefa de traduzir para o mundo do sujeito autônomo, responsável e adulto a perspectiva desses seres lacunares, desprovidos de plena autonomia e de plena capacidade de responsabilização, enfim, seres infantis.

No campo institucional do Direito e da Justiça da Infância, pedagogos, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, juízes, *probation officers*, *rapporteurs*, *délégués*, promotores de Justiça e Conselheiros Tutelares são seres transgeracionais, os diplomatas do tempo e da maturidade, escolhidos para transporem e traduzirem o mundo da infantilidade para o mundo da autonomia e da responsabilidade. Um labor incansável, um discurso insaciável produzem o menor ou a criança e o adolescente como seres lacunares.

O Direito e a Justiça da Infância, com as suas práticas institucionais, integram, dessa maneira, uma economia da subjetividade ao elaborarem sobre o indivíduo um discurso de

verificação (o que é o menor, o que é criança, o que é adolescente, o que é pai, o que é mãe, o que é cuidado, o que é afeto, o que é negligência, o que são maus-tratos) que deriva de uma interação social baseada na observação, na orientação do “bom conselho” e na coerção estatal. À maneira da Escola e do Exército, a Justiça se torna plataforma de observação, classificação e seleção de indivíduos, e a ela é atribuída a tarefa de proteger a sociedade e a infância abandonada e exposta à imoralidade.

Diferentemente do juiz do Iluminismo penal, discursivamente apresentado como órgão imparcial que aprecia e julga fatos, tem-se o juiz paternal, cuja virtude está na pessoalidade do trato, na parcialidade orientada à proteção do menor, na capacidade de mobilizar a sociedade para o bom combate e – ouvido sagaz, dotado da habilidade de cativar o coração da pequena alma caída diante de si prostrada – de obter a confissão do crime e de promover a expiação. Um juiz engajado na boa causa da infância que a protege dos perigos (e sempre são muitos!) ao tempo em que defende a sociedade da potência criminosa desses seres lacunares.

Essa nova Justiça e esse novo Direito da Infância tinham por finalidade justamente gerenciar os diversos interesses identificados no entorno da criança em perigo ou perigosa (o interesse de a criança ser protegida, o interesse de os pais se livrarem dos filhos insubmissos e o interesse da sociedade em ser protegida das famílias desregradas e de seus filhos, potenciais criminosos).

Essa nova Justiça não julgava fatos, retribuindo penas para os crimes praticados ou absolvendo os inocentes, em conformidade com a principiologia liberal. Tratava-se de uma Justiça voltada a examinar o estado da criança colocada sob o seu olhar (é uma criança em perigo? Qual é o perigo? Qual é a sua causa? Como suprimir o perigo?). Em vez de se perguntar “O que foi feito?”, perguntava-se “Quem é?”. Como não se objetivava retribuir uma pena para um fato criminoso praticado, mas se pretendia compreender a criança e evitar que ela se tornasse um criminoso, essa Justiça da Infância se apresentava com novos elementos organizacionais.

Para saber “Quem é?”, ou seja, para avaliar o estado da criança e da sua família, essa nova Justiça, para além do juiz, do promotor de Justiça, do advogado, precisou de funcionários que investigassem as famílias, que pudessem avaliar seus hábitos de trabalho, de higiene, de lazer, de saúde, seu modo de morar etc.

Apenas com a avaliação desses elementos – baseada na interação social entre funcionários da Justiça, patronatos privados, entidades filantrópicas e famílias atingidas – seria possível decidir se a criança vivia, ou não, em estado de perigo ou se ela estava exposta

a elementos perniciosos, que pudessem torná-la um adulto criminoso. Os *délégués*, os *probations officers*, os comissários, os assistentes sociais, os médicos passaram a integrar o funcionamento da Justiça, e o seu processo decisório passou a depender de seus relatórios e informações.

A pena não era mais vista como medida eficaz para sancionar o crime praticado, pois não se pretendia sancionar o crime, mas salvar o indivíduo de seu estado de perigo. Por isso, identificado esse estado por meio dos relatórios e informações trazidos ao juiz, as medidas salvadoras eram aplicadas por uma rede solidária, uma rede de proteção, dedicada a proteger permanentemente a criança e sua família, sob o olhar gentil e vigilante da Justiça. Assim, para retirar do estado de perigo e desmoralizante em que se encontravam a criança e a sua família, os patronatos privados – articulados com a escola, com a Justiça, com as Forças Armadas etc. – orientam os bons conselhos, ensinando os hábitos de higiene, de trabalho, de estudo, de poupança, tão caros à ordem liberal.

Se o conselho do patronato revelava o aspecto “gentil” do olhar da Justiça, a ameaça da privação da liberdade e da perda do poder paternal correspondiam ao seu aspecto observador e coercitivo. Ora, a eficácia do conselho dependia da perene observação das famílias, a fim de se avaliar se tinham aderido às orientações e alterado seus hábitos.

Caso os relatórios de acompanhamento das famílias não revelassem essa mudança, a legislação autorizava à Justiça adotar medidas sancionatórias mais graves para proteger a criança de seu meio, com o objetivo de evitar que ela se tornasse um adulto criminoso. A colocação em colônias, em escolas de preservação ou de reforma e a perda de poder paternal, mecanismos de afastamento da criança de sua família, eram consideradas medidas para sua proteção. Por isso, discursivamente, a punição, manifestada por uma grave intervenção sobre a organização familiar e por restrição da liberdade da criança, era representada, em verdade, como sua proteção. Punição e proteção, ambiguidade basilar da Justiça e do Direito da Infância.

Havia uma tentativa de prevenir o crime porque se acreditava na existência de uma

origem, de uma causa do crime². O crime, concebido como um efeito, poderia ser erradicado ao se atuar sobre suas causas. Entre as causas do crime, estava a família, pois, conforme o modo de criação de seus filhos, ela poderia entregar criminosos ou trabalhadores à sociedade.

Por isso, por intermédio do aparato institucional do Direito da Infância, o Estado, apoiado sobre a rede filantrópica, deveria observar as famílias e intervir sobre a sua organização a fim de assegurar a correta educação dos filhos para evitar o surgimento de criminosos. O primeiro aspecto relevante desse Direito da Infância era o desenvolvimento de técnicas de vigilância para *assinalar* as famílias desviantes, ou seja, para indicar os sinais de desvio.

A observação das famílias tinha o objetivo de evitar o surgimento de novos criminosos e se concretizava pela associação entre saberes diversos e as instituições a eles relacionadas: a puericultura, a assistência social, a rede filantrópica e a coerção judicial (pelos instrumentos da suspensão e da destituição do poder paternal e da alteração da guarda dos filhos) atuavam conjuntamente para “ensinar” e controlar as famílias, orientando-as a conduzir seus filhos ao bom caminho. A observação das famílias e a identificação dos sinais de desvio por meio dessas instituições e seus saberes correspondem ao *assinalamento*. Assim, a escola pode identificar uma criança com mau rendimento escolar e com elevado absenteísmo e comunicar esse fato à Justiça da Infância. Esta, recebido o assilamento do desvio, poderá acionar a rede de proteção, para examinar a família e oferecer a ela bons conselhos.

O *assinalamento* das famílias desviantes constitui a primeira etapa da prevenção ao crime desempenhada pela regulação jurídica da infância, correspondente à identificação dos sinais de desvio. Se a prevenção é uma palavra de ordem, a proteção da criança é um postulado: as crianças, futuro da sociedade e da pátria, devem ser protegidas das más influências das famílias desviantes. Assim, a criança ou o jovem que praticou um crime deve ser protegido do ambiente criminógeno em que se encontrava, o que pode exigir o afastamento de sua família ou a intervenção sobre o seu ambiente familiar, a fim de que essa

² As correntes de criminologia chamadas etiológicas sustentam a existência de causas propiciadoras do crime na sociedade, como o ambiente social propício a formar criminosos (em virtude dos mais diversos fatores, desde a desigualdade social ou a afinidade de interesses de grupo à facilidade para praticar condutas qualificadas como crime de sorte a restar impune) ou, ainda como exemplo, uma alegada degenerescência biológica dos indivíduos pode ser entendida como o fator causal que os torna criminosos. A partir da identificação das causas dos crimes, o Estado deveria implementar políticas criminais voltadas para eliminar tais causas. Um modelo da criminologia etiológica é a escola positivista italiana do fim do século XIX e início do século XX. Nesse sentido, cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 38-40.

ambientação deixe de ser causadora de sua delinquência.

Dessa maneira, sob o postulado salvacionista da proteção, o Direito da Infância é caracterizado pelo desenvolvimento de novas técnicas de punição correspondentes à aplicação por tempo indefinido de medidas consideradas aptas a corrigir os sinais desviantes que, por serem alegadamente impostas em proveito da criança, são denominadas medidas de proteção, ainda que contenham evidentes traços punitivos, em virtude de restringir a liberdade e de intervir na privacidade familiar.

Assim, por exemplo, para além das medidas de suspensão do poder paternal e da destituição do poder paternal (que intervêm no ambiente familiar, afastando filhos do convívio com os pais), desenvolvem-se técnicas de punição complementares ao aprisionamento e que são impostas às crianças e aos jovens delinquentes (como a liberdade vigiada, a *probation*, a internação em escolas para aprendizado de profissão e para afastamento da família).

Essas medidas se caracterizavam pela indefinição temporal, que viabilizava ao Estado e às sociedades filantrópicas a ele associadas a vigilância constante das famílias e dos seus filhos delinquentes, avaliando-os e os reavaliando, a fim de determinar a continuidade, progressão ou regressão de tais medidas (por exemplo, a liberdade vigiada do delinquente poderia progredir para a internação em escola ou para o aprisionamento conforme se considerasse a piora de seu comportamento).

Diferentemente da pena de prisão elaborada pelo liberalismo político, em que o tempo de encarceramento e os limites da punição são previamente definidos em lei e na sentença, essas técnicas de punição são marcadas pela *diluição da pena*, isto é, pela indefinição temporal e material das medidas interventivas sobre a liberdade do indivíduo e de sua família.

A indefinição é justificada para viabilizar o exame permanente do indivíduo e da sua família, especialmente para verificar se as medidas impostas a eles foram eficazes para eliminar as causas do desvio criminógeno (alcoolismo, imoralidade dos pais, habitação imprópria etc.) ou se essas medidas devem ser substituídas por outras, mais eficazes. A atividade interventiva e corretiva sobre a família e o indivíduo desviantes tem efeito duradouro (pode se estender por anos), sucessivo (uma medida de intervenção é sucedida por outra) e imprevisível (a aplicação das medidas depende de avaliação do caso concreto pelas instituições da rede de proteção). Por isso, diferente da pena do liberalismo jurídico, a *pena é diluída*.

Desse modo, o *assinalamento* e a *diluição da pena* constituem um dispositivo de controle social desenvolvido pelo Direito da Infância construído no fim do século XIX e no início do século XX. Nele, o assinalamento vigia e indica o desvio, e a diluição da pena põe em funcionamento as medidas necessárias para corrigir o desvio. Jacques Donzelot desenvolve teoricamente esse dispositivo para a análise do Direito da Infância francês³ e, nesta tese, ele se apresenta como ferramenta analítica fundamental para demonstrar que o Direito da Infância é, especialmente no Brasil, um Direito de Família paralelo, dedicado à vigilância e ao controle de negros e pobres.

Esse controle social das famílias é implementado pelo dispositivo do assinalamento e da diluição da pena com base em um padrão de normalidade familiar. Em outras palavras, se, de um lado e por hipótese, o assinalamento e o corretivo da diluição da pena indicam como desviantes o abandono escolar, a embriaguez dos pais, a habitação familiar precária ou determinadas práticas sexuais, de outro, eles produzem o sentido da normalidade, ou seja, a frequência regular à escola, o uso socialmente adequado do álcool, as formas apropriadas de divisão dos cômodos da residência e mesmo quais são as formas socialmente aceitas de sexualidade.

Por meio desse dispositivo, os agentes encarregados da vigilância e da correção (a rede filantrópica associada ao Estado e autoridades estatais) contribuem para a construção do sentido socialmente compartilhado de família normal. Assim, norma e desvio podem ser compreendidos como resultantes de interações sociais, em vez de serem apreendidos como realidades ônticas.⁴

O dispositivo do assinalamento e da diluição da pena constitui, portanto, uma chave interpretativa e metodológica segundo a qual a norma e o desvio podem ser lidos como resultados de interações sociais. A partir dessa leitura metodológica, é possível estabelecer que a família desviante é uma construção histórica derivada de interações sociais, e é possível analisar o sedimento histórico da família desviante, isto é, a família conceituada como criminógena, que expõe suas crianças ao perigo e, por isso, é capaz de transformá-las em adultos criminosos.

A dificuldade de obter leituras especializadas sobre a formação histórica do Direito da Infância por autores brasileiros exigiu a procura de bibliografia especializada estrangeira.

³ DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. Traduzido por M. T. da Costa Albuquerque. Revisão técnica de J. A. Guilhon Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986. p. 103.

⁴ Sobre o desvio entendido como resultado da interação entre a pessoa violadora da regra e entre a pessoa aplicadora da sanção, ver BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1963. Chapter 1, 9%. Edição Kobo.

Embora haja material bibliográfico que trate do tema sob o método histórico e sociológico⁵, não há leituras brasileiras com o método de exame de legislação, de institutos jurídicos (como a perda do pátrio poder) e de discursos que propiciaram a formação do Direito da Infância no início do século XX, tal como feito nesta tese. Por isso, o recurso à bibliografia especializada estrangeira foi essencial para compreender esse processo e para transpor métodos para análise do caso brasileiro.

Três livros foram centrais para identificar o paralelismo das preocupações da Europa continental e dos Estados Unidos com a criminalidade e com as famílias desviantes e como essas preocupações, datadas do fim do século XIX, contribuíram para a construção do Direito da Infância e da Juventude, o que constitui um elemento central da tese, porque essa base é recepcionada, com adaptações, pelo Direito brasileiro do início do século XX.

Não se trata de método de Direito Comparado, mas de exposição analítica da identidade de preocupações e de certas soluções encontradas pela elite burocrático-intelectual para a questão da criminalidade e da infância, a partir das vivências familiares.

O primeiro é o livro de Davi Niget, que estabelece comparações entre a França e o Canadá no tocante à formação da Justiça da Infância e da Juventude, no fim do século XIX e no início do século XX⁶. O foco desse livro é a compreensão das alterações legislativas pertinentes à infância e à juventude e das mudanças institucionais, especialmente do Poder Judiciário, para julgar os casos que envolvem crianças e suas famílias.

O segundo livro trata especificamente do caso francês, mas teve especial utilidade porque ele se dedica a entender como a conformação da criança desviante e da família desviante depende da interação social empreendida no interior das instituições (Justiça, escola, prisão, assistência pública, sociedades filantrópicas etc.). A análise da produção do desvio é, então, empreendida por meio do exame das instituições e da legislação nascente que as conforma, com inspiração no método interacionista de Howard S. Becker. Trata-se do livro de Pascale Quincy-Lefebvre⁷.

⁵ Cf., por exemplo: CORRÊA, Mariza. A cidade de menores: uma utopia dos anos 30. In: FREITAS, Marcos Cezar de (organizador). **História social da infância no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.81-99.; MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de (organizador). **História social da infância no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.53-79.; RIZZINI, Irene *et al.* **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 335 p.

⁶ NIGET, Davi. **La naissance du tribunal pour enfants**. Une comparaison France-Québec (1912-1945). Presses Universitaires de Rennes: Rennes, 2009. 417 p.

⁷ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**. Paris: Economica, 1997. 437 p.

O terceiro livro, embora não focalize as alterações jurídicas e legislativas, como o de David Niget, e nem efetue um exame minucioso das interações sociais estabelecidas nas instituições voltadas ao controle social, como o de Pascale Quincy-Lefebvre, permitiu entender como a emergência do Direito da Infância no início do século XX se relaciona com a associação entre Estado, burocracia (especialmente a Judiciária) e filantropia. Essa associação é, ademais, tributária da ideologia liberal (que vedava o apoio estatal direto aos pobres) e do temor da elite econômica e intelectual em relação à pobreza e ao seu espectro de sedição. O livro de Anthony M. Platt⁸ aborda esses temas, dedicando-se ao pioneirismo dos Estados Unidos, onde se estabeleceu a primeira *Juvenile Court*, na cidade de Chicago e em 1899.

Para além de terem chamado a atenção ao paralelismo entre as preocupações que os países ocidentais tinham com a questão da criminalidade dos pobres no início do século XX, esses três livros tiveram a importante função de ressaltar a necessidade de compreender o Direito da Infância no Brasil a partir do discurso sedimentado sobre a infância pobre entre o fim do século XIX e o início do século XX.

Mais do que isso, os três livros indicaram que esse discurso, no Brasil, não podia ser desvinculado daquele outro sedimentado nos Estados Unidos e na Europa continental, pois havia uma comunicação constante de experiências institucionais e de saberes entre a elite intelectual e burocrática do período, como provam as Atas dos Congressos Internacionais e os textos do publicista brasileiro Evaristo de Moraes, analisados nesta tese.

Com base nessas referências e em virtude da percepção de que o desvio e o normal derivam de interações sociais em instituições e que essas interações são positivadas em discursos, assumiu-se, no trabalho, a recusa metodológica em assumir a família desviante e a criança desviante como conceitos dotados de transcendência, o que exigiu delimitar um campo de positividade no qual certa noção de infância é discursivamente sedimentada. Em outras palavras, exigiu-se a definição de um sítio onde se podem encontrar os sedimentos históricos da família desviante e da criança desviante, ou seja, a positividade das interações onde se produzem a normalidade e o desvio da família e da criança.

A identificação dessa positividade também implica se precaver quanto às teleologias inerentes a certas narrativas históricas: não há uma ideia de criança ou de família sob as aparências da história das instituições estatais e privadas; não há um saber oculto que influencia os conhecimentos científicos e autorizados sobre a criança; e não há uma origem,

⁸ PLATT, Anthony M. **The child savers: the invention of delinquency.** Expanded 40th anniversary ed. Rutgers University Press: New Brunswick, New Jersey, and London, 2009. 292 p.

uma datação do surgimento da ideia de criança. Em lugar do oculto, há o manifesto; em lugar da sombra, a qual o saber privilegiado pode iluminar e desvelar a verdade antes ocultada, existe um amontoado de coisas ditas e manifestas sobre a criança e a família; em lugar da data originária, em lugar da gênese, a aleatória contingência do dito no tempo.⁹

Ao se opor a qualquer noção transcendente ou a qualquer noção teleológica da infância e da família, pode-se, em contrapartida, assumir que certa concepção de família e de infância – a de infância exposta a perigo e tornada objeto de proteção – é forjada e estabelecida por práticas discursivas que expressam as interações entre norma e desvio.

Um caminho possível e escolhido na tese para analisar como se manifesta a noção de uma infância exposta ao perigo é explicitar o acúmulo discursivo, do fim do século XIX e do início do século XX, produzido pela intelectualidade e pela burocracia pública e privada (patronatos) ligadas à chamada infância perigosa ou da chamada infância moralmente abandonada. Esse acúmulo discursivo é a positividade que contribui para a formação do Direito da Infância do início do século XIX, a respeito do qual se desenvolve a análise presente nesta tese.

Nos Congressos Internacionais Penitenciários ou nos Congressos Internacionais sobre as questões relativas aos patronatos realizados nesse período, constata-se a participação massiva de, entre outros, professores universitários de Direito, agentes públicos encarregados das penitenciárias, diretores de patronatos e juizes de diversos países da Europa Ocidental e dos Estados Unidos da América.

Em virtude dessa característica – participação de representantes de diversos países do Ocidente ocupantes de cargos públicos e de posições privadas destacadas no âmbito das relações de poder dedicadas à infância –, as atas desses Congressos expressam como essa burocracia estatal e privada explicitava a percepção de uma infância exposta ao perigo da formação criminosa e como essa burocracia propunha, tomando uma expressão cara a esses

⁹ Essa opção metodológica encontra inspiração no método positivista de análise do discurso explicado por Michel Foucault em *A Arqueologia do Saber*. Cf. FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 129-171.

burocratas, “salvar” as crianças, a família e a sociedade desse perigo.¹⁰

O primeiro capítulo da tese é dedicado sobre essa positividade e busca compreender a construção dessas noções de infância em perigo e de infância perigosa e das práticas sociais que interagem com essas noções, o que caracteriza o Direito da Infância do fim do século XIX e do início do século XX, utilizando-se a chave de leitura do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.

A análise da dispersão discursiva sobre a infância em perigo ou sobre a infância perigosa viabiliza identificar um sítio sedimentar desse dispositivo na vigilância moralizadora das famílias pobres. No final do século XIX e nos países industrializados do Ocidente (Canadá, Estados Unidos e Europa Ocidental), essa vigilância foi pensada como medida mais racional e mais eficaz do que a prisão na tentativa de controle preventivo da criminalidade, fosse ela originária das famílias imigrantes (Estados Unidos) ou fosse ela derivada das famílias operárias (Europa Ocidental).

A vigilância das famílias pobres, contudo, não era desempenhada exclusivamente pelo Estado, porque o cânone liberal da proibição de interferência estatal sobre a livre iniciativa econômica dos indivíduos se apresentava como interdição a uma atuação direta do Estado. Em lugar dessa atuação estatal direta, um mecanismo desenvolvido pelas sociedades liberais para implementar o governo da pobreza foi o uso ostensivo de sociedades de patronatos.

A relação entre as famílias pobres, patronatos e Estado tem desdobramentos relevantes. O controle social decorrente dessa interação tem como ponto de partida a

¹⁰ A percepção de que as atas desses Congressos poderia ser uma fonte importante para compreender a ideia de uma infância exposta ao perigo da formação criminosa foi obtida a partir da leitura do trabalho de Rosa del Olmo acerca da formação da criminologia da América Latina. No livro, a autora se propõe à tarefa de compreender como o pensamento criminológico latino-americano se forma a partir da criminologia europeia e norte-americana e, para tanto, ela analisa as atas de tais Congressos. A lente de leitura de Rosa del Olmo se vale de um materialismo histórico ortodoxo com arbitrários condicionamentos da produção científica à chamada estrutura econômica; apesar disso, o livro tem a relevante intuição acerca da pertinência de se analisar o pensamento criminológico do fim do século XIX e início do século XX com base nas atas desses Congressos. Cf. OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 328 p. Tradução de: Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Dupont-Bouchat também destaca a importância dos Congressos Internacionais Penitenciários, dos Congressos Internacionais sobre Beneficência e dos Congressos Internacionais sobre a Proteção da infância para o fim de se compreender a ideia da necessidade de uma justiça especializada para tratar da infância perigosa e em perigo. De acordo com a autora, participavam desses congressos mandatários dos governos dos diversos países, assim como os novos filantropos, simultaneamente políticos, juristas e homens de obras beneficentes, cujas vozes influenciavam a ação parlamentar e filantrópica. Por isso, a ação desses filantropos se projetava tanto sobre a esfera público-estatal quanto sobre a esfera privada. Para frisar a relevância do tema da infância nesses Congressos, a autora relata que, entre 1872 e 1914, foram realizados 15 congressos internacionais, sendo oito congressos penitenciários internacionais e os demais dedicados ao patronato e à proteção da infância (DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). **Enfance et justice au XIXe siècle: Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance: 1820-1914** (France, Belgique, Pays-bas, Canada). Paris: Presses Universitaires de France, 2001., p. 103, 385-386 e 392-393.).

preocupação da elite econômica daqueles países industrializados com a atividade contestatória da hierarquia social pelas camadas populares, a chamada questão social, cujo sinalizador é a Comuna de Paris de 1871. Assim, o controle e a vigilância das famílias têm nítido recorte de classe social, pois são pensados para se dedicarem sobre as famílias pobres, com o objetivo de domesticá-las em conformidade com a hierarquia social e com sua posição de mão de obra para o trabalho livre.

Se a vigilância das famílias pobres concebida no fim do século XIX indica o subsolo sedimentar do assinalamento e da diluição da pena, tal como examinado no primeiro item do capítulo I, a interação entre família, patronatos e Estado, examinada no segundo item, sinaliza para os sedimentos da rede de proteção que articula o assinalamento e a diluição da pena.

O exame analítico desses sedimentos é de extrema importância porque a rede formada pela interação entre Estado, patronatos e família constitui um verdadeiro governo liberal da pobreza, assentado sobre um paradoxo incontornável. Na exata medida em que o canône liberal da livre iniciativa proíbe ao Estado a ajuda direta aos pobres, a filantropia, por meio dos patronatos, auxilia os pobres de maneira indireta, por meio dos conselhos moralizadores às famílias; mas, paradoxalmente, essa mesma filantropia demandará subvenções e apoio estatal.

O paradoxo do governo liberal da pobreza transforma a Justiça da Infância em um observatório da pobreza, incapaz de implantar uma vigilância totalizante sobre as famílias pobres e, simultaneamente, desinteressado em tratá-las como titulares de direitos sociais. A incapacidade resulta de uma carência de recursos para implementar o projeto de vigilância completa das famílias. O desinteresse deriva da circunstância de se apontar a causa da pobreza como uma falta moral do pobre.

O interesse da criança é o solo sob o qual está depositada essa rede de proteção, e esse interesse autoriza o ingresso da rede na privacidade dos lares para ofertar bons conselhos às famílias pobres. No segundo capítulo, é feita a análise da crítica formulada pelo juiz Georges Bonjean, no fim do século XIX, contra o mecanismo jurídico da correção paterna previsto no Código Civil francês de 1804 (a possibilidade legal de o pai obter a prisão do filho menor em virtude de sua insubmissão). A partir desse exame, percebe-se uma dualidade no Direito de Família.

De um lado, um Direito de Família focado no pátrio poder e no poder marital, outorgando ao pai e ao marido a gestão do patrimônio e do nome familiares, ao reconhecer a ele elevados poderes. No Código Civil de 1804, o pai pode mandar prender o filho menor insubmisso; autoriza, ou não, o filho com idade inferior a 25 anos a casar; exerce o pátrio

poder isoladamente; é usufrutuário legal dos bens dos filhos menores de 18 anos e administra os bens dos filhos com idade inferior a 21 anos. Ainda, no Código, o pátrio poder é inquestionável e inatacável, não podendo o Estado interferir no seu exercício pelo pai, magistrado privado.

De outro, em paralelo, sem que haja revogação das normas desse Código Civil sobre o pátrio poder, é editada, na França do fim do século XIX, uma legislação que permite a suspensão e a destituição do poder familiar, assim como a retirada do filho menor da guarda de seu pai, em virtude de maus-tratos, entre outras causas, e independentemente de condenação do pai pela prática de crime contra seu filho.

Como foi possível a convivência do Código Civil do magistrado privado com essa legislação esparsa do fim do século XIX? No segundo capítulo, essa questão é apresentada, e a resposta, desenvolvida na tese e ressaltada em suas conclusões, identifica o Direito da Infância como um Direito de Família paralelo, focado na vigilância das famílias pobres desempenhada por meio do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, dispositivo operado pela rede de proteção e legitimado pelo interesse da criança que, a pretexto de a proteger, autoriza o ingresso na privacidade do lar e a intervenção sobre estilos de vida.

Paralelamente, o Código Civil de 1804 regula as relações familiares burguesas, imprimindo o contorno normativo da gestão e da sucessão do nome e do patrimônio, o que estrutura juridicamente o *dispositivo da aliança*, categoria emprestada da análise foucaultiana da família¹¹.

Identificado esse paralelismo dos contornos normativos da família – de um lado, a família pobre integrada no dispositivo do assinalamento e da diluição da pena; de outro, a família com patrimônio, enredada no dispositivo da aliança –, a tese se desenvolve para demonstrar como opera o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena e como ele é presente na realidade brasileira, incluindo-se no âmbito da autodenominada Doutrina da Proteção Integral, sucessiva da Constituição da República de 1988, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

O dispositivo da aliança é retomado apenas nas conclusões. Essa escolha de enfoque sobre o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena se justifica porque se pretende demonstrar a tese da existência de um Direito de Família paralelo, voltado aos pobres. O Direito de Família focado sobre quem possui patrimônio e operado pelo dispositivo da aliança

¹¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 118-119.

é aquele comumente conhecido, regulamentado pelo Código Civil e explicado pela bibliografia especializada tradicional, como se encontra na vulgata dos manuais.

Em virtude dessa opção, a segunda parte do capítulo II examina como os sedimentos históricos do Direito da Infância foram recepcionados pelo Brasil no início do século XX, culminando com o Código de Menores de 1927, e o capítulo III se dedica à análise da regulação internacional e brasileira do Direito da Infância estabelecida na segunda metade do século XX, a autodenominada Doutrina da Proteção Integral, bem como ao exame das práticas sociais e institucionais que operam essa regulação.

A recepção desse Direito da Infância é analisada com base na prática discursiva do Direito do início do século XX, sobretudo com o uso de textos de publicistas brasileiros, como o primeiro juiz de Menores da América do Sul, Mello Mattos; como Evaristo de Moraes; como Beatriz Sofia Mineiro e como o juiz de Menores, Saúl de Gusmão. A inspiração desse uso discursivo deriva do método foucaultiano e da leitura do livro de Irene Rizzini, que analisa, especialmente, textos do médico puericulturista Moncorvo Filho¹². Em lugar do discurso médico examinado pela autora, analisa-se, nesta tese, o discurso sobre a infância no início do século XX tecido por publicistas brasileiros versados em Direito.

Relativamente à Doutrina da Proteção Integral, sua regulação jurídica, no âmbito internacional, encontra maior expressão na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989¹³ e, no Brasil, na Constituição de 1988¹⁴ e na Lei Federal n.º 8.069/1990¹⁵, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por meio dessa regulação, a criança e o adolescente são tratados normativamente como sujeito de direito, isto é, como titular de direitos e como ente apto a participar de relações jurídicas, por meio das quais exerce seus direitos. Contudo, conforme o seu grau de

¹² RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011. 200 p.

¹³ BRASIL. Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1990/decretolegislativo-28-14-setembro-1990-358772-norma-pl.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

¹⁵ BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 27 fev. 2019.

maturidade, a criança e o adolescente, para exercerem seus direitos e participarem de relações jurídicas, dependem da representação ou da assistência de um adulto¹⁶, motivo por que eles são qualificados como pessoas em desenvolvimento, tal como prevê o art. 227, § 3.º, V, da Constituição da República.

Se a criança e o adolescente são tratados normativamente como pessoas em desenvolvimento e, por isso, são dependentes do apoio de um adulto para tomarem decisões, esse apoio do adulto é norteado por outro princípio basilar, o do melhor interesse da criança, previsto nos arts. 3.1, 18 e 21, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Dessa maneira, o Direito da Infância se assenta sobre o difícil equilíbrio entre o princípio da criança e do adolescente compreendidos como pessoa em desenvolvimento e o princípio segundo o qual os adultos, ao apoiarem essa pessoa em desenvolvimento, devem se orientar pelo melhor interesse da criança e do adolescente.¹⁷

Diante desse complexo equilíbrio entre o princípio da pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível compreender a importância do capítulo II e da sua análise do interesse da criança. Nesse capítulo, compreende-se como o Direito da Infância se desenvolve a partir da ideia de proteção jurídica ao interesse da criança em oposição ao poder paternal (atualmente, poder familiar) e como o desenvolvimento dessa proteção jurídica conforma o Direito da Infância como um Direito de Família paralelo, com regras próprias dedicadas às famílias pobres.

Esse segundo capítulo pode causar estranhamento porque, aparentemente distante da realidade brasileira, baseia-se no Direito francês e nas suas graves alterações ocorridas no curso do século XIX. No entanto, a escolha do caso francês se justifica metodologicamente, sobretudo para compreender como o interesse da criança é uma categoria que se forma em oposição ao poder paternal, como essa oposição explicita um Direito de Família paralelo àquele codificado e como esse Direito de Família paralelo é forjado para o controle social das famílias pobres.

Primeiro, a escolha do caso francês é feita porque o Direito Civil brasileiro é legatário do processo codificatório, cujo primeiro e maior exemplo é o Código Civil francês. Assim, na medida em que o Direito brasileiro, no curso do século XX, também recepciona o interesse da criança como uma categoria jurídica central para o Direito da Infância, é

¹⁶ VAN BUEREN, Geraldine. **The International Law on The Rights of the Child**. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 50.

¹⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional**. v.1 – A família no direito internacional privado. t. 2 – A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89-93.

importante compreender como essa categoria se relaciona com o Código Civil francês que, assim como o brasileiro de 1916, não a previa.

O segundo aspecto metodológico que justifica o exame do caso francês deriva da circunstância de o Código Civil francês, tal como o Código Civil brasileiro de 1916, prever o poder paternal ou pátrio poder como um conjunto de direitos e poderes do pai sobre os filhos menores, cujo exercício era insindicável pelo Estado. O pai, na França de 1804 e no Brasil de 1916, era um magistrado privado, para parafrasear Portalis. Assim, a análise do fenômeno francês é ilustrativa da forma pela qual, em menos de um século, construiu-se um Direito de Família paralelo, no qual havia ampla possibilidade legal de se enfraquecer e de se extinguir o poder paternal em virtude do interesse da criança.

Em terceiro lugar, para além da centralidade histórica e exemplar do Código Civil francês para a Europa e para países periféricos como o Brasil, a legislação francesa que regulou as hipóteses de enfraquecimento e de destituição do poder familiar conforma o Direito da Infância que serve de inspiração para outros países da Europa continental, e mesmo para o Brasil. Por exemplo, a lei francesa de perda do poder familiar, de 1889, que inaugura o Direito da Infância francês, é tida como modelo para a Bélgica e para os Países Baixos.¹⁸ No solo brasileiro, Evaristo de Moraes, no início do século XX, é combativo defensor da introdução de legislação semelhante, como mostram as conclusões desta tese.

Em virtude dessas razões, as perplexidades decorrentes da oposição do interesse da criança ao poder paternal no Direito francês são ilustrativas do fato de o Direito da Infância desempenhar o papel de um Direito de Família paralelo, voltado ao controle social das famílias pobres, função por ele desempenhada também no Brasil.

O capítulo III demonstra que a regulação do Direito da Infância da segunda metade do século XX, assentada sobre o princípio da criança como pessoa em desenvolvimento e sobre princípio do melhor interesse da criança, teve o objetivo humanista de se contrapor à regulação do início do século, anacronicamente descrita como Doutrina da Situação Irregular.

Parte da bibliografia especializada contemporânea considera que o Direito da Infância do fim do século XX e do início do século XXI rompeu com as características da

¹⁸ DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie *et al* (Org.). *Op. cit.*, p. 402. Dupont-Bouchat ressalta que a legislação francesa e belga serviram de modelo para diversos países europeus. Cf. DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie. *L'intérêt de l'enfant: Approche historique*. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **Droit et intérêt**. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-louis, 1990. p. 44-46. (Droit positif, droit comparé et histoire du droit). Volume 3.

denominada Doutrina da Situação Irregular¹⁹, típica do século XX. Isso porque, para essa bibliografia, o Direito da Infância do século XX é marcado pelo autoritarismo, sobretudo por segmentar o seu alvo, a criança e a família desviantes, e por assumir como objetivo a reforma moral desses desviantes.

Esse novo Direito da Infância do fim do século XX, autodenominado Doutrina da Proteção Integral, declara-se democrático e verdadeiramente protetivo das crianças, porque não estava destinado apenas a tratar das crianças pobres, mas de todas as crianças. Em vez de se preocupar com a proteção das crianças em virtude de sua pobreza, o que viabilizava o controle social das famílias pobres por meio do assinalamento e da diluição da pena, o novo Direito da Infância se declara preocupado em proteger todas as crianças e, especialmente, as que se encontram em situação de risco, não importando sua situação social e econômica.

No entanto, os capítulos II e III, com sua crítica sobre a construção da ideia de interesse da criança, permitem o desenvolvimento da tese de que a elaboração humanista do princípio do melhor interesse da criança se ergue sobre o subsolo de defesa social e de controle social dos pobres analisado no primeiro capítulo.

Uma maneira escolhida para apresentar essa tese foi, no terceiro capítulo, confrontar a crítica especializada sobre o sistema de responsabilização penal de adolescentes no Brasil com a crítica e a pretendida domesticação constitucional desse sistema nos Estados Unidos, durante a década de 1960.

No Brasil, a responsabilização de adolescentes pela prática de crimes é regulada por regras especiais, diversas daquelas aplicáveis aos adultos. Essas regras especiais incidem tanto no regime de imputação da conduta ao autor do fato (normas de direito material) quanto no regime de apuração da conduta e de execução da sanção imposta (normas de direito processual). Certa corrente bibliográfica, inserida no âmbito da Doutrina da Proteção Integral, tem se posicionado criticamente contra esse regime especial de responsabilização de adolescentes por ele ter caráter ambíguo, sobretudo porque ele declara punir e proteger os adolescentes de maneira simultânea²⁰.

A despeito de essa crítica ter o relevante mérito de apontar as lacunas normativas e

¹⁹ Ver, por exemplo: MARCILIO, Maria Luiza. *Op.cit.*, p.79.; AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. Conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p.55-56.; ALMEIDA, Luciano Mendes de. In: CURY, Munir (coordenador). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. Atualizada de acordo com a lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p.19.

²⁰ Exemplo dessa crítica pode ser encontrado em SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kobo.

teóricas do sistema de responsabilização penal de adolescentes no Brasil, indicando com precisão as desigualdades injustificáveis de tratamento legal que delas resultam²¹, o caso da pretendida domesticação constitucional das *Juvenile Court* estadunidenses serve para demonstrar os limites dessa crítica e, conseqüentemente, para abrir caminhos para os superar.

Conforme o estudo de Christopher P. Manfredi²² demonstra, a Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir da década de 1960, implementou uma domesticação constitucional das *Juvenile Court*, determinando, às unidades federadas, a incorporação de diversas garantias constitucionais na regulação jurídica das regras de imputação e de apuração de condutas criminais praticadas por adolescentes. Tratava-se de importar garantias constitucionais asseguradas aos adultos para os adolescentes.

O trabalho de Manfredi, contudo, problematiza os resultados dessa domesticação constitucional ao indicar que ela – embora tivesse o objetivo de introduzir parâmetros do Direito Penal e do Direito Processual Penal liberais no contorno normativo da apuração de condutas criminais de adolescentes e da imposição de penas a eles – teve por consequência o endurecimento das punições, o que, como aponta Barry C. Feld, afetou preponderantemente determinado segmento populacional de adolescentes, os negros.²³

Para Manfredi e, principalmente, para Feld, no século XX, consolidou-se uma prática institucional seletiva das *Juvenile Courts* que resistiu, eficazmente, contra a domesticação constitucional pretendida pela Suprema Corte. Ao se confrontarem os estudos de Manfredi e o de Feld com a corrente bibliográfica crítica da atual regulação brasileira da responsabilização criminal de adolescentes, explicitam-se os limites dessa crítica correspondentes ao fato de ela, assim como a pretendida domesticação constitucional estadunidense, deixar de analisar com profundidade a prática institucional brasileira sobre a apuração e o sancionamento de crimes praticados por adolescentes, que é seletiva dos pobres e negros, como demonstrado no capítulo III.

A percepção, no âmbito da responsabilização penal, de que a seletividade da Justiça da Infância estadunidense e brasileira está associada a práticas institucionais que preferem os

²¹ Alguns exemplos dessas desigualdades expostos por essa crítica e explicados no terceiro capítulo: desigualdade de tratamento entre adulto e adolescente, resultante de mais garantias para o adulto acusado de crime ao se comparar com o adolescente, inclusive no tocante a prisões cautelares de adultos e às chamadas internações provisórias de adolescentes; desproporção entre gravidade da conduta praticada e de sanção impositiva que o regime dos adolescentes permite, conferindo larga margem de arbitrariedade ao juiz e à equipe técnica que o auxilia.

²² MANFREDI, Christopher P. **The Supreme Court and juvenile justice**. Lawrence: University Press of Kansas, 1998. 256 p.

²³ FELD, Barry C. **Bad kids: race and transformation of the juvenile court**. New York: Oxford University Press, 1999. 374 p.

negros e pobres fez despertar o interesse para examinar se tal seletividade se apresentava no âmbito dos processos de acolhimento e de destituição do poder familiar, no Brasil.

Nas conclusões, essa hipótese é analisada e confirmada, ao ser elaborada e plenamente desenvolvida a tese central: o Direito da Infância e as suas práticas institucionais, centradas na Justiça da Infância, constituem um Direito de Família paralelo, sustentado sobre o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, que tem preferência pelas famílias de negros e pobres, os desprovidos de patrimônio, para as quais o Direito de Família do Código Civil, focado sobre o dispositivo da aliança, tem pouca eficácia como instrumento da economia da subjetividade.

CAPÍTULO I – O DIREITO E O SUBSOLO

1 SEDIMENTOS DO ASSINALAMENTO E DA DILUIÇÃO DA PENA

Este item analisa o discurso sobre a formação do Direito da Infância no fim do século XIX e no início do século XX, elaborado pela elite intelectual e burocrática dos Estados Unidos e da Europa Ocidental. Essa dispersão discursiva sobre a infância em perigo ou sobre a infância perigosa pode ser ordenada em três planos de análise. O primeiro ressalta o âmbito familiar como ambiente criminógeno e desmoralizador da criança. O segundo plano sustenta a inutilidade e mesmo a contrautilidade da pena de prisão às crianças, pois a prisão também carrega consigo um efeito desmoralizador. O último plano discursivo apresenta as soluções moralizadoras para as crianças desmoralizadas: a vigilância, atividades ao ar livre, disciplina militar e educação para o senso de precaução (educação financeira). A seguir, esses planos são examinados.

1.1 CRIANÇA PERIGOSA, SOCIEDADE EM PERIGO

No Congresso Penitenciário Internacional realizado em Bruxelas no mês de agosto de 1900, a Administração Penitenciária da França apresenta um relatório sobre o estado do sistema penitenciário francês com um anexo denominado “Observações morais sobre os pupilos confiados à tutela administrativa”²⁴.

Esse anexo inicia com a exposição estatística de 1897 da colônia de Douaires. Das 4698 crianças presentes em 31 dezembro de 1897 nessa colônia de meninos, 2183 pertenciam a pais com profissão indefinida (mendigos, vagabundos e prostitutas) ou pertenciam a família desconhecida ou desaparecida. Outros 786 tinham pais que sofreram condenações, 1614 eram órfãos de pai ou de mãe, 191 eram órfãos de pai e de mãe, 64 eram crianças de hospícios. Em suma, afirma o anexo, 2625 pupilos tinham uma origem que os predisponha para a queda.²⁵

De acordo com esses números, o relatório observa que os pais dessas crianças possuem má reputação, não tiveram educação e, por isso, não a podem ofertar a seus filhos.

²⁴ FRANÇA. Administration Pénitentiaire de France. Exposé de L'État du Système Pénitentiaire en France. Rapport présenté par l'Administration Pénitentiaire de France: ANNEXE – Observations morales sur les pupilles confiés à la tutelle administrative. In: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. Actes. Bruxelles Et Berne: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 499-511.

²⁵ A soma correta seria 2655, bem como a soma total supera 4698, mas se manteve a numeração apresentada no original. Cf. *Ibid.*, p. 499.

São pais afetados por uma incapacidade moral e nenhum desejo de cumprir seus deveres de chefe de família. Assim, a perversão das crianças provém de duas causas. A primeira, original, a falta de instrução moral e de educação; a segunda, subsequente, é a miséria e a perversidade da família, pois a criminalidade infantil é, antes de tudo, a projeção da desmoralização paterna e materna.²⁶

Esse contingente de jovens desmoralizados é classificado segundo a seguinte ordem: os inteligentes, os viciosos, os indiferentes e os atrasados. Os inteligentes são raros entre as crianças que cometem delitos de pequena importância. Porém, eles recebem as punições, ouvem os conselhos, reconhecem o afeto e o amor-próprio. Entre eles se recrutam, preferencialmente, os que se engajam no exército e, quando adultos, mostram reconhecimento e devoção pelos seus mestres, com gratidão pela passagem na colônia.²⁷

Os viciosos são a maioria. Neles, o coração parece não vibrar, os sentimentos parecem não existir; o afeto, a devoção e o dever são ignorados. Porém, não se pode culpá-los, pois não aprenderam a compaixão, a comiseração e a piedade, palavras vãs para eles. Extirpar essas faltas é muito difícil porque neles o mal criou raízes. A desordem moral é tão grande a ponto de ter atingido as fibras mais delicadas da organização cerebral. Eles têm horror da uniformidade, da ordem e da propriedade. O espírito de destruição é muito desenvolvido e eles se comprazem na sujeira e na desordem. Seus pais preferem fazê-los mendigar ou roubar em lugar de os enviar à escola.²⁸

Quando chegam à colônia, seu estado físico é grave, com o sistema muscular pouco desenvolvido. Eles não podem fazer o regime alimentar, pois recusam carne, vinho e sopa. A noção de propriedade é estranha para eles, assim como dormir com lençóis. Mesmo assim, o ar puro, a higiene, os bons cuidados e as duchas fazem deles grandes e fortes meninos, exceto os degenerados, filhos de alcoólatras, que, com vinte anos, têm o corpo de crianças de quatorze anos. A estatística, porém, demonstra a recidiva de muitos desses antigos pupilos após a saída da colônia, condenados por vagabundagem e mendicância, pois, com a saída, sentem falta da vida livre e semelhante à de um cão errante, que tinham antes da passagem pela colônia.²⁹

Entre os indiferentes encontram-se os semi-inteligentes, os semiviciosos e os semianormais. Eles possuem características das diversas categorias, mas não pertencem a

²⁶ *Ibid.*, p. 500.

²⁷ *Ibid.*, p. 500-501.

²⁸ *Ibid.*, p. 501-502.

²⁹ *Ibid.*, p. 503-504.

qualquer delas e, por isso, são enquadrados em uma categoria especial. São indolentes, obedecem e trabalham bem, sobretudo para escapar de uma punição. Não oferecem perigo, mas podem obedecer às incitações dos colegas, voluntariamente ou sob ameaça deles. No exército, eles formam bons soldados, reproduzindo a vida regular aprendida na colônia.³⁰

Os atrasados, os anormais e os degenerados são a exceção, mas existem em grande número entre as crianças nascidas nos departamentos onde o alcoolismo se tornou uma praga social. Segundo o relatório, o alcoolismo e a devassidão são as grandes fontes da criminalidade. Por isso, esses pupilos devem receber cuidados especiais, devendo serem separados do restante da população jovem.³¹

Apesar de suas deformidades físicas e cerebrais, esses jovens podem ser aperfeiçoados sob a condição de serem confiados à tutela administrativa, na qual o seu educador os tornará, se não úteis, ao menos não prejudiciais à sociedade.³²

O acerto ou o erro desse relatório quanto à classificação das crianças não são importantes para a análise do discurso por ele projetado. Ora, para a análise discursiva, não há muita utilidade em afirmar que, dada a criminologia contemporânea ou o estado da técnica da psicologia e da psiquiatria contemporânea, o relatório constitui uma peça de museu eivada de preconceitos.

A análise do discurso exige tratar o relatório como um dado discursivo, um sedimento da positividade pela qual a infância pode ser entendida como exposta a um perigo e, ocasionalmente, como perigosa. Para esse exame, o importante é perceber os eixos desse discurso sobre a infância em perigo e perigosa.

Como primeiro eixo, percebe-se a noção da criança como alguém passível de ser moldado, porque é compreendido como um ser em desenvolvimento. A criança não é como o adulto criminoso, contaminado de forma indelével pelo mal. A criança pode ter o mal enraizado em si em virtude do ambiente desmoralizado propiciado pelos seus pais, mas a intervenção educativa externa (da colônia, no caso) pode corrigir a rota mesmo dos viciosos, pois a recidiva não é absoluta. Com a correção da rota, a intervenção entrega um adulto, se não útil, ao menos não prejudicial à sociedade.

Ainda, para além de pedagógica, a intervenção educativa externa é curativa, pois a criança está em perigo e é perigosa não apenas por conta de seu comportamento, mas, sobretudo, por conta de seu estado de saúde: os viciosos, por exemplo, possuem o sistema

³⁰ *Ibid.*, p. 505.

³¹ *Ibid.*, p. 506.

³² *Ibid.*, p. 506.

muscular comprometido e a sua desordem moral atinge até mesmo as fibras da organização cerebral. A intervenção externa visa, então, a curar esse jovem e a afastar o perigo do qual ele é vítima e, ao mesmo tempo, portador. Na medida em que a finalidade da proteção ou da pena (pena e proteção são intercambiáveis) é a cura, compreende-se o motivo pelo qual a linguagem do Direito é também uma linguagem clínica e terapêutica.

Para buscar uma oposição constante no relatório, se o alcoolismo dos pais e a devassidão são causas determinantes do crime, é porque elas gravam a carne, impregnam o corpo, tornando-o degenerado e perigoso, verdadeiro antiexemplo do modelo almejado para esses jovens perigosos, ou seja, o bom soldado, obediente, ordeiro, disciplinado e saudável. Assim, a arte penitenciária de punir, a arte pedagógica de educar e a arte médica de curar associam-se para esconjurar o perigo moral do corpo e para converter a criança perigosa no adulto útil.

Nesse ponto reside o segundo eixo discursivo, a segurança da sociedade. O jogo de proteção e perigo estabelecido não se dirige apenas à criança e à sua família. Trata-se de um jogo elástico para um círculo mais amplo, abrangente da sociedade. Se o pai e a mãe são moralmente incapazes de educar seus filhos ou se os iniciam no ambiente do alcoolismo, da embriaguez e da prostituição, o perigo, ou melhor, os efeitos do risco a que são expostas essas crianças não serão suportados apenas pelo pai e pela mãe.

A predisposição para a queda – palavra adotada logo no início do relatório e tão cara à mitologia cristã – é um risco afeto a toda a sociedade; por isso, a necessidade de protegê-la contra a desmoralização das crianças e contra seu temido futuro imediato, a criminalidade infantil, justifica a intervenção corretiva (essa intervenção, como será abordada à frente, não é propriamente estatal, mas é desempenhada especialmente pela filantropia cristã, o que explica, em parte, a retórica escatológica – queda, desmoralização, enraizamento do mal etc.).

A proteção da infância é, portanto, uma obra de gestão de interesses: da criança, da família e da sociedade. Em 1894, M. P. Flandin, Vice-Presidente do Tribunal Civil do Sena, explica essa gestão de interesses no Congresso Internacional para o estudo das questões relativas aos patronatos dos condenados, das crianças moralmente abandonadas, dos vagabundos e dos alienados, realizado em Anvers.

Para Flandin, na obra de proteção (obra, mais uma expressão cara à mítica cristã) destinada a reformar a infância culpável, deve-se sempre ter em vista três grandes interesses igualmente respeitáveis: o interesse público, ou seja, o interesse de todos na diminuição do mal e na repressão aos malfeitores; o interesse dos pais de família, cujo Poder Público deve ajudar ante a infelicidade de eles terem filhos viciosos e indomáveis; e, por último, o interesse

das crianças, tornadas involuntariamente ou inconscientemente culpáveis na medida em que tiveram a infelicidade de nascer em uma família indigna ou incapaz de as educar.³³

Trata-se de uma engrenagem de interesses complexa, pois, ao tempo em que se tutela o interesse de todos contra o mal, deve-se tutelar o interesse do pai, acossado por um filho indomável e, simultaneamente, deve-se atender ao interesse do filho, fadado a ter nascido sob os cuidados de um pai indigno ou incapaz de o educar. Como conciliar esses interesses conflitantes? Não mais com a retribuição punitiva: para um mal feito, um mal retribuído. É preciso desenvolver uma ferramenta mais apropriada a essa engrenagem complexa, é preciso um parafuso de rosca sem fim, que, a cada mal feito, redistribui sua força mecânica para as demais peças da engrenagem e delas recebe sua força, de maneira contínua, incessante, perene.

Em lugar da justiça retributiva, necessita-se de uma justiça *redistributiva*, uma justiça articulada em rede, cuja atuação, fiscalização, apoio, diálogo e controle sobre as famílias se dilui no tempo e no espaço, viabilizando a cada novo evento, a cada novo assinalamento de desvio, uma nova acomodação dos interesses geridos. Trata-se da articulação do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.³⁴

No 4.º Congresso Internacional para o estudo das questões relativas ao patronato dos condenados, das crianças moralmente abandonadas, dos vagabundos e dos alienados, realizado em Liège no ano de 1905, Ugo Conti, professor de direito criminal e de procedimento penal na Universidade de Cagliari, Itália, enuncia a ideia dessa engrenagem infinita desempenhada por um controle regular da infância moralmente abandonada: antes de reprimir o crime, convém preveni-lo e, entre os meios de prevenção, o de alcance mais imediato é a proteção dos menores abandonados.³⁵

Se essa proteção é um dever moral da coletividade, ou seja, se o dever de assistir os abandonados, especialmente os pobres, é um dever moral, existe, então, de outro lado, a obrigação, não mais moral, mas a obrigação jurídica de o Estado assistir os abandonados. Ora,

³³ FLANDIN, M. P. Quelles sont, em matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants?. *In*: In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 2.

³⁴ Sobre esse dispositivo, cf. DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 103.

³⁵ CONTI, Ugo. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1.

do mesmo modo que o Estado regulamenta a repressão e organiza os outros meios do exercício da polícia, ele deve proteger os menores abandonados, especialmente os moralmente abandonados, simplesmente porque, ressalta Conti, o princípio da conservação social é a razão mesma da existência do Estado.

A proteção dos menores abandonados, como medida de prevenção do crime, deve ser desempenhada pela criação de um Comitê especialmente encarregado da proteção das crianças abandonadas em cada cidade de cada Estado, respeitadas as diferenças de costume e de leis particulares.³⁶

A composição do Comitê deve variar conforme o tamanho da cidade; as funções de membro do Comitê devem ser desempenhadas de forma gratuita, e as mulheres poderão participar dele. Entre as funções desse Comitê, que o habilitam a essa tarefa de parafuso de rosca sem fim, de engrenagem infinita: manter o registro exato dos menores abandonados com base nos dados de outros órgãos públicos; provocar a constituição imediata de conselhos de família ou de tutela; promover sua reunião frequente e registrar suas diligências; assumir provisoriamente os cuidados dos menores abandonados, provendo-os materialmente ou os recolhendo em uma casa de refúgio especial.

Ainda, entre as atribuições do Comitê: promover a colocação dos menores na sua própria família ou em outra família que aceita exercer sua guarda ou, ainda, em estabelecimentos beneficentes ou estabelecimentos de educação, conforme o caso; estabelecer as circunstâncias em que se faz necessário passar de uma medida protetiva a outra, até a data quando o menor atingirá sua maioridade; provocar a ação de destituição do poder paternal ou do poder de tutela e toda outra ação penal ou civil, no interesse dos menores, assim como, de acordo com o caso, procurar o consentimento dos titulares do poder paternal para o exercício do patronato do Comitê; por fim, fiscalizar a colocação em reformatórios dos menores abandonados cujas medidas ordinárias de proteção não tiverem sido suficientes, bem como fiscalizar a aplicação de toda lei concernente a menores abandonados e favorecer as iniciativas novas nesse sentido.³⁷

O Comitê sugerido por Ugo Conti articula uma rede de proteção, envolvendo desde a família protegida, a família substituta que aceita exercer a guarda da criança abandonada até os estabelecimentos beneficentes, as escolas de educação ou os reformatórios que poderão receber o menor para o investimento educativo e reformador. Não se trata de punir os menores

³⁶ *Ibid.*, p. 2.

³⁷ *Ibid.*, p. 2-3.

abandonados ou os menores delinquentes com uma retribuição previamente definida em lei, mas de diluir sua pena na engrenagem da rosca sem fim, pela qual o menor é avaliado periodicamente para, feito o assinalamento do desvio, estabelecer-se, a cada momento, qual medida é mais apropriada: colocação em família substituta, após devolução à família natural ou colocação em escola de educação, ou, por fim, colocação em reformatório.

Essa engrenagem articuladora do assinalamento e da diluição da pena não é uma proposta isolada de Ugo Conti. No Congresso Penitenciário Internacional realizado em Bruxelas no mês de agosto de 1900, M. F. Woxen, Secretário Geral do Ministério da Justiça da Noruega, apresenta um memorando intitulado “O sistema penitenciário da Noruega”.

Nesse memorando, Woxen explica que, em seu país, os menores de 10 anos não podem ser condenados a qualquer pena, e as crianças de 10 a 15 anos apenas podem ser punidas se agirem com discernimento, mas a pena deve ser menos severa do que a dos adultos, assim como os delinquentes de 15 a 18 anos podem ser punidos, mas com penas menos severas do que aquelas aplicáveis aos adultos. As penas podem consistir no açoite (para os meninos de 10 a 15 anos e para as meninas de 10 a 12 anos), na advertência, na prisão e até na colocação em estabelecimento de educação correcional.³⁸

Os estabelecimentos de educação correcional, e isso é importante para observar a dinâmica do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, não recebem apenas as crianças condenadas, mas recebem também as crianças que são enviadas pelas administrações escolares ou pelas comissões de assistência pública. Conforme explica Woxen, de acordo com as leis sobre educação primária, as administrações escolares podem decidir por colocar em estabelecimentos de educação correcional as crianças cuja moralidade é comprometida em virtude da negligência ou da depravação dos pais ou dos tutores.³⁹ Assim, o estabelecimento de educação correcional é destinado tanto para a execução da pena imposta a menores delinquentes como para a reforma moral de crianças desmoralizadas. A pena é diluída em proteção a partir dos assinalamentos de desvios indicados pela rede encarregada de apoiar as famílias e as crianças, vale dizer, a escola e a assistência pública.

Se a diluição da pena submete a família e a criança a uma rede de proteção dotada de elasticidade para se fazer constante na vida familiar e para impor uma medida corretiva para cada sinal de desvio apresentado, percebe-se, tanto na proposta do Comitê de Ugo Conti,

³⁸ WOXEN, M. F. Le système pénitentiaire de la Norvège. In: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. *Actes*. Bruxelles et Berne: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 591.

³⁹ *Ibid.* p. 592-593.

como na possibilidade de as próprias escolas norueguesas colocarem as crianças desmoralizadas em estabelecimentos correccionais também destinados a menores delinquentes, a concepção comum segundo a qual pena se dilui na proteção indefinida da criança, da família e da sociedade, com o objetivo precípua de reformar moralmente a criança abandonada.

O memorando de Woxen é acompanhado da tradução da lei norueguesa de 6 de junho de 1896 sobre o tratamento de crianças moralmente abandonadas. Chama a atenção nessa lei a criação de um conselho de tutela que deve existir em cada cidade e deve ser composto pelo juiz e pelo pastor locais, acrescidos de cinco membros eleitos por dois anos pelo conselho municipal. Entre os cinco membros, devem estar um médico local e uma ou duas mulheres.

Esse conselho delibera a portas fechadas, tem competência para ouvir o pai e a mãe da criança e, antes de deliberar, pode ouvir testemunhas, fazer investigações e empregar todos os meios repressivos e de coerção, devendo seguir as formas prescritas pelo código de procedimento penal.

As decisões desse conselho podem ser executadas pela polícia ou pela assistência pública. Entre suas atribuições, esse conselho de tutela pode decidir sobre a colocação de criança com idade inferior a 16 anos em famílias com moralidade segura, em asilos para crianças ou em estabelecimentos similares e, ainda, em escola correccional. Ao decidir sobre essa colocação, o conselho de tutela poderá, ainda, declarar a perda do poder paternal do pai e da mãe ou de apenas um deles, designando um tutor.⁴⁰

O conselho de tutela norueguês centraliza, portanto, a rede de proteção, definindo e distribuindo a diluição da pena entre outros entes: família substituta com moralidade considerada adequada, estabelecimento de educação correccional, asilo para crianças etc. Constatada a imoralidade da família, a pena se dilui em proteção organizada entre diversos organismos.

Essa proteção não é apenas diluída entre os organismos encarregados de aplicá-la, mas é ambígua e indefinida na sua própria finalidade, pois pode ser empregada uma proteção em favor da criança ou de sua família com o objetivo final de proteção da sociedade, pois o assinalamento do desvio e a aplicação da pena/medida de proteção não são organizados apenas em razão do interesse da criança, mas, como visto, eles constituem resultados da engrenagem infinita, da rosca sem fim voltada à acomodação e à gestão dos interesses da

⁴⁰ *Ibid.* p. 598-613.

criança, da sua família e da sociedade.

No IV Congresso Internacional para o estudo das questões relativas ao patronato de condenados, das crianças moralmente abandonadas, dos vagabundos e dos alienados, realizado em Liège, de 8 a 12 de agosto de 1905, Louis Albanel, juiz de instrução no tribunal do Sena, em Paris, e Presidente do “Patronato familiar”, apresenta outro exemplo da justiça da infância como gestora de interesses.⁴¹

Para Albanel, as crianças moralmente abandonadas são aquelas cujos pais devem ser destituídos do poder paternal ou aquelas cuja guarda deve ser confiada pela justiça à assistência pública ou privada na medida em que suas famílias são indignas ou incapazes de as educar saudavelmente ou porque suas famílias as maltratam e as privam dos cuidados essenciais⁴².

As leis de 1889⁴³ e de 1898⁴⁴ são o início de uma legislação para a preservação moral da juventude, que deve completar a legislação destinada a reprimir a criminalidade juvenil. Essas leis, segundo a retórica cristã de Albanel, são inspiradas por um sentimento generoso de piedade para as crianças que são vítimas de suas famílias, mas também atendem a uma necessidade de defesa social baseada sobre uma preservação sabiamente organizada, com vistas a evitar que as crianças caiam nos mesmos erros que seus pais.⁴⁵

Nas preocupações de Albanel, pode-se notar o delicado equilíbrio o qual a justiça de menores está encarregada de manter, pois ela deve acomodar o “generoso sentimento de piedade” dedicado ao interesse das crianças vitimadas por sua família e expostas ao perigo e, simultaneamente, essa nova justiça gestora de interesses está encarregada de acolher e defender a sociedade, evitando que essas crianças, agora perigosas, “caiam no mesmo erro de

⁴¹ ALBANDEL, Louis. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 2.

⁴² *Ibid.*, p. 2.

⁴³ Possivelmente, o autor pretendia se referir à lei sobre a proteção das crianças maltratadas ou moralmente abandonadas, que versa sobre a perda do poder paternal. Cf. FRANÇA. Loi du 24 juillet 1889. **Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés**. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁴ Possivelmente, o autor pretendia se referir à lei sobre repressão às violências, vias de fato, atos de crueldade de atentados cometidos contra as crianças. Cf. FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. **Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants**. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 2.

seus pais”.

Desse modo, para cada espécie de desvio apresentado, haverá uma pena/proteção adequada, diluída em diversos organismos apropriados para a sua execução. Quanto às crianças para as quais é insuficiente a colocação em famílias substitutas à de seus genitores (“*placement familial*”), deve-se criar estabelecimentos fechados para recolhê-las. A aplicação de tal medida é necessária tanto para as famílias cujos pais são indignos de educar seus filhos quanto para as famílias cujos pais, a despeito de seus esforços e honorabilidade, são incapazes de melhorar os instintos perversos dos filhos.⁴⁶

As crianças indisciplinadas, viciadas ou mesmo culpáveis podem ser melhoradas ao serem colocadas em uma escola de preservação, na qual é indispensável pesquisar qual é o fator determinante de sua energia nociva. Para algumas, as moralmente abandonadas, sabe-se que a má educação recebida é esse fator determinante, motivo pelo qual a destruição do vínculo familiar pode remediar essa situação.⁴⁷

Outras crianças recebem uma educação sã e firme de uma família honorável, mas os instintos maldosos são desenvolvidos, conscientemente para algumas (rebeldes contra a autoridade familiar e social) e inconscientemente para outras (a maior parte é portadora de taras congênicas ou as adquirem, tornando-se anormais). Estas últimas devem ser educadas em estabelecimentos especiais. As portadoras de patologias mentais têm de ser internadas em asilos especiais onde elas podem ser melhoradas ou mesmo curadas, mas elas não devem ser confundidas na massa de crianças, devendo receberem uma educação pedagógica especialmente adaptada.⁴⁸

Em suma, classificam-se as crianças em duas categorias distintas: os indisciplinados e viciosos destituídos de tara hereditária e os outros, os tornados anormais por causa congênita ou por causa adquirida. Essa classificação serve para definir os meios curativos da criança, pouco importando se sua família é digna ou honorável, pois a amoralidade deve ser combatida onde ela estiver (na criança ou na família).⁴⁹ “Em uma palavra, a sociedade deve intervir todas as vezes que uma educação severa deve ser imposta a uma criança que manifesta tendências nocivas ou insalubres, qualquer que seja o meio do qual ela provém.”⁵⁰

⁴⁶ *Ibid.*, p. 2-3.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 3-4.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁰ Tradução livre de: “*En un mot, la société doit intervenir toutes fois qu’une éducation sévère doit être imposée à un enfant, manifestant des tendances nocives ou malsaines, quel que soit le milieu auquel il appartient.*” *Ibid.*, p. 4.

O juiz Albanel introduz um tema importante: o perigo que espreita crianças, família e sociedade é um perigo insidioso como as bactérias de Pasteur. Ele acomete os corpos, a despeito das prevenções do meio familiar. Por isso, o juiz gestor de interesses das vítimas desse perigo insidioso deve conhecer e classificar as crianças, ministrando a cura apropriada para afastar o mal que as acomete. É um juiz gestor de interesses e médico moral, capaz de identificar o instinto perverso e oculto e capaz de definir qual é a cura, o instrumento de sua reversão (colocação em família substituta, escola de preservação, asilos especiais etc.).

Na medida em que a desmoralização infiltra a carne e o corpo, a obra da proteção da infância trata de uma cura adequada e específica para o tipo de perigo a ser enfrentado, e essa especificidade individualizante demanda, para além da prisão, outras respostas curativas para a infância perigosa e em perigo.

1.2 TODA LATITUDE AO GOVERNO

No Congresso Internacional para o estudo da questão relativa aos patronatos dos condenados, das crianças moralmente abandonadas, dos vagabundos e dos alienados, realizado em Anvers no ano de 1894, o substituto do Procurador do Rei em Verviers, Presidente do Comitê dos Patronatos das Crianças e dos condenados em Viviers e, ainda, Membro da comissão real dos Patronatos da Bélgica – Arthur Levoz – sintetiza as ideias de um mal insidioso que acomete de forma específica e individual a criança, demandando uma resposta curativa específica.

Para ele, na matéria de perseguição judicial de menores de dezesseis anos, são inaplicáveis as penas propriamente ditas, tal como é feito em relação aos adultos, pois, tão logo são identificados os instintos perversos nas crianças, elas devem ser apenas protegidas e corrigidas. Na maioria das vezes, a entrega da criança aos seus próprios pais é a melhor medida a ser tomada e, algumas vezes, é necessária a entrega à autoridade pública.⁵¹

Porém, se a prisão é inaplicável aos menores de 16 anos, a sociedade ficará desarmada? Em resposta, Arthur Levoz explica que a sociedade não restará indefesa, pois o menor será colocado à disposição do governo ao menos durante cinco anos, dos 16 aos 21 anos, período no qual serão aplicadas as medidas apropriadas para corrigi-lo.

⁵¹ LEVOZ, Arthur. Quelles sont, en matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p.2-3.

Ainda, Arthur Levoz explica que, conforme estabelecido no 1.º Congresso de Anvers, não se deve examinar se a criança agiu com ou sem discernimento, devendo os menores serem julgados e colocados à disposição do Governo.⁵²

Levoz sustenta irrelevância de examinar o uso do discernimento por crianças que praticam crimes, podendo-se explicar essa posição pelo fato de ele considerar que as crianças delinquentes são afetadas por um mal insidioso, por um instinto perverso. De outro lado, no complexo equilíbrio de interesses afeto à justiça da infância, Levoz não abandona o interesse da sociedade em se ver defendida do crime. Assim, a solução apresentada rejeita a prisão como resposta ao crime praticado por crianças e investe na cura do instinto perverso por meio de medidas a serem estabelecidas pelo Governo, encarregado da guarda dessas crianças entregues a ele pelo Poder Judiciário.

Se a atividade jurisdicional não deve se dedicar ao exame do discernimento da criança, o juiz, integrante do processo curativo, deverá se encarregar de avaliar, de outro lado, os instintos perversos do jovem. Para tanto, o juiz se valerá de relatórios do patronato, da polícia e da administração municipal e, especialmente quando houver sérias dúvidas sobre os instintos do jovem, o juiz poderá se socorrer de um médico.⁵³

A partir do diagnóstico, definem-se as medidas curativas e corretivas. Se o fato criminoso é de menor importância e se a criança não apresenta disposições maldosas, explica Levoz, o Procurador do Rei se limita a uma admoestação severa e o processo se encerra.

Diferentemente, se o menor já foi processado, se ele apresenta instintos perversos, se seus pais declaram ser incapazes de o corrigir, o processo seguirá com o requerimento de colocar o jovem à disposição do Governo.⁵⁴

O diagnóstico sobre a criança não deverá ser feito a partir de um exame limitado a ela, pois, entre as medidas corretivas possíveis de serem aplicadas, está a devolução da criança aos seus pais. Assim, é preciso examinar se os pais têm condições de vigiar seus filhos. Uma vez verificada a impossibilidade dos pais, o Patronato poderá se encarregar do aprendizado do jovem ou este deverá ser colocado à disposição do Governo.⁵⁵

Como esclarece Levoz, constatado que o futuro do menor será posto em perigo pela embriaguez habitual, pelo estado de vagabundagem, pela brutalidade ou pela imoralidade notória dos pais, é conveniente retirar o menor do meio em que vive e colocá-lo à disposição

⁵² *Ibid.*, p.6.

⁵³ *Ibid.*, p.9.

⁵⁴ *Ibid.*, p.9.

⁵⁵ *Ibid.*, p.9-10.

do Governo.⁵⁶ Segundo Levoz, um projeto do governo belga consagrava essa inovação para os menores de 16 anos. Para o autor, tal medida deveria ser estendida para aqueles que não completaram 18 anos, pois certos jovens e certas jovens são levados ao mal por seus pais.

De qualquer modo, sustenta Levoz, é preciso fazer desaparecer o preconceito existente contra a colocação à disposição do Governo, pois não se trata de uma pena, mas de uma medida de proteção adotada no interesse do menor.⁵⁷ Mais uma vez, nesse ponto, torna-se patente o equilíbrio complexo dos interesses em jogo na justiça da infância: a sociedade não pode ficar indefesa contra a criminalidade juvenil, mas a proteção do interesse social se faz, ao menos na positividade discursiva, mediante a defesa da própria criança, pois esta não é punida, mas protegida.

Apesar de Levoz afirmar que a colocação à disposição do Governo não é pena, mas medida de proteção, ele reconhece a necessidade de autorizar o Ministério Público, o menor e seus pais ou tutor a interpirem recurso contra a decisão de colocação à disposição do Governo, pois a medida, reconhece o autor, implica privação da liberdade.⁵⁸ E no que consiste essa medida?

Em verdade, essa medida pode se desdobrar em diversas outras. Geralmente, explica Levoz, o menor será enviado a uma escola beneficente. Pode também se apresentar aconselhável o envio momentâneo dele à sua própria família após um relatório minucioso da sociedade de patronato.

Ainda, é possível confiar o menor aos cuidados de uma sociedade de patronato ou de proteção à infância, a fim de que o menor seja colocado sob a vigilância de outra família, honesta e, preferencialmente, no campo, na área rural. De acordo com Levoz, esse sistema apresentava bons resultados na Bélgica.⁵⁹

Invariavelmente, Levoz afirma, qualquer medida é adotada em caráter condicional, podendo ser estabelecida e revogada a qualquer tempo, segundo as circunstâncias. Nas palavras de Levoz, “é preciso conferir toda latitude ao Governo.”⁶⁰

Ao se analisar a exposição de Levoz, nota-se que a cura ou correção do menor exige medidas específicas e individualizadas e, por isso, mutáveis conforme as circunstâncias. Um aspecto do dispositivo de controle social do Direito da Infância identificado por Jacques Donzelot (a *diluição da pena*), então, manifesta-se não apenas como deslocamento espacial da

⁵⁶ *Ibid.*, p.18.

⁵⁷ *Ibid.*, p.18-19.

⁵⁸ *Ibid.*, p.19.

⁵⁹ *Ibid.*, p.19-20.

⁶⁰ Tradução livre de: “*Il faut laisser toute latitude au Gouvernement.*” *Ibid.*, p.20.

pena (da prisão para a família natural, ou para a família substituta ou para a escola beneficente). A diluição da pena dissolve ainda a temporalidade sancionatória: o controle temporal da criança em perigo e perigosa não pode ser delimitado, pois a individualização curativa exige a flexibilidade para, a qualquer momento, fazer-se presente.

A partir disso, compreende-se, entre as resoluções propostas ao Congresso de Anvers, a sugestão de Levoz para que as escolas beneficentes do Estado não devam ser consideradas como casas de correção, mas devam ser tidas como estabelecimentos educacionais, onde será feito um estudo especial do caráter, das aptidões, das qualidades e dos defeitos de cada criança e onde deverão ser adotadas todas as medidas apropriadas para sua correção.⁶¹ Ora, a flexibilidade espacial e temporal caracterizantes da diluição da pena constituem instrumentos destinados a conhecer a criança, a compreender os seus “instintos perversos” e, com base nesse conhecimento, definir-se a medida punitiva/protetiva/curativa adequada.

Como a resposta estatal não se dirige a um crime, mas a um estado do indivíduo – o estado de criança em perigo ou o estado de criança perigosa –, a justiça da infância não tem por finalidade avaliar a ocorrência, ou não, de um fato, de um crime. A ela incumbe avaliar o estado da criança, a fim de determinar se ela está em perigo ou se ela é perigosa.

Disso decorre a flexibilidade espacial e temporal da diluição da pena correspondente à necessidade de o controle da criança em perigo ou perigosa e de o controle de sua família serem exercidos nos mais diversos espaços (na própria família ou na escola) e com ampla latitude temporal (as medidas de controle devem ser passíveis de imposição e de revogação a qualquer momento, conforme as avaliações feitas sobre a criança e sobre a sua família).

No Congresso de Anvers realizado em 1894, o professor de Direito Criminal na Universidade de Liège, Fernand Thiry, traz interessante argumento sobre essa característica da diluição da pena pela qual são demandadas uma indiferença quanto ao fato praticado e uma atenção focada sobre a pessoa à qual o fato criminoso é atribuído.

Inicialmente, Thiry defende a inaplicabilidade das penas às crianças moralmente abandonadas, pois o fundamento da imposição de penas aos adultos deriva do fato de eles exercerem sua liberdade ao praticarem crimes. Aos adultos é inútil impor medidas de educação, pois, neles, foram consolidados hábitos antigos, dificilmente modificados pela prática educacional.

Em oposição ao adulto forjado em hábitos antigos, ao adotar a noção da criança

⁶¹ *Ibid.*, p.24.

como ser em desenvolvimento, Thiry explica que, em razão de sua própria minoridade, o Estado deve proteger as crianças dos pais que não lhes oferecem a educação moral necessária para impedi-los de se tornarem delinquentes. Por isso, em lugar das penas, tão perniciosas para a moralidade das crianças, o Estado deve se valer da educação.⁶²

Em outras palavras, como as crianças estão em processo de desenvolvimento, elas não podem ser punidas, mas devem ser educadas para não se tornarem delinquentes. Presente aqui o tema afeto ao romantismo da criança inocente, tábula rasa cujos pais, no seu processo de desenvolvimento, podem desmoralizá-la.

Se, em lugar de punir, é fundamental educar as crianças moralmente abandonadas, o exame do fato a elas atribuído é pouco importante para se definir o tipo de medida educativa apropriada, pois não se trata de retribuir uma pena para um fato praticado, mas de se educar um indivíduo em desenvolvimento a fim de evitar que ele se torne um adulto criminoso.

Dessa maneira, Thiry critica o uso, pelas legislações penais de seu tempo, do discernimento do menor como critério para aplicação de penas. De acordo com tal critério legal, se o menor, ao praticar um crime, agiu com discernimento, a ele se impõe uma pena tal como para os adultos, porém, diminuída. Se o menor agiu sem discernimento, autoriza-se o emprego de medidas de educação.

Segundo Thiry, não se pode admitir esse sistema, pois a pena sempre será prejudicial, pois ela desmoraliza o adolescente; ela sempre será inútil, pois a lei prevê meios mais propícios ao adolescente, vale dizer, a educação. As penas ordinárias ou, nas palavras de Thiry, os castigos ordinários apresentam sempre os mesmos inconvenientes e são inúteis, sejam as penas diminuídas, ou não.⁶³

Em lugar da inutilidade da pena como retribuição a um fato, como retribuição a uma conduta, Thiry destaca, em lugar disso, a importância de educar a criança moralmente abandonada para evitar que ela, no futuro, se torne um adulto criminoso. Para tanto, em vez de um método de punição retributiva, torna-se relevante a elaboração de um método para compreender quem é esse indivíduo em desenvolvimento e qual é a maneira eficaz de afetar o seu devir, pois "(...) é evidente que o gênero de educação deve ser escolhido de acordo com as

⁶² THIRY, Fernand. Quelles sont, em matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. *Actes*. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1-18. p.2-3.

⁶³ *Ibid.*, p.3.

disposições e instintos das crianças."⁶⁴

Em vez da pergunta "o que foi feito?", a justiça da infância indaga "quem é?", questionamento cuja resposta exige a atuação de especialistas diversos do juiz, pois a ele não cabe mais julgar, mas está incumbido das tarefas de gerir interesses contrapostos (família, sociedade e criança), de curar (a família e a criança) e de proteger (a família contra a criança indomável, a sociedade contra o crime e a criança contra a família desmoralizada). Para desempenhar essas tarefas afetas à pergunta "quem é?", é preciso um corpo de conhecimento diverso daquele ofertado pelo Direito, demandando a atuação do médico, do psiquiatra, do psicólogo, do assistente social etc.⁶⁵

Nas palavras de Thiry, o exame do discernimento é suficiente quando se impõe uma pena ordinária às crianças, tal como para os adultos. Porém, uma vez que, ao lado da pena, aplicam-se medidas de educação e, sobretudo, tão logo se renuncia a qualquer pena para, em lugar dela, aplicar medidas de educação, o exame do discernimento se torna insuficiente, pois a sua utilidade se limita a determinar o grau de maldade do delinquente. No entanto, tal exame está longe de fornecer o conhecimento completo necessário para determinar a educação adequada para uma criança. Para tanto, é preciso conhecer as seguintes características da criança: seu temperamento, seu caráter, sua força de resistência ou fraqueza, sua inteligência e

⁶⁴ Tradução livre de: "... il est évident que le genre d'éducation doit être choisi d'après les dispositions et les instincts des enfants." (*Ibid.*, p.3.)

⁶⁵ Em *Naissance de la biopolitique*, Foucault sintetiza as percepções de outros estudos seus pelos quais se identificou essa nova função das instituições penais no século XVIII e XIX, não mais encarregadas apenas de uma prática jurisdicional (a função de julgar), mas atreladas a uma prática "veridicional" (a função de dizer a verdade sobre algo, de produzir conhecimento sobre algo): "[Estudar] como, nessas instituições penais fundamentalmente ligadas a uma prática jurisdicional, era formada e desenvolvida uma prática 'veridicional' que começa a colocar – com o acompanhamento, é certo, mas que não é essencial, da criminologia, da psicologia etc. – essa questão 'veridicional' que está no coração mesmo do problema da penalidade moderna, até o embaraço dessa jurisdição, e que é a questão da verdade apresentada ao criminoso: quem é você? A partir do momento em que a prática penal substitui a questão 'o que você fez?' pela questão 'quem é você?', a partir desse momento, vê-se bem que a função jurisdicional do penal está em processo de transformação ou é dobrada pela questão da veridificação, ou eventualmente é minada por essa questão da veridificação." Tradução livre de: "[Étudier] comment, dans ces insitutions pénales fondamentalement liées à une pratique juridictionnelle, s'était formée et développée une certaine pratique véridictionnelle qui commençait à mettre [en place] – avec l'accompagnement, bien sûr, mais ce n'est pas ça tellement l'essentiel, de la criminologie, de la psychologie, etc. – cette question véridictionnelle qui est au coeur même du problème de la pénalité moderne, jusqu'à l' embarras même de sa juridiction, et qui était la question de la vérité posée au criminel: qui es-tu? A partir du moment où la pratique pénale substitue à la question: qu'as-tu fait? la question: qui es-tu? -, à partir de ce moment-là, vou voyez bien que la fonction juridictionnelle du pénal est en train de se transformer ou est doublée par, ou éventuellement est minée par, la question de la véridition." (FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**: cours au Collège de France (1978-1979). Édition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Michel Senellart. Gallimard: Lonrai, 2004.)

sua moralidade.⁶⁶

E como obter essas informações? A resposta de Thiry exemplifica a mutação da prática jurisdicional dos séculos XVIII e XIX analisada por Foucault: em lugar de uma justiça destinada a apenas julgar, examinando o fato praticado e se ele foi praticado em virtude do exercício da autonomia do sujeito, a justiça dedica-se a conhecer, examinando o sujeito para dele extrair uma verdade, um conhecimento. Em virtude do modo eloquente pelo qual Thiry expressa, involuntariamente, essa passagem, é incontornável transcrevê-lo:

Enquanto é sempre fácil saber se uma criança possui ou não possui o discernimento, é indispensável, para reunir as numerosas informações que indicamos [informações sobre o caráter, a força de resistência, a moralidade da criança, etc.], efetuar sobre a pessoa um exame psicológico aprofundado, reforçado pela pesquisa dos seus antecedentes, de suas taras hereditárias e das influências exercidas pelos pais viciosos. Por consequência, enquanto um juiz, na audiência, pode facilmente resolver a questão do discernimento, é impossível que ele efetue essa complicado exame; como poderia o juiz, em poucos instantes, escutar a personalidade de um jovem colocado à frente dele, trêmulo, confuso e mudo?⁶⁷

Thiry exemplifica quem são os atores dessa produção de conhecimento que conformam uma estrutura jurisdicional ampliada, que não se limita ao juiz, ao ministério público e ao advogado.

Nesse sentido, para além da intervenção do psicólogo e do exame psicológico a ser avaliado pelo juiz de instrução e pelo Ministério Público, Thiry defende que, em certos casos, o exame antropológico da criança por um médico pode ter uma grande utilidade para se ter uma ideia precisa da criança.⁶⁸

Ademais, outro ator nessa nova estrutura jurisdicional: como o Comitê do Patronato tem por missão colocar em aprendizado os jovens delinquentes e vagabundos, vigiá-los e assegurar o seu futuro, os membros desse Comitê adquirem uma capacidade particular de julgar e de apreciar as medidas convenientes para os jovens, tornando-se especialistas na infância. Por isso, o Ministério Público e o juiz de instrução podem ouvir a opinião do Comitê

⁶⁶ THIRY, Fernand. **Quelles sont, em matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants?**. In: Congrès international pour l'étude des question relatives au patronages des condamnés, des enfants moralement abandonnés, des vagabonds et des aliénés. Anvers 1894. Anvers: Imprimerie & Lithographie V^e J. Brouwers & Fils, 1894. p.8-9.

⁶⁷ Tradução livre de: "*Tandis qu'ils est toujours facile de savoir si un enfant possède ou ne possède pas le discernement, il est indispensable, pour rassembler les nombreux renseignements que nous venons d'indiquer, de procéder sur sa personne à un examen psychologique approfondi, renforcé par la recherche des autécédents [sic], celle des tares héréditaires et celle des influences exercées, par des parents vicieux. En conséquence, tandis qu'un juge, à l'audience même, peut aisément résoudre la question du discernement, il est impossible qu'il procède de cette façon à l'examen compliqué que nous exigeons; comment parviendrait-il, en effet, en quelques instants, à scruter la personnalité d'un jeune-être que l'on traîne devant lui, tremblant, confus, muet?*" (Ibid. p.9.)

⁶⁸ Ibid. p.10.

do Patronato sobre as medidas recomendáveis a um jovem.⁶⁹

Essa nova estrutura jurisdicional complexa, na qual intervêm atores tão diferenciados, como o médico e o membro do Comitê do Patronato, não visa a retribuir o autor do crime com uma pena, mas tem a função de conhecer uma criança para proteger os seus interesses e os interesses do seu entorno (da criança, da família e da sociedade).

Diante dessa função cognitiva, "veridicional", da justiça da infância, o advogado não é mais o defensor, que impugna provas e se contrapõe ao Ministério Público na obtenção do convencimento do magistrado. O advogado é um colaborador do juiz-benfeitor, pois sua atuação também deve estar voltada a realizar a finalidade última de conhecer a criança para proteger os seus interesses e os do seu entorno. Novamente, as palavras de Thiry são insubstituíveis:

As medidas mencionadas não são penas; é no interesse da criança que elas são reclamadas; é para o bem da criança que elas são impostas. (...) Sem dúvida, essas medidas podem provocar discussões, pois elas são diferentes conforme o caso, mas essas discussões apenas têm por fundamento o interesse da criança. O Ministério público e o defensor estarão em luta? Eles podem divergir sobre a escolha da medida a ser adotada, mas jamais discutirão em virtude de defenderem interesses distintos, pois tanto um como outro têm a mesma missão a cumprir, a proteção da criança. Disso resulta que o advogado da criança deve ser considerado não mais como um opositor à acusação, mas deve ser considerado o colaborador do ministério público e do juiz na realização de um fim comum.⁷⁰

Se advogado e Ministério Público não assumem posições antagônicas, mas colaborativas com o juiz, este, por sua vez, também assume novas funções. Em 1948, em um opúsculo denominado *Le juge des enfants*, Jean Chazal, doutor em Direito e juiz da infância no Tribunal do Sena, em Paris, defende como deve ser o juiz da infância: ele deve ser um bom ouvinte e conselheiro para conhecer o jovem, pois apenas com esse conhecimento sua ação educativa será eficaz. O juiz deve conquistar a confiança da família para que seus conselhos sejam eficazes. Enfim, o juiz da infância perde a liturgia do cargo e sua imparcialidade para

⁶⁹ *Ibid.* p.11.

⁷⁰ Tradução livre de: "*Les mesures susdites ne sont pas des peines; c'est dans l'intérêt de l'enfant que nous les réclamons; c'est le bien de cet enfant qui les impose. (...) Sans doute, ces mesures peuvent provoquer des discussions, puisqu'elles sont différentes selon les cas, mais ces discussions n'auront d'autre base qu'un choix à faire entre elles dans l'intérêt de l'enfant. Le Ministère public et le défenseur seront-ils en lutte?: Quelquefois peut-être à cause de ce choix délicat, mais jamais à cause d'intérêts distincts qu'ils auraient à défendre, puisque l'un et l'autre ont la même mission à remplir, la protection de l'enfant. Nous aboutissons ainsi à cette conséquence que l'avocat de l'enfant doit être considéré ne pas comme un contradicteur de la poursuite, mais comme le collaborateur du ministère public et du juge dans la réalisation d'un but commun.*" (*Ibid.* p.11.)

oferecer calor humano a um pequeno delinquente.⁷¹

O sentido da positividade da Justiça da Infância: em lugar de julgar para punir, conhecer para proteger; sob esse estandarte caridoso e beneficente, a justiça da infância investe-se de uma estrutura e de uma dinâmica processual completamente estranha aos ideais republicanos e liberais de uma justiça voltada a aplicar as regras do jogo previamente definidas na lei. Contra o ideário de uma justiça vendada para respeitar a imparcialidade da lei, a justiça da infância tem os olhos piedosos voltados para os pequenos seres trêmulos, confusos e mudos colocados à sua frente. Em vez da propalada imparcialidade do juiz liberal do início do século XIX, um juiz vocacionado, de coração generoso e ouvido paciente para conhecer e proteger, com a finalidade última de compor os interesses em jogo (da sociedade, da família e da criança).

A nova dinâmica da Justiça da Infância, apartada da preocupação com o discernimento e com a autonomia do pequeno delinquente, visa a curá-lo do mal que o afeta. Em lugar do julgamento, a identificação do mal, da desmoralização. Em lugar da pena, a proteção que corrige, que moraliza. Como a prisão apenas piora a desmoralização, novas soluções moralizadoras para as crianças são elaboradas, evitando a prisão mediante a diluição da pena em outros espaços: a vigilância, atividades ao ar livre, disciplina militar e educação para o senso de precaução (educação financeira).

1.3 A SOCIEDADE TEMEROSA: OS FILHOS DAS CLASSES PERIGOSAS

O modelo revolucionário e inaugural dessa Justiça da Infância é proveniente dos Estados Unidos, cujo primeiro tribunal foi introduzido em Chicago em 1899. No Congresso Penitenciário Internacional de Budapeste, de 1905, o delegado oficial dos Estados Unidos para a Comissão Penitenciária Internacional, M. Samuel J. Barrows, afirma que o maior progresso desse país, nas últimas cinco décadas em matéria judiciária, foi a criação dos tribunais para crianças.⁷² Mas, e no que consiste o caráter revolucionário dessa Justiça?

Conforme explica o Juiz Lindsey, de Denver, Colorado, parafraseado por Barrows, os tribunais de crianças, mais do que o resultado de uma nova legislação, são o produto de um

⁷¹ CHAZAL, Jean. **Le juge des enfants**. Pratique judiciaire et Action sociale. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1948. p.30-32.

⁷² BARROWS, M. Samuel J. Les Tribunaux pour Enfants aux États-Unis: Introduction d'un rapport rédigé pour la Commission pénitentiaire internationale. In: CONGRÈS PENITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BUDAPEST, volume IV, 1905, Budapest et Berne. **Actes**. Budapest et Berne: Bureau de la Commission Pénitentiaire Internationale, 1906. p. 395.

trabalho prático, de uma nova disposição⁷³. Em Chicago, essa nova disposição é baseada nos princípios fundamentais segundo os quais a criança deve ser tratada como uma criança, cabendo ao juiz formá-la, em vez de reformá-la. Para esse fim, o Estado deve substituir os pais, dedicando verdadeira proteção paternal às crianças.⁷⁴ O Tribunal se inspira em sentimentos de bondade, devendo agir como um pai e um salvador, cumprindo o papel social de uma instituição de salvação.⁷⁵

Ao retomar o tema da prisão desmoralizadora, Barrows explica que a criação do Tribunal de Chicago em 1.º de julho de 1899 se deu porque, antes, as crianças eram tratadas em comum com os adultos delinquentes. Em lugar da prisão, passaram-se a aplicar medidas diferenciadas para as crianças condenadas: agentes de polícia foram designados como *probation officers* e mulheres do clube feminino de Chicago passaram a desempenhar as mesmas funções.

Um advogado experiente foi designado como inspetor do patronato e foi encarregado de controlar os dossiês preparados pelos *probation officers*. Assim, em lugar de serem enviadas à prisão, as crianças podiam permanecer na residência, sendo que as advertências e a vigilância durante o *sursis*, vale dizer, durante esse sistema de liberdade vigiada, tiveram resultados mais exitosos que a prisão.⁷⁶

Ao pretender eliminar a prisão, o Tribunal de Menores é agregado pela *probation* e pelo patronato. Os *probation officers* devem estudar o caso antes do julgamento e, tão logo a criança seja colocada à prova (o *sursis*), eles devem vigiá-la e colocá-la sob os seus cuidados.⁷⁷

Se a tarefa moralizadora desse Tribunal é, inicialmente, desempenhada por um sistema de vigilância em lugar da prisão, uma nova postura do juiz é exigida pelo Tribunal. O juiz Tuthill de Chicago, por exemplo, empenha-se para tratar cada caso como se fosse seu próprio filho, comparecendo perante o pai na sala de sua biblioteca para responder pelos seus desvios.⁷⁸ Porém, o modelo por excelência é o do juiz Lindsey, pois ele ganha a confiança e o coração das crianças de sorte que elas se esforçam para agir de forma correta, motivo pelo qual esse juiz obtém a salvação das crianças sem aplicar os antigos métodos punitivos (a

⁷³ *Ibid.*, p. 399.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 400.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 396.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 398.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 401.

⁷⁸ *Ibid.*, p.402-403.

prisão).⁷⁹

Esse novo Tribunal de crianças traz resultados: Barrows afirma que, em Denver, Colorado, onde atua o juiz Lindsey, nos últimos dois anos (1903-1905), 150 jovens se apresentaram espontaneamente perante o Tribunal, confessando seus delitos porque encontraram lealdade no juiz.⁸⁰ A esse dado, Barrows acrescenta que, segundo cálculos do juiz Lindsey, o Tribunal para crianças representa uma economia de custos quando comparado ao sistema criminal anterior, em que se enviava as crianças para a prisão ou para a escola profissionalizante.⁸¹

A redução de custos do Tribunal para crianças deriva de um deslocamento da prisão para a vigilância externa e solidária entre a família e as instituições frequentadas pela criança. Como explica Barrows, novamente parafraseando o juiz Lindsey de Denver, existem treze meios de prevenir os delitos, entre eles, as praças para jogos, a educação manual e profissional, a responsabilização severa dos pais e responsáveis pelas crianças, a frequência regular à escola e a cooperação entre escola e tribunal, bem como entre polícia e o tribunal, ou, em outras palavras, o desenvolvimento de solidariedade entre esses órgãos.⁸²

Essas soluções apresentadas para substituir a prisão das crianças são justificadas pelos seus contemporâneos – o juiz Lindsey como paradigma – em virtude da eficiência por elas viabilizada, na medida em que moralizam e formam pedagogicamente as crianças ao separá-las dos incorrigíveis adultos, com menor custo que as prisões. É a economia política da sociedade atormentada pelo perigo (das crianças perigosas e das crianças em perigo) e,

⁷⁹ *Ibid.*, p.403-404.

⁸⁰ *Ibid.*, p.407.

⁸¹ *Ibid.*, p.407.

⁸² *Ibid.*, p.409. No 4.º Congresso Internacional para o estudo das questões relativas ao patronato de condenados, às crianças moralmente abandonadas, aos vagabundos e alienados, Edouard Grubb, Secretário da Howard Association, também cita os meios considerados adequados para a proteção das crianças pelo juiz Lindsey: responsabilização dos pais pelos delitos cometidos pelas crianças, uma lei sábia acerca do trabalho de crianças nas fábricas, uma lei escolar clara, escolas de detenção nas cidades, em lugar de prisões e a instuição de uma justiça especializada para os processos pertinentes a crianças (com juiz e com funcionários especializados e pagos para se ocupar seriamente de sua missão). Ademais, segundo Grubb, no Colorado, após a aplicação dessa nova justiça da infância, 95% dos casos não apresentaram reincidência. Antes da implantação do novo sistema, 50% dos casos geravam reincidência. Por fim, o novo sistema gerou uma economia para o Estado estimada em 100 mil dólares, equivalente a 20 mil libras esterlinas. Cf. GRUBB, M. A. Edouard. *Tribunaux spéciaux pour les enfants.* – *Commissaires d'enquête spéciaux pour les crimes ou délits commis par des enfants.* – *Responsabilité des parents.* In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes.** Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 5-6.

sobretudo, é a economia da subjetividade⁸³ da infância e da família captadas pelo Direito, cuja dinâmica foi identificada por Donzelot no centro da Justiça da Infância e foi, nas origens dessa Justiça, ressaltada por seus idealizadores (como exemplifica a paráfrase do juiz Lindsey): o assinalamento e diluição da pena são produzidos por meio da comunicação solidária entre escola, polícia e justiça associada à vigilância das crianças e das famílias. Essa rede de proteção solidária, em lugar da prisão, é a solução moralizadora das crianças e das famílias encontrada pela sociedade atormentada pelo perigo.

A persistência e o prolongamento dessa rede são demonstrados por M. P. Flandin, Vice-Presidente do Tribunal Civil do Sena, ao afirmar que as crianças cuja idade é ignorada por falta de documentos costumam, frequentemente, mentir, dizendo possuírem mais de 16 anos para

(...) se fazerem condenadas, como maiores de dezesseis anos, a uma pena de curta duração. Se elas obtêm êxito em sua mentira, elas evitam a colônia penitenciária ou uma tutela administrativa prolongada, e, após algumas semanas de prisão, elas se encontram entre seus companheiros de prazeres!⁸⁴

A perspectiva de Flandin, criticando a preferência das crianças pelo tratamento dispensado aos adultos, demonstra a ambiguidade dessa justiça da infância que pune ao proteger e protege ao punir e, para tanto, exige uma proximidade intensa e prolongada com a criança e sua família. A vigilância prolongada, a liberdade vigiada, pode se dar por meio da "(...) colocação [da criança] em uma casa de reforma, ou em um patronato, ou mesmo, se o caso exigir, junto a um particular que ofereça as garantias de moralidade julgadas necessárias."⁸⁵

Mesmo quando a criança é enviada a uma escola de reforma, com inegável privação de liberdade, a liberdade pode ser conquistada sob a condição de ser vigiada. Com explica M.

⁸³ A expressão é inspirada na crítica precisa de Felix Guattari: "*A subjetividade* está em circulação nos conjuntos sociais de diferentes tamanhos: *ela é essencialmente social, e assumida e vivida por indivíduos em suas existências particulares*. O modo pelo qual os indivíduos vivem essa subjetividade oscila entre dois extremos: uma relação de alienação e opressão, na qual o indivíduo se submete à subjetividade tal como a recebe, ou uma relação de expressão e de criação, na qual o indivíduo se reapropria dos componentes da subjetividade, produzindo um processo que eu chamaria de singularização. Se aceitamos essa hipótese, vemos que a circunscrição dos antagonismos sociais aos campos econômicos e políticos – a circunscrição do alvo de luta à reapropriação dos meios de produção ou dos meios de expressão política – encontra-se superada. **É preciso adentrar o campo da economia subjetiva e não mais restringir-se ao da economia política.**" (GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 5.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p.33.)

⁸⁴ Tradução livre de FLANDIN, M. P., *Op. cit.*, p. 5: "... *se faire condamner, comme majeurs de seize ans, à une peine de courte durée. Si le moyen leur réussit, ils évitent ainsi la colonie pénitentiaire ou une tutelle administrative prolongée, et, après quelques semaines de prison, ils rejoignent leurs compagnons de plaisirs!*"

⁸⁵ Tradução livre de *Ibid.*, p. 10: "... *un placement soit dans une maison de réforme, soit dans un patronage, soit même, le cas échéant, chez un particulier offrant toutes les garanties de moralité jugées nécessaires.*"

P. Flandin, Vice-Presidente do Tribunal Civil do Sena,

Se o tribunal absolver a criança e, ao mesmo tempo, decidir que ela será levada a uma colônia penitenciária para ser detida e educada durante um certo tempo, que pode se estender proximamente à sua maioridade, o magistrado que preside a audiência sempre (...) esclarecerá à criança (...) que a colônia para onde ela será levada não é uma *prisão*, mas uma *escola de reforma* onde ela aprenderá tudo o que deve saber; (...) que, se o diretor da colônia relatar um bom testemunho de sua conduta e de seu trabalho, uma solicitação de *liberação provisória* poderá ser dirigida à administração penitenciária. (...) O magistrado fará, assim, a criança compreender que, por seus esforços sérios, ela mesma comprará sua liberdade; ela, ainda, será esclarecida que sua liberação provisória ocorrerá mediante seu retorno à sua família ou mediante a sua colocação em aprendizagem com um patrão; o juiz advertirá que esse favor da liberação *provisória* é essencialmente revogável pela administração caso o jovem aprendiz desagradar ao seu patrão ou caso a criança incida em novos desvios.⁸⁶

Essa ambígua absolvição da criança cumulada com medida de vigilância também é destacada como medida mais eficaz para a moralização pela *Direction Générale des Prisons de Belgique* no Congresso Internacional Penitenciário realizado em Bruxelas no ano de 1900, pois a prisão é "(...) frequentemente uma causa de desmoralização, que convém evitar⁸⁷". A colocação à disposição do governo é, ao contrário, considerada a medida que melhor realiza a assistência moral em lugar dos rigores penais.⁸⁸

O caráter protetivo e, simultaneamente, punitivo da medida de colocação à disposição do governo é, para o olhar contemporâneo, involuntariamente explicitado pelo relatório da *Direction Générale des Prisons de Belgique*:

⁸⁶ Tradução livre de *Ibid.*, p. 12-13: "*Si le tribunal a prononcé l'acquittement de l'enfant et s'il a décidé en même temps qu'il serait conduit dans une colonie pénitentiaire pour y être détenu et élevé pendant un certain temps, qui peut se prolonger jusqu'à un époque voisine de la majorité, le magistrat qui préside l'audience ne manque jamais (...) de le prévenir (...) que la colonie où il sera conduit n'est pas une prison mais une école de réforme où on lui enseignera tout ce qu'il doit savoir; (...) que si le directeur de la colonie rend bon témoignage de sa conduite et de son travail, une demande de libération provisoire pourra être adressée à l'administration pénitentiaire. (...) Le président fait ainsi comprendre à l'enfant que, par des efforts sérieux, il est à même d'acheter sa liberté; que la libération provisoire, si elle est accordée, sera ou son retour dans sa famille ou le placement en apprentissage chez un patron; il le prévient, en outre, que cette faveur de la libération provisoire est essentiellement révoicable au gré de l'administration, dans le cas où le jeune apprenti mécontenterait son patron ou se livrerait à de nouveaux écarts.*"

⁸⁷ Tradução livre de DIRECTION GÉNÉRALE DES PRISONS DE BELGIQUE. Exposé d l'État Actuel du Système Pénal et Pénitentiaire en Belgique: Chapitre XII: jeunes délinquants. In: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. Actes. Bruxelles et Bernes: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. v. 4, p. 361: "... souvent une cause de démoralisation, qu'il convient de leur éviter."

⁸⁸ *Ibid.*, p. 362.

A colocação à disposição do governo não é uma pena: é uma medida de educação. (...) Desse ponto de vista, a gravidade do fato material imputado à criança é apenas um elemento de apreciação acessório. A oportunidade de aplicação dessa medida depende do caráter vicioso da criança e do perigo que corre sua moralidade em razão do abandono no qual ela vive e das influências corruptoras a que ela está exposta.⁸⁹

Essa medida educativa é aplicada, segundo o mesmo relatório, aos menores absolvidos por falta de discernimento, àqueles que cometem as contravenções e aos jovens mendicantes e vagabundos. Para estes, essa medida implica o envio a "*écoles de bienfaisance*" (aqui traduzidas por escolas beneficentes), nas quais os jovens são submetidos a um regime educativo.⁹⁰

Mais uma vez, a indistinção involuntária entre o objetivo protetor e o objetivo punitivo se manifesta pelo fato de tais escolas receberem igualmente crianças com idade inferior a 13 anos cuja admissão é solicitada pelo "*collège des bourgmestre et échevins*" de uma cidade e autorizada pelo Ministro da Justiça, ou seja, crianças sobre as quais não recai qualquer imputação de caráter criminal.⁹¹ É o perigo moral a bússola da justiça da infância, o perigo do qual a sociedade é vítima em virtude das crianças e das famílias perigosas e também o perigo do qual as crianças são vítimas em virtude de pais moralmente perigosos.

A obra regeneradora da moral é desempenhada por uma vigilância que se pretende constante, seja aquela realizada em uma casa de reforma, seja aquela proporcionada no próprio ambiente familiar, seja aquela efetuada em uma escola beneficente. Essa vigilância constante, na Bélgica, é exemplificada pela regras da escola beneficente. Nela, os alunos são divididos segundo a idade, têm uma escala de atividades durante sua jornada, aprendem lições sobre os deveres do homem perante a sociedade e sobre a higiene. Realizam ginástica, exercícios militares, natação e aprendem música. Ainda, os alunos recebem aprendizado profissional em ateliês de costura, de sapataria, cestaria, tecelagem, encadernação, carpintaria, forja e de funilaria.⁹²

Se essas atividades constantes e escalonadas no tempo da jornada diária não são suficientes para evidenciar a vigilância que se pretende constante e permanente, o relatório ressalta que a internação do menor até a idade de sua maioridade não é a única forma de

⁸⁹ Tradução livre de *Ibid.*, p. 363: "*La mise à la disposition du gouvernement n'est pas une peine: c'est une mesure d'éducation. (...) La gravité du fait matériel reproché à l'enfant n'est, à ce point de vue, qu'un élément d'appréciation accessoire. L'opportunité de l'application de cette mesure dépend du caractère vicieux de l'enfant et du danger que court sa moralité à raison de l'abandon dans lequel il vit et des influences corruptrices qu'il subit.*"

⁹⁰ *Ibid.*, p. 363.

⁹¹ *Ibid.*, p. 363. O "*college des bourgmestre et échevins*" seria equivalente a um Conselho Municipal formado pelo prefeito e seus adjuntos.

⁹² *Ibid.*, p. 365-366.

realizar a colocação à disposição do governo. A lei confere ao governo o direito de colocar a criança sob o aprendizado de um agricultor ou um artesão, ou de colocá-lo, com consentimento dos pais ou tutor, em um estabelecimento público ou privado de instrução ou caridade.⁹³ O governo pode mesmo enviar o menor aos seus pais ou tutor "(...) tão logo eles apresentem garantias de moralidade e que podem vigiar convenientemente seu filho ou pupilo (...)"⁹⁴.

Para desempenhar sua missão de proteção e recuperação, o governo é secundado pelas sociedades de patronato e pelos comitês de defesa das crianças levadas à justiça. Esses comitês existem nos tribunais das principais cidades e designam um defensor para o menor em cada caso, ao qual cabe examinar os relatórios sobre a criança e propor ao tribunal a medida mais vantajosa a ela.⁹⁵

Em outro relatório, a *Direction Générale des Prisons de Belgique* explica que as *sociétés de patronage* (aqui traduzidas por patronatos) dedicam-se principalmente à proteção da criança culpável e infeliz. O governo pode entregar as crianças aos seus pais ou colocá-las em aprendizado com um agricultor ou um artesão, mas são os patronatos que fazem a pesquisa sobre quais pessoas atendem à qualidade de provedor requisitada para o caso (artesão ou agricultor), cabendo a eles a vigilância dos jovens liberados e a eventual solicitação da reintegração do jovem na escola beneficente ou a sua colocação aos cuidados de outro provedor. Os patronatos também se ocupam das crianças moralmente abandonadas, colocando-as diretamente à disposição do governo ou solicitando tal colocação.⁹⁶

Em documento de 1894 também referente à Bélgica, Jules Les Corbesier, Conselheiro na Corte de Apelação de Bruxelas, defende a medida de colocação da criança em família substituta⁹⁷, seja ela formada por agricultores, seja ela formada por artesãos. Porém, o envio dos jovens ao campo, para atividades ao ar livre, mediante a colocação em famílias de agricultores, é preferível porque o

⁹³ *Ibid.*, p. 365-366.

⁹⁴ Tradução livre de: "... lorsque ceux-ci présentent les garanties suffisantes de moralité et sont à même de surveiller convenablement leur enfant ou leur pupille ...". (*Ibid.*, p. 366.)

⁹⁵ *Ibid.*, p. 366.

⁹⁶ DIRECTION GÉNÉRALE DES PRISONS DE BELGIQUE. Exposé d l'État Actuel du Système Pénal et Pénitentiaire en Belgique: Chapitre XIII: Patronage. In: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. *Actes*. Bruxelles et Bernes: Bureau de La Comission Pénitentiaire Internationale, 1901. v. 4, p. 368.

⁹⁷ A colocação de crianças moralmente abandonadas em famílias substitutas não é uma solução proposta isoladamente pela Bélgica. Em 1905, ela também é proposta pelo mencionado Ugo Conti, professor de direito criminal e de procedimento penal na Universidade de Cagliari (Itália), ressaltando que a família substituta deve ser honesta, suprimindo o defeito (moral) da família natural indigna. Cf. CONTI, Ugo. *Op. cit.*, p. 4. Fernand Thiry, professor de Direito Criminal na Universidade de Liège, ao tratar das medidas aplicáveis às crianças culpadas pela prática de infrações, também cita a colocação em família substituta, além da devolução para os pais educarem a criança e internação em estabelecimento estatal. Cf. THIRY, Fernand. *Op. cit.*, p. 3.

(...) ar vivo e fortificante dos campos exerce a mais feliz influência sobre o desenvolvimento físico de nossos pupilos, nascidos, em sua maior parte, nos lugares mais insalubres de nossas cidades. Ademais, é de consenso geral que convém enviar aos campos uma parte da população dos grandes centros para, desse modo, corrigir em alguma medida o perigo do grande fluxo de trabalhadores nas cidades industriais.⁹⁸

Duas orientações guiam a triagem e a colocação das crianças pelos patronatos. De um lado, uma orientação romântica que percebe no ambiente campesino uma terapia regeneradora dos corpos aviltados pelo ambiente urbano degenerado⁹⁹. De outro, uma orientação prática e governamental, de povoamento das áreas rurais e de controle da força de trabalho urbana. Não é por outra razão que Corbesier defende ser preferível a colocação das

⁹⁸ Tradução livre de: "... *vif et fortifiant des campagnes ne peut qu'exercer la plus heureuse influence sur le développement physique de nos pupilles, nés, pour la plupart, dans les milieux les moins sains de nos villes. En outre, on est généralement d'accord qu'il convient de rendre aux campagnes une partie de la pléthore de population de grands centres et de corriger ainsi, dans une certaine mesure, le danger du trop grand afflux de travailleurs vers les villes industrielles.*" (CORBESIER, Jules Le. Exposé de la Situation en Belgique en ce qui concerne le placement dans les familles. In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS E DES ALIÉNÉS., 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 11.)

⁹⁹ Essa tendência de ressaltar as virtudes das atividades campesinas encontra diversos adeptos. Na Suécia, Otto von Feilitzen, ao responder à mesma questão de Ugo Conti no Congresso de 1905, mas a limitando à "proteção de idiotas na Suécia", explica como são as escolas especiais para essa população e destaca a necessidade de serem desenvolvidas atividades no campo e ao ar livre. Cf. FEILITZEN, Otto von. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de preservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-6. No mesmo Congresso, o Diretor-Geral das Prisões da Suécia, ao tratar da lei sueca de proteção e educação das crianças moralmente abandonadas de 1903, defende os trabalhos na região campestre, pois, na área urbana, as tentações são muitas (cabarés e más distrações). Cf. WIESELGREN, Sigfrid. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de preservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-8. No mesmo Congresso, o Conselheiro Imperial para Alsácia-Lorena, M. Goltz defende o envio dos jovens para realizar trabalhos agrícolas porque a agricultura precisa de braços e porque o trabalho ao ar livre exerce um efeito salutar superior ao trabalho em ateliês. Cf. GOLTZ, M.. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de preservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 3. Louis Albanel, Juiz de instrução no Tribunal do Sena e Presidente do Patronato Familiar, nesse mesmo Congresso de 1905, sustenta que a terapêutica penal deve ser aplicada com severidade e justiça, mas a profilaxia e a higiene morais serão sempre os melhores meios de combater o crime, dispensando a punição e, ao comentar sobre a Escola *Théophile Roussel*, afirma que a base natural, a primeira garantia de uma boa educação moral, é uma sã e viril educação física, a boa disciplina e os bons costumes em uma estreita relação com o bom humor, a higiene e os exercícios másculos, frisando que o trabalho ao ar livre previsto no regulamento da escola e a organização de jogos atendem a essa finalidade. Cf. ALBANEL, Louis. *Op. cit.*, p. 6 e 13.

crianças em famílias de agricultores, em vez de as colocar com artesãos, haja vista que estes tendem a se deslocar para as cidades em busca de melhores condições de ganho.¹⁰⁰

Essas duas orientações também revelam o recorte de classe econômica das propostas de soluções moralizadoras para as crianças desmoralizadas. A questão moral apresentada é, sobretudo, uma senha para se referir aos pobres e corresponde, em verdade, a medidas que os representantes das classes proprietárias consideram necessárias para os pobres se portarem de maneira considerada adequada. Para tanto, os pobres, os destituídos de propriedade e, por isso, os potencialmente violadores da propriedade alheia devem ser instruídos na disciplina do trabalho, preferencialmente no campo, longe das tentações urbanas (como os cabarés) e, sobretudo, a iniciação dessa disciplina deve começar cedo, na infância, quando os vícios "morais" não estão sedimentados. Se necessário for, deve-se proceder à separação das crianças de seus pais, colocando-as sob o cuidados de famílias honestas, isto é, de agricultores formados na disciplina laborativa.

Apenas com a compreensão do recorte de classe dessas medidas aplicáveis às crianças se compreende por que essas medidas (colocação em família substituta, educação para o trabalho e para o serviço militar) são destinadas tanto às crianças perigosas (as que praticam crimes) quanto às crianças em perigo (as moralmente abandonadas pelos pais). Ora, no imaginário dos representantes das classes proprietárias (os burocratas públicos e privados), ambos os grupos portam a mesma ameaça, a dos pobres que atentam ou podem atentar contra propriedade.

Um claro exemplo do recorte de classe econômica pode ser encontrado no posicionamento de Albert Rivière, Secretário da *Société Générale des Prisons* da França, no Congresso de 1894. Ele defende a imposição da disciplina militar às crianças viciadas e, se tal argumento pode inicialmente aparentar apenas um elogio da vida disciplinada, ele revela, em verdade, forte tônica classista:

¹⁰⁰ CORBESIER, Jules Le. Exposé de la Situation en Belgique en ce qui concerne le placement dans les familles. In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS E DES ALIENÉS., 1., 1894, Anvers. Actes. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 13.

É a disciplina militar que imprimirá à sua vida [a da criança] essa característica que lhe falta ou que perdeu: a estabilidade. É somente ela que submeterá a criança aos hábitos da ordem, da boa conduta, da obediência, da exatidão que lhes são desconhecidos e que são necessários também para que ela possa se tornar um jardineiro, lenhador, ferreiro ou merceiro.¹⁰¹

A disciplina militar é, portanto, um instrumento para aprender uma profissão. Porém, aos jovens perigosos ou sob perigo oportunizam-se apenas profissões populares (ferreiro, jardineiro, lenhador etc.), conotando a direção elitista do argumento de Rivière: os pobres devem ser disciplinados para exercerem profissões condizentes à sua condição.

A mesma direção é explicitada por John Fagan, inspetor das escolas de reforma e das escolas industriais na Irlanda, em seu relatório sobre as escolas reformatórias desse país, apresentado no Congresso Penitenciário Internacional de 1900, ocorrido em Bruxelas. Após explicar o funcionamento do sistema reformatório irlandês, ele expõe os seus resultados, ressaltando que, graças à educação obtida nos reformatórios, jovens que jamais tiveram acesso a qualquer ensino formal conseguem posições respeitáveis no comércio e no exército. "Uma grande porcentagem torna-se artesãos ou trabalhadores ordinários; muitos servem no exército e na marinha, e (...) não mais que cinco por cento se tornam criminosos inveterados."¹⁰²

Com o mesmo teor elitista e revelador do recorte de classe, o relatório apresentado pela Administração Penitenciária da França nesse Congresso de Bruxelas de 1900 defende como deve se dar o ensino nas colônias para meninos: a educação nas colônias deve corresponder às condições das classes trabalhadoras, com grande simplicidade na alimentação, nas vestes, nas habitações e com ênfase no trabalho.¹⁰³ A partir desse relatório, compreende-se que a justiça da infância e que o seu aparato institucional complementar (como as colônias para meninos) são pensados como espaços organizados pelas classes

¹⁰¹ Tradução livre de: "*C'est la discipline [sic] militaire qui imprimera à sa vie ce caractère qui lui manque ou qu'elle a perdu: la stabilité. C'est elle seule qui le pliera à ces habitudes d'ordre, de bonne tenue, d'obéissance, d'exactitude qui lui sont inconnues et qui lui sont nécessaires aussi bien pour devenir jardinier ou bûcheron que forgeron ou épicier.*" (RIVIÈRE, Albert. Quelles sont les mesures à prendre à l'égard des enfants vicieux, enlevés à l'autorité de leurs parents? In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONdamnÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. Actes. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 2.)

¹⁰² Tradução livre de: "*Un très fort pourcentage font bien comme artisans ou laboureurs ordinaires; beaucoup servent dans l'armée de terre et de mer, et (...) qu'il n'y en a pas plus de 5% qui deviennent des criminels invétérés.*" (FAGAN, John. Rapport sur les Écoles Réformatoires em Irlande. In: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. Actes. Bruxelles et Berne: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 305.)

¹⁰³ FRANÇA. Administration Pénitentiaire de France. Exposé de L'État du Système Pénitentiaire en France. Rapport présenté par l'Administration Pénitentiaire de France: ANNEXE – Observations morales sur les pupilles confiés à la tutelle administrative. In: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. Actes. Bruxelles Et Berne: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 508.

proprietárias para educar e disciplinar os pobres.

A educação dos pobres passa por ensiná-los a precaução e a poupança. Para essas pessoas destituídas de propriedade, a proteção durante a velhice apenas poderá ser construída com o vigor da juventude. Por isso, diversas intervenções nos Congressos sustentam a necessidade de ensinar à juventude perigosa e à juventude sob perigo a disciplina da poupança¹⁰⁴, a fim de que a miséria não acometa os indivíduos em sua velhice, sobretudo porque a miséria é considerada a antessala da criminalidade:

De outra sorte, a proteção das crianças viciadas ou moralmente abandonadas deve ter por efeito prevenir a criminalidade pela educação: um dos principais fatores da criminalidade é certamente a miséria; ora, as ideias de precaução são defesas contra a miséria.

É desnecessário, ao nosso ver, uma longa demonstração para provar que é dever das Sociedades de patronato e das Escolas beneficentes preconizarem a poupança e desenvolverem o seu espírito nas crianças por elas acolhidas.

(...)

Precisamente porque as crianças recolhidas por nossas sociedades não possuem mais

¹⁰⁴ Exemplos dessas intervenções sobre a necessidade da poupança: E. Plasky, inspetora do trabalho em Bruxelas, defende a formação de mútuas para crianças colocadas em escolas beneficentes, para que elas tenham recursos quando saírem da escola, bem como discute medidas para evitar que, ao saírem da escola, dissipem inutilmente essa poupança. Cf. PLASKY, E. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-9. Reisch – professor na prisão de Namur e ex-professor das Escolas beneficentes de St-Hubert e de Namur e membro do Comitê do patronato de Namur – defende a necessidade de um protetor intermediário entre o jovem, o governo e o patronato, a fim de que o jovem seja incentivado a trabalhar depois que sair da escola onde foi colocado e para que ele continue a poupar por meio das mútuas. Cf. REISCH. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur Du Roi, 1907. p. 1-4. O pastor Plass, Diretor da Casa de educação "Am Urban", em Zehlendorf, nas proximidades de Berlim, sustenta a necessidade de se inculcar nos jovens internados o senso de economia, obrigando-os a poupar mediante cláusula obrigatória nos contratos de aprendizagem. Ele defende, ainda, que, após saírem das escolas onde estavam internados, os jovens apenas deveriam ser autorizados a sacar os recursos da poupança efetuada caso obtivessem uma profissão, um comércio, ou quando se casassem ou completassem trinta anos. Cf. PLASS. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-3. Gustave de Molinari, Chefê da divisão da Caixa geral de Poupança e de Aposentadoria da Bélgica, afirma que o ensino da precaução faz parte da educação das crianças das classes trabalhadoras e que a educação para a poupança deve chamar a atenção das crianças para a sua necessidade e para suas vantagens, devendo ser uma educação que vise a atingir o espírito delas. Cf. MOLINARI, Gustave de. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-17.

família, é preciso lhes ensinar a formar uma.

É necessário, então, fazer nascer e se desenvolver nelas o espírito da família, e a base desse espírito é a precaução.

Em lugar de viver para o dia presente, a família deve economizar, precaver-se para o futuro, prever as circunstâncias desfavoráveis: a doença, o desemprego.

Se as economias são consumidas no cabaré, a que extremo se chegará para satisfazer uma paixão perigosa e prejudicial? Os móveis, os utensílios de toda sorte serão empenhados na casa de penhores, a desunião assolará a família; a mulher abdicará de sua missão de esposa e se desinteressará dos cuidados familiares; o pai e os filhos se abandonarão à bebida e à má-conduta; o espírito de família não se desenvolverá e as crianças verão se anunciar sobre elas um futuro de vergonha e de misérias que as conduzirá à prisão ou ao depósito da mendicância.

É fundamental, então, iniciar, desde a juventude, os trabalhadores nos princípios da poupança e da mutualidade; é preciso fazê-los compreender e apreciar os benefícios das sociedades de aposentadoria e de socorro mútuais, (...)

A poupança habitua mais as crianças, sobretudo as provenientes das classes pobres, a superar certas tentações de gastos e a recusar as satisfações de pura fantasia ..." ¹⁰⁵

A formação da poupança, na visão desses burocratas, remete à necessidade de proteger a sociedade da miséria e de suas ameaças, especialmente, a criminalidade. Junto com a vigilância, a disciplina militar e da vida laboriosa no campo, a educação para a poupança se apresenta como uma proposta de tratamento das crianças perigosas e das crianças em perigo (moralmente abandonadas). São mecanismos propostos para se integrarem no dispositivo do assinalamento e da diluição da pena da justiça da infância.

¹⁰⁵ Tradução livre de: "*D'autre part, la protection des enfants vicieux ou moralement abandonnés doit avoir pour effet de prévenir la criminalité para l'éducation: L'un des principaux facteurs de la criminalité est certainement la misère; or, les idées de prévoyance préservent de la misère. Il n'est pas besoin, penson-nous, d'une plus longue démonstration pour établir qu'il est du devoir des Sociétés de patronage et des Ecoles de bienfaisance de préconiser l'épargne et d'en développer l'esprit chez les enfants qu'elles recueillent. (...) Précisément parce que les enfants recueillis par nos sociétés n'ont plus de famille, il faut leur apprendre à s'en reformer une. Il faut donc faire naître et développer chez eux l'esprit de famille, et la base de l'esprit de famille est la prévoyance. Au lieu de vivre au jour le jour, la famille doit épargner, avoir souci du lendemain, prévoir les circonstances défavorables: la maladie, le chômage. Si les économies vont s'engloutir au cabaret, à quelles extrémités en arrivera-t-on pour satisfaire une passion dangereuse et nuisible? Les meubles, les utensiles de toutes sortes seront engagés au mon-de-piété, la désunion se glissera dans le ménage; la femme abdiquera sa mission d'épouse et se désintéressera des soins du ménage; le père et les enfants s'adonneront à la boisson et à l'inconduite; l'esprit de famille ne se développera pas et les enfants verront se dresser devant eux un avenir de honte e de misères qui les conduira à la prison ou au dépôt de mendicité. Il faut donc initier, dès leur jeunesse, les ouvriers aux principes de l'épargne et de la mutualité; il faut leur faire comprendre et leur faire apprécier les bienfaits des sociétés de retraite et de secours mutuels, (...) L'épargne habitue de plus les enfants, surtout ceux issus des classes pauvres, à surmonter certaines tentations de dépenses, à se refuser des satisfactions de pure fantaisie ..."* (DESCAMPS, Emile. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. Actes. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p.2 e 5.) O autor era membro da Comissão Real dos Patronatos da Bélgica, tendo sido antes magistrado.

Independentemente das dificuldades práticas de sua implementação¹⁰⁶, a vigilância elástica no tempo e no espaço, as atividades no campo com famílias de agricultores, o aprendizado profissional com famílias artesãs, o ensino da poupança e os exercícios militares são orientações, de um lado, românticas (o campo e a agricultura como símbolos de reintegração moral do indivíduo por meio de sua reintegração à natureza¹⁰⁷) e, de outro, pragmáticas e nacionalistas (preparar e formar trabalhadores previdentes e soldados) – que permeiam o imaginário dessa nascente Justiça da Infância, pensada para formar e regenerar moralmente os pobres.

Os patronatos são incumbidos de secundar o Estado na concretização desse imaginário, mas, muito além de auxiliares do Estado, tais entes – os patronatos – implicam uma associação entre Estado e filantropia, problema central para a compreensão do governo liberal da pobreza.

¹⁰⁶ Diversos autores destacam as dificuldades práticas de implementação dos projetos da justiça da infância. Davi Niget critica as leituras acerca da lei de 1912 que implantou os "*Tribunal pour enfants*" na França. Para ele, são insuficientes as interpretações históricas dessa lei no sentido de que ela foi criada para abranger a juventude perigosa, bem como as leituras foucaultianas, no sentido de a lei ter implantado um mecanismo global de vigilância das famílias. Davi Niget afirma que as duas leituras simplificam o fenômeno porque, na prática, faltaram meios aos juízes para intervir nas famílias e porque havia poucos recursos econômicos destinados ao cumprimento da lei. Cf. , NIGET, Davi. *Op. cit.*, p. 48 e 64. O mesmo autor demonstra que, em Montreal, no Canadá, a justiça para a infância foi inspirada na *Juvenile Court* de Chicago, dos Estados Unidos. Porém, em 1916, havia um número de agentes dedicados à *probation* (espécie de liberdade vigiada do jovem) em Chicago muito maior do que encontrado no Canadá. Cf. *Ibid.*, p. 316. Em meados do século XIX, na Bélgica, enviavam-se jovens condenados e jovens absolvidos para o mesmo tipo de estabelecimento, denotando uma deficiência de estrutura para cumprimento das leis relativas à infância culpável e abandonada. A distinção entre as prisões para condenados e as colônias agrícolas (teoricamente criadas para receber os jovens absolvidos por falta de discernimento, mas obrigados a uma medida de educação) é atenuada em virtude dos limites impostos à intervenção do Estado no contexto do liberalismo do século XIX e porque, em termos práticos, as colônias agrícolas, na Bélgica, foram consideradas exitosas no desempenho de suas tarefas de modernização e de regeneração. Cf. DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). *Op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁷ Em sentido semelhante, cf. FECTEAU, Jean-Marie. Note sur les enjeux de la prise en charge de l'enfance délinquante et en danger au XIXe siècle. **Lien social et politiques**, [s.l.], n. 40, p. 134, 1998. Consortium Erudit. <http://dx.doi.org/10.7202/005103ar>.

2 SEDIMENTOS DA REDE DE PROTEÇÃO

A análise antecedente permite identificar uma certa positividade, ou seja, um sedimento discursivo, sobre a vigilância moralizadora das famílias pobres, que correspondeu à formação do Direito da Infância.

No fim do século XIX, em importantes países do Ocidente (Canadá, Estados Unidos e Europa Ocidental), essa vigilância foi pensada como medida mais racional e mais eficaz do que a prisão, na tentativa de controle preventivo da criminalidade.

Em virtude do cânone liberal pelo qual o Estado não devia interferir sobre a liberdade individual, essas sociedades ocidentais desempenharam essa vigilância por meio de entidades associadas ao Estado, as sociedades filantrópicas de patronatos.

Este item se dedica a compreender a relação entre as famílias pobres, patronatos e Estado. Primeiro, porque o controle social e a economia da subjetividade derivados dessa interação revelam nítido recorte de classe social, pois eles são focados sobre as famílias pobres, com o objetivo de adequá-las à vida burguesa, domesticá-las. Segundo, porque a interação entre famílias, patronatos e Estado constitui o solo sedimentar da atual rede de proteção, cuja legitimidade derivaria da missão de defender as crianças, desempenhada por meio da vigilância das famílias.

2.1 UM MEDIADOR ENTRE O ESTADO E A FAMÍLIA

No século XIX e no início do século XX, a filantropia refletia, para a sociedade liberal, o dever do cidadão perante a sociedade. Nesse contexto, os patronatos das classes populares constituíam a solução proposta pela elite burocrática pública e privada para tratar da miséria das massas.¹⁰⁸

Para a ordem liberal, o patronato é o instrumento de regulação e de controle da questão social no ambiente de uma ordem societária desigual, com o objetivo de educar moralmente os pobres e os seus filhos. Inicialmente, os patronatos se dedicam a assistir os presos e os egressos do sistema penitenciário, mas, na medida em que o objetivo é a educação moral das massas, a assistência ao menor delinquente se torna o foco, pois, em conformidade com a concepção de que a criança é um projeto em desenvolvimento, esta, ao contrário do

¹⁰⁸ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. Entre monde judiciaire et philanthropie: la figure du juge-philanthrope au tournant des XIXème et XXème siècles. *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, [s.l.], n. -, p.127, 15 nov. 2001. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/rhei.435>. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rhei/435>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

adulto corrompido, pode ser elevada por meio da educação.¹⁰⁹

Na França, essa tendência dos patronatos em educar os delinquentes, ou seja, aqueles que praticaram algum crime, perdura até 1880. Após, uma nova concepção dos filantropos e reformistas sociais se aventa: em lugar da reeducação moral dos presos e menores delinquentes, o objetivo é prevenir a delinquência. Os patronatos devem se antecipar ao crime e lançar sua ação protetiva sobre a infância negligenciada, sobre a infância colocada em perigo em virtude de seu meio social e familiar, pois as condições negligentes a que são abandonadas as crianças são consideradas as causas da formação do futuro adulto criminoso. Atacar preventivamente essas causas é mais eficiente do que tentar corrigir o incorrigível adulto criminoso.¹¹⁰

Em 1879, o juiz Georges Bonjean cria a primeira iniciativa privada francesa de patronato, a Sociedade geral de proteção para a infância abandonada ou culpável (*Société générale de protection pour l'enfance abandonnée ou coupable*). Por meio dela, ele pretendia a promoção da reeducação dos menores considerados como moralmente abandonados ou em perigo moral, situação considerada capaz de levá-los à delinquência.

O gesto de Bonjean, nas duas décadas seguintes, foi seguido por outros: em 1888, foi fundada a União francesa para a salvação da infância e, em 1900, o advogado Henri Rollet funda o Patronato da infância e da adolescência. No interior da França, tem-se a Sociedade Lionesa para a salvação da infância, em 1890, e a Obra das crianças negligenciadas ou abandonadas da Gironda, em 1889. Em 1900, o juiz Louis Albanel (juiz de instrução em Paris) funda seu patronato familiar, com o objetivo de proteção da criança em perigo moral mediante a escuta e apoio das famílias. Esses patronatos guiam-se pelo princípio segundo o qual é preciso intervir preventivamente sobre as famílias para evitar que seus filhos se tornem delinquentes.¹¹¹

A questão social era, desse modo, o alvo da ação preventiva. Mas, no que consistia essa questão social? A percepção de Georges Bonjean sobre o tema é esclarecedora.

¹⁰⁹ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**. Paris: Economica, 1997. p. 224-225.

¹¹⁰ *Ibid.* p. 225. Éric Pierre também destaca que os patronatos franceses, sobretudo na década de 1890, distanciam-se de sua missão inicial (o patronato dos egressos das penitenciárias) para se dedicarem à infância, tanto as crianças que cometeram crimes quanto as crianças abandonadas. Cf. PIERRE, Éric. La loi du 19 avril 1898 et les institutions. **Revue d'histoire de l'enfance «irrégulière** », [s.l.], n. 2, p.119, 15 nov. 1999. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/rhei.45>. Disponível em: <<http://rhei.revues.org/45>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹¹¹ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 225 e 230-231 e QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. *Entre monde judiciaire et philanthropie: la figure du juge-philanthrope au tournant des XIXème et XXème siècles*, cit., p. 136.

Bonjean era magistrado e católico. Para ele, a religião era uma fonte de inspiração do justo, razão pela qual a prática do direito e a ação social eram considerados meios de aplicar sobre a terra o plano divino de harmonia e de concórdia para o qual o seu pai, Louis Bernard Bonjean, se sacrificou ao ter sido fuzilado pelos revoltosos da Comuna de Paris, em 1871, quando o ocupava a presidência da Corte de cassação. Para Bonjean, a Comuna de Paris simbolizava o grande crime contra a ordem, contra a nação e contra a religião, a partir da qual ele pensa a ação profissional e, mais ainda, a ação social desenvolvida pelo magistrado.¹¹²

Compreende-se, assim, a questão social: na França, como em diversos países da Europa Ocidental do fim do século XIX e início do século XX, tem-se uma sociedade fulminada por grave desigualdade social¹¹³, e o enfrentamento dessa desigualdade pelas classes populares, caso da Comuna de Paris, é compreendido pela elite, caso de Bonjean, como um desafio à hierarquia social, que deve ser combatido com uma estratégia baseada nos princípios racionais do Iluminismo e do liberalismo, proibitivos da ação estatal sobre a iniciativa econômica livre dos particulares.

Essa nova estratégia, verdadeira tática de combate simultâneo à pobreza e aos pobres revoltosos, é a filantropia, cuja compreensão pode ser obtida a partir de dois sentidos do princípio liberal da livre iniciativa econômica.

O primeiro corresponde à liberdade de empresa, que é a liberdade do capital de adquirir os meios de produção e de os organizar da forma considerada mais eficiente para reproduzir e aumentar o próprio capital. O segundo sentido da livre iniciativa trata da libertação da força de trabalho dos antigos laços de dependência do Antigo Regime: os trabalhadores, no mundo do capitalismo liberal, estão livres das relações de dependência e de submissão às corporações de ofício e de artesãos, assim como estão livres dos vínculos com a terra e com os seus senhores. Do mesmo modo, essa liberdade implica "emancipação"¹¹⁴ dos

¹¹² *Ibid.*, p. 131-133.

¹¹³ Embora não trate exatamente desse período, Robert Castel explica que, entre os séculos XIV e XVII, as sociedades europeias, a despeito de seu crescimento econômico, registram elevada presença de uma população pobre, a ponto de, durante esse período, ao menos um terço da população europeia ter permanecido em patamar de indigência, fator que não se alterou no século XVIII (CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário**. Tradução de Iraci D. Poleti. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 217-219).

¹¹⁴ A emancipação dos vínculos corporativistas, embora percebida como uma realização do liberalismo pela elite econômica, não representou um verdadeiro anseio dos trabalhadores, como explica Castel. Para exemplificar sua tese, o autor lembra que, antes da votação da Lei Le Chapelier, em abril de 1791, os carpinteiros parisienses peticionaram perante a Prefeitura de Paris, solicitando a fixação de um salário mínimo pelos seus serviços. Em harmonia com o teor da Lei Le Chapelier, o Prefeito de Paris recusa o pleito argumentando que, a despeito dos méritos dos bons carpinteiros, o pleito de salário mínimo nivelaria o preço do seu serviço ao dos maus carpinteiros e, portanto, tratava-se de um pleito contrário ao verdadeiro interesse dos carpinteiros. Esse caso demonstra que os trabalhadores, ao contrário da elite econômica, não eram contrários às proteções advindas das suas organizações coletivas. Cf. *Ibid.*, p. 262.

trabalhadores diante das proteções pessoais e econômicas que esses antigos laços proporcionavam.¹¹⁵

A liberdade dos trabalhadores em face dos antigos vínculos de dependência e de solidariedade é acompanhada, segundo os cânones do liberalismo e do Iluminismo racionalista, da inutilidade e da ilegitimidade dos instrumentos tradicionais de assistência aos pobres que vigoravam até o século XVIII: os Hospitais Gerais e a reclusão para vagabundos, a esmola individual e as companhias de caridade para a pobreza envergonhada.¹¹⁶ Em lugar desses instrumentos tradicionais e obsoletos, a filantropia se apresenta, na aurora do liberalismo político e econômico, como o meio racional de governar a pobreza.

A reclusão dos vagabundos é inútil para eliminar a pobreza porque apenas esconde a miséria do olhar público. Ademais, ela é uma falsa solução, pois, se for muito atrativa para os pobres (com condições de alimento e acomodação confortáveis e gratuitas), incentivará ainda mais a vagabundagem e a mendicância, o que também a qualifica, sob o olhar liberal da valorização do trabalho¹¹⁷, como o instrumento ilegítimo de combate à pobreza. Se, de outro lado, for demais severa, afastará os vagabundos, tornando-os mais à margem da sociedade e, por isso, mais perigosos a ela.¹¹⁸

A esmola individual é ilegítima diante do imperativo do trabalho e é considerada inútil para realizar o objetivo de combate à pobreza, pois pode contribuir para a multiplicação da indigência na medida em que viabiliza tornar mais cômoda a situação daquele que mendiga ao ser comparada com a daquele que trabalha, incentivando muitas pessoas aptas ao trabalho a falsearem sua condição em busca da facilidade da esmola.¹¹⁹

A assistência à pobreza envergonhada correspondia à proteção para aqueles detentores de posição honesta, mas que, por contingências, encontravam-se em situação econômica desfavorável. Porém, justamente em virtude de sua posição social (negociantes ou

¹¹⁵ Nas palavras do autor: "Assim, impor a nova junção – contrato de trabalho e livre acesso ao mercado – contra a antiga junção – tutelas corporativistas e monopólios comerciais – traduz, no plano particular da organização da produção e do comércio, a postura geral de liberação diante de um sistema de coerções baseado na subordinação dos sujeitos em relação ao Todo – Deus, ou seu representante aqui na terra, o rei – e seu encastramento numa hierarquia de ordens, de condições, de status que são a herança no seio da modernidade que vai triunfar sobre a velha sociedade ainda 'holista'. Como, além até mesmo dos interesses propriamente econômicos, tal combate deixaria de reunir todo o campo do Iluminismo?" (*Ibid.* p. 241.)

¹¹⁶ DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 58.

¹¹⁷ O liberalismo econômico é marcado por uma historicamente inédita valorização do trabalho que Robert Castel ressalta a partir do roteiro delineado por Hannah Arendt: o trabalho, antes implicando uma situação desprezada, é valorizado por Locke como fonte da propriedade; após, Adam Smith aponta-o como fonte de toda riqueza; Marx, enfim, coloca-o como motor de toda produtividade e como o elemento caracterizador da própria humanidade. Cf. CASTEL, Robert. *Op. cit.*, p. 230-232.

¹¹⁸ DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 58-59.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 59.

artesãos), não poderiam expor publicamente sua miséria em busca de auxílio porque isso implicaria a perda de crédito.

A ajuda a tais pessoas se fazia mediante companhias de caridade formadas por burgueses, negociantes que, no território delimitado da paróquia, auxiliavam os seus pares desafortunados. Contudo, a ajuda era condicionada a um exame sobre a moralidade familiar: o assistido e sua família deviam comparecer aos ofícios religiosos e o pedido de auxílio devia ser acompanhado por comprovante de confissão assinado pelo pároco. Tratava-se de uma assistência incapaz de atingir os necessitados justamente porque a seleção dos beneficiados se baseava em critérios morais e religiosos, em vez de examinar a necessidade daquele que a procurava.¹²⁰ Portanto, se tal ajuda poderia encontrar alguma legitimidade em face do imperativo do trabalho, ela era inútil para reduzir a pobreza na medida em que colocava a necessidade do beneficiário como critério subsidiário para definir seu auxílio.

Ademais, esses instrumentos tradicionais de combate à pobreza pressupunham que ela se localizava nas margens da sociedade. Contudo, em meados do século XVIII, a pobreza, na Europa ocidental, é percebida como um fenômeno de massa, que atinge a todo o povo, incluindo os trabalhadores. Assim, do lado da utilidade, a ideia de delimitar a assistência econômica e caridosa apenas aos marginalizados (crianças abandonadas, velhos incapazes, deficientes inválidos) não é suficiente para socorrer os pobres, pois a pobreza não atinge a margem da sociedade, mas é fenômeno que aflige a maioria do povo do campo e da cidade, especialmente os trabalhadores.¹²¹

De outro lado, o da legitimidade, a assistência direta aos pobres é proibitiva, pois o princípio de respeito à livre iniciativa privada simbolizava a libertação da força de trabalho dos antigos laços de dependência e de proteção do Antigo Regime. Se houvesse a necessidade de auxiliar os pobres, esse auxílio não poderia ser na forma de apoio econômico e, sobretudo, não deveria partir do Estado, evitando-se a sua intervenção sobre a sagrada (ou melhor,

¹²⁰ *Ibid.*, p. 60.

¹²¹ Sobre a nova percepção discursiva, no século XVIII, da pobreza como um fenômeno de massa, capaz de atingir os trabalhadores em geral, cf. *Ibid.*, p. 211-226. Jacques Donzelot também afirma que "(...) o final do século XVIII assiste ao aumento considerável do número de pobres que solicitam auxílio." (DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 51)

republicana e liberal) autonomia do indivíduo¹²².

A ajuda direta aos pobres, com base nessa caracterização do liberalismo, era vedada pelo cálculo racional da utilidade e pelo juízo moral da legimitidade. Pelas mesmas razões, após a Revolução Francesa, não se podia conceber a liberdade do trabalho como direito ao trabalho garantido pelo Estado, pois, caso o governo assegurasse os postos de trabalho a todos que o procurassem, ele "(...) tornaria os trabalhadores exigentes em relação ao trabalho que se lhes propõe."¹²³ Em outras palavras, a garantia de emprego assegurada pelo Estado implicaria uma elevação artificial do valor da força de trabalho, resultando em prejuízo aos investimentos de capital, o que feriria de morte os cânones liberais da livre empresa.¹²⁴

Vedado o apoio direto aos pobres, restavam dois problemas a serem considerados: a existência dos pobres e a inserção deles no cenário político¹²⁵, cuja fraternidade revolucionária não deixava esquecer. A filantropia se apresenta como mecanismo de governo da pobreza que compatibiliza esses problemas sob os princípios da livre iniciativa e da liberdade do trabalho, regentes da ordem liberal.

A antiga caridade cristã – exemplificada pelas formas tradicionais de assistência aos pobres (Hospitais Gerais, esmola individual e assistência à pobreza envergonhada) – poderia resultar no falseamento da pobreza com consequente aumento da mendicância (como no caso da esmola individual, em que falsos pobres simulam a carência para obter auxílio) e no perigo

¹²² A ajuda direta aos pobres também implicava uma intervenção sobre as regras de mercado relativas à aquisição de mão de obra, pois, com a economia capitalista de mercado, o trabalho também é uma mercadoria. Assim, como explica Polanyi, na Inglaterra, a *Speenhamland Law* de 1795 consistia na garantia de uma renda mínima até mesmo para quem não trabalhava. Tratava-se de apoio direito do Estado aos pobres. Como consequência, houve a redução do valor dos salários. Essa regra durou até 1834, quando passou a vigorar a *Poor Law Reform*, cujo objetivo era auxiliar apenas a indigência autêntica por meio de albergues. Para tanto, era necessária uma categorização dos pobres, a fim de identificar os autênticos indigentes. Assim, a *Poor Law* de 1834 abandonou os trabalhadores à própria sorte, pois, sem a renda mínima, os salários teriam seus valores livremente estabelecidos pelas negociações entre capitalistas e trabalhadores. Consequentemente, para Karl Polanyi, a *Poor Law* viabilizou um mercado de trabalho, mas com custos sociais elevados. Cf. POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Tradução de: Fanny Wrobel. p. 99-105. Sobre o objetivo de a *Poor Law* de 1834 identificar os verdadeiros indigentes e sobre a sua contribuição para formar um mercado de trabalho por meio da intervenção estatal, cf. HIMMELFARB, Gertrude. **La idea de la pobreza: Inglaterra a principios de la era industrial**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 175-208.

¹²³ CASTEL, Robert. *Op. cit.*, p. 247. A transcrição citada não representa uma defesa de Robert Castel acerca da ideia de que o Estado não deveria assegurar o posto de trabalho, mas apenas uma descrição do apoio dessa ideia pelo quarto relatório do Comitê para a extinção da mendicância da Assembleia constituinte, posteriormente denominado Comitê de Socorros Públicos durante a Assembleia Legislativa e a Convenção. Cf. *Ibid.*, p. 241-242.

¹²⁴ Donzelot expressa bem a ambiguidade do Estado, entre combate da pobreza e defensor da ordem liberal, ao tratar da rejeição de um direito de assistência aos pobres a ser reclamado perante o poder estatal: "Procedimento perigoso, já que faria do Estado o responsável pela satisfação das necessidades dos cidadãos, o mandatário dos pobres junto aos ricos, o agente de um nivelamento das fortunas, o destruidor dessa margem de liberalismo que sua dissociação das antigas funções arbitrárias, ao contrário, tinha por missão garantir." (DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 61)

¹²⁵ É a inserção dos pobres no cenário político que vedava a repressão violenta da pobreza. Cf. *Ibid.*, p. 61.

do socialismo (a ajuda direta aos pobres não faria eles pensarem no direito a ter um protetor que lhes garantisse trabalho e assistência?). Os filantropos, baseados nessas críticas, rejeitavam a antiga caridade cristã e elaboraram um novo tipo de assistência aos pobres, fundado no respeito ao princípio da livre iniciativa.¹²⁶

O cerne da nova assistência aos pobres elaborada pela filantropia é o conselho e a poupança, dois mecanismos pautados pela legitimidade e pela utilidade diante da ordem liberal do século XIX. Em lugar de ajudar os pobres com a entrega direta de bens a eles, de lhes entregar auxílio econômico direto, como era o caso da esmola individual, a filantropia privilegia a oferta de conselhos. É verdade que as sociedades filantrópicas fornecerão socorros diretos aos pobres, mas apenas na medida em que a entrega de bens, de apoio econômico direto, sirva de pretexto para fazer penetrar os conselhos.

E por que os conselhos são legítimos em face da ordem liberal? Primeiro, porque eles nada custam para os conselheiros. Segundo, porque ele pressupõe uma igualdade entre as pessoas: o aconselhado pode, ou não, seguir o conselho, exercendo a sua autonomia e assumindo as consequências de sua decisão. Delimitada sua legitimidade, qual é a utilidade desses conselhos, segundo a ótica liberal? Ora, ao contrário da ajuda direta aos pobres que estimula o aumento da mendicância por meio daqueles que falseiam a pobreza em busca de esmola, o conselho à pessoa que é verdadeiramente pobre permitirá que ela deixe o seu estado de miséria caso siga as indicações prescritas.¹²⁷

O principal conselho é a formação da poupança. Ela guarda legitimidade perante a ordem liberal porque é formada pelo esforço individual do próprio trabalhador e da sua família. Mais, a poupança é útil ao cânone da liberdade de iniciativa que visa a esfacelar todas as dependências e solidariedades coletivas e corporativistas, intermediárias entre o indivíduo e o Estado, pois, formada a poupança individual, o trabalhador pobre não dependerá do auxílio dessas corporações intermediárias, bastando acessar sua própria poupança. Por fim, ao esfacelar a dependência da solidariedade social e corporativa, a poupança reforça e alimenta os laços familiares.¹²⁸

A poupança aconselhada ao pobre pela sociedade privada de patronato é o paradigma do governo liberal dos pobres. A exigência de que o Estado não interfira nas decisões econômicas impede que ele seja o provedor dos pobres, pois tal medida recairia no mesmo perigo do socialismo, oriundo da antiga caridade cristã (a ajuda direta aos pobres não os faria

¹²⁶ *Ibid.*, p. 63.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 64.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 64-65.

pensarem no direito a ter um protetor que lhes garantisse trabalho e assistência?).

De acordo com esse modelo, na França, a lei de 1898 de proteção à infância contra maus-tratos¹²⁹ permitia ao juiz a entrega do menor condenado por crime ou vítima de um crime a uma sociedade de patronato ou à assistência pública. Tal medida poderia ser adotada em lugar de remeter o menor aos pais (medida considerada inútil porque os pais eram considerados a causa da decadência moral da criança); ou em lugar de condená-lo a uma curta e, por isso, ineficaz pena de prisão; ou, ainda, em lugar de enviá-lo a uma casa de correção (*maison de correction*), considerada prejudicial para o seu desenvolvimento futuro.

A lei de 1898, consoante o modelo liberal, privilegia a atuação do patronato privado, devendo o juiz se valer da assistência pública de modo subsidiário, apenas em caso de inexistência de sociedade de patronato local ou em caso de a sociedade existente recusar o atendimento à criança.¹³⁰ Ao patronato cabia o aconselhamento da criança e de sua família, mas, para aconselhar, é preciso conhecer os problemas de quem será aconselhado.

Se o conselho e a poupança são os principais instrumentos do combate racional à pobreza promovido pela filantropia e pelos patronatos, como identificar, na população, quem, verdadeiramente, é pobre e, por isso, precisa desse apoio? Para tanto, é preciso imiscuir-se na vida do pobre; ingressar na sua residência; contar o número de habitantes; identificar aqueles que trabalham e aqueles que estão ociosos; entre os ociosos, examinar quais deles poderiam trabalhar e quais estão inválidos.

Ao contrário da esmola individual, entregue pelo rico porque se espanta e se comove com o espetáculo das chagas da pobreza (e, muitas vezes, com as chagas da pobreza falsamente encenada), o cálculo racional da filantropia exige a inspeção investigatória da casa para distinguir a verdadeira pobreza. Apenas esse exame investigatório permitirá identificar o

¹²⁹ FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹³⁰ PIERRE, Éric. *Op. cit.*, p. 121. O autor destaca que a assistência pública era mal equipada e que sua existência apenas se justificava pelo seu caráter permanente, característica que não era compartilhada pelas sociedades privadas de patronato. *Ibid.*, p. 121. O estudo de Quincy-Lefebvre confirma o caráter subsidiário do envio dos menores delinquentes à assistência pública. Ela reúne dados do Tribunal do Sena para menores delinquentes, demonstrando que, em 1913, 7,2% dos menores eram confiados a pessoas ou instituições de caridade e 9,9% eram confiados à assistência pública (57,7% eram entregues aos pais e 25,1% eram enviados para colônias penitenciárias). Em 1919, 16% eram confiados a pessoas ou instituições de caridade e 3,4 % eram confiados à assistência pública (61,4 eram entregues aos pais e 19,2% eram enviados para uma colônia penitenciária). Em 1925, 27,7 % eram confiados a pessoas ou instituições de caridade e 1,1 % eram confiados à assistência pública (60,8% eram entregues aos pais e 9,7% eram enviados para uma colônia penitenciária). Cf. QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 230.

pobre real, bem como individualizar o conselho apropriado a ele para, futuramente, suprimir a sua indigência.¹³¹

É possível inferir que a filantropia do século XIX atribui o adjetivo "moralmente abandonada" à infância considerada em perigo por conta desse exame individual da família: para todo pedido de ajuda ao patronato, o exame investigatório identifica a falta moral, esse lastro de preguiça e devassidão, que explica a miserabilidade. A investigação da casa do pobre estabelece a conexão entre economia e moralidade que legitima a posterior vigilância contínua da família¹³², a fim de controlar a adesão dela aos conselhos gratuitamente ofertados, assim como para estabelecer as medidas sancionatórias a serem impostas por conta da ausência de adesão a tais conselhos.

O assinalamento e a diluição da pena, dispositivo típico da justiça da infância analisado por Donzelot, baseia-se justamente na vigilância constante da família judicializada cujo germe pode ser o exame das famílias pela filantropia em busca dos verdadeiros pobres a serem auxiliados.

Conselho gratuito e educação para a poupança, de um lado, e exame vigilante da família, de outro; esses mecanismos inauguram um novo governo dos pobres, legítimo para o cânone liberal porque respeita a igualdade e a livre iniciativa (o conselho nada custa e o segue quem o quiser) e racionalmente útil para satisfação do ideário Iluminista (ao se investigar as famílias, auxiliam-se apenas os pobres verdadeiros).

É inegável que essa relação entre o Estado (representado pelo Poder Judiciário que "acessa" os delinquentes e as crianças negligenciadas) e os patronatos privados (que, solicitados pelo Estado, investigam, auxiliam e vigiam os pobres) reflete um conflito entre classes sociais: os pobres e trabalhadores assistidos e os ricos beneficentes. A filantropia é a consciência social do liberalismo do século XIX, é o reflexo especular da ética da concorrência e da religião do mais forte.¹³³

Na paisagem institucional que trata da infância perigosa no século XIX, entretanto, é possível entrever, para além de um conflito de classes, a instrumentalização dos mecanismos de controle social pelas famílias pobres, com o objetivo de se adaptarem à vida urbana e

¹³¹ DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, , p. 66-67.

¹³² *Ibid.*, p. 67.

¹³³ DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org). *Op. cit.*, p. 431.

industrial.¹³⁴ Em outras palavras, as famílias pobres também visavam a obter ganhos por meio desses mecanismos de controle social. Uma maneira privilegiada de compreender a complexa relação de poder estabelecida entre pobres e ricos no século XIX assentada a partir da família é a correção paternal, uma medida requerida ao Poder Judiciário pelo pai contra o seu filho insubmisso, cuja consequência poderia ser a prisão do filho com o objetivo de corrigi-lo, e que estava prevista nos arts. 375 e seguintes do Código Civil francês de 1804¹³⁵.

Com base em dados organizados pelo juiz Georges Bonjean, relativos às ordens de correção paternal pronunciadas pelo Tribunal do Sena entre 1891 e 1894, Quincy-Lefebvre aponta que mais de 60% dos pais que requereram a medida de correção paternal contra seus filhos eram trabalhadores manuais, aos quais poderiam ser acrescentados mais 20%, correspondentes a diaristas e serviçais.¹³⁶

Esses percentuais demonstram que a correção paternal era uma medida utilizada especialmente pelas classes populares. Os ricos não ignoravam a existência da medida, mas, quando a utilizavam, preferiam, mediante o devido pagamento, internar seus filhos em estabelecimentos diferentes daqueles para os quais eram enviados os filhos das classes populares; internavam seus filhos nos mesmos estabelecimentos destinados aos filhos dos pobres apenas quando o objetivo, para além da correção, era promover a humilhação. Entre os estabelecimentos voltados aos filhos dos ricos, está a *Maison paternelle de Mettray*, que, segundo uma propaganda de 1895, havia recebido dois mil jovens entre sua abertura em 1855 e o ano de 1895.¹³⁷

¹³⁴ Dupont-Bouchat sugere a hipótese de pesquisa dessa instrumentalização (cf. *Ibid.*, p. 442-443) cujo desenvolvimento é encontrado, sobretudo, no trabalho de Quincy-Lefebvre (QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., 437 p. Para além do exemplo da correção paternal desenvolvido a seguir, pode-se destacar, como ilustração dessa tentativa de as famílias pobres instrumentalizarem as instâncias de controle em conformidade com as suas prioridades, o exame das cartas de pais, requerendo a internação de seus filhos na escola de preservação Théophile Roussel. Quincy-Lefebvre percebe que diversos pais pretendiam que seus filhos ficassem afastados da rua. A autora nota que tal requerimento era ainda mais comum em relação às jovens cuja internação era requerida para as casas da congregação *Bon Pasteur d'Angers*. As famílias pretendiam a boa educação da filha e impedir que ela tivesse relacionamentos amorosos desautorizados. Cf. QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 203.

¹³⁵ Se o filho tivesse menos de 16 anos, a prisão não podia superar o prazo de um mês. Após completados os 16 anos e até a maioridade ou a emancipação do filho, ele não podia ser preso por prazo superior a seis meses. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018. A correção paternal será analisada com maior profundidade no próximo capítulo.

¹³⁶ LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 128-129.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 130-131 e DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, 82. A *Maison paternelle de Mettray* ficava ao lado da colônia de Mettray, mas a primeira era destinada à prole das famílias abastadas e a segunda, aos pobres. Cf. *Ibid.*, p. 82 e QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 130.

Se os pais das camadas populares tinham expectativas para o futuro dos seus filhos e, por isso, a correção paternal a eles parecia um recurso útil para educá-los, essa medida judicial era pouco utilizada pelos mendigos e vagabundos, não aparecendo nas estatísticas do juiz Bonjean, possivelmente porque eles poderiam ter receio de serem colocados sob o olhar da justiça. Tal receio poderia ter sido reforçado com a lei francesa de 1889, que viabilizou a destituição do poder paternal¹³⁸ e, assim, em vez de se obter a correção paternal, havia o risco, para esses pais, de o Poder Judiciário se voltar contra eles, para destituí-los do poder paternal.¹³⁹

Nem os ricos e nem os mendigos e vagabundos; as classes populares, portanto, eram as maiores demandantes da correção paternal e a instrumentalizavam segundo os seus interesses, ou seja, pretendiam, por meio dela, educar os filhos para o trabalho ou, ainda, como criticava o juiz Bonjean, utilizavam-se da correção paternal para se desfazerem de seus indesejáveis.¹⁴⁰

O juiz Bonjean introduz mudanças práticas no procedimento justamente para evitar o uso considerado indevido da correção paternal. Entre elas, Bonjean implementa um inquérito, a fim de investigar se o pai, ao requerer a medida de correção, estava em condições de exercer o poder familiar, de exercer sua autoridade.¹⁴¹

Para Bonjean, esse inquérito tinha também uma outra finalidade, correspondente a examinar se o pedido de correção paternal tinha uma causa justa ou, em outras palavras, se ele, verdadeiramente, baseava-se na insubmissão do filho. Essa outra finalidade não podia ser exposta publicamente porque, de acordo com o Código Civil, era vedado ao juiz investigar a veracidade dos motivos que levaram o pai a requerer a correção paternal. O procedimento,

¹³⁸ FRANÇA. Loi du 24 juillet 1889. Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralment abandonnés. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹³⁹ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 130. No mesmo sentido da possibilidade de um pedido de correção paternal culminar na destituição do poder paternal, cf. DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁰ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 138. Donzelot também menciona as críticas de Henry Joly no sentido de que as famílias pobres se utilizavam da correção paternal para se livrarem de seus filhos durante um mês, com o objetivo de efetuarem uma viagem ou, no caso de pais viúvos, para desfrutarem de fantasias amorosas. Cf. DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 82-83.

¹⁴¹ QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 140. Originalmente, a medida de correção paternal não podia ser requerida pela mãe. As exceções correspondiam ao caso das mães divorciadas que exerciam a guarda do filho. Nesse caso, o art. 381 do Código Civil permitia que ela, desde que não tivesse casado novamente, requeresse a correção paternal acompanhada do concurso de dois parentes do pai da criança (FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

segundo o art. 378 do Código Civil, limitava-se a exigir o requerimento de prisão do filho acompanhado de uma declaração paterna, pela qual o pai se responsabilizava pelas taxas da prisão e pelo fornecimento dos alimentos ao filho.¹⁴²

Ao introduzir a investigação sobre as condições familiares como uma etapa da correção paternal, o juiz Bonjean inverte o jogo de poder entabulado entre Estado, família e classes sociais, pois a investigação da família pode converter o pedido de correção paternal na necessidade de perda do poder paternal para a proteção da criança negligenciada. Assim, a autoridade paterna supostamente violada pode, em verdade, revelar uma criança moralmente abandonada, verdadeiro perigo para a sociedade, pois ela é o projeto do criminoso.

No contexto do liberalismo do século XIX, identificada a situação de abandono moral da criança, cabe ao Estado, por meio dos patronatos privados, intervir preventivamente no seio das famílias, adotando a medida adequada para proteção da criança moralmente abandonada (perda do poder paternal, colocação em família substituta, educação para o trabalho, para o serviço militar, colocação sob guarda da assistência pública etc.).¹⁴³

A partir desse conflito travado em torno da correção paternal, nota-se como o movimento filantrópico tinha por objetivo a domesticação das massas rebeldes¹⁴⁴, pois a pólvora e a poeira da Comuna de Paris ainda habitavam os mais sombrios pesadelos da elite. O caso de Georges Bonjean, com o pai fuzilado na Comuna, exemplifica esse temor.

No entanto, os mecanismos de controle e de vigilância implementados eram objeto de um complexo jogo de poder. De um lado, a correção paternal poderia ser usada pelas famílias populares com o objetivo de impor a disciplina do trabalho aos insubmissos ou, ainda, como as *lettres de cachet* do Antigo Regime, elas podiam servir para afastar os indesejáveis de uma forma sigilosa e sem a intervenção estatal sobre os seus motivos. De outro, a reação possibilitada pelo juiz Bonjean reforça a posição dos patronatos e da elite, pois o inquérito sobre as condições familiares viabilizava a intervenção sobre as famílias pobres com o objetivo de proteger a criança negligenciada, com a imposição das medidas recomendadas pelo inquérito, tal como a perda do poder paternal.

Esses mecanismos de controle e de vigilância desempenhados pelos patronatos e exemplificados pela correção paternal revelam, sobretudo, que a família em si é um mecanismo de poder; parafraseando Donzelot, no fim do século XIX e no início do século

¹⁴² FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804.

¹⁴³ DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 83-84.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 77-78.

XX, em lugar de um governo das famílias, assiste-se a um governo através da família¹⁴⁵. Em lugar de um vetor de dominação baseado em sentido único, a concepção de família pautada pela educação moralizadora dos filhos desempenha uma função de controle social baseada no interacionismo entre família, Estado e patronatos.

A proteção da infância negligenciada pela família pobre é o pilar sobre o qual, simultaneamente, assentam-se os anseios dos pais (educar os filhos para o trabalho ou livrar-se dos filhos insubmissos) e os anseios da elite representada pelos patronatos (proteger as crianças para evitar que se tornem criminosos ou, talvez pior, rebeldes, como os da Comuna).

É sob esse olhar que se compreende como a valorização do núcleo familiar no século XIX representa, para além de uma nova sensibilidade, de uma nova concepção de amor e de afetividades, um acoplamento estratégico, um dispositivo de poder paradoxal, pois, de um lado, exalta a posição da família (ela deve ser reforçada como instrumento de autonomia de seus membros) e, de outro, submete-a ao Estado e a valores morais da elite econômica (para ser o instrumento de autonomia dos seus membros, a família deve seguir os conselhos dos patronatos, tal como a poupança, e permitir a sua vigilância, sob pena de o Estado intervir nos laços familiares e na autoridade paterna, como é o caso da perda do poder paternal).¹⁴⁶

2.2 O GOVERNO DA POBREZA NA ORDEM LIBERAL

O interacionismo entre família, Estado e patronatos pode ser melhor compreendido a partir do acúmulo discursivo sobre os patronatos no século XIX. Para tanto, novamente, as atas de Congressos Penitenciários e de Congressos sobre questões relativas aos patronatos são uma fonte relevante, pois, como ressaltado, nesses congressos, participava a elite burocrática estatal e privada responsável pela implementação, na Europa e nos Estados Unidos, do modelo de tratamento da infância exposta ao perigo da formação criminosa. A análise dessas atas focará as funções que, segundo essa burocracia, deveriam ser desempenhadas pelos patronatos.

No ano de 1894, em Anvers, é realizado o Congresso internacional para o estudo das questões relativas ao patronato dos condenados, das crianças abandonadas, dos vagabundos e dos alienados. Uma das questões apresentadas no Congresso é: quais meios devem ser empregados para conhecer as crianças maltratadas ou moralmente abandonadas, sobre as quais a proteção do patronato deve ser exercida?

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 86.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 58.

Léon Joly, professor na Universidade Paris, sintetiza sua resposta, com uma divisão do trabalho baseada na idade das crianças a serem atendidas pelos patronatos. As crianças com até 7 anos vivem com os pais. Assim, quanto às crianças nessa idade, a negligência e os maus-tratos ocorrem no âmbito doméstico porque os pais podem habituar seus filhos à mendicância, ao roubo ou à prostituição.¹⁴⁷ Se o Poder Judiciário tratará e decidirá sobre os pais que causam os maus-tratos, a quem cabe cuidar dessas crianças? Para Joly, incumbe aos patronatos encontrar essas crianças e assegurar seu futuro.¹⁴⁸

Na idade escolar, dos 7 aos 13 anos, segundo Joly, as dificuldades se simplificam, pois, em toda a Europa, vigora o princípio da instrução obrigatória. Em consequência, a vagabundagem da criança em idade escolar deve ser conhecida, denunciada e reprimida pelos encarregados pela execução da lei escolar. Uma vez que a vagabundagem habitual implica o abandono moral da criança, que poderá roubar ou mendigar, cumpre aos patronatos atuarem em prol dela, assegurando que frequente a escola (seja a escola ordinária ou uma escola de preservação ou de reforma, conforme exigirem as circunstâncias).¹⁴⁹

Quando a criança completa 13 anos, ela finaliza seu período de escolaridade, salvo se ela pertence às classes abastadas, para as quais, segundo Joly, o patronato é inútil. Nessa idade, os pais pretendem se desonerar dos deveres relativos aos seus filhos e costumam abrir a porta da casa para que eles ganhem a vida por sua própria conta. Nesse caso, a criança terá de escolher entre o trabalho e o ócio. Quando existe um patronato conhecido e zeloso na cidade, como o Patronato da Infância e da Adolescência de Paris, muitas crianças o procuram em busca de auxílio.

Para as demais crianças, que se largam ao ócio, os patronatos devem atuar em seu auxílio, procurando-as nas ruas, nos locais onde sabidamente mendigam. Ainda, cabe aos patronatos auxiliarem o juiz, como em Bordeaux, onde os magistrados, unidos a benfeitores dos patronatos, fundaram uma colônia encarregada do futuro das crianças a ela enviadas.¹⁵⁰

Os extratos da resposta de Joly à questão colocada no Congresso exemplificam alguns elementos importantes da atuação dos patronatos que estruturam o governo liberal da pobreza. Primeiro, fica evidente que o pano de fundo da atuação dos patronatos é a luta de

¹⁴⁷ JOLY, Léon. Quels sont les moyens à employer pour arriver à connaître les enfants maltraités ou moralement abandonnés, sur lesquels la protection du patronage doit s'exercer? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 2.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 4-5.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 5-6.

classes, pois, como destaca Joly, os patronatos são inúteis para as crianças oriundas das classes abastadas que completaram 13 anos. A utilidade dos patronatos se restringe às crianças que terminaram a instrução escolar obrigatória e que devem se iniciar no trabalho, ou seja, aquelas oriundas das famílias pobres.

Segundo, os patronatos integram a rede de assinalamento dos desvios, vale dizer, a mendicância e a vagabundagem. Ora, na idade escolar, dos 7 aos 13 anos, as crianças devem frequentar a escola e, se não o fazem, cumpre à administração escolar denunciar a criança faltosa para a atuação do patronato em sua defesa. Paralelamente à atuação do patronato, a repressão criminal ou civil aos pais (a perda do poder paternal) caberá ao Poder Judiciário. Como se percebe, a ideia de uma rede de proteção é articulada, segundo Joly, entre escola que assinala os desvios da normalidade e a atuação consequente do patronato e do Poder Judiciário.

Compreende-se que o assinalamento e a rede de proteção que o faz atuar integram, sem contradições, o cânone liberal da ausência de intervenção estatal sobre a autonomia individual, pois o patronato atua contra a vagabundagem e a mendicância, duas formas pelas quais o indivíduo renuncia à sua autonomia para se colocar sob a dependência dos demais. Ademais, como ressaltado anteriormente, o principal recurso de que se vale o patronato é o conselho da poupança: a pobreza e a mendicância, na ordem liberal, poderão ser contornadas por cada pobre, individualmente e sem a ajuda direta do Estado, se eles se voltarem ao trabalho e à poupança.

Por fim, a rede de proteção é dinamizada ao se articularem Poder Judiciário e patronatos para a execução das medidas de punição ou de proteção impostas aos jovens vagabundos ou mendigos, pois Joly defende o exemplo da cidade de Bordeaux, onde os magistrados enviam os jovens para colônias fundadas por patronatos privados.

No Congresso de Anvers de 1894, Albert Rivière, Secretário da Sociedade Geral de Prisões da França (*Société Générale des Prisons de France*), também exemplifica como os patronatos integram a rede de proteção da infância moralmente abandonada e como sua atuação delimita um conflito de classes sociais.

Para Albert Rivière, a disciplina militar confere estabilidade à vida da criança. Assim, Rivière destaca a existência, na França, de uma sociedade de patronato que tem por finalidade alistar nas Forças Armadas as crianças que são condenadas pelo Poder Judiciário ou, ainda,

absolvidas por falta de discernimento.¹⁵¹

Essa sociedade, ainda, zela para se informar sobre a conduta da criança, dá recompensas ou punições a ela e as estimula com esperanças futuras, como um emprego digno quando da saída do regimento (como explicado no capítulo anterior, para Albert Rivière, esses empregos são o de jardineiro, de lenhador, ferreiro ou merceeiro, denotando, de um lado, sua perspectiva elitista, que restringe a necessidade da disciplina militar às classes populares, e, de outro lado, o conflito de classes congênito à rede de proteção à infância moralmente abandonada).¹⁵²

Conforme exemplificam essas exposições, o governo liberal da pobreza exige uma vigilância fundada sobre a luta de classes, pois ela foi pensada segundo os valores da elite econômica e é dedicada exclusivamente sobre as famílias pobres, para educá-las segundo o imperativo do trabalho, base para a autonomia do indivíduo destituído de posses.

O compartilhamento, no século XIX, da ideia da vigilância das famílias pobres pelos patronatos é exemplificado ainda com a exposição de Arthur Levoz no Congresso de Anvers, de 1894. Levoz, membro da comissão real dos Patronatos da Bélgica, explica que, nesse país, nos processos movidos contra crianças com idade inferior a 16 anos acusadas da prática de crimes, existe a intervenção dos patronatos.

Nesses processos, o Comitê do Patronato é encarregado de elaborar um relatório sobre a criança, baseado em um interrogatório dos membros de sua família, de seus pais, vizinhos, professores da escola, ministro do culto religioso dos pais etc. Essas visitas a essas pessoas podem ser feitas por diversas vezes, conforme a necessidade, e versarão não apenas sobre o fato pertinente à acusação, mas sobre o caráter, disposições e hábitos da criança, bem como sobre sua saúde e cultura moral e intelectual. O relatório será concluído com as propostas de medidas a serem aplicadas para apoiar a criança.¹⁵³

Entre as medidas propostas, o Comitê pode sugerir o envio da criança à sua própria família condicionada à vigilância por um patronato: ele zelará para que a criança, sob os cuidados de seus pais, frequente a escola ou se dedique a um trabalho; "(...) ele [o patronato] dará bons conselhos à criança e a conduzirá para o bom caminho; ele será seu protetor e adotará a postura de um verdadeiro tutor."¹⁵⁴ Se a criança não puder ser entregue aos seus pais, o patronato deverá se encarregar de seu aprendizado (preferencialmente mediante a

¹⁵¹ RIVIÈRE, Albert. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁵² *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁵³ LEVOZ, Arthur. *Op. cit.*, p. 7-8.

¹⁵⁴ Tradução livre de: "... il l ui donnera de bons conseils et le dirigera dans le droit chemin; il sera son protecteur et se conduira envers lui comme un vrai tuteur." (*Ibid.*, p. 8.)

colocação em famílias camponesas) ou será proposta uma medida de colocação à disposição do governo.¹⁵⁵

Mais uma vez, o exemplo belga indica a difusão dos patronatos como um instrumento de vigilância das famílias pobres. No mesmo Congresso de 1894, Fernand Thiry, professor de Direito Criminal na Universidade de Liège, defende a intervenção dos Comitês de Patronato da infância nos processos movidos contra crianças acusadas da prática de crimes justamente porque tais comitês têm por missão colocar em aprendizado os jovens delinquentes e jovens vagabundos, vigiá-los e assegurarem seu futuro.¹⁵⁶

No Congresso Penitenciário Internacional de Bruxelas, de 1900, a Direção Geral das Prisões da Bélgica também ressalta a função vigilante das sociedades de patronato, sustentando, relativamente à infância culpável (os jovens condenados por crimes), a necessidade de essas sociedades pesquisarem as famílias que reúnem as melhores condições para receber os jovens condenados caso seja recomendável colocá-los em famílias substitutas.

Essas sociedades também se encarregam da vigilância dos jovens liberados e apresentam um relatório anual ao Ministro da Justiça sobre a situação da criança, podendo recomendar a reintegração do jovem a uma escola beneficente ou uma troca da família substituta. Quanto às crianças moralmente abandonadas, os patronatos acolhem essas crianças ou provocam a sua colocação à disposição do governo.¹⁵⁷

Esses relatos demonstram a força com a qual era dotada a ideia de vigilância das famílias pobres no fim do século XIX. Contudo, ela não era isenta de oposição. Os debates acerca da lei de 1912¹⁵⁸, que instituiu na França os Tribunais para crianças, revelam que, para a perspectiva republicano-liberal, a vigilância familiar desempenhada pelos patronatos não respeitava os cânones liberais.

Em 1911, é aprovado no senado francês um projeto de lei que concede a um representante dos patronatos a função de *rapporteur*, ou seja, alguém que realizaria inquéritos sociais sobre a família, com finalidade de coleta de provas para o magistrado.¹⁵⁹

A crítica republicana e liberal contra esse projeto pode ser compreendida a partir do posicionamento do jurista Émile Garçon. Na medida em que a França não possuía um

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵⁶ THIRY, Fernand. *Op. cit.*, p.12.

¹⁵⁷ DIRECTION GÉNÉRALE DES PRISONS DE BELGIQUE. Exposé d l'État Actuel du Système Pénal et Pénitentiaire en Belgique: Chapitre XIII: Patronage., cit., p. 368.

¹⁵⁸ FRANÇA. Loi, de 22 de julho de 1912. Sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté suverilée. **Ministère de La Justice**. Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/loi1912.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁵⁹ NIGET, Davi. *Op. cit.*, p. 56.

ambiente de tolerância religiosa consolidado, Émile Garçon considerava perigoso viabilizar a vigilância das famílias por meio de patronatos privados, muitos deles vinculados a ordens religiosas.¹⁶⁰

Apesar de a Câmara dos Deputados ter rejeitado esse projeto, é aprovada a lei de 22 de julho de 1912 (*loi du 22 juillet 1912*)¹⁶¹ com algumas importantes inovações: os menores de 13 anos serão julgados pela Câmara do Conselho do Tribunal Civil, que não pode condená-los, mas apenas impor medidas de tutela. Ainda, segundo a lei, será realizado um inquérito social sistemático por meio de um *rapporteur*, o qual deverá relatar a situação familiar do menor.

A lei prevê, como novidade, um *délégué*, ao qual incumbe fiscalizar a medida de liberdade vigiada imposta ao menor, prestando apoio a ele e à sua família durante o período de sua execução. Tanto o *rapporteur* quanto o *délégué* devem, preferencialmente, pertencer a associações privadas de proteção à infância.¹⁶²

O *rapporteur* e o *délégué* implementam, na França, elementos típicos da justiça da infância originada nos Estados Unidos, a *probation* e o *probation officer*. Com base no pressuposto de que as famílias pobres e sua desorganização são os elementos criminógenos, que fazem das crianças adultos criminosos, a justiça da infância é pensada como um dispositivo para prevenir o crime a partir da educação moral das crianças e da vigilância das famílias. Os patronatos, como demonstrado, são chamados a desempenhar essa educação e essa vigilância.

No entanto, na França, os republicanos laicos se opõem de maneira radical a essas inovações importadas dos Estados Unidos porque, no ambiente do embate entre religiosidade e laicidade, elas são percebidas, mais do que ofensas aos cânones do liberalismo, como

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶¹ FRANÇA. Loi, de 22 de julho de 1912. Sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté suverilée. **Ministère de La Justice**. Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/loi1912.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁶² NIGET, Davi. *Op. cit.*, p. 58. O artigo 4 da lei prevê que o *rapporteur* pode pertencer às seguintes categorias: magistrados ou antigos magistrados, advogados de qualquer sexo, *avoués* (função absorvida pela do advogado e atualmente inexistente, que representava as partes perante um tribunal) ou *avoués* honorários, membros de qualquer sexo pertencentes a sociedades de patronato reconhecidas de utilidade pública ou designadas por regulamento prefetural, e membros de qualquer sexo pertencentes aos comitês de defesa das crianças processadas perante a Justiça. Cf. FRANÇA. Loi, de 22 de julho de 1912. Sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté suverilée. **Ministère de La Justice**. Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/loi1912.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

pretextos para introjetar, com amparo do Estado, a moral religiosa sobre as famílias.¹⁶³

Émile Garçon acusará a figura da liberdade vigiada introduzida pela lei de 1912, afirmando que ela viabiliza a intromissão de um estrangeiro no ambiente familiar, uma verdadeira violação dos lares, especialmente o das famílias pobres, humilhadas pela vigilância. Para ele, no interior, essa vigilância intrusiva é perigosa porque a nomeação do *délégué* será influenciada pelas intrigas locais, pelas ambições mesquinhas, pelas paixões políticas e religiosas, bem como pelas lutas partidárias.

O jurista criticou, especialmente, a tendência, representada pela lei de 1912, de se erigirem leis ditas "sociais", humanitárias, protetivas e beneficentes para, em nome delas, renunciarem-se aos princípios fundamentais do direito democrático moderno, conquistado com a Revolução de 1789. A restrição da publicidade nas audiências, por exemplo, apresentava-se como um retorno a uma justiça arbitrária e assemelhada às práticas do Antigo Regime.¹⁶⁴

Os conflitos entre a perspectiva republicana, liberal e laica do Estado e as inovações trazidas pela recente justiça da infância não se limitaram à discussão sobre a vigilância

¹⁶³ NIGET, Davi. *Op. cit.*, p. 54-57. Paul Kahn, membro da *Société Générale des Prisons*, incentivadora da nova lei, duvidava da possibilidade de se recrutar *rapporteurs* adequados, especialmente porque considerava que a função inquisitória implicada exigia uma probidade rara de se encontrar. Aliás, a *Société Générale des Prisons* criticou a lei, sobretudo, porque ela não foi acompanhada de mecanismos para sua implementação. Assim, a reforma pretendida ficou inacabada. Paul Kahn criticou, por exemplo, a ausência, em lugar da prisão de menores proibida, de previsão de estabelecimento para instrução dos menores apreendidos. Cf. *Ibid.*, p. 60-63. Exemplo da influência religiosa sobre a justiça da infância é encontrado em Montréal, na década de 1910, onde a *Cour des jeunes délinquants* padecia de forte presença do setor associativo privado e confessional. Nela, dois comitês foram formados, um católico e outro destinado aos não católicos, dedicado aos jovens das igrejas protestantes e à comunidade hebraica. Posteriormente, a comunidade hebraica organizará uma entidade própria para tratar de suas crianças delinquentes, no âmbito da *Federation of Jewish Philantropies*. Esses comitês ofereciam recursos à corte, propunham soluções para os casos de colocação em família substituta e asseguravam a boa propaganda da corte perante as redes associativas de caridade. Cf. *Ibid.*, p. 79. Para Fecteau, o liberalismo do século XIX via a religião como o cimento moral que normalizava a liberdade do cidadão. Por isso, a dimensão religiosa era uma componente essencial da filantropia dedicada à infância, a ponto de, no Québec, a divisão confessional determinar a separação dos serviços dedicados à infância. Cf. FECTEAU, Jean-Marie. *Op. cit.*, p.133. Dupont-Bouchat traz interessantes apontamentos sobre a complexidade da relação entre Estado laico e instituições religiosas no âmbito da justiça da infância do fim do século XIX e do início do século XX. Segundo a autora, não há uma adequação mecânica entre o caráter religioso do pessoal e o tipo de formação dada nos estabelecimentos encarregados de tratar da infância delincente. Certas comunidades religiosas utilizarão critérios de tratamento considerados modernos (como o caso das irmãs da *Charité* no Québec) enquanto outras serão criticadas por sua visão tradicional de internação (como foi o caso das irmãs do *Bon-Pasteur* na França). A gestão laica dos estabelecimentos, por sua vez, não era sinônimo de agnosticismo, destacando-se, nesse caso, a Colônia de *Mettray*, na França. Ainda, na França e na Bélgica, muitos estabelecimentos geridos pelo Estado empregavam pessoal oriundo de comunidades religiosas até a ocorrência do movimento de laicização dos anos 1880. Cf. DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). *Op. cit.*, p. 439. Quincy-Lefebvre afirma que, durante a Terceira República francesa (1870-1940), a influência católica é fortemente presente nas obras destinadas à infância pobre e delincente. O caráter confessional de diversas obras e o proselitismo reinante em vários estabelecimentos estimulou os protestantes a formarem as suas próprias obras. Cf. QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 177.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 62-63.

familiar e sobre a diminuição das garantias processuais conquistadas pela Revolução. Um dos temas geradores de atritos entre Estado e patronatos é o da manutenção econômica dessas sociedades.

A visão liberal valoriza a performance econômica e a organização hierárquica da sociedade, mas, no século XIX, soma-se a ela a valorização da assistência aos pobres de forma generalizada (não apenas aos marginalizados, os incapazes para o trabalho) e de forma racional (distanciada da antiga caridade cristã). A hora do cidadão titular de direitos sociais está distante, todavia. Por isso, se o Estado liberal reconhece a necessidade de assistir os pobres, ele relega essa função à nascente justiça da infância¹⁶⁵, agregada aos patronatos privados, denotando, ao lado desse reconhecimento, a recusa estatal em financiar a gestão da pobreza.

Em lado oposto a essa visão liberal, defensores das reformas que culminam com a justiça da infância no início do século XX argumentam em favor da subvenção dos patronatos pelo Estado. Trata-se de um paradoxo liberal, pois, ainda que a filantropia privada represente a consciência social do liberalismo, ela demandará do Estado liberal a sua manutenção econômica. O Estado liberal, por sua vez, recusa-se a financiar a filantropia.

Exemplos da defesa do financiamento da filantropia privada por meio de recursos estatais podem ser trazidos pelas atas dos Congressos Internacionais Penitenciários ou dos Congressos Internacionais sobre as questões relativas aos patronatos do fim do século XIX e do início do século XX.

No 4.^a Congresso internacional para o estudo de questões relativas ao patronato de condenados, de crianças moralmente abandonadas, de vagabundos e de alienados, realizado em Bruxelas, em 1905, o pastor Plass¹⁶⁶ afirma que, se os pais colocam seus filhos em perigo moral, intelectual ou corporal, é preciso privá-los do direito de os educar e é preciso colocar as crianças em uma família substituta ou em um estabelecimento. Os custos dessa colocação devem ser arcados pelo escritório de beneficência, que poderá obter o ressarcimento perante os pais.

A colocação da criança em um estabelecimento público tem um caráter subsidiário, pois ela apenas deve ocorrer quando não é exitosa a ação do patronato privado, o que não exclui a atuação do escritório de beneficência quanto ao pagamento das taxas devidas aos

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 75.

¹⁶⁶ Plass era Diretor da Casa de educação "Am Urban", em Zehlendorf, nas proximidades de Berlim. PLASS. *Op. cit.*, p. 1.

patronatos e quanto à fiscalização deles.¹⁶⁷

Duas importantes características do governo liberal da pobreza por meio dos patronatos podem ser destacadas. A primeira corresponde a perceber a atuação do poder estatal como subsidiária em relação à ação do patronato privado. A segunda corresponde à ideia de que cabe ao Estado fiscalizar e subvencionar os patronatos.

A exposição de Plass não é isolada para exemplificar essas ideias. No mesmo Congresso em que é feita essa exposição, Antoine Markovich, da Áustria, defende que os estabelecimentos para a educação das crianças moralmente abandonadas devem ser criados pela iniciativa privada, mas sob o controle do Estado, ao qual incumbe subvencioná-los.¹⁶⁸

Ainda no mesmo Congresso de 1905, Sigfrid Wieselgren, diretor geral das prisões da Suécia, comenta a lei sueca de 13 de junho de 1902 sobre a proteção e educação de crianças moralmente abandonadas, com início de vigência em 1903. Segundo essa lei, cada distrito escolar possui um serviço de vigilância, ao qual incumbe a tarefa de proteger a infância. Assim, diante de uma criança moralmente abandonada, o serviço deverá advertir e punir os pais. Se essas medidas forem ineficazes para proteção da criança, ela deverá ser retirada de sua família e confiada a outra, que se encarregará do seu cuidado e educação.¹⁶⁹

Caso não seja encontrada uma família adequada para se encarregar da criança, o serviço de vigilância do distrito colocará a criança em um "asilo para crianças", um pequeno estabelecimento que a caridade cristã espalhou por todo o reino da Suécia.¹⁷⁰ O asilo se encarregará da educação da criança, podendo puni-la, tal como um pai poderia o fazer, assim como instruirá a criança em alguma profissão ou ofício, tal como a família mais organizada poderia o fazer.¹⁷¹

E como são mantidos esses asilos? De acordo com a lei sueca, os pais ou tutores devem pagar as taxas da educação das crianças, mas, se eles não puderem pagá-las, o pagamento cumpre à cidade onde a criança tem domicílio. De qualquer modo, o Estado

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶⁸ MARKOVICH, Antoine. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement en famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 6.

¹⁶⁹ WIESELGREN, Sigfrid. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 4.

subvenciona anualmente as diferentes categoriais de asilos, públicos ou privados.¹⁷²

Podem-se somar os exemplos ou defesas da subvenção estatal à filantropia privada tirados da Alemanha, da Áustria e da Suécia ao da Bélgica. No Congresso Penitenciário Internacional realizado em Bruxelas no ano de 1900, a Direção Geral das Prisões da Bélgica afirma que as sociedades de patronato tiveram um crescimento notável nos anos precedentes. Elas contavam no número de 29, uma para cada prisão, e eram criadas pela iniciativa pública, cabendo às autoridades públicas facilitar sua missão e destinar a elas subsídios, prescindindo de intervir em sua organização e funcionamento.¹⁷³

Com base nesses exemplos, nota-se o delineamento de uma articulação entre a filantropia privada e o Estado, que se apoia sobre ela para desenvolver um prelúdio de política social por meio do controle dos patronatos, controle efetuado mediante os subsídios. Vale afirmar, os métodos de recuperação moral das crianças e das famílias são definidos pelos patronatos, mas eles devem ser controlados pelo Estado, especialmente por meio da sua manutenção econômica.¹⁷⁴

É o paradoxo da gestão liberal da pobreza: o Estado não deve intervir na economia e na autonomia privada das pessoas e não deve intervir na organização familiar, mas, contraditoriamente, o Estado deve contribuir economicamente para a manutenção dos patronatos, pois eles não interferem na vida familiar, exceto com o uso de bons conselhos (a poupança).

O Estado, ao seu turno, atrelado ao cânone liberal da autonomia privada e ao seu corolário que exige a ausência de intervenção estatal sobre as iniciativas econômicas individuais, recusa-se a financiar adequadamente os patronatos, alimentando o paradoxo liberal. O exemplo francês é eloquente, pois, como explicado, a lei francesa de 1898 de proteção à infância contra maus-tratos a crianças¹⁷⁵ destaca o papel das sociedades de patronatos, ao permitir ao juiz a entrega do menor condenado por crime ou vítima de crime a uma sociedade de patronato e, subsidiariamente, à assistência pública. Apesar da importância

¹⁷² *Ibid.*, p. 7.

¹⁷³ DIRECTION GÉNÉRALE DES PRISONS DE BELGIQUE. Exposé d l'État Actuel du Système Pénal et Pénitentiaire en Belgique: Chapitre XIII: Patronage., cit., p. 367.

¹⁷⁴ DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). *Op. cit.*, p. 400-401. Fecteau também destaca que, no século XIX, a atuação direta da filantropia privada no tocante à infância não excluía o financiamento ou mesmo o controle administrativo do Estado, conforme cada organização social do período. Cf. FECTEAU, Jean-Marie. *Op. cit.*, p.133.

¹⁷⁵ FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p-de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

conferida aos patronatos, essa lei não previu qualquer forma de subvenção pública para o seu funcionamento, o que dificultava sua capacidade de ação.¹⁷⁶

Na década de 1920, o atrito entre Estado francês e patronatos encontra seu ápice. Após uma campanha da imprensa nos anos 1924 e 1925 contra as colônias correccionais e penitenciárias destinadas à internação de crianças delinquentes, chamadas pejorativamente de *bagnes d'enfants* (prisões de crianças), o Ministério da Justiça francês, em 8 de junho de 1927, estabelece o *Comité national pour la protection des enfants traduits en justice* (Comitê nacional para a proteção das crianças processadas judicialmente). A partir desse comitê, é elaborado um relatório (o *rapport Rouvier*, nome do membro da inspeção geral de serviços administrativos) que condena severamente os patronatos.

Entre diversas críticas aos patronatos apontadas no relatório Rouvier, duas são destacadas. A primeira denunciava o fato de magistrados ocuparem, geralmente, a chefia das sociedades de patronato, ocasionando um conflito de interesses, pois cabia a eles a fiscalização dessas entidades e por que os patronatos recebiam dinheiro público.

A segunda crítica denunciava que os patronatos, ao receberem menores do Poder Judiciário para medidas de vigilância, acabavam por confiá-los a outras entidades ou mesmo a indivíduos que, para cuidar dos menores, cobravam dos patronatos valores inferiores ao que eles recebiam a título de subvenção pública. Assim, os patronatos enriqueciam às custas do dinheiro público e dos menores a eles confiados.

As críticas aos patronatos e as campanhas de imprensa contra as "prisões de crianças" foram acompanhadas de uma diminuição de subvenções públicas aos patronatos franceses durante a década de 1920, indicando, desse modo, o paradoxo liberal da gestão da pobreza que se estabelece em razão do antagonismo entre, de um lado, a defesa liberal da autonomia individual e da liberdade econômica acompanhada de uma recusa estatal em subvencionar os patronatos e, de outro, a ambição¹⁷⁷ salvacionista e moralizante da filantropia

¹⁷⁶ PIERRE, Éric. *Op. cit.*, p. 120-121. Nesse trecho citado, o autor menciona que os patronatos funcionaram durante vários anos sem qualquer subvenção pública. Cf. ainda SCHNAPPER, Bernard. *La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)*. *Revue Historique*, Paris, v. 263, n. 2 (534), p. 319-349, 1980. Avril-juin 1980. Disponível em: <www.jstor.org/stable/40953816>. Acesso em: 05 fev. 2018. Nesse texto, o historiador francês explica que, apesar do empolgado desenvolvimento dos patronatos e das sociedades privadas de proteção à infância na segunda metade do século XIX, os filantropos não encontravam ecos relevantes perante o Estado. Em 1880, por exemplo, as sociedades de patronato dos presos não receberam mais de quarenta mil francos por ano.

¹⁷⁷ A medida da ambição do movimento filantrópico dos patronatos pode ser aferida pelas propostas de formação de um patronato internacional que se apresentavam durante os Congressos Internacionais Penitenciários ou dos Congressos Internacionais sobre as questões relativas aos patronatos do final século XIX e do início do século XX. Ver, nesse sentido: VIDAL, Georges. *Est-il nécessaire d'établir une entente entre les patronages des divers pays en vue de la protection de l'enfance et quels sont les moyens pratiques de faciliter en cette matière l'action*

dos patronatos.¹⁷⁸

Esse paradoxo liberal da gestão da pobreza caracteriza-se, primeiro, pela exposição pública da pobreza, pois a organização de estabelecimentos dedicados a vigiar as famílias, a identificar os filhos abandonados, as crianças que não frequentam a escola, as crianças e famílias mendicantes e vagabundos conduz à exposição da existência da pobreza.

Secundariamente, essa forma de gerir a pobreza tem por efeito a culpabilização dos pobres pelo seu estado de carência. Seja pela falta de recursos econômicos dos patronatos, seja em decorrência do cânone liberal de respeito à autonomia privada que ordenava a substituição da ajuda econômica direta às famílias pelo bom conselho (a poupança), a pobreza era tratada como uma falta moral, cuja reforma poderia ser facilitada pela ação beneficente e educativa da elite filantrópica.

A superação, ou não, desse método de gestão da pobreza por meio da política social dos Estados de Bem-Estar não é objeto deste estudo¹⁷⁹, mas é possível afirmar que o governo liberal da pobreza pelos patronatos foi responsável pela conformação de padrões importantes do direito da infância.

É a interação social estabelecida entre patronatos, famílias e Estado que conformará o desenho institucional de uma justiça que se vale de especialistas para a vigilância das famílias, algo concebido no início do século XX e que perdura no século XXI.

du patronage international? In: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1 - 14. Dupont-Bouchat expõe essa ambição da seguinte maneira: "O Congresso de Bruxelas de 1900 sintetiza os debates anteriores ao entoar novamente o canto sobre a necessidade de se organizar o patronato em escala internacional e sobre a necessidade de se organizar a concertação e a troca de experiências entre as associações de diferentes países: (...) Para facilitar a criação de estruturas internacionais, é necessária, previamente, a constituição de federações nacionais. E aqui ainda é o modelo belga de Federação de patronatos (1889), tornado em 1894 a Comissão real de patronatos, que serve de referência. A criação, em 1894, em Anvers, de um comitê internacional de patronato, presidido por Jules Lejeune, e a proclamação da 'Bélgica como capital internacional do patronato' reforçam essa posição." Tradução livre de: "*Le Congrès de Bruxelles en 1900 synthétise les débats antérieurs en reprenant les vœux émis précédemment sur la nécessité d'entendre le patronage à l'échelle internationale et sur les moyens à mettre en oeuvre pour favoriser la concertation et l'échange entre les associations des différents pays: (...) Pour faciliter la création de structures internationales, il faut au préalable que se constituent des fédérations nationales. Et ici encore c'est le modèle belge de la Fédération de patronages (1889), devenue en 1894 la Commission royale des patronages, qui va servir de référence. La création en 1894, à Anvers, d'un comité international de patronage, présidé par Jules Lejeune, et la proclamation de la 'Belgique comme capitale internationale du patronage' renforcent cette position.*" (DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). *Op. cit.*, p.400.)

¹⁷⁸ NIGET, Davi. *Op. cit.*, p. 100. A figura mais criticada pelo relatório foi o juiz Henri Rollet, presidente do Tribunal de Crianças de Paris e diretor do mais importante patronato da França. Cf. *Ibid.*, p. 100.

¹⁷⁹ Para Davi Niget, a *cour juvénile* de Montreal do início do século XX, por exemplo, foi um "fracasso fecundo" porque serviu como observatório da miséria e impulsionou reformas sociais mais profundas posteriormente, como as pensões para mães solteiras, a regulamentação do trabalho juvenil e as locações para moradia popular subsidiadas pelo Estado. Cf. *Ibid.*, p. 86-87.

Ainda, a pressão dos patronatos sobre o Poder Legislativo francês foi responsável por uma importante alteração do olhar do Poder Judiciário sobre as famílias. Com o Código Civil de 1804, o interesse da criança era identificado com a obediência ao pai, tutelada e protegida pelo Estado por meio do procedimento de correção paternal. A pressão dos patronatos contribuiu para a aprovação da lei de 1889¹⁸⁰ que, ao introduzir a possibilidade de perda do poder paternal (atualmente, poder familiar), promoveu uma dissociação inédita entre o interesse da criança e a obediência ao pai e alterou definitivamente a relação entre o Poder Judiciário e as famílias.

¹⁸⁰ Em 1879, a publicidade feita em torno das realizações da *La société Bonjean* contribuíram para que o senador Théophile Roussel obtivesse a aprovação do seu projeto de lei acerca da perda do poder familiar. Ainda, de acordo com Quincy-Lefebvre, as leis de 1850 sobre a educação correcional, de 1889 (perda da autoridade paternal), de 1898 (maus-tratos a crianças), 1912 (criação dos tribunais para crianças e adolescentes, liberdade vigiada), os decretos-lei de outubro de 1935 sobre a correção paternal e a assistência educativa desenham uma nova justiça e colocam os meios filantrópicos e os primeiros serviços sociais em destaque e na vanguarda dessa nova justiça. Cf. QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Entre monde judiciaire et philanthropie**: la figure du juge-philanthrope au tournant des XIXème et XXème siècles, cit., p. 136-137.

CAPÍTULO II – O DIREITO E O SOLO

1 GENEALOGIA DOS AFETOS – O DIREITO ENTRE PAIS E FILHOS

O controle social das famílias pobres se dava por meio da interação entre patronatos, família e Estado. Um dos desdobramentos desse controle foi o fortalecimento da posição jurídica dos filhos no espaço familiar. O caso do Direito francês é de especial interesse para o estudo desse fenômeno, pois o Código Civil francês de 1804 outorgava ao pai máximos poderes na regência das relações filiais e maritais. Contudo, no decurso do século XIX, desenvolve-se, paralelamente ao Código, legislação que, sob o pretexto de proteger a criança de abusos e maus-tratos, enfraquecia o poder paternal (atualmente, poder familiar).

A emergência dessa legislação é paradoxal porque ela não revogou as normas do Código Civil sobre o poder paternal, produzindo a vigência simultânea de corpos regulatórios do Direito de Família completamente opostos entre si: de um lado, o Código Civil e o absoluto poder paternal, jamais sujeito a qualquer relativização; de outro, a legislação especial que, por meio da defesa do interesse da criança, enfraquece e relativiza esse poder, permitindo, inclusive, a destituição do poder paternal.

A análise do caso francês permite elaborar uma chave explicativa importante para tal convivência paradoxal de corpos normativos opostos: o Código Civil e a legislação especial protetiva da infância, cada um desses corpos opostos, dedicava-se a regulamentar as relações familiares de classes sociais diversas. O Código era voltado à família burguesa, e a legislação especial para as famílias pobres. A identificação dessa chave de leitura ressignifica a oposição do interesse da criança ao poder paternal, identificando o interesse da criança como mecanismo de controle social e de economia subjetiva dos pobres captados pelo Direito de Família.

1.1 DO MAGISTRADO PIEDOSO AO ÉBRIO HABITUAL: CORROSÃO DOS PODERES PATERNOS?

Ao se examinarem as prerrogativas que o Código Civil francês de 1804 outorgou ao pai para o fim de governar a família, percebe-se sua vinculação ao estilo de vida burguês, cioso da preservação e da ampliação do patrimônio. Ora, ao pai cabia o direito de

administração¹⁸¹ e de usufruto¹⁸² dos bens dos filhos menores de idade e não emancipados¹⁸³. Típico da visão burguesa de mundo, o usufruto legal dos bens dos filhos era concebido como recompensa à administração desses bens e à educação dos filhos¹⁸⁴, como se esta custasse tempo que deveria ser compensado, civilmente reparado.

Além disso, o pai gozava de uma prerrogativa muito importante para as alianças familiares e para os proveitos econômicos que delas poderiam advir: a anuência paterna ao casamento. Se a maioria era atingida aos 21 anos, a exigência da anuência paterna ao casamento do filho prevalecia até ele completar 25 anos¹⁸⁵. Assim, embora o pai deixasse de ser usufrutuário legal dos bens do filho quando ele completava 18 anos e deixasse de administrar esses bens quando o filho atingia a maioria aos 21, o pai, com o direito de anuência para o casamento, tinha enorme poder para administrar o patrimônio familiar por meio das aproximações familiares resultantes do matrimônio.

A anuência paterna ao casamento corresponde a uma verdadeira norma de Direito de Família, pois dela decorrem diversos efeitos relativos ao parentesco e, sobretudo, à filiação. É o casamento, essencialmente, que determinava se a filiação seria legítima (pais casados entre

¹⁸¹ Trata-se de disposição do art. 389 do Código Civil francês. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸² O usufruto legal dos bens dos filhos menores e não emancipados estava previsto nos arts. 384 a 387, do Código Civil francês, e ele se extinguia antes da maioria do filho, isto é, quando ele completava 18 anos. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸³ A maioria e a plena capacidade para praticar os atos da vida civil era atingida aos 21 anos de idade, conforme dispunha o art. 488 do Código Civil francês. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸⁴ Nesse sentido: "Como recompensa das penas impostas ao pai e à mãe legítimos em virtude da educação de seu filho e da administração de seus bens, e também como prerrogativa devida à sua qualidade, a lei atribui a esses pai e mãe o usufruto dos bens dos filhos submetidos ao seu poder." Tradução livre de: "*Comme récompense des peines que donnent aux père et mère légitimes l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens, et aussi comme prérogative due à leur seul qualité, la loi attribue à ces père et mère l'usufruit des biens des enfants soumis à leur puissance.*" (MARCADÉ, Victor-Napoléon. Titre IX: De la puissance paternelle. In: MARCADÉ, Victor-Napoléon. **Éléments du droit civil français ou explication méthodique du code civil accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivie d'un résumé a la fin de chaque titre.** 3. ed. Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1847. p. 180.)

¹⁸⁵ Segundo o art. 148, do Código Civil francês, o filho não podia casar antes dos 25 anos sem o consentimento do pai e da mãe. A mesma regra se impunha à filha que não houvesse completado 21 anos. Como em caso de divergência entre o pai e a mãe preponderava o consentimento paterno, conclui-se que, em última instância, a anuência paterna era mais relevante que a materna. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

si) ou natural (pais que não eram casados)¹⁸⁶. E, novamente, dessa distinção entre os filhos decorriam efeitos patrimoniais importantes: o filho natural não podia ser herdeiro, salvo se tivesse sido legalmente reconhecido e, mesmo nesse caso, a quota hereditária que a ele cabia era inferior àquela dos filhos legítimos.¹⁸⁷

Se, por um lado, o Código Civil francês outorgou ao pai elevados poderes para governar a família, tanto nos aspectos patrimoniais (por exemplo, direito paterno de administração e de usufruto dos bens dos filhos menores de idade e não emancipados) quanto nos aspectos pessoais (como a necessidade de o filho com idade inferior a 25 anos obter consentimento paterno para se casar), de outro lado, em menos de um século, desenvolveu-se, paralelamente ao Código, uma legislação especial que introduz, no âmbito da família, esse novo elemento oposto ao poder paternal, o interesse da criança.

Essa legislação especial tem a sua maior expressão em dois diplomas legais¹⁸⁸: a lei de 24 de julho de 1889¹⁸⁹, sobre a proteção das crianças maltratadas ou moralmente abandonadas, e a lei de 19 de abril de 1898¹⁹⁰, sobre a repressão das violências, das vias de fato, dos atos de crueldade e dos atentados cometidos contra crianças.

As duas maiores inovações trazidas com a lei de 24 de julho de 1889 foram a extensão das hipóteses de perda do poder paternal, especialmente ao introduzir hipótese de perda dissociada da condenação criminal¹⁹¹, e a previsão de um mecanismo de investigação

¹⁸⁶ Distinção estabelecida pelo art. 331, do Código Civil francês. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸⁷ Arts. 338, 756 e 757, do Código Civil francês. Cf. FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸⁸ Um quadro comparativo entre França e Bélgica na elaboração dessa legislação especial sobre a infância pode ser encontrado DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁹ FRANÇA. Loi du 24 juillet 1889. Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralment abandonnés. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁹⁰ FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁹¹ Trata-se da previsão do art. 2, 6.º, da lei: “Art. 2. – Podem ter declarados perdidos os mesmos direitos [inerentes ao poder paternal]: (...) 6º Independentemente de qualquer condenação, o pai e a mãe que, por sua embriaguez habitual, por má conduta notória e escandalosa ou que, em decorrência de maus-tratos, comprometerem a saúde, ou a segurança, ou a moralidade de seus filhos.” Tradução livre de: “*Art. 2. — Peuvent être déclarés déçus des mêmes droits : (...) 6º En dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.*” (FRANÇA. Loi du 24 juillet 1889. Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralment abandonnés. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 10 jan. 2018).

da situação familiar e das condições morais dos pais, como uma das etapas da instrução do processo de perda do poder paternal¹⁹².

É verdade que antes da lei de 1889 havia uma hipótese de perda de poder paternal no direito francês, prevista nos arts. 334 e 335, do Código Penal de 1810. O art. 334 previa a pena de dois a cinco anos de prisão e multa de 300 a 1.000 francos para o pai ou mãe que promovessem, favorecessem ou facilitassem a prostituição de seus filhos com idade inferior a 21 anos ou os corrompessem. O art. 335, por sua vez, estabelecia que o pai ou mãe condenados pelo crime do art. 334 deviam ser privados de todos os direitos e vantagens relativos à pessoa e aos bens do filho a eles conferidos pelo Código Civil, Livro Primeiro, Título IX, do poder paternal.¹⁹³ A previsão do art. 335, portanto, trazia a perda de poder paternal como uma pena criminal imposta aos pais que praticassem o crime do art. 334, promovendo, favorecendo ou facilitando a prostituição ou a corrupção de seus filhos com idade inferior a 21 anos.

Essas normas do Código Penal, entretanto, vinculavam a perda do poder paternal à

¹⁹² Esta etapa processual está prevista no art. 4.º da lei: “O procurador da República determinará uma investigação sumária sobre a situação da família do menor e sobre a moralidade dos seus pais, que serão notificados para apresentar ao tribunal as observações e oposições que julgarem convenientes.” Tradução livre de: “*Art 4. — Le procureur de la République fait procéder à une enquête sommaire sur la situation de la famille du mineur et sur la moralité de ses parents connus, qui sont mis en demeure de présenter au tribunal les observations et oppositions qu’ils jugeront convenables.*” (FRANÇA. Loi du 24 juillet 1889. Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. **Criminocorpus**: Musée d’histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 10 jan. 2018).

¹⁹³ “Artigo 334. (...) Se a prostituição ou a corrupção tiver sido promovida, favorecida ou facilitada pelo pai, mãe, tutor ou outras pessoas encarregadas da vigilância da criança, a pena será de dois a cinco anos de prisão, e de trezentos a um mil francos de multa. Artigo 335. (...) Se o delito foi cometido pelo pai ou pela mãe, o condenado será privado dos direitos e das vantagens relativos à pessoa e aos bens do filho a ele conferido pelo Código Civil, Livro Primeiro, Título IX, do poder paternal.” Tradução livre de: “*Article 334. (...) Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs père, mère, tuteurs ou autres personnes charges de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d’emprisonnement, et de trois cents francs à mille francs d’amende. Article 335. (...) Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l’enfant par le Code Napoléon, Livre Ier, Titre IX, de la Puissance paternelle.*” (FRANÇA. Code des Délits et des Peines, de 17 de fevereiro de 1810. **Le droit criminel**. Disponível em: <http://www.ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.)

prévia condenção criminal.¹⁹⁴ Diferentemente, a lei de 1889 inova ao viabilizar a perda do poder paternal diante de hipóteses desvinculadas de um processo criminal e de uma prévia condenção criminal. Assim, os pais que causam maus-tratos aos filhos, os pais que são ébrios habituais ou que, em virtude de sua notória e escandalosa má conduta, comprometem a saúde, a segurança ou a moralidade de seus filhos podem, a partir da lei de 1889, perder o poder paternal. Mais, a lei de 1889 prevê um mecanismo de investigação sumária sobre as condições familiares para o fim de examinar a presença de tais hipóteses.

Percebe-se que a lei de 1889 constitui uma proteção do filho em face de seus pais, opondo ao poder paternal e aos seus direitos correspondentes, especialmente o de educar e corrigir os filhos, o interesse do filho em ter preservada a sua integridade física e moral.

Em complemento a essa lei, o diploma legal de 1898 inova o ordenamento jurídico francês ao criar a possibilidade de, diante dos casos de crimes praticados por crianças ou contra crianças, o juiz, a qualquer momento do processo, poder ordenar a modificação provisória da guarda da criança, retirando-a dos pais e a confiando a um parente, a uma pessoa caridosa, a uma instituição de caridade ou, ainda, à assistência pública¹⁹⁵.

Essas inovações introduzidas pelas leis de 1889 e de 1898 são extremamente

¹⁹⁴ Após o Código Penal de 1810 e antes da lei de 1889, uma lei de 1874, voltada à regulamentação do trabalho infantil, também previa hipótese de perda do poder paternal vinculada à prévia condenção criminal. A lei, contudo, em lugar de utilizar a expressão “perda do poder paternal”, utiliza o termo “o pai e a mãe poderão ser privados dos direitos do poder paternal”. Trata-se dos arts. II e III da lei de 7 de dezembro de 1874, relativa à proteção de crianças empregadas em profissões ambulantes. Esses dispositivos legais previam que seriam privados dos direitos do poder paternal os pais condenados pelos crimes de exposição à vagabundagem e de exploração da mendicância dos filhos com idade inferior a 16 anos, bem como pelo crime de colocação dos filhos com idade inferior a 16 anos sob a subordinação de terceiros, ou dos filhos com idade inferior a 12 anos sob a subordinação dos próprios pais, em determinadas ocupações (acrobata, saltimbanco, charlatão, domador de animais ou diretor de circo). Cf. FRANÇA. Loi du 7 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. **Ministère du Travail**. Disponível em: <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_7_decembre_1874.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018. Cf. ainda SCHNAPPER, Bernand. *Autorité domestique et partis politiques, de Napoléon à De Gaulle*. In: _____. **Voies nouvelles en histoire du droit: La justice, la famille, la répression pénale (XVIème-XXème siècles)**. Paris: Presses Universitaires de France, 1991. p. 579.

¹⁹⁵ Trata-se de previsão do art. 4.º da lei de 1898: “Art. 4. Em todos os casos de delitos ou de crimes praticados por crianças ou contra crianças, o juiz da instrução, em qualquer etapa do processo, após ouvir o ministério público, poderá ordenar que a guarda da criança seja provisoriamente confiada, até a decisão definitiva, a um parente, a uma pessoa caridosa, a uma instituição de caridade ou, enfim, à assistência pública. Todavia, os parentes da criança, até o quinto grau, seu tutor ou seu tutor sub-rogado e o ministério público poderão se opor a essa ordem; (...)” Tradução livre de: “*Art. 4. Dans tous les cas de délits ou de crimes commis par des enfants ou sur des enfants, le juge d’instruction commis pourra, en tout état de cause, ordonner, le ministère public entendu, que la garde de l’enfant soit provisoirement confiée, jusqu’à ce qu’il soit intervenu une décision définitive, à un parent, à une personne ou à une institution charitable qu’il désignera ou enfin à l’assistance publique. Toutefois, les parents de l’enfant-jusqu’au [sic] cinquième degré inclusivement, son tuteur ou son subrogé-tuteur et le ministère public pourront former opposition à cette ordonnance ; (...)*” (FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d’histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.)

inquietantes. Primeiro, porque, ao autorizarem a intervenção estatal sobre as relações familiares, permitindo uma investigação sobre a condição familiar e sobre a moralidade dos pais, bem como permitindo a modificação provisória da guarda dos filhos e, em último caso, a própria perda do poder paternal, essas leis se distanciam radicalmente do modelo de regulamentação jurídica da família do Código Civil de 1804, baseado na privacidade familiar imune à intervenção estatal e, sobretudo, na ideia de que o governo dessa privacidade é exercido exclusivamente pelo pai, sem qualquer possibilidade de oposição a ele, muito menos a oposição do interesse dos filhos menores e não emancipados.

Nada mais exemplificativo dessa visão do Código Civil de 1804 que o discurso preliminar de Portalis sobre o seu projeto:

A autoridade dos pais é motivada por sua ternura, por sua experiência, pela maturidade de sua razão e pela fragilidade daquela de seus filhos. Essa autoridade é uma espécie de magistratura, à qual importa, sobretudo, nos estados livres, de conferir uma certa amplitude.¹⁹⁶

Ou ainda, no mesmo discurso:

Os filhos devem estar submetidos ao pai; mas ele deve escutar apenas a voz da natureza, a mais doce e mais tenra de todas as vozes. Seu nome é um nome de amor, de dignidade e de poder; e sua magistratura, que foi tão religiosamente chamada de piedade paternal, não comporta outra severidade do que aquela capaz de trazer o arrependimento para um coração perdido e cujo propósito é menos infligir uma pena do que merecer o perdão.¹⁹⁷

A ideia de que o pai governa a família, e especialmente seus filhos, com serenidade e com piedade, fundamenta, de um lado, a reduzida possibilidade de o Estado intervir nas decisões tomadas pelo pai. Como ressalta o discurso de Portalis, o pai é um magistrado privado, cujos poderes devem ser dotados de amplitude. Um reflexo dessa concepção de o espaço privado e familiar ser regido pelo pai é a previsão, no Código Civil de 1804, de o pai requerer a prisão de seu filho por grave descontentamento, e o Poder Judiciário não poder examinar a veracidade dos motivos do pai, como se o âmbito familiar fosse, verdadeiramente,

¹⁹⁶ Tradução livre de: “*L'autorité des pères est motivée par leur tendresse, par leur expérience, par la maturité de leur raison et par la faiblesse de celle de leurs enfants. Cette autorité est une sorte de magistrature, à laquelle il importe, surtout dans les états libres, de donner une certaine étendue.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Op. cit.*, p. 25.)

¹⁹⁷ Tradução livre de: “*Les enfants doivent être soumis au père; mais celui-ci ne doit écouter que la voix de la nature, la plus douce et la plus tendre de toutes les voix. Son nom est à la fois un nom d'amour, de dignité et de puissance; et sa magistrature, qui a été si religieusement appelé piété paternelle, ne comporte d'autre sévérité que celle qui peut ramener le repentir dans un coeur égaré, et qui a moins pour objet d'infliger une peine que de mériter le pardon.*” (*Ibid.*, p. 43-44.)”

privado da governança pública e inteiramente sujeito ao governo paterno.¹⁹⁸ Trata-se da hipótese da correção paternal via autoridade.

Com a lei de 1889, foi alterada a representação jurídica do pai delineada no Código Civil de 1804. De sereno e piedoso magistrado privado a ébrio habitual capaz de comprometer a moralidade de seus filhos. O que, em menos de um século, entre 1804 e 1889, transformou a representação jurídica do pai e, por consequência, introduziu o interesse da criança no cenário do Direito da Família?

Uma hipótese explicativa é apresentada por Michel Foucault. Para ele, uma das características da família ocidental no século XIX é a de se estruturar a partir da interação entre o que ele denomina o dispositivo da aliança e o dispositivo da sexualidade. Por meio da aliança, desenvolvem-se as regras pertinentes ao sistema de matrimônio, de fixação e desenvolvimento do parentesco e de transmissão dos nomes e dos bens.

Se o dispositivo da aliança, com suas interdições e disciplina de sucessão do patrimônio familiar, está associado ao Direito, o dispositivo da sexualidade associa-se aos corpos e aos prazeres. É o dispositivo da sexualidade que desenvolve, a partir do século XVIII, os conhecimentos sobre o corpo feminino, sobre a sexualidade infantil, sobre a regulação dos nascimentos e sobre a identificação das perversidades.

A interação entre esses dispositivos explica como a família, a partir do século XVIII, é entendida como o lugar da reprodução sexual, do exercício da sexualidade legítima e como espaço dos afetos e do amor entre os casais e seus filhos. A família, nas palavras de Foucault, é ponto de eclosão da sexualidade.¹⁹⁹ É dessa interação que decorre o lugar central ocupado pelo incesto na dinâmica familiar: ele é altamente proibido pelo dispositivo da aliança, mas é continuamente requerido pelos afetos e proximidades entre pais e filhos, tal como incita o dispositivo da sexualidade.²⁰⁰

É também da interação entre esses dois dispositivos que Michel Foucault retira um sistema de controle comportamental e um regime de verdade. Ao tempo em que nos séculos XVIII e XIX se desenvolve a sensibilidade familiar, privada e doméstica explicada por Philippe Ariès²⁰¹, intensifica-se o estímulo à proximidade e aos afetos entre pais e filhos. Em contrapartida às proximidades condenáveis entre pais e filhos, o incesto é, pelo Direito e suas

¹⁹⁸ Da mesma forma, no âmbito da correção paternal, o pai podia fazer cessar o aprisionamento do filho sem que o Poder Judiciário pudesse contrariar a vontade paterna.

¹⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1:**, cit., p. 118.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 119.

²⁰¹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014. 196 p.

instituições, perseguido como conduta vedada e, simultaneamente, explicado pela Psicanálise como desejo recalçado pela proibição.

Tem-se, desse modo, especialmente para as classes populares, um sistema de controle comportamental organizado, na França, com as leis de 1889 e de 1898, que viabiliza a destituição do poder paternal, com destaque para a destituição em caso de o pai comprometer a moralidade do filho, o que podia abranger o incesto. E, para as famílias burguesas, mais do que um sistema de controle comportamental, tem-se um regime de verdade, ou seja, a Psicanálise e sua heurística do desejo incestuoso.²⁰²

Para Michel Foucault, então, a perda do poder paternal prevista nas leis de 1889 e de 1898 representa um sistema de controle social das classes populares, destinado a evitar que os estímulos aos afetos entre pais e filhos conduzam ao incesto.

Por meio de outro percurso, Michelle Perrot também indica parte do caminho para tentar compreender a alternância da representação paterna (de magistrado piedoso a ébrio habitual) e para tentar entender a irrupção da infância no mundo do Direito. Para ela, a evolução jurídica do século XIX demonstra uma lenta corrosão dos poderes paternos em decorrência do fortalecimento da posição da mulher no âmbito da família²⁰³ e do fortalecimento da posição jurídica dos filhos, como provam a lei de 1889, sobre a perda do poder paternal, e a de 1898, de coibição aos maus-tratos infantis.²⁰⁴

A corrosão dos poderes paternos, para Perrot, e nisso reside a valiosa pista por ela acenada, foca-se em uma crescente intervenção estatal sobre as famílias, principalmente as famílias pobres. Essa intervenção, que desafia os poderes paternos, legitima-se pelo fato de se respaldar no interesse das crianças. Nas suas palavras, os "... guardiões da lei – filantropos, legisladores, eclesiásticos – defendem a mãe solteira e a criança abandonada."²⁰⁵

Em comum, as duas hipóteses, a de Foucault e a de Perrot, trazem consigo a percepção de que as leis de 1889 e de 1898 constituem mecanismos de intervenção estatal e

²⁰² Nas palavras de Foucault: "Enquanto o dispositivo de sexualidade, desde o século XVIII, intensificara as relações afetivas, as proximidades corporais entre pais e filhos, enquanto houvera uma constante incitação ao incesto na família burguesa, o regime de sexualidade aplicado às classes populares implica, ao contrário, a exclusão do incesto ou, pelo menos, em seu deslocamento para outra forma. Na época em que o incesto é, de um lado, perseguido como conduta, a psicanálise, do outro, empenha-se em revelá-lo como desejo e em eliminar, para os que sofrem, o rigor que o recalca. Não se deve esquecer que a descoberta do Édipo foi contemporânea da organização jurídica da perda do poder paterno (na França, através das leis de 1889 e de 1898). No momento em que Freud descobria o desejo de Dora, e permitia-lhe manifestar-se, havia quem se armasse para desatar, em outras camadas sociais, todas essas proximidades condenáveis; o pai, por um lado, era erigido em objeto de amor obrigatório; mas, por outro lado, se fosse amante, era proscrito pela lei." (*Ibid.*, p. 141-142.)

²⁰³ O divórcio, previsto no Código de 1804, é abolido em 1816 e é restabelecido em 1884.

²⁰⁴ PERROT, Michelle. In: _____. (Org.). **História da vida privada: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 118. Tradução de Denise Bottmann e Bernardo Joffily.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 118.

de controle sobre as famílias pobres.²⁰⁶ Como indica Foucault, para as famílias burguesas, o controle, mais do que jurídico ou judicial, é estabelecido pelo regime de verdade da Psicanálise e sua explicação do desejo e de suas interdições. Se a sexualidade familiar burguesa é assunto privado e do terapeuta, a sexualidade da família pobre é caso de polícia.

Parece, contudo, que as explicações de Foucault e de Perrot, ao apontarem o controle jurídico e judicial sobre as famílias pobres, deixam de perceber um fenômeno jurídico relevante: as leis de 1889 e de 1898 não revogam os dispositivos do Código Civil de 1804 que regulam o poder paternal e, especialmente, mantêm intactos os dispositivos que autorizam o pai a mandar prender o filho que lhe causa graves descontentamentos, o chamado direito de correção paternal.

Ao se associarem as hipóteses explicativas de Foucault e de Perrot com a percepção de que, após as leis de 1889 e 1898, o Código Civil foi mantido intacto, pode-se perceber que essas leis constituíram um verdadeiro “microsistema” do Direito de Família, paralelo ao do Código Civil.

Se, de um lado, o Código Civil rege as regras típicas da aliança, ou seja, as relações de parentesco, a sucessão do nome e do patrimônio familiar, essa nova legislação especial visa a regulamentar a sexualidade das famílias pobres, vedando o incesto, é verdade, mas, ao mesmo tempo, introduzindo mecanismos de vigilância educativa das famílias ao autorizar, como prevê o art. 4.º da lei de 1889, a investigação sumária sobre a situação da família e sobre a moralidade dos pais, e ao permitir a entrega da guarda provisória da criança até mesmo à assistência pública, como prevê o art. 4.º da lei de 1898. Tais mecanismos são legitimados pela ideia de que visam à proteção do interesse da criança contra os maus-tratos ou contra a imoralidade de seus pais.

Compreende-se, nesse sentido, que não existe uma linha evolutiva que se inicia na representação paterna do magistrado piedoso e finda no pai, ébrio habitual e incestuoso. Diferentemente, inauguram-se regimes jurídicos paralelos de regulação da família.

O Código Civil de 1804 se destina à regulação jurídica das relações familiares

²⁰⁶ Bernard Schnapper qualifica a lei de 1889 como uma medida de profilaxia social, pois, mais do que proteger os filhos de maus-tratos causados pelos pais, ela visa a protegê-los de más influências dos pais, ébrios habituais que podem comprometer a moralidade de seus filhos. O autor, ainda, frisa que essa lei corresponde ao discurso habitual dos notáveis de sua época, tanto os de posição política orientada à direita como os de esquerda, monarquistas ou republicanos. Cf. SCHNAPPER, Bernard. *Autorité domestique et partis politiques, de Napoléon à De Gaulle.*, cit., p. 580. Em sentido semelhante e enfrentando os conflitos dessa legislação com o liberalismo político no século XIX, cf. SCHNAPPER, Bernard. *Le père, le procureur et l'enfant: le mythe des enfants martyrs au XIXème siècle.* In: _____. **Voies nouvelles en histoire du droit: La justice, la famille, la répression pénale (XVIème-XXème siècles.** Paris: Presses Universitaires de France, 1991. p. 597-614.

burguesas, cujo pai é o magistrado piedoso, regente da privacidade familiar, e que, por isso, pode se valer da correção paterna. O Código regulamenta a gestão e a sucessão do nome e do patrimônio familiares, estruturando o dispositivo da aliança. As leis de 1889 e de 1898 constituem um microsistema paralelo de regulação jurídica, pois se destinam a regular as famílias pobres, cujo pai é o ébrio incestuoso, sempre sujeito à perda do seu poder paterno. Trata-se de um Direito de Família paralelo ao do Código, não mais focado sobre o pai burguês, mas destinado ao controle do pai pobre e sua ameaça de embriaguez, vagabundagem, incesto e sedição, valendo-se, para tal objetivo, do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.

Com a introdução normativa do interesse da criança, assiste-se a um Direito de Família paralelo àquele do Código Civil, baseado na privacidade familiar do homem burguês, a um Direito de Família paralelo e voltado à família pobre e proletária e que, em vez de se preocupar com a administração do patrimônio e com a privacidade familiar, direciona seu olhar para a preservação da ordem e da hierarquia social com base em uma nova categoria jurídica, o interesse da criança.

1.2 O INTERESSE DA CRIANÇA E A PORTA DA CASA

Para compreender como o interesse da criança, ao se opor à obediência paterna, serve como medida de controle social das famílias pobres, constituindo o Direito da Infância como um Direito de Família paralelo ao Código Civil de 1804, é necessário entender o funcionamento da correção paterna prevista nesse Código.

A autoridade paterna, tal como consta no Código Civil de 1804, corresponde a uma verdadeira reação conservadora à legislação revolucionária no tocante às relações paterno-filiais.

Se, para os conservadores, o fortalecimento do poder paterno era um instrumento importante para difundir, nas famílias, o senso de autoridade, para os revolucionários, o poder paterno era o símbolo da tirania na esfera familiar. Nesse contexto, a Revolução Francesa, por meio da lei de 20 de setembro de 1792, instituiu o divórcio. Ainda, a Revolução instituiu novas regras de sucessão, estabelecendo o princípio da igualdade entre os filhos e eliminando a deserção, o que retirou do pai um instrumento eficaz típico da aliança, qual seja, o controle

do casamento dos filhos por meio da ameaça da deserdação.²⁰⁷

Como explica Bernard Schnapper, com a Revolução, sobre os moralistas cristãos e sua ideia de a criança ser maliciosa por portar o pecado original, prevaleceram as ideias de Rousseau, no sentido de que a criança traz consigo a bondade natural, cabendo aos pais, em lugar do poder ou do direito sobre os filhos, o dever de protegê-los, vivificado pelo amor.²⁰⁸

Nas assembleias revolucionárias, tal percepção prevalente da infância conduziu a um esfacelamento jurídico do poder paternal. A lei de 28 de agosto de 1792 aboliu o poder paternal sobre os filhos que atingissem a maioridade, consagrando a simultaneidade entre as maioridades política e civil. Antes, a lei de 26 de março de 1790 havia extinto as *letres de cachet*, e as leis de 16 e de 24 de agosto de 1790 sobre organização judiciária tinham instituído um tribunal doméstico da família, formado por seis a oito parentes (ou, na sua falta, por amigos ou vizinhos), com a competência de julgar os pedidos dos pais, mães, avôs ou tutores para encarcerar suas crianças ou pupilos em caso de graves descontentamentos por eles causados.

A idade limite para que a criança ou pupilo sofressem esse processo era de vinte anos, e o tempo máximo de aprisionamento era de um ano. Mais, a decisão final sobre o encarceramento competia ao presidente do tribunal do distrito.

Trata-se, evidentemente, de leis cujo objetivo era, no plano jurídico, enfraquecer a autoridade paterna, pois, para encarcerar o filho, o pai deveria submeter seu pedido ao tribunal doméstico e, em última instância, à apreciação da justiça pública. Não havia, portanto, um poder absoluto e incontestado do pai; era um poder filtrado pelos demais familiares e pelo poder público.²⁰⁹

²⁰⁷ PIERRE, Éric. Père affaibli, société en danger : la diffusion d'un discours sous les monarchies. **Le Mouvement Social**, [s.l.], v. 224, n. 3, p.9-20, 2008. CAIRN. <http://dx.doi.org/10.3917/lms.224.0009>. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-le-mouvement-social-2008-3-page-9.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²⁰⁸ SCHNAPPER, Bernard. La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)., cit., p. 321-322. Em sentido semelhante, cf. DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie. *Op. cit.*, p. 26.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 322. O mesmo autor destaca que, desde muito tempo, o pai podia requerer a prisão dos filhos menores, mencionando, para exemplificar, que, desde 1673, o Parlamento de Paris atuou diversas vezes para delimitar que fosse baixo o número de crianças encarceradas. Havia um controle judicial desses pedidos, especialmente se o pai havia se casado novamente, bem como não se podia requerer a prisão dos filhos maiores de 25 anos. O mesmo autor cita relato histórico desse poder paternal no livro de Georges Bonjean, a seguir mencionado. *Ibid.*, p. 320. De fato, Georges Bonjean elabora um retrato histórico do direito de correção paternal, mas, importante ressaltar, remonta as origens do poder paternal previsto na legislação francesa ao direito romano. Assim, na medida em que faz evoluir o poder paternal, ou pátrio poder, da Roma Antiga à França pós-revolucionária, culturas marcadas por concepções de família tão diversas entre si, o retrato de Bonjean deve ser lido com cuidado e filtro crítico. Cf. BONJEAN, Georges. **Enfants revoltés et parents coupables**: Étude sur la désorganisation de la famille et ses conséquences sociales. Paris: Armand Colin et C^{ie}, Éditeurs, 1895. p. 286-324.

Os três primeiros projetos de Código Civil mantêm essa perspectiva da relação entre pais e filhos, com o poder paterno enfraquecido. O quarto projeto, contudo, retrocede e concede ao pai o poder discricionário de correção paternal, podendo mandar encarcerar o filho por até um ano em uma casa de correção (*maison de correction*), sendo possível renovar esse prazo. A ordem de encarceramento era determinada por um oficial de polícia judiciária que não poderia recusar o pedido paterno e se limitaria a exigir do pai a promessa de pagar as taxas e de fornecer os alimentos ao filho a ser encarcerado.²¹⁰

Embora o texto do Código Civil de 1804 não tenha conferido o poder de encarceramento com tal força, ele previu a correção paternal, consolidando uma superioridade jurídica do pai sobre o filho e do marido sobre a mulher, refletindo a imagem paterna retratada no discurso de Portalis sobre o seu projeto de Código Civil, a do pai visto como magistrado piedoso, capaz de auxiliar o poder público ao introduzir no âmbito doméstico e familiar a noção de respeito à autoridade.²¹¹

Essa superioridade jurídica foi representada pelos direitos atribuídos pelo Código de 1804 ao pai relativamente ao filho legítimo, menor e não emancipado: o direito de educação, o direito de administrar os seus bens e o usufruto legal sobre os bens dos filhos²¹².

Por meio do direito de educar, o pai tinha, primeiro, o direito e dever de vigiar a conduta dos filhos, dirigir sua educação e regulamentar seu modo de vida. A título de segunda consequência do direito de educar, o pai detinha a faculdade de mandar prender o filho quando ele cometesse graves erros, o chamado direito de correção paternal.²¹³

Como explica Victor-Napoléon Marcadé, a autoridade do pai e da mãe, ou seja, o direito de eles regerem e dirigirem a conduta de seus filhos, seria ineficaz caso não pudesse ser acompanhado de punições proporcionais à gravidade da falta cometida. O direito de correção era, nesse sentido, uma consequência do direito de educação conferido pelo Código

²¹⁰ SCHNAPPER, Bernard. La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)., cit., p. 322-323. Para Schnapper, segundo esse quarto projeto, o pai apenas poderia requerer o encarceramento contra filhos menores. Diferentemente, Bonjean critica esse projeto, enfatizando que ele permitiria ao pai requerer o encarceramento dos filhos de qualquer idade. Cf. BONJEAN, Georges. *Op. cit.*, p. 308-309.

²¹¹ Cf. SCHNAPPER, Bernard. La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)., cit., p. 325. Para uma análise da percepção de Portalis sobre a legislação revolucionária e de seu intento de recuperar a autoridade paterna no Código Civil francês de 1804, cf. GASPARINI, Éric. Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire: la quête du juste milieu. **Annales Historiques de La Révolution Française**, [s.l.], v. 328, n. 1, p.121-133, 2002. PERSEE Program. <http://dx.doi.org/10.3406/ahrf.2002.2583>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²¹² MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Op. cit.*, p. 176.

²¹³ *Ibid.*, p. 177.

Civil aos pais.²¹⁴

A correção paternal, desse modo, correspondia a um mecanismo de educação dos filhos, aplicado pelo Estado a partir de requerimento do pai. Ele estava previsto, originalmente, nos arts. 375 a 383, do Código Civil francês de 1804, e, após diversas modificações, perdurou até dezembro de 1935.²¹⁵

A detenção originada do pedido de correção paternal não era assimilada pela lei ao aprisionamento ordinário, pois não seguia a mesma formalidade e porque não devia ser cumprida em estabelecimento prisional. Ela dependia de ordem judicial, embora tal ordem fosse desprovida da exposição dos seus motivos.²¹⁶

O pedido paterno para encarcerar seu filho podia se dar de duas maneiras, pela via de autoridade e pela via de requisição. Pela via de autoridade, o pai podia requerer a ordem de encarceramento sem expor os seus motivos, e o Poder Judiciário não podia recusar a expedição da ordem. No caso da via de requisição, o pai devia fundamentar seu requerimento ao Poder Judiciário, ao qual cumpria examinar seus fundamentos, podendo emitir a ordem de encarceramento ou denegá-la.²¹⁷

A correção por via de autoridade dependia da concomitância de quatro condições: 1) O filho não tivesse iniciado seus 16 anos (o Código, em seu art. 376, utiliza a expressão “se o filho tiver menos de dezesseis anos iniciados”²¹⁸); 2) O filho não tivesse bens pessoais e não exercesse profissão; 3) O requerimento de detenção fosse apresentado pelo pai; 4) O pai não houvesse casado novamente, em caso de ter se divorciado ou de ter se tornado viúvo da primeira cônjuge.²¹⁹

Diante da presença concomitante dessas quatro condições, o pedido de correção

²¹⁴ MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Op. cit.*, p. 144.

²¹⁵ Schnapper explica, contudo, que a correção paternal, no início do século XX, estava em desuso e, por meio do decreto-lei de 30 de outubro de 1935, ela teria sido suprimida. Mesmo assim, a verdadeira reforma sobre a matéria ocorreu entre 1945 a 1970, quando se introduziu uma medida de assistência educativa ao filho desobediente. Cf. SCHNAPPER, Bernard. *Autorité domestique et partis politiques, de Napoléon à De Gaulle*, cit., p. 583-584. Diferentemente, Yvrel afirma que a correção paternal é suprimida apenas em dezembro de 1958. Cf. YVREL, Jean-Jacques. **Histoire de la justice des mineurs depuis 1791**. 2015. Disponível em: <https://criminocorpus.org/fr/reperes/chronologies/histoire-de-la-justice-des-mineurs/#/_ftnref1#_ftnref1>. Acesso em: 31 jan. 2018. A explicação sobre a correção paternal seguiu a redação original do Código Civil francês: FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018. Para evitar repetições desnecessárias, novas menções ao Código Civil francês de 1804 não serão acompanhadas da reprodução dessa fonte em nota de rodapé.

²¹⁶ MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Op. cit.*, p. 177.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 177.

²¹⁸ Tradução livre da seguinte expressão do art. 376, do Código: “*Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés ...*”.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 144-145 e 177.

paternal se dava por via de autoridade, ou seja, o pai podia requerer a ordem de encarceramento sem exposição de motivos e ao Poder Judiciário era vedada a recusa à expedição da ordem.

Em caso de não se verificarem tais condições, o pai podia requerer a correção paternal do seu filho até ele completar a maioridade civil (ou seja, até os 21 anos) ou até ele ser emancipado, mas apenas pela via de requisição. Assim, se o filho tivesse 16 anos ou mais ou se ele exercesse uma profissão, por exemplo, o requerimento de detenção se dava por via de requisição, isto é, o requerimento devia expor os seus motivos, que deviam ser analisados pelo Poder Judiciário, podendo deferir, ou não, a ordem de detenção.

Nas hipóteses da correção via requisição, ou seja, naquelas em que o filho tivesse idade superior a 16 anos iniciados ou fosse proprietário de bens pessoais, ou, ainda, em que o filho exercesse uma profissão, ele podia apresentar sua irrisignação ao comissário do Governo atuante perante o tribunal de apelação, o qual, após obter informações no tribunal de primeiro grau, devia se manifestar ao presidente do tribunal de apelação. Este, após notificar o pai e colher as informações sobre o caso, podia revogar ou modificar a ordem emitida pelo tribunal de primeiro grau.²²⁰

Se o filho tivesse menos de dezesseis anos iniciados, a ordem de detenção durava, no máximo, um mês, podendo o pai fazer cessá-la a qualquer tempo e, após a soltura, o pai podia requerer nova detenção caso o filho causasse a ele novo descontentamento. Após os 16 anos iniciados, o período de detenção podia durar até seis meses. Nas duas situações, a do filho com idade inferior a 16 anos iniciados ou a do filho com idade superior a essa faixa etária, o pai podia, a qualquer tempo, fazer cessar a detenção.²²¹

Tanto para a correção paternal por via de autoridade quanto para aquela por via de requisição, o pai tinha de anuir com o pagamento das taxas da detenção e devia consignar o necessário para os alimentos do filho.²²²

A mãe, na ausência do pai, podia requerer a correção paternal apenas por via de requisição, desde que ela não tivesse contraído novas núpcias e desde que com o concurso de dois parentes paternos próximos. Na ausência deles, era necessário o concurso de dois membros do conselho de família ou, se o filho estivesse sob tutela, mediante o concurso de dois amigos do pai. Se a mãe tivesse contraído novas núpcias, o direito de correção paternal

²²⁰ Trata-se da norma do art. 382, do Código Civil francês de 1804.

²²¹ MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Op. cit.*, 177-178. Os períodos de detenção de até um mês ou de até seis meses estavam previstos nos arts. 376 e 377, do Código Civil francês de 1804. O art. 379 autorizava ao pai fazer cessar a detenção a qualquer tempo.

²²² *Ibid.*, p. 178. Trata-se da norma do art. 378, do Código Civil francês de 1804.

sobre os seus filhos apenas podia ser exercido pelo seu segundo cônjuge.²²³

Ao examinar o direito de educação do pai previsto no Código Civil francês de 1804 e, especialmente, o direito de correção tal como acima descrito, esse direito de requerer a detenção prisional do filho, Bernard Schnapper destaca que eram os poderes mais extensos e rigorosos conferidos ao pai entre todos os países europeus, salvo a Sardenha, bem como frisa que eles eram a expressão de um tempo em que se falava mais dos pais justiceiros vigilantes do que das crianças-mártires.²²⁴ Em outras palavras, era um tempo em que a obediência paterna era mais importante do que o interesse da criança.

No entanto, a correção paternal era pouco utilizada, tendo alcançado picos anuais próximos de 1500 ordens de detenção por ano, entre 1866 e 1870. Não bastasse o reduzido número de ordens, elas eram concentradas em Paris, com poucas ordens emitidas nas províncias. Para Schnapper e para Quincy-Lefebvre, uma hipótese explicativa da concentração das ordens de detenção decorrentes da correção paternal em Paris poderia corresponder à circunstância de a profusão de tais ordens estar associada à maior oferta do serviço público em Paris quando comparada com as províncias. Em Paris, diferentemente das províncias, a proximidade com o poder real teria consolidado o hábito de se recorrer à autoridade pública para resolver os conflitos privados.²²⁵

A despeito do baixo uso da correção paternal, ela despertou fortes críticas. O exame dessas críticas é de enorme interesse, pois, a partir delas, é possível compreender como, na França do Código Civil de 1804, corpo regulatório fundamental para a representação jurídica do pai como magistrado privado, elaborou-se a legislação de 1889 e de 1898, que visa a proteger o interesse da criança em oposição ao dever de obediência paterna e que conformou a base de um Direito de Família paralelo ao Código, voltado ao controle e à vigilância das famílias pobres.

Georges Bonjean é o juiz que criou o patronato da Sociedade geral de proteção para a infância abandonada ou culpável (*Société générale de protection pour l'enfance abandonnée ou coupable*). Em seu livro de 1895, *Enfants révoltés et parents coupables: Étude sur la*

²²³ *Ibid.*, p. 177. Cf. Ainda o art. 381, do Código Civil francês de 1804. Como explica Marcadé, o poder paternal pertencia ao pai e à mãe, conjuntamente, mas era exercido apenas pelo pai, chefe da sociedade conjugal (trata-se das regras dos arts. 371 a 373, do Código Civil). No entanto, o pai podia ser privado do exercício do poder paternal e a mãe o exercia nas seguintes situações excepcionais: presunção de ausência do pai, interdição do pai ou sua condenação criminal por prostituir os próprios filhos. *Ibid.*, p. 142.

²²⁴ SCHNAPPER, Bernard. *La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)*, cit., p. 319.

²²⁵ SCHNAPPER, Bernard. *La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)*, cit., p. 330 e 333. Cf. ainda QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 123.

désorganisation de la famille et ses conséquences sociales, ele tece uma série de críticas à interpretação que se faz da correção paternal prevista no Código Civil.

Para Bonjean, os pais indignos e a ameaça de desmoralização e de sedição que os acompanha são a causa da criminalidade, tal como exemplifica o objetivo do seu livro:

Esse livro persegue a tarefa de concorrer para as reformas que possam combater utilmente a desmoralização e o aumento da criminalidade, cujo progresso (será visto no capítulo IV) segue uma marcha ascendente contínua.

Existe, então, o dever de apresentar sucessivamente todos os fatores dessa desmoralização, e o mais grave deles é o que resulta da indignidade dos pais.²²⁶

Ou, ainda, no mesmo livro:

Em resumo, eu creio ter demonstrado que o aumento da criminalidade em geral, tão ameaçadora para as finalidades públicas, tinha como fonte primária a perversão da infância, à qual tem seu nascimento na desorganização familiar, triste fruto dos costumes distorcidos ou dos maus costumes, que tem sucessivamente invadido todos os graus da sociedade francesa.²²⁷

A crítica de Bonjean à correção paternal se dá justamente em virtude da sua identificação de qual grupo populacional se utiliza ou pretende se utilizar mais frequentemente da correção paternal, ou seja, as famílias pobres e marcadas pelos maus costumes. Para entender como Bonjean chega a tal conclusão, é preciso explicar a maneira como ele coletou as informações que deram origem ao livro.

Em 1894, Bonjean foi requisitado pelo presidente do Tribunal de primeira instância do Sena para coordenar a reorganização do serviço de correção paternal. Entre as transformações conduzidas por ele, destaca-se a implementação, como etapa do processo de correção paternal, de uma investigação requisitada pelo magistrado e conduzida pela polícia para avaliar as condições familiares, por meio de entrevistas com parentes e vizinhos.

A justificativa discursiva para a investigação seria avaliar se o pai tem condições de requerer a detenção de seu filho, mas o objetivo real de tal investigação era avaliar se o pai tinha motivos plausíveis para requerer a detenção do filho. Em outras palavras, procurava-se,

²²⁶ Tradução livre de: “*Ce livre poursuit la tâche de concourir aux réformes qui pourront combattre utilement la démoralisation publique et l’augmentation de la criminalité, dont les progrès (on le verra dans le chapitre IV) suivent une marche sans cesse ascendante. Il a donc le devoir de présenter successivement tous les facteurs de cette démoralisation, et il n’en est pas de plus grave que celui qui résulte de l’indignité des parents.*” (BONJEAN, Georges. *Op. cit.*, p. 146)

²²⁷ Tradução livre de: “*En résumé, je crois avoir démontré que l’accroissement de la criminalité générale, si menaçante pour les destinées publiques, avait comme source première la perversion de l’enfance, laquelle à son tour prend naissance dans cette désorganisation familiale, triste fruit des mœurs faussées ou mauvaises, qui ont successivement envahi à tous degrés la Société française.*” (*Ibid.*, p. 398)

por meio da investigação, verificar se o caso concreto tratava da insubmissão do filho ou da indignidade do pai.

Os resultados dessas investigações conduzidas pelo serviço de correção paternal do Sena permitiram a Bonjean escrever o livro de 1895, no qual o autor, com base naquelas investigações, elabora um quadro classificatório dos “pais culpados” (eles são divididos em negligentes, ébrios, prostituídos, exploradores e perseguidores).²²⁸

Com a classificação dos pais indignos, Bonjean pretende demonstrar que diversos requerimentos de correção paternal são baseados em motivos escusos apenas revelados por conta da investigação prévia produzida pelo serviço de correção paternal do Sena.

Seguem alguns exemplos do juiz: uma mãe é considerada prostituída porque deixava de cuidar de seus filhos para sustentar um amante de 22 anos de idade e, para tanto, preferia requerer a detenção de seu filho de nove anos.²²⁹ Um pai e sua mulher, ébrios habituais, não queriam trabalhar, mas, para satisfazer a seu vício, exploravam o trabalho dos três filhos, “(...) fazendo-os trabalhar muito mais que os negros.”²³⁰ Um pai é considerado perseguidor porque, doente dos pulmões, é cuidado por sua mulher e sua filha. Esta, desejosa de se libertar dessa situação, pretendia se casar. Porém, o pai solicita uma ordem de correção paternal contra a filha justamente quando ela foi viver com aquele com quem ela pretendia se casar.²³¹

Para Bonjean, é a investigação prévia desempenhada pelo serviço de correção paternal do Tribunal do Sena que permitia, nesses casos, constatar como os pais pretendiam se utilizar da correção paternal para prejudicar injustamente seus filhos.

Contudo, os críticos dessa ideia afirmam, de acordo com o juiz, que o Código, sobretudo na correção paternal por via de autoridade (ou seja, aquela em que o pai não expõe seus motivos e em que eles não são examinados pelo Poder Judiciário), não prevê qualquer investigação sobre a família. Aliás, o Código prevê expressamente no seu art. 378 que, tanto no caso da via de autoridade como na da via de requisição, a ordem de correção paternal não será acompanhada de qualquer escritura ou formalidade judiciária, exceto a ordem de detenção, na qual não serão expostos os seus motivos. Por isso, os críticos rejeitam essa postura do Serviço de correção paternal do Tribunal do Sena como frontalmente contrária ao Código Civil.²³²

²²⁸ Cf. QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**, cit., p. 140-141. Cf. ainda BONJEAN, Georges. *Op. cit.*, p. 146-194.

²²⁹ *Ibid.*, p. 154.

²³⁰ Tradução livre de: “... *qu'ils faisaient travailler beaucoup plus que des nègres.*” (*Ibid.*, p. 161.)

²³¹ *Ibid.*, p. 172-173.

²³² *Ibid.*, p. 324.

Se no capítulo III do seu livro, Bonjean apresenta uma justificativa sociológica para fundamentar a investigação prévia à ordem de correção paternal, vale dizer, a existência de pais que se utilizam de forma abusiva desse instrumento em prejuízo de seus filhos (os pais ébrios, os prostituídos, exploradores etc.), no Capítulo V do seu livro, o magistrado pretende demonstrar que o Código Civil de 1804, em matéria de correção paternal, possui diversas lacunas que são objeto de interpretação plenamente aceitas pelos críticos da tese de Bonjean de que o Código, em razão de lacunas, autoriza a investigação da família nos processos de correção paternal.

Assim, de acordo com o raciocínio de Bonjean, uma vez que os críticos da investigação sobre a situação familiar admitiam que algumas lacunas podiam ser resolvidas pela interpretação do Código, esses mesmos críticos, para manter sua coerência, deveriam aceitar a interpretação do Código para autorizar a investigação sobre a situação familiar como etapa prévia do procedimento de correção paternal, tal como fazia o serviço de correção paternal do Tribunal do Sena.

Entre outros argumentos nesse sentido, Bonjean aponta que o art. 376, do Código Civil, autoriza o pai a requerer a detenção do filho com idade inferior a 15 anos pela via da autoridade, ou seja, sem a necessidade de expor a fundamentação do pedido e sem a possibilidade de o Poder Judiciário examinar os fundamentos do pedido. Segundo Bonjean, de acordo com a redação literal do Código, seria possível ao pai requerer a detenção de um filho recém-nascido. Porém, conforme Bonjean, a maioria dos intérpretes do Código sustentaria que, nessa hipótese, o presidente do Tribunal denegaria a ordem de detenção por ela se revelar absurda.²³³

Ao demonstrar que o Código, em matéria de correção paternal, exigia interpretações e soluções práticas em contrariedade ao texto literal do Código²³⁴, tal como a situação acima em que se admitia a rejeição de um pedido de correção paternal quando formulado contra um recém-nascido, Bonjean defendia a investigação das famílias como uma solução prática adotada pelo Tribunal do Sena para evitar a instrumentalização do Poder Judiciário por pais abusivos²³⁵.

²³³ *Ibid.*, p. 328.

²³⁴ *Ibid.*, p. 324.

²³⁵ O item IV do capítulo V do livro de Bonjean é intitulado *Pratique nouvelle au tribunal de la Seine*, no qual o autor explica e elogia a prática adotada no Tribunal do Sena de investigar as famílias cujos pais requerem correção paternal dos filhos, coletando dados que versavam desde a religião professada pela família, idade dos filhos, sexo dos filhos demandados, escola frequentada pelos filhos (laica, religiosa ou ausência de educação escolar), motivo da queixa dos pais etc. Essas informações coletadas na investigação do Tribunal formaram um banco de dados analisado por Bonjean em seu livro. Cf. *Ibid.*, p. 352-397.

A crítica de Bonjean à correção paternal prevista no Código Civil de 1804, que dá ensejo à sua defesa da investigação familiar, não pode ser entendida isoladamente. Para compreender como o percurso do estudo de Bonjean revela o interesse da criança como acontecimento fundamental do Direito de Família paralelo ao do Código Civil, é preciso expor as críticas que, na esteira de Bonjean, são elaboradas contra a correção paternal no fim do século XIX.

No boletim da Sociedade Geral das Prisões de abril de 1893, é publicado um artigo intitulado “A internação pela via de correção paternal: necessidade de revisar a legislação”.²³⁶ O autor propõe a seguinte questão: por que a legislação de correção paternal é pouco aplicada? Para ele, por dois motivos principais.

O primeiro, porque essa legislação foi preparada para as crianças de famílias abastadas e porque o legislador jamais sonhou que a imensa maioria dos filhos para os quais a correção seria útil pertenceria a famílias cujos pais estão impossibilitados de pagar as taxas de internação. O segundo motivo do pouco uso das regras da correção paternal, para o autor, decorreria de ela ser contrária à natureza das coisas.²³⁷

Quanto ao motivo das taxas, o autor ressalta a regra do art. 378, do Código Civil, de acordo com a qual cabia ao pai assumir o dever de pagar as taxas de internação e de fornecer os alimentos ao filho detido. Bruyere questiona como isso se dava em termos práticos.

Ora, tão logo o pai obtivesse a colocação do filho em um estabelecimento privado, ele deveria pagar o preço da pensão. Quando a criança fosse internada em um estabelecimento estatal, o Estado podia concordar com a exoneração das taxas. Porém, de acordo com carta ministerial de 20 de fevereiro de 1822, para ser exonerado da taxa, não bastava o pai obter certificados de indigência, mas era necessário que a autoridade administrativa consentisse em assumir as taxas de detenção.

Nos estabelecimentos penitenciários gerenciados pela iniciativa privada, essa exoneração não era possível, pois o Estado teria de reembolsar o preço da diária. Nesse caso, os pais deviam pagar as diárias antecipadamente. Por isso, para Bruyere, essa obrigação tornava impossível aos pais pobres a detenção dos filhos que fossem recalcitrantes.²³⁸

Relativamente ao fato de as regras da correção paternal serem contrárias às naturezas das coisas, Bruyere afirma que as punições impostas pelos pais aos filhos apenas podem ter

²³⁶ BRUEYRE, L. De l'internement par voie de correction paternelle: Nécessité de reviser la législation. **Revue Pénitentiaire**: bulletin de la Société générale des prisons, [s.l.], n. 4, p.454-469, avril 1893.

²³⁷ *Ibid.*, p. 457-458.

²³⁸ *Ibid.*, p. 458-459.

por finalidade “o interesse exclusivo da criança” (*l'intérêt exclusif de l'enfant*). Por isso, se essas punições não se destinam à melhora da criança, elas são filosoficamente condenáveis; se elas causam dano à saúde ou à moralidade da criança, os pais devem ser responsabilizados com o rigor da lei.²³⁹

Para Bruyere, com o afrouxamento dos rigores, os pais não mais dispõem dos meios de correção dos filhos usados no passado, como o chicote ou a substituição de uma ou duas refeições por pão seco. Por isso, diante de tal afrouxamento, mais os pais deveriam recorrer à detenção por correção paternal para corrigir seus filhos.²⁴⁰

No entanto, a correção paternal é incapaz de atingir sua finalidade pelas seguintes razões: 1) Ela se limita a castigar o filho e não se volta para a sua educação; 2) Os filhos detidos por correção paternal são internados nos mesmos estabelecimentos em que são detidos os jovens condenados por crimes; 3) Ela veda ao juiz examinar os motivos do pai, permitindo que o pai provoque a detenção do filho em virtude de razões escusas (raiva, ou porque a filha não quis ser cúmplice do pai na prática de malfeito, por exemplo).²⁴¹

Para que a correção paternal atingisse sua finalidade, Bruyere propunha as seguintes alterações: 1) A ordem de detenção fosse condicionada a uma prévia investigação sobre o caso concreto, a fim de examinar a realidade dos motivos do pai; 2) Fosse vedada a detenção de jovens delinquentes juntamente com os filhos detidos em virtude da correção paternal; 4) O tempo da detenção por correção paternal fosse ilimitado, cessando a detenção apenas quando ela atingisse sua finalidade, isto é, a correção educativa da criança; 5) Eliminação do direito de o pai fazer cessar a detenção a qualquer tempo, atribuindo o poder de fazer cessar a detenção a um tribunal vinculado ao estabelecimento penitenciário, cujos membros seriam o diretor do estabelecimento, um magistrado e uma pessoa honorável; 6) Se o pai se recusar a receber o filho liberado ou se o pai não for encontrado, a criança deve ser considerada abandonada e enviada ao serviço de crianças assistidas do departamento de seu domicílio; 7) Os estabelecimentos de detenção da correção paternal devem ter uma disciplina rigorosa, com divisões em conformidade com os vícios e temperamentos dos internos.²⁴²

²³⁹ *Ibid.*, p. 459.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 460.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 464. Quanto a esse último ponto, o da impossibilidade de se examinar as causas dos pedidos de correção paternal, o autor as compara com as *lettres de cachet* para afirmar que estas, apesar das críticas do passado, ofertavam mais garantias às crianças que o procedimento da correção paternal. Isso porque, segundo Bruyere, as ordens do rei motivadas pelas *lettre de cachet* apenas eram emitidas após um relatório policial demonstrar a sua necessidade. Havia, portanto, no caso das *lettre de cachet*, um prévio exame da situação familiar antes da ordem real de internação. Cf. *Ibid.*, p. 464-465.

²⁴² *Ibid.*, p. 465-467.

Em artigo de 1946, H el ene Campinchi²⁴³ tamb em apresenta críticas   correção paternal. Primeiro, para a autora,   inadmissível que a mãe abandonada pelo pai e que se casou novamente não possa requerer a correção paternal, a despeito de ela ser encarregada da educação de seus filhos. Para ela, o direito de correção paternal deveria ser exercido por quem detém a guarda das crianças.²⁴⁴

Segundo, nos casos de correção paternal por via de autoridade, como é vedado ao juiz examinar os motivos do pedido do pai, viabilizam-se pedidos abusivos de pais indignos:

De outra parte, a lei dá ao pai um direito excessivo, exorbitante. Muitos pedidos de correção são abusivos, frequentemente monstruosos. Não existem pais que pedem – e obt m – uma medida de correção paternal para se livrarem, por exemplo, de um filho embaraçoso? Não existem pais que, por não possuirem meios de sobrevivência, usam de seu direito contra os filhos que trabalham regularmente e que se recusam a entregar aos pais a totalidade de seu s lario? Ignora-se que frequentemente são objeto de uma medida de correção os menores doentes, anormais e instáveis, que precisavam mais de cuidados que de punição? O magistrado não deveria de uma parte ter sempre um poder de apreciação nessa matéria, e não deveria, de outra parte, dispor de meios de investigação suficientes para esclarecer sua decisão?²⁴⁵

Em terceiro lugar, para Campinchi, a correção paternal   ineficaz e muito rigorosa. A detenção não é uma medida educativa. Para um limitado número de casos, ela pode apenas oferecer um efeito de intimidação. Porém, a experiência demonstra, inclusive para os menores delinquentes, que o encarceramento de curto período não os conduz para o bom caminho. A

²⁴³ Alguns dados biográficos de H el ene Campinchi (1898-1962) devem ser destacados para ressaltar a importância de sua opinião. Seu pai foi Adolphe Landry, demógrafo e economista com longa carreira política, chegando a exercer os cargos de deputado, senador e ministro na França. Ela foi advogada e jornalista e seu marido, César Campinchi, foi ministro da Justiça e da Marinha. Após uma cirurgia no fígado, em 1941, seu marido falece. H el ene Campinchi integra a resistência contra o nazismo e, por isso, recebe a medalha da Resistência e a Cruz do Combatente Voluntário da Resistência. Ela preside a comissão da qual resulta a redação do projeto da “ordonnance” de 2 de fevereiro de 1945, apoiando-se sobre a proposta de lei apresentada por seu marido em 1937 acerca do direito e da proteção dos menores. Ela foi conselheira geral de Sari d’Orcinu e vice-presidente do Conselho Geral da Corsa (1945-1955), membro do comit  diretor da Reunião de mulheres republicanas (integrante da Reunião dos republicanos de esquerda) e vice-presidente do Partido radical e radical-socialista em 1948. Após a Guerra, ela continuou a exercer funções em associações de proteção   infância: *Service social de l’enfance*, *La Tut laire* e *Union des sociétés de patronage*. As Na  es Unidas a nomearam como especialista e, por fim, ela recebeu as ins gnias de cavaleiro da Legi o de Honra. Informa  es obtidas em: CID, Sylvain. **CAMPINCHI H el ene (1898-1962)**. 2019. Disponível em: <<http://enfantsenjustice.fr/?CAMPINCHI-Helene-1898-1962>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²⁴⁴ CAMPINCHI, H el ene. L’ordonnance du 1^{er} septembre 1945 sur la correction paternelle. **Pour l’enfance "coupable"**: Revue d’étude et d’Information, Paris, n. 36, p.1, mars/avril 1946.

²⁴⁵ Tradu  o livre de: “*D’autre part, la loi donne au père un droit excessif, exorbitant. Bien des demandes de correction sont abusives, souvent monstrueuses. N’a-t-on pas vu des parents demander – et obtenir – une mesure de correction paternelle pour se débarrasser par exemple d’un enfant gênant? Ne sait-on pas que des parents sans moyens d’existence usent de leur droit à l’encontre d’enfants qui travaillent régulièrement et se refusent à leur abandonner la totalité de leur salaire? Ignore-t-on que souvent les mineurs qui sont l’objet d’une mesure de correction son des malades, des anormaux, des instables, qui auraient besoin de soins plus que de punitions? Le magistrat ne devrait-il d’une part avoir toujours un pouvoir d’appréciation en la matéria, et ne devrait-il pas, d’autre part, disposer des moyens d’investigation suffisants pour éclairer as décision?*” (Ibid., p. 1.)

prisão de poucos meses, ao contrário, corrompe e é incapaz de corrigir a preguiça, os maus hábitos e a insubordinação.²⁴⁶

Como último ponto de crítica, a autora lembra que o art. 375, do Código Civil, obriga os pais a pagarem as taxas de internação e os alimentos dos filhos detidos. Para a autora, tal regra é descompassada da realidade, pois

Ora, com mais frequência são os pais indigentes, vivendo na miséria de cortiços, no meio das promiscuidades mais malsãs, quem, tendo negligenciado a educação de seus filhos, incapazes de corrigir a si próprios, deveriam poder requerer e obter uma internação gratuita.²⁴⁷

Para a autora, esses defeitos da correção paternal prevista no Código Civil de 1804 são corrigidos pela *ordonnance 45-1967 du 1^{er} septembre 1945*. Por meio desse ato normativo, modificou-se o art. 375, do Código Civil, permitindo à mãe que se divorciou e se casou novamente requerer a correção paternal desde que ela estivesse investida da guarda de seu filho. A partir dessa modificação legal, não apenas o pai ou a mãe podiam requerer a correção paternal, mas qualquer pessoa que exercesse a guarda da criança.²⁴⁸

Em segundo lugar, essa modificação do Código Civil foi considerada positiva por Campinchi porque aboliu a correção por via de autoridade. Com a alteração, todo pedido de correção paternal devia se dar por via de requisição, isto é, por meio de exame judicial dos motivos alegados pelo pai ou pela mãe.²⁴⁹

Em terceiro lugar, com a alteração do Código Civil, seus arts. 375 e 376 previram que a competência para apreciar os pedidos de correção paternal passou a ser do presidente do Tribunal para crianças (*président du tribunal pour enfants*) e que, para ele apreciar esses pedidos, devia, previamente, obter uma investigação conduzida por profissionais qualificados, especialmente assistentes sociais, dedicada a levantar informações sobre a situação material e moral da família, sobre o caráter e antecedentes da criança, bem como para saber se ela possuía bens patrimoniais e se ela exercia uma profissão. Durante essa investigação, se o juiz julgasse necessário para proteger o menor, ele podia adotar medidas de internação que lhe

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 1.

²⁴⁷ Tradução livre de: “*Or ce sont le plus souvent des parents indigents, vivant dans la misère des taudis, au milieu des promiscuités les plus malsaines, qui, ayant négligé d’éducation de leurs enfants, incapables d’assurer eux-mêmes leur redressement, devraient pouvoir demander la correction paternelle et obtenir de la justice un placement gratuit.*” (*Ibid.*, p. 2.)

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 3. Cf. ainda FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/versions/741/375/pdf/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

²⁴⁹ CAMPINCHI, Hélène. *Op. cit.*, p. 3.

parecessem em conformidade com o interesse do menor, podendo, inclusive, confiá-lo a uma casa de educação vigiada.²⁵⁰

A autora considerou essas alterações legais como avanços positivos, porque permitiram que as ordens de correção paternal fossem adotadas no interesse exclusivo da criança (*dans l'intérêt exclusif de l'enfant*), na medida em que as concentrou sob a competência de um magistrado especializado nas questões relativas aos menores (*dans les questions relatives aux mineurs*), o presidente do Tribunal para Crianças (*le Président du tribunal pour Enfants*), e na medida em que condicionou a decisão judicial à prévia investigação sobre a situação material e moral da família e da criança.²⁵¹

Como quarto avanço positivo no tocante à alteração do Código Civil em matéria de correção paternal, a autora destaca que ela previa a oitiva do pai ou da mãe que não tinham requerido a correção paternal, a oitiva da própria criança e, ainda, a possibilidade de recurso contra a ordem de internação, que podia ser interposto pelo Ministério Público, pelo filho que fosse objeto da correção paternal, pelo pai ou mãe requerente ou pelo pai ou mãe que não houvesse formulado o pedido de correção paternal. Para a autora, tais alterações asseguravam garantias processuais relevantes aos envolvidos, a despeito de o procedimento não poder ser qualificado como contencioso, isto é, pautado pelo debate entre as partes envolvidas.²⁵²

Por fim, Campinchi elogia as modificações do Código que viabilizavam ao Poder Judiciário prolatar decisões com base na urgência e adaptadas às necessidades do caso concreto, autorizando até mesmo a internação em uma casa de educação vigiada e conclui:

(...) desejamos que, com a ordenança de 2 de setembro de 1945, o direito de correção paternal, tão pouco usado até hoje, possa permitir, de agora em diante, a prevenção eficaz da vagabundagem e da delinquência de crianças.²⁵³

²⁵⁰ CAMPINCHI, Hélène. *Op. cit.*, p. 3. O texto do art. 376, do Código Civil, acima sintetizado, passou a ser o seguinte: “*Le président s’entoure de tous renseignements utiles sur le mérite de la requête. Il fait notamment procéder, par toute personne qualifiée, à une enquête sur la situation matérielle et morale de la famille, sur le caractère et les antécédents de l’enfant, ainsi que sur le point de savoir s’il a des biens personnels et s’il exerce un état. Si, pendant l’enquête, le président juge nécessaire de s’assurer de la personne du mineur, il peut, par ordonnance de garde provisoire, exécutoire nonobstant appel, prendre telles mesures de placement qui lui paraîtront conformes à l’intérêt du mineur et, s’il y a lieu, le confier à une maison d’éducation surveillée. Il peut déléguer le pouvoir de prendre ces mesures au président du tribunal pour enfants de la résidence du mineur.*” (FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d’histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/versions/741/376/diff/pdf/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.)

²⁵¹ CAMPINCHI, Hélène. *Op. cit.*, p. 3.

²⁵² CAMPINCHI, Hélène. *Op. cit.*, p. 3.

²⁵³ Tradução livre de: “... *souhaitons que, dans le seul cadre de l’ordonnance du 2 septembre 1945, le droit de correction paternelle, si peu fréquemment usité jusqu’à ce jour, puisse permettre désormais de prévenir utilement le vagabondage et la déliquance [sic] des enfants.*” (*Ibid.*, p. 4.)

A crítica de Bruyere, datada de 1893, e a crítica de Campinchi, datada de 1946, contêm diversos traços relevantes para compreender a conformação do Direito de Família paralelo ao do Código de 1804.

Inicialmente, Bruyere, distanciando do discurso de Portalis e da sua representação do pai como magistrado sereno e piedoso, condiciona o exercício do direito de correção paterna ao interesse do filho. Em linguagem contemporânea, seria possível afirmar que, para o autor, o direito de o pai punir o filho está funcionalizado ao atendimento do interesse do próprio filho. Nas palavras do autor, as punições têm por finalidade “o interesse exclusivo da criança” (*l'intérêt exclusif de l'enfant*). Trata-se de verdadeira relativização do poder paternal previsto no Código Civil de 1804, condicionando o exercício do direito de educar o filho ao atendimento do interesse da criança, condicionamento ausente do Código Civil.

Da mesma maneira, Campinchi elogia as modificações do Código Civil que, no entender dela, permitem a adoção de medidas de correção paterna adaptadas ao interesse exclusivo da criança (a expressão utilizada por ela é *dans l'intérêt exclusif de l'enfant*). Para a autora, é importante que o magistrado da justiça da infância possa, com base na investigação realizada sobre as condições materiais e morais da família e da criança, adotar decisões que alterem a guarda da criança, inclusive com o envio dela para uma casa de educação vigiada, se assim for necessário para proteger a criança.

No entanto, o aparecimento do interesse exclusivo da criança como um parâmetro de avaliação do exercício do poder paternal está relacionado à classe social para o qual a correção paterna seria útil, os pobres. Ora, Bruyere aponta como primeiro fator explicativo do pouco uso da correção paterna a circunstância de ela ter sido pensada para as famílias abastadas, mas, na realidade, ela ter se apresentado útil para as famílias impossibilitadas de pagar as taxas de internação, ou seja, as famílias pobres.

Campinchi também aponta o fato de que os pais mais necessitados da correção paterna são os miseráveis e negligentes e deseja que as modificações do Código Civil sirvam justamente para evitar a vagabundagem e a delinquência das crianças. Assim, para a autora, existe uma classe social que deve ser alvo da correção paterna, os pobres.

De um lado, esse novo cânone hermenêutico do exercício do poder paterno, o interesse da criança; de outro, uma nova classe social como alvo preferencial da incidência desse parâmetro interpretativo, as famílias pobres. O primeiro elemento significa uma nova categoria jurídica, cuja finalidade é delimitar e condicionar a legitimidade do exercício da autoridade parental. O segundo elemento representa o ingresso de noções sociológicas como ferramentas de análise da utilidade da legislação. Os pequenos textos de Bruyere e de

Campinchi e sua breve crítica à correção paternal carregam consigo esses dois elementos que caracterizam o emergente Direito da Infância, conformado com as leis de 1889 e de 1898.

O Direito de Família do Código de 1804 se assentava sobre o cânone hermenêutico do poder paternal absoluto, a ponto de, no exercício da correção paternal por via de autoridade, ser vedado ao Poder Judiciário examinar os motivos do pai. O fundamento para tal poder absoluto era exposto no discurso de Portalis, qual seja, o pai era um magistrado sereno e piedoso a quem incumbia a tarefa de preservar a ordem das famílias em benefício da ordem social. O poder paternal absoluto tinha, portanto, um fundamento político, a preservação da ordem pública.

O Direito da Infância emergente, na qualidade de Direito de Família paralelo ao Código Civil de 1804, assenta-se sobre o interesse da criança, apreendido como filtro hermenêutico que tem por finalidade dizer se, em dado caso concreto, o pai exerceu sua autoridade paterna de maneira legítima (ou seja, em prol da educação da criança, do seu desenvolvimento).

Ademais, esse interesse da criança, diferentemente do poder paternal absoluto, não possui um fundamento político, mas encontra o seu respaldo epistemológico em noções derivadas da sociologia, ou seja, a ideia de que é preciso modificar a correção paternal para ela atender à classe social que dela mais precisa, as famílias pobres.

Portanto, o Direito da Infância emergente visto como direito de família paralelo ao Código Civil de 1804, primeiro, introduz o interesse da criança como cânone hermenêutico e, segundo, introduz tal cânone em virtude de uma fundamentação nova, a delimitação sociológica do alvo desse novo direito, as famílias pobres.

Compreende-se, desse modo, que a categoria jurídica “interesse da criança” está associada à emergência de um Direito de Família voltado a atender as famílias pobres, cujos pais, em vez de serem vistos como magistrados piedosos, são vistos como suspeitos de utilizarem da correção paternal como meio de chantagem ou de abuso contra seus filhos. O ébrio habitual é o pai genealógico do interesse da criança.

Se a casa do pai visto como magistrado sereno e piedoso era refúgio privado e inviolável, a casa do pai visto como ébrio habitual, a casa dos pais indignos, pode e deve estar desnudada diante do olhar vigilante e protetor do interesse da criança. Como explicita a alteração do Código Civil efetuada em 1945 e elogiada por Campinchi, o interesse da criança legitima a investigação, desempenhada por assistentes sociais vinculados à Justiça da Infância, sobre a situação material e moral da família e do filho que é objeto do pedido de correção paternal, algo impensável no âmbito da redação original do Código de 1804, pautada

pela hegemonia dos poderes do pai visto como magistrado cujo âmbito de competência, inacessível ao Estado, é a casa familiar.

Com a reforma do Código, o interesse da criança é uma janela aberta ao ingresso de conhecimentos especializados da psicologia e da assistência social sobre as crianças e sobre as famílias pobres (viabilizando o assinalamento dos desvios), assim como é um convite à intervenção do Estado, baseada e legitimada por esses conhecimentos, sobre a forma como essas famílias devem lidar com os seus filhos, o que corresponde à tentativa da correção dos desvios por meio da diluição da pena.

Com a alteração de 1945, essa possibilidade de intervenção e controle sobre as famílias pobres é incorporada no texto do Código Civil, mas, deve-se lembrar, já em 1889 e em 1898, as leis sobre a perda do poder paternal e sobre a repressão a maus-tratos contra crianças, respectivamente, dispunham sobre mecanismos interventivos semelhantes, de forma paralela ao Direito de Família do Código.

E tais mecanismos interventivos tinham como alvo uma população delimitada, as famílias pobres. Ora, tanto Donzelot²⁵⁴ quanto Schnapper²⁵⁵ ressaltam que, antes dessas leis, os patronatos da infância e a assistência pública encontravam graves dificuldades para intervir sobre as famílias pobres, pois, em caso de recusa da família em permitir a intervenção, esta não poderia ocorrer, haja vista que, para o Código Civil de 1804, o lar familiar é o âmbito de exercício do poder absoluto do pai, imune ao controle estatal.

Lembre-se que esse poder absoluto do pai ia ao ponto de ele requerer a detenção do filho sem possibilidade de o Poder Judiciário negar a ordem de detenção (caso da correção paternal por via de autoridade), bem como ia ao ponto de o pai poder fazer cessar a detenção do filho a qualquer momento, sem possibilidade de o Poder Judiciário manter essa detenção.

Esses poderes do pai, uma vez estendidos às famílias pobres, causavam verdadeiro obstáculo à intervenção dos patronatos e do Estado. É justamente o interesse da criança, fundamento das leis de 1889 e de 1898, que viabiliza, em paralelo ao Código Civil e com foco nas famílias pobres, a possibilidade legal de, por meio de uma decisão liminar e de urgência, a modificação provisória da guarda da criança, entregando-a a um parente, a uma instituição de caridade ou à assistência pública, em caso de crimes cometidos pela criança ou em caso de

²⁵⁴ DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 80-81.

²⁵⁵ SCHNAPPER, Bernard. *Autorité domestique et partis politiques, de Napoléon à De Gaulle*, cit., p. 578.

crimes praticados contra a criança²⁵⁶. E é o interesse da criança que autoriza a investigação sobre as condições materiais e morais da família, inicialmente prevista no art. 4.º da lei de 1889 como etapa do processo de perda do poder paternal, e, posteriormente, em 1945, como etapa do procedimento de correção paternal do Código Civil.

O Direito de Família do Código Civil de 1804 resiste até 1945 e protege o pai como magistrado sereno e piedoso, guardião do lar e bastião da ordem pública. Em paralelo, com as leis de 1889 e de 1898, é elaborado um Direito de Família para os pobres, cujo pai é caracterizado como indigno e abusivo. Esse Direito de Família paralelo, o emergente Direito da Infância, é discursivamente assentado sobre a proteção ao interesse da criança, mas traz consigo mecanismos de controle social impensáveis para a regulação jurídica da família burguesa, como as investigações sobre as condições materiais e morais da família, como a alteração provisória e liminar da guarda dos filhos e, por fim, como a perda do poder paternal.

O século XX não abandonará o “interesse da criança” como categoria determinante do Direito da Infância, mas trará, a título de novidade, o tratamento jurídico da criança como sujeito de direito. Discursivamente, a qualificação da criança como sujeito de direito é pensada como um avanço em direção a uma sociedade mais democrática e mais respeitosa quanto à infância, seja ela pobre ou abastada. Porém, é preciso enfrentar criticamente esse discurso para avaliar o quanto ele se mantém distante do Direito da Infância do fim do século XIX e do início do século XX, marcado pelo controle social e pela seletividade desse controle, voltado sobre as famílias pobres e seus filhos.

Uma vez que esta tese foca a realidade da prática institucional do Direito da Infância no Brasil, o pressuposto desse enfrentamento crítico exige, antes, compreender como, no Brasil do início do século XX, foi recepcionado e elaborado esse emergente Direito da Infância e, como, no curso desse século XX, foi tecida uma crítica anacrônica sobre essa emergência, projetando-a como Doutrina da Situação Irregular, em oposição à chamada Doutrina da Proteção Integral, que corresponderia a um novo Direito da Infância, centrado na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, na Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

²⁵⁶ Trata-se da regra do art. 4.º, da lei de 1898. Cf. FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Considera-se interessante chamar a atenção para essa previsão da lei de 1898 acerca da possibilidade de o juiz, liminarmente, isto é, antes da citação dos pais, poder modificar a guarda da criança, pois ela poderia ser objeto de um estudo genealógico das medidas de urgência no direito processual.

A qualificação dessa crítica como anacrônica tem, entre seus fundamentos, o fato de a chamada Doutrina da Proteção Integral também empregar a categoria “melhor interesse da criança” de maneira semelhante ao Direito da Infância forjado no início do século XX, ou seja, como pretexto para ingressar e vigiar os lares das famílias pobres.

2 A INFÂNCIA NO SOLO BRASILEIRO

No fim do século XIX e no início do século XX, a elite intelectual, econômica e burocrática brasileira pretende modernizar o país. Com a abolição da escravatura e a proclamação da República, ambiciona-se integrar o Brasil à economia mundial fabril, alinhá-lo aos avanços da técnica do mundo ocidental e adequar as cidades brasileiras aos padrões urbanísticos europeus.

O desejo de progresso implicou a destruição da arquitetura colonial das antigas cidades brasileiras, com a implantação violenta de planos de urbanização, cujos exemplos mais importantes são os das cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro. A violência dessa urbanização atingiu, especialmente, as famílias pobres, cujos diversos hábitos de vida eram descritos como perniciosos pelo discurso científico vigente (o combate às habitações em “casas de cômodo” como política de higiene pública é um exemplo).

Uma nova forma de Direito e de distribuição de Justiça acompanha essa ambição por progresso, qual seja, o Direito da Infância elaborado nos Estados Unidos e na Europa ocidental. À semelhança do ocorrido nesses locais, trata-se de um corpo regulatório e um aparato institucional no seu entorno, cujo objeto é a proteção da criança para prevenir que ela se torne um adulto criminoso.

A legislação brasileira protetiva da infância elaborada desde o século XIX e consolidada no Código de Menores de 1927 é legatária das discussões e práticas desses países centrais e constitui uma tentativa da elite política, intelectual, econômica e burocrática em solucionar os problemas por ela identificados na sociedade brasileira do início do século XX, sobretudo a pobreza urbana. Foi uma tentativa que, ao modo da inspiração europeia, supõe a culpa moral dos pobres como causa da pobreza.

2.1 URBANIZAÇÃO E INFÂNCIA NA PRIMEIRA REPÚBLICA

O objeto desta tese não corresponde a uma história das políticas públicas sobre a infância no Brasil²⁵⁷. Apesar disso, para compreender como se elabora, no Brasil, a economia

²⁵⁷ Existe vasta bibliografia sobre o tema, podendo ser citados os seguintes trabalhos: RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 199 p.; RIZZINI, Irene et al. *Op. cit.*, 335 p. O primeiro livro de Rizzini constitui detalhada narrativa histórica sobre as políticas públicas e tratamentos legislativos sobre a infância no Brasil. Este livro e o segundo, do qual ela é organizadora juntamente com Francisco Pilotti, são marcados por forte crítica ao caráter discriminatório dessas políticas públicas, especialmente por associarem pobreza a criminalidade e por não atacarem as causas da desigualdade social brasileira. Ainda, pode ser referida a seguinte obra: FREITAS, Marcos Cezar de et

da subjetividade da infância exposta ao perigo e da infância perigosa, torna-se interessante notar como o seu sedimento discursivo é elaborado em virtude de preocupações da elite burocrática, política e econômica, que também fomentaram as reformas urbanas brasileiras do início do século XX.

O processo de urbanização do início do século XX foi acompanhado pelo tratamento da infância e da adolescência como objeto de regulamentação jurídica, especialmente quanto às relações de trabalho, às relações familiares e quanto aos métodos de apuração e sancionamento de crimes²⁵⁸. Para compreender o paralelismo entre a urbanização e essa regulamentação, faz-se necessário recorrer a estudos historiográficos sobre as graves mudanças urbanas vividas pelos brasileiros no início do século XX, responsáveis por transformar as antigas cidades coloniais em centros urbanos voltados à exportação de produtos agrícolas, a exemplo do Rio de Janeiro e de São Paulo.

No Rio de Janeiro, o crescimento desordenado conduziu à concentração da população pobre – formada por mestiços, negros e imigrantes pobres – nas áreas centrais da cidade. A Abolição fez os escravos libertos integrarem o contingente de desocupados, que não conseguiam trabalho. Além disso, no período, com a onda imigratória, houve aumento populacional elevado. Como relata José Murilo de Carvalho, entre 1872 e 1890, a população carioca quase dobrou (de 266 mil para 522 mil habitantes). E, segundo descrição de Sevchenko, de 1890 para 1920, a população saltou de 522.651 habitantes para 1.157.873 habitantes.²⁵⁹

Nesse período, a situação do Rio de Janeiro, capital da República, era calamitosa. De acordo com Carvalho, em 1891, epidemias de varíola e febre amarela se juntaram à malária e à tuberculose, elevando a taxa de mortalidade para 52 pessoas em cada mil habitantes.²⁶⁰

al. **História social da infância no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. Nela, destaca-se o seguinte texto: CORRÊA, Mariza. A cidade de menores: uma utopia dos anos 30., cit., p.81-99. Ainda, destaca-se: MARCILIO, Maria Luiza. *Op. cit.*, p.53-79. Esse artigo trata da roda de expostos e tenta ofertar panorama sobre o abandono de crianças no Brasil e as políticas desenvolvidas sobre esse problema.

²⁵⁸ Beatriz Sofia Mineiro delimita o objeto do Código de Menores de 1927, afirmando que ele se ocupa dos menores abandonados e delinquentes, estendendo sua esfera de ação a outros menores, “como os da primeira idade, para lhes proteger a vida e saúde, os pequenos trabalhadores e outras classes de menores, cuja moralidade e segurança precisam de medidas protectoras.” (MINEIRO, Beatriz Sofia. **Código dos menores dos Estados Unidos do Brasil comentado por Beatriz Sofia Mineiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1929. p. 24).

²⁵⁹ Cf. MURILO DE CARVALHO, José. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 15-16. Cf. também SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Cosac Naify, 2010. p.75-79.

²⁶⁰ MURILO DE CARVALHO, José. *Op. cit.*, p. 19.

A reforma do espaço urbano da capital da primeira República, inspirada no replanejamento urbano de Paris conduzido pelo barão de Haussmann (cuja motivação esteve associada a tornar a cidade imune aos levantes populares que a afligiram), teve por finalidade deslocar a massa populacional pobre do centro da cidade para a periferia, locais de morros e mangues. O centro, transformado por amplas e ordeiras avenidas, os *boulevards*, ficou reservado aos asseios burgueses.²⁶¹ O objetivo era rejeitar o passado colonial, das vielas enviesadas, que tanto dificultavam o trânsito dos produtos agrícolas ao porto e tanto facilitavam os levantes populares e as barricadas, como foi o caso do bairro da Saúde, durante a Revolta da Vacina.²⁶²

O caráter sistêmico dessas políticas de transformação do espaço urbano para rejeitar o passado colonial e imperial é percebido ao se considerar que tais políticas, no início da República, não se limitaram ao Rio de Janeiro e a São Paulo. As grandes cidades brasileiras, no fim do século XIX e início do século XX, também aplicaram planos de transformação planificadora do espaço urbano, inspiradas no Rio de Janeiro de Pereira Passos e na Paris de Haussmann, tal como ocorreu em Porto Alegre, Recife e Salvador²⁶³.

Essas políticas expulsaram os pobres, os doentes, os velhos, os loucos e os rebeldes dos centros urbanos e os enclausuraram nos morros, nos sanatórios, asilos, hospitais e albergues. Em contrapartida, pretendia-se formar bolsões de ordem e progresso, oásis em que a burguesia liberal cosmopolita pudesse circular e investir com racionalidade, cálculo e previsibilidade.

No lugar das casas de cômodo e dos cortiços, emergiram novas cidades. No Rio de Janeiro, “(...) o centro da cidade foi depressa modificado, a avenida Beira-Mar foi aberta, jardins foram criados e reformados, os bondes ganharam tração elétrica, sem esquecer a construção do novo porto.”²⁶⁴ Tudo ao preço de obrigar a população pobre afetada a subir os morros ou a residir em outros locais, pois seu modo de vida e habitação, em parte decorrente das pressões e dificuldades econômicas, era indesejável diante da ambição de uma cidade marcada pelo progresso.²⁶⁵

²⁶¹ *Ibid.*, p. 79-88.

²⁶² SEVCENKO, Nicolau. *Op. cit.*, *passim*.

²⁶³ MARINS, Paulo, César Garcez. Habitação e vizinhança: limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. In: NOVAIS, Fernando A. (coordenador-geral da coleção); SEVCENKO, Nicolau (organizador do volume). **História da vida privada no Brasil**. v.3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.163-170.

²⁶⁴ MURILO DE CARVALHO, José. *Op. cit.*, p. 40.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 40.

Como lembra Sevcenko, essa visão de mundo segregacionista não era particularidade brasileira, haja vista o aplauso internacional a essa política, como ocorreu com a moção de louvor ao presidente do Brasil pelo Congresso Sanitário de Copenhague em 1904 e com a medalha de ouro recebida no Congresso Sanitário de Berlim em 1907.²⁶⁶

O replanejamento urbano das cidades coloniais brasileiras se inseria no contexto internacional, de expansão do modo capitalista de produção, pois as radicais mudanças vividas pelo Rio de Janeiro eram exemplo da pressão do neocolonialismo, do imperialismo europeu do século XIX sobre as sociedades dependentes dos polos propulsores da segunda revolução industrial.²⁶⁷

O Brasil, situado na periferia da economia capitalista mundial, posicionava-se como polo exportador de mercadorias primárias, especialmente o café, e sofria as intempéries dessa dependência periférica, como revelaram as crises políticas e econômicas do período (Encilhamento do fim do século XIX e o Golpe de 1930). Essa situação, paralela à endêmica concentração de riquezas produzida e mantida por políticas públicas²⁶⁸, evidentemente produzia conflito entre classes sociais, que irrompia em eventos trágicos de quando em quando, como foi com a Guerra de Canudos no fim do século XIX e a Revolta da Vacina no início do século XX.

No entanto, para além de uma leitura economicista da expansão neocolonial capitalista, interessa notar que esse fenômeno econômico trouxe consigo uma nova economia da subjetividade. A industrialização e a importação de bens manufaturados dos países centrais promoveram novos hábitos e novas práticas de produção e de consumo.²⁶⁹

O novo homem, a nova subjetividade desencadeada por esses complexos processos de industrialização e urbanização, a crisálida moderna, nas palavras de Sevcenko, fumava

²⁶⁶ SEVCENKO, Nicolau. *op.cit.*, p.109-112.

²⁶⁷ Cf. SEVCENKO, Nicolau. Introdução. O prelúdio republicano, astúcias da ordem e ilusões do progresso. *In*: NOVAIS, Fernando A. (coordenador-geral da coleção); SEVCENKO, Nicolau (organizador do volume). **História da vida privada no Brasil**. v.3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.12-13.

²⁶⁸ A concentração de riquezas por meio de políticas públicas é exemplificada por Viotti da Costa ao analisar a lei de terras de 1850. Segundo a autora, antevendo o fim da escravidão e, com isso, a escassez de mão-de-obra, a elite político-econômica brasileira elaborou essa lei para dificultar o acesso à propriedade da terra de maneira que os destituídos da propriedade da terra pudessem formar a força de trabalho a custo razoável para as fazendas exportadoras de café. Cf. COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 9.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p.178-179.)

²⁶⁹ SEVCENKO, Nicolau. Introdução. O prelúdio republicano, astúcias da ordem e ilusões do progresso., *cit.*, p.12-13.

cigarro produzido industrialmente, vestia roupas com corte militar, sonhava e se aventurava através do cinema e residia na cidade.²⁷⁰

Nesse período em que a cidade, em que o urbano ganha dimensões enormes, industriais e massivas, a infância desvalida irrompeu como objeto de regulamentação jurídica. Como subjetividade forjada pela urbanização, a infância pobre e abandonada, exposta ao perigo e perigosa, foi vista como problema social cuja abordagem e solução devia ser intermediada pelo Estado. A cidade gestou o *gamin* de Paris e o *pivete* carioca.

Característico dessa percepção jurídico-política da infância foi o fato de, poucos anos após a reforma urbana conduzida no Rio de Janeiro e em outras grandes cidades brasileiras, ter sido introduzido no ordenamento jurídico pátrio o Código de Menores, por meio do Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927²⁷¹, que, em verdade, era uma consolidação das “leis de assistência e proteção a menores”, isto é, uma compilação ordenada da legislação pretérita sobre a matéria. O primeiro Juízo de Menores, o da capital da República, antecedeu a consolidação, criado em 1923.

Se as reformas urbanas ocorridas no início do século eram inspiradas por uma ambição de progresso, de avanço, de integrar o Brasil nas redes comerciais transnacionais, o Código também partilhou desse imaginário de avanço e de “progressismo”. Por exemplo, em artigo de jornal do ano de 1928, José Candido de Albuquerque de Mello Mattos, redator do Código, tratou das restrições de frequência a cinemas por crianças e adolescentes na Alemanha, na Áustria, na Bélgica, no Grão Ducado de Luxemburgo, na Noruega, na Suécia, nos Países Baixos, na Itália, na Polônia e na Suíça. Após esse exame, ele exaltou o Código brasileiro, com adjetivos que visavam a conotar a sua atualidade, em comparação com outros países:

Pelo estudo comparado dessas leis verifica-se que, em todas, é vedada a entrada de certos menores (variando a idade) *ainda que se apresentem acompanhados dos pais*, desde que o espectáculo é improprio para elles. Consequentemente, adoptando a mesma regra em nossa cara Patria, nenhum attentado praticamos contra o patrio-poder; ao contrario, fazemos neste uma restricção admittida entre os povos mais adiantados, acceitamos uma lição de civilização. Os preceitos do Codigo de Menores estão de accordo com as leis dos paizes mais cultos dos Estados mais adiantados(...)²⁷²

²⁷⁰ SEVCENKO, Nicolau. **Orfeu extático na metrópole**: São Paulo, sociedade e cultura nos frementes anos 20. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.87-88.

²⁷¹ BRASIL. Decreto n. 17.943-A, de 12 de julho de 1927. Consolida as leis de assistência e protecção a menores. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019.

²⁷² MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Em defesa do Codigo de Menores. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, julho-setembro, 1928. Archivo Judiciario, p. 142.

Em 1935, no mesmo suplemento quinzenal do *Jornal do Commercio*, Mello Mattos citou Helena Troyano para afirmar que os tribunais para menores eram o

(...) último desenvolvimento do espirito (*sic*) humano (...), (...) a consagração deste principio ‘que vale menos punir do que prevenir’, principio que é a maior conquista da sciencia penitenciaria moderna (...), (...) uma tardia e grande marcha para um tratamento mais humano e mais racional dos jovens delinquentes...²⁷³

Ainda, ao ter prefaciado a obra de Beatriz Sofia Mineiro, Mello Mattos registrou que a legislação “teve que mudar a sua linguagem envelhecida e reprovada” e que

Felizmente para os nossos fóros de nação culta o Brasil já possui a esse respeito as mais adeantadas disposições legislativas, consolidadas no *Codigo dos Menores*. E acham-se fundados e funcionando normalmente, como aparelhos de execução do novo regimen, os indispensaveis institutos de assistencia, prevenção e reforma no Districto Federal e nas capitães dos principaes Estados.²⁷⁴

No livro prefaciado, a autora, Beatriz Sofia Mineiro, afirmou sobre a nova legislação: “Com a publicação desse codigo o Brasil ficou possuindo uma das leis mais perfeitas sobre tão importante matéria.”²⁷⁵ Percebe-se, a ambição por progresso, o “progressismo” que inspirou as largas avenidas e o novo porto do Rio de Janeiro, também era base para a implementação do Juízo de Menores e de seus órgãos auxiliares na capital da República.

Se a Arquitetura era instrumento de uma transformação renovadora, um *bota-abaixo* do passado, para, sobre os seus escombros, erguer uma cidade nova, cosmopolita, havia também a ambição de transformação moral através do Direito. O almejado progresso era também um projeto humanista, para forjar um novo humano, um novo brasileiro. Os exemplos desse salvacionismo humanista são inúmeros.

Em tom cientificista, Evaristo de Moraes, em obra de 1927, diagnostica que, em quase todos os países civilizados, onde a estatística criminal é confiável, havia uma “lamentável observação”, o aumento da criminalidade da infância e da adolescência,

²⁷³ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Uma conferencia inédita do dr. Mello Mattos: A protecção da infancia e adolescencia pelo Estado - O Codigo de Menores e sua eficiencia - O Juizo de Menores do Districto Federal e seus serviços - Necessidade da creação de Juizes de Menores em todos os Estados do Brasil. *Jornal do Commercio*. Rio de Janeiro, julho-setembro, 1935. Archivo Judiciario, p. 93.

²⁷⁴ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Prefácio. In: MINEIRO, Beatriz Sofia. **Codigo dos Menores dos Estados Unidos do Brasil commentado por Beatriz Sofia Mineiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1929. p. III-IX.

²⁷⁵ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 21.

revelando-se, mais precocemente, os impulsos antissociais²⁷⁶. Assim, ele estabelece como objeto de seu livro a identificação das causas da criminalidade, “(...) sem esquecer os remédios que se propõem para sua prevenção, para sua atenuação e para a sua cura.”²⁷⁷

Entre as causas da criminalidade, o autor indica as individuais e as sociais. Com a citação da teoria da degenerescência de Morel e com referência a Lombroso, como causas individuais, o autor menciona a hereditariedade (a degenerescência física ou do meio formaria indivíduos criminosos), o alcoolismo (tanto os pais alcoólatras podem produzir filhos criminosos, quanto crianças e adolescentes viciados no álcool se tornam delinquentes) e, finalmente, a transformação provocada pelos fenômenos da puberdade (a instabilidade moral é inerente à adolescência, e os adolescentes praticam crimes em virtude de sua emotividade excessiva e de sua fraqueza de raciocínio).²⁷⁸

Entre as causas sociais, Evaristo de Moraes ressalta a desorganização da família e a má influência ocasionada por determinados meios familiares. Para respaldar sua afirmação, cita Lombroso, Henry Joly e Louis Albanel, mencionando a classificação dos pais que este elabora, dividindo-os em negligentes, incapazes e indignos.²⁷⁹

Os negligentes são os excessivamente tolerantes, tornando os filhos em tiranos. Os incapazes são vítimas das dificuldades econômicas, pais que logo cedo têm de sair para trabalhar e deixam os filhos à própria sorte, nas ruas. E, interessante paralelo, o autor frisa que tais pais se encontram em Paris, como em qualquer grande centro urbano, tal qual o Rio de Janeiro.²⁸⁰ Os pais indignos, finalmente, excitam a entrada das crianças no caminho do vício e do crime, por vezes se associando aos filhos no modo de vida desonesto e contrário à ordem social (Evaristo, para sustentar sua afirmação, cita o livro de 1895 de Georges Bonjean, *Enfants revoltés et parents coupables*, assim como menciona Louis Albanel).²⁸¹

Ao tratar dos pais incapazes e mencionar de que forma as habitações dos pobres, as casas de cômodo, poderiam conduzir à formação de crianças criminosas, Evaristo de Moraes fornece meios para perceber de que modo o *bota-abaixo* de Pereira Passos era visto como uma obra humanista, de transformação moral do humano por meio da intervenção em seu meio:

²⁷⁶ MORAES, Evaristo de. **Criminalidade da infância e da adolescência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. p. 9.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 11.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 11-21.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 28-31.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 32.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 37-38.

Que diriam a nosso respeito, os observadores estrangeiros si visitassem esta cidade, Capital da Republica Brasileira, e lhes fosse dado surprehender as condições das nossas chamadas ‘casas de commodos’? Accumulam-se nellas os fermentos de todos os vicios e de crimes repugnantes, vivendo as creanças pobres em contacto com os peiores factores da dissolução social, tendo, ás vezes, por única escola a do vicio e do crime. Sentem-se as pobresinhas coagidas a buscar na rua o que lhes falta nos compartimentos acanhados em que moram: um pouco de ar, um pouco de luz... (...) Á noite, *nem sempre recolhendo* cêdo, as lamentaveis creaturinhas são constringidas a revoltante promiscuidade, dormindo, frequentemente, em um só leito ou uma *só* esteira toda uma família. Já sabemos que isto também se dá em Paris, em Berlim e em outras notaveis capitaes da Europa e da America; mas, ao menos, em taes logares se cuida de resolver o problema; (...)²⁸²

É verdade que Evaristo de Moraes critica a reforma urbana do Rio de Janeiro porque, ao ter destruído as habitações da população pobre, ela deixou de os abrigar em novos locais apropriados.²⁸³ Porém, é interessante notar, a partir desse livro de Evaristo de Moraes e da análise historiográfica, como se percebeu, no Rio de Janeiro do início do século XX, a transformação arquitetônica da cidade como uma obra de progresso (que a colocaria entre as grandes capitais europeias) e como uma obra moral (na medida em que eliminaria modos de habitar indesejáveis e expulsaria do coração da cidade os pobres indesejáveis). Era, por isso, uma obra humanista, com o objetivo de forjar um novo humano.

Se essa transformação moral era operada pela obra arquitetônica, também um novo modelo de Direito e de Justiça, importado dos países centrais, teria a missão para contribuir para a metamorfose humanista do brasileiro. O Direito da Infância cumpriria essa tarefa. Não bastassem as referências de Mello Mattos e de Beatriz Sofia Mineiro à legislação estrangeira para enfatizar como o Código de Menores de 1927 estava entre a mais avançada legislação sobre a matéria, pode-se observar, ainda, as reiteradas exaltações do Direito e da Justiça da Infância como um caminho para a melhora moral da sociedade brasileira.

Prova disso é que, em 1927, Evaristo de Moraes exalta as recentes *juvenile courts* estadounidenses e seu método de liberdade vigiada, a *probation*. Ele, em tom elogioso, menciona que, em mensagem de 6 de dezembro de 1904 ao Congresso dos Estados Unidos, o presidente Roosevelt

²⁸² *Ibid.*, p. 35-36.

²⁸³ *Ibid.*, p. 37.

(...) definia como de alta moralização social a obra dos tribunais para menores, que derivavam na prática judiciária da idéia, geralmente aceita, segundo a qual os 'criminosos' juvenis não são iguais aos outros, devem ser tratados diferentemente, com o duplo intuito de educação e de preservação.²⁸⁴

Para Evaristo de Moraes, o tribunal de crianças exemplar é o de Denver, Colorado, onde atuava o juiz Ben Lindsey (ele, por equívoco, nomina John Lindsay) e se assenta no critério de especialização de três maneiras: julga os casos das crianças em audiências e em lugares especiais; com juízes especializados; e com a aplicação de medidas de preservação de correção, também especiais, geralmente a liberdade vigiada. O tribunal vê na criança um enfermo, que deve ser curado. A criança é um ser moralmente inacabado, cujo caráter deve ser moldado pela educação, cabendo à *juvenile court* a tarefa de proteção à infância, exercendo uma obra de preservação ou de profilaxia social.²⁸⁵

Trata-se de uma nova Justiça, exaltada por Evaristo de Moraes em virtude dessa nova função, prospectiva. Não se tratava mais de retribuir uma pena em virtude da prática de um fato criminoso. A nova Justiça da Infância tem missão profilática, visando à reforma moral do indivíduo. Para Beatriz Sofia Mineiro, a justiça não deve ser para os infantes e adolescentes a antiga figura de olhoso vendados, armada com a balança e a espada, que os trata como pequenos homens²⁸⁶. A Justiça deve ser

(...) uma imagem real, benevola, paciente, com os braços abertos para os acolher, como Christo no celebre Evangelho: protectora, tutelar, maternal. Elles devem comprehender que a justiaça é feita não só de direito, mas tambem de caridade, indulgencia e bondade; que se interessa por elles com benevolencia, embora sem fraqueza (...).²⁸⁷

De Paris ao Rio de Janeiro, do *gamin* ao pivete, dos *boulevards* às casas de cômodo, da arquitetura da cidade à modelagem moral do indivíduo, a Justiça do início do século XX dedica um novo olhar sobre a criança, ambíguo, pois a um tempo austero e, a outro, benevolente e caridoso. Qual horizonte ele fita? A transformação moral do indivíduo, pois apenas ela pode proteger a sociedade. A Justiça da Infância também começa no Brasil no início do século XX e, à semelhança dos modelos norte-americanos e europeus, o Juízo de Menores no Brasil também foi pensado como um governo liberal da pobreza e uma Justiça

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 166-167.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 167-168.

²⁸⁶ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 376.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 376.

gestora de interesses, com dois olhares, um caridoso para a miséria e outro temeroso do perigo de sedição que ela traz consigo.

2.2 “NARCISO ACHA FEIO O QUE NÃO É ESPELHO”²⁸⁸

A defesa da Justiça da Infância como um mecanismo de transformação moral do indivíduo se assenta sobre dois pressupostos. O primeiro justifica a necessidade dessa transformação moral em razão da criminalidade que ameaça a sociedade. O segundo sustenta a sua possibilidade, pois a criança, na qualidade de ser em desenvolvimento, pode ser moldada moralmente.

A necessidade de transformar o indivíduo aparece nos sedimentos discursivos sobre a Justiça da Infância associada ao perigo a que a sociedade está exposta em virtude da violência e da criminalidade. À semelhança dos filantropos e burocratas públicos e privados dos países centrais, esse temor se manifesta nos publicistas brasileiros.

O temor da criminalidade infantil e o objetivo de proteger a sociedade aparece na obra de Evaristo de Moraes de 1927 que, como citado, se inicia com a constatação de que a criminalidade da infância e da adolescência aumentava a cada dia, nos países civilizados, e que havia remédios para preveni-la, atenuá-la e para a sua cura.²⁸⁹

Mello Mattos, em artigo de 1935, expõe essa preocupação ao sustentar a necessidade da proteção aos menores em virtude do urbanismo, do industrialismo e do pauperismo que os acompanham. Para ele, a população de menores abandonados havia crescido subitamente, elevando a vadiagem, a mendicidade e a prostituição infantil. A corrupção da infância desencadeava na delinquência juvenil.²⁹⁰

Saúl de Gusmão, juiz de Menores do Distrito Federal, no relatório das atividades do Juízo do ano de 1942, apresentado ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, diagnostica a assistência social à infância como um dos grandes problemas da sociedade moderna. A industrialização, segundo ele, provocou acúmulo de populações densas e elevação dos níveis de vida.²⁹¹

²⁸⁸ Da música de Caetano Veloso, Sampa.

²⁸⁹ MORAES, Evaristo de. *Op. cit.*, p. 9-11.

²⁹⁰ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Uma conferencia inédita do dr. Mello Mattos: A protecção da infancia e adolescencia pelo Estado ..., cit., p. 90.

²⁹¹ GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 23.

Nessa situação, as “classes menos favorecidas” têm as suas proles comprometidas pela pouca alimentação e pela exiguidade de espaço habitável, dando causa a problemas sociais graves. Para o juiz, essas consequências de “ordem moral ou patológica” exigem intervenção do Estado, pois a mortalidade e a delinquência infantil “... desviam da massa trabalhadora da Nação centenas de milhares de braços que tão úteis poderiam ser para o seu desenvolvimento e grandeza.”²⁹²

Para Beatriz Sofia Mineiro, o abandono e o vício produzem a delinquência, pois os menores abandonados ou moralmente pervertidos irão para o crime, inevitavelmente. A criminalidade infantil é resultado do abandono.²⁹³ “A observação e a experiência demonstram que a infância abandonada é a sementeira do crime.”²⁹⁴ Para ela, isso justifica a necessidade de o Estado intervir, para conservar a ordem social por meio das medidas de assistência e proteção, de caráter preventivo e corretivo. Por isso, a proteção e a assistência aos menores abandonados estão associadas à prevenção da delinquência, dificultando a separação entre a prevenção e a repressão.²⁹⁵

Os diagnósticos e proposições desses autores indicam que a elite intelectual e burocrática brasileira do início do século XX (à exceção de Saúl de Gusmão, pois escreve em 1942) também identificava, à semelhança de seus pares europeus e estadunidenses, a necessidade do Direito da Infância, de suas instituições de assistência e de correção na medida em que os compreendia como instrumentos de defesa da sociedade contra a chamada delinquência infantil.

Se a justificativa para a adoção da Justiça da Infância como mecanismo de transformação moral do indivíduo se fundamenta na prevenção da criminalidade, a possibilidade de tal mecanismo foi explicada pela possibilidade de moldar a criança. Por isso, Mello Mattos qualificava o Direito da Infância como “Pedagogia Correccional”. Ao citar as leis belga e francesa que instituíam os Tribunais de Menores, ele afirma que tanto essas leis quanto a brasileira qualificam como crime a infração punida com uma pena criminal. Porém, no caso de crianças, a pena é substituída por uma medida de guarda, vigilância, educação, preservação ou reforma, pois a criança ou o adolescente não praticam um delito, mas a sua infração é manifestação de “(...) um pendor a reformar, de uma fraqueza a reerguer, de uma

²⁹² *Ibid.*, p. 23.

²⁹³ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 16-17.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 17.

ignorância moral a esclarecer, de um caracter a reformar para o bem, a dirigir no caminho do dever.”²⁹⁶

A crítica à imposição de penas, especialmente, à pena de prisão também é recorrente entre os autores brasileiros. Em lugar dela, eles defendem as inovações trazidas pelo Direito da Infância, justamente por elas terem caráter pedagógico, capaz de transformar moralmente as crianças. Para Beatriz Sofia Mineiro, alcançou-se a conclusão de que as crianças devem ser postas do Código Penal, não devendo serem aplicadas a elas as sanções penais aplicáveis aos maiores, sendo oportuna a criação de um Direito

(...) no qual a educação, [*sic*] substituta a punição, que, em vez do regimen penitenciario, seja adoptado para ellas um regimen pedagogico e tutelar, o qual (...) lhes dê o que lhes falta, isto é, a educação moral, pois o de que ellas mais necessitam, é que se lhes forme o caracter por um systema de vigilancia, protecção e disciplina apropriados. As medidas a ellas applicadas têm por fim, em vez de castigal-as, reerguel-as e preserval-as; não punir, sim proteger.²⁹⁷

A crítica à prisão pode ser encontrada também em Evaristo de Moraes. Ao comentar a lei belga de 1912, instituidora dos Tribunais de Menores, ele explica que ela não autoriza a prisão preventiva de menores de 18 anos e cita Ferri (possivelmente, Enrico Ferri), ao afirmar que as prisões são Institutos Pasteur para a cultura do bacilo da criminalidade.²⁹⁸

Na medida em que a prisão é qualificada como prejudicial à transformação moral da criança delinquente e na medida em que se exige do Direito o desempenho dessa função de “Pedagogia Moral”, percebe-se e se defende a necessidade de esse novo Direito oferecer mecanismos para conhecer a criança, classificá-la em conformidade com os seus problemas e, de posse de tal conhecimento, o juiz poder aplicar a medida de proteção adequada, para corrigi-la e para colocá-la no caminho do bem.

Nos textos dos publicistas brasileiros, chama a atenção a recorrente referência à importância de saberes complementares para resolver questões jurídicas. Por exemplo, ao defender a possibilidade de o Estado restringir o acesso de crianças a cinemas, compatibilizando-a com o pátrio poder, Mello Mattos afirma que o “pensamento sociológico actual” encara o pátrio poder como delegação social, com o fim de amparar os interesses dos filhos, em vez de um benefício em favor do pai.²⁹⁹ Em seguida, o autor sustenta que a proibição ao comparecimento de menores a espetáculos impróprios não deriva de

²⁹⁶ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Uma conferencia inédita do dr. Mello Mattos: A protecção da infancia e adolescencia pelo Estado ..., cit., p. 93.

²⁹⁷ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 16-17.

²⁹⁸ MORAES, Evaristo. *Op. cit.*, p. 191.

²⁹⁹ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Em defesa do Codigo de Menores. cit., p. 146.

puritanismo, mas de uma indispensável aplicação de noções estabelecidas cientificamente pelo estudo da psicologia da criança e do adolescente.³⁰⁰

A relação desses novos saberes com a distribuição da Justiça é ressaltada por Beatriz Sofia Mineiro. Para ela, o papel do juiz de menores é muito mais difícil do que o dos juízes comuns. Para julgar um menor, são necessários conhecimentos jurídicos, psicológicos, psiquiátricos, sociológicos e pedagógicos, raramente encontrados em única pessoa. Segundo a autora, felizmente, a lei brasileira (o Código de Menores de 1927) instituiu um médico psiquiatra e um pedagogo.³⁰¹

No relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal, pertinente às atividades de 1942, o médico Gastão Cavalcanti de Albuquerque relata que foram elaborados inúmeros pareceres afetos a assunto médico nos processos do Juízo de Menores, “a maioria dos quais exigiu inspeções, exames e investigação ‘in loco’, isto é, em domicílios e serviços hospitalares.”³⁰²

Além dessa atividade, o médico menciona que, por ordem do Juiz de Menores Saúl de Gusmão, foram feitas inspeções médicas em todos os menores que dependiam de autorização especial do Juízo para poderem trabalhar em certos serviços e para participarem de espetáculos de diversões. Nessa situação, foram 207 inspeções médicas em 1942, pertinentes a trabalhos em feira livre, circos e teatros, *dancings* e cassinos, emissoras de rádio e outros trabalhos. Desses menores, dois não tinham condições de trabalhar porque necessitavam de intervenções cirúrgicas urgentes. Quinze deles precisavam de tratamento, razão pela qual foi aconselhada autorização provisória, por prazo determinado, findo o qual, teriam que voltar para inspeção médica. Três menores não tinham sido vacinados, a despeito de maiores de 14 anos.³⁰³

Para o médico, essas inspeções eram importantes para evitar que um menor transmitisse doença contagiosa a outra pessoa ou que o trabalho sobrecarregasse um organismo doentio e porque “(...) proporciona esta medida oportunidade permanente, benéfica e útil, de se poder transmitir, a todo momento, conselhos e noções de educação sanitária de tão grande necessidade em nosso meio.”³⁰⁴

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 147.

³⁰¹ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 376.

³⁰² ALBUQUERQUE, Gastão Cavalcanti de. Serviço Médico do Juízo de Menores: Relatório apresentado pelo Dr. Gastão Cavalcanti de Albuquerque, sobre o ano de 1942. In: GUSMÃO, Saúl de *et al.* **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 111.

³⁰³ *Ibid.*, p. 111-112.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 111.

A associação entre o Juízo de Menores e os saberes técnico-especializados, como é o caso da Medicina, produzia alguns resultados relevantes. Primeiro, essa associação permitia ao Juízo a classificação dos menores e de suas famílias. Segundo, a associação viabilizava o exercício de certo controle comportamental sobre as famílias por meio do aconselhamento, exemplificado pelo relatório do médico do Juízo.

Conforme descrição de Beatriz Sofia Mineiro, o exame por médico psiquiatra do menor apresentado a juízo era fundamental, pois grande parte deles sofre de anomalias da inteligência, da vontade e do senso moral. O exame evita submeter o menor carecedor de hospitalização, asilamento ou de tratamento curativo antes de ele receber o tratamento curativo ou correccional. Mais, a inspeção médica deve se estender ao exame dos antecedentes hereditários, investigar pais e parentes próximos, conhecer a vida pregressa, desde a gestação, se possível. Esses exames subsidiam o juiz para definir o destino do menor, o regime que a ele deve ser aplicado.³⁰⁵

Além do médico do Juízo, o Código de Menores de 1927 ainda previa, no seu artigo 152, a existência de comissários de vigilância, aos quais cabiam, entre outras funções, investigar os menores, seus pais, tutores ou encarregados da guarda do menor e vigiar os menores que lhes fossem indicados. Eles devem indagar sobre a vida, o caráter, tendências e hábitos do menor no lar, na escola e em seu trabalho. Eles devem obter informações importantes sobre sua família. Em suma, eles investigam o menor e a sua família, a fim de formar um diagnóstico.³⁰⁶

Tratava-se de pessoas de confiança do juiz e podiam ser voluntários, sem remuneração. Para Beatriz Sofia Mineiro, os comissários de vigilância desempenham funções de agentes de segurança e de comissários de polícia, atuando como conselheiros, guias, protetores dos menores, devendo serem dotados de alta moralidade, grande experiência, tato e habilidade pedagógica.³⁰⁷

Esses comissários, incumbidos das funções de investigação e de vigilância dos menores e de suas famílias, deviam agir como “pedagogos esclarecidos”, com conhecimento da alma infantil. Para auxiliá-los, deviam atuar delegados de assistência e, segundo Beatriz Sofia Mineiro, a iniciativa privada tinha importante atuação nessa atividade, pois os comissários voluntários deviam ser provenientes das “melhores classes sociais”.³⁰⁸

³⁰⁵ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 410.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 414.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 413.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 414.

Com a referência à iniciativa privada, percebe-se como o controle desempenhado pelos comissários voluntários é pautado pela desigualdade social, pois “as melhores classes sociais” são aquelas que podem trabalhar por “amor à causa e empregar o melhor “da sua filantropia”³⁰⁹. A partir dessas expressões, nota-se que Beatriz Sofia Mineiro descreve, à maneira dos modelos dos países centrais, uma Justiça da Infância pautada pelo olhar da elite intelectual, burocrática e econômica sobre as classes pobres.

As atividades desses órgãos auxiliares do Juízo de Menores viabilizam a produção de um conhecimento sobre os menores e suas famílias, resultando em inúmeras classificações de seus tipos. O Código de Menores, por exemplo, classificava os menores em vadio, mendigo e libertino³¹⁰. Evaristo de Moraes, outro exemplo, classifica os pais em negligentes, incapazes e indignos, valendo-se de Louis Albanel.³¹¹

É de notar que essas classificações correspondem a um olhar da elite burocrática e econômica sobre as famílias pobres. As carências materiais da pobreza são qualificadas como faltas morais ou defeitos que demandam a atividade corretiva do Juízo de Menores. Assim, Beatriz Sofia Mineiro cita entrevista concedida pelo juiz Mello Mattos ao jornal *Correio da Manhã* de 7 de abril de 1926, no qual ele observa que a mendicância é o maior fator de imoralidade e de predisposição para o crime. O juiz explica, ainda, que muitas famílias de mendigos deformam seus filhos para os explorar:

Se em uma dessas malfadadas famílias nasce uma creatura monstruosa, isso é para ella uma especie de sorte grande da loteria, a felicidade, a segurança da vida, a orgia perpetua; como, porém, não nascem seres disformes em numero sufficiente para satisfazer á procura delles, os malvados exploradores tratam de fabrica-los, e, do mesmo modo que se transformam os animaes e as plantas artificialmente, para melhora-los, assim tambem as familias de mendigos deformam seus filhos, para que reunam as condições precisas para commover os bons corações e ganhar a vida...³¹²

Percebe-se como o Juízo de Menores concebido no Brasil correspondia a um governo liberal da pobreza, pois, tal como os filantropos europeus e estadunidenses que o inspiraram, ele também funcionava como um meio de expor publicamente a pobreza, um instrumento de sua observação e um mecanismo de controle sobre ela, desempenhado por

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 414.

³¹⁰ Beatriz Sofia Mineiro explica tal classificação de forma exaustiva em seu livro. Cf. *Ibid.*, p. 43-50.

³¹¹ MORAES, Evaristo. *Op. cit.*, p. 33-40.

³¹² MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 46-47. Trata-se de entrevista concedida pelo Juiz Mello Mattos, mas, salvo a referência mencionada no corpo do texto, não há outros elementos para indicar a sua fonte original. Em sentido semelhante, afirmando que pais impelem seus filhos a mendigar, fenômeno observável no Rio de Janeiro e nos grandes centros da Europa, cf. MORAES, Evaristo. *Op. cit.*, p. 40.

meio de aconselhamento, com o objetivo de reverter a falta moral tida como cerne causal da pobreza.

Para uma nova Justiça, exige-se um novo Juiz. À semelhança dos seus pares europeus e estadunidenses, na linguagem salvacionista dos publicistas brasileiros, o Juiz de Menores, para além de processar e julgar fatos, protege, vigia, preserva, reforma e cura. O seu olhar não se volta ao fato. O seu olhar se volta ao pequeno indivíduo que se coloca à sua frente e sobre todos os interesses incidentes: cabe ao Juiz curar esse indivíduo, para proteger a sociedade e para defendê-lo de seus pais indignos. O Juiz de Menores é um Juiz paternal, piedoso e sereno. Nada de inércia, pois sua “missão” é escolher a medida mais apropriada para o caráter do menor e para o meio em que vive, é segui-lo até sua completa cura, moralizando, emendando e corrigindo.³¹³

Um juiz dotado de missão, esse é o Juiz de Menores. A ele cabe a cura moral das crianças. E, para curar, é preciso diagnosticar. Para além de classificar os menores, o Código de 1927 regulamentava as medidas de exame e diagnóstico necessárias para a cura. Nos arts. 158 a 160, do Código de Menores, regulamentava-se a necessidade de o Juiz de Menores, após ser comunicado da irregularidade da situação de algum menor, recolhê-lo em Abrigo, submetê-lo a exame médico e pedagógico e cabia ao Juiz iniciar o processo cabível.

O Juiz de Menores estava também autorizado a proceder administrativamente as investigações convenientes, ou seja, ele não estava limitado a adotar providências apenas quando alguém levasse notícias a ele, mas poderia dar início a investigações de ofício, isto é, sem provocação de terceiro.

Essa nova Justiça da Infância não almeja a imparcialidade. Ela é dotada de uma missão e realiza uma obra, “(...) ella é sobretudo protectora, tutelar, maternal.”³¹⁴ Por ser benfeitora, a ela não servem as normas processuais comuns, rígidas e inflexíveis.³¹⁵ A inflexibilidade procedimental é inimiga da cura moral. O Juiz de Menores deve ser dotado com a flexibilidade de medidas possíveis de serem adotadas para, em cada caso, escolher a mais apropriada. Por isso, tão logo é apresentado um menor, o Juiz providencia os exames médico e pedagógicos previstos nos arts. 158 a 160, do Código de Menores, “(...) para se obter o perfeito conhecimento do estado physico, psychico e moral do menor, os seus antecedentes pessoas e de familia.”³¹⁶

³¹³ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 377.

³¹⁴ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 417.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 417.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 417.

Esses exames deviam ser realizados no “Instituto Medico-Psychologo Infantil”, anexo ao Juízo de Menores do Distrito Federal. Beatriz Sofia Mineiro cita a justificativa para a emenda de criação desse Instituto, elaborada por Mello Mattos pelo médico psiquiatra do Juízo, Martim Francisco Bueno de Andrada Filho. Nela, são apresentados dois exemplos, “dos mais encontrados”, para balizar a necessidade da observação dos menores abrigados. O primeiro trata de um menor anormal de caráter e com estigmas de “syphilis hereditaria”. Para ele, o melhor resultado advém do tratamento mercurial. Outro menor, deficiente da inteligência e portador de sinais de “tuberculo so ganglionar”, será beneficiado com um regime higiênico, em vez de métodos pedagógicos.³¹⁷

Para alcançar esses diagnósticos, é preciso observar diariamente e repetidamente os menores. E apenas esse exame conduzirá a uma “classificação dos anormais e á segregação dos normais.” Os anormais podem ser perfectíveis (podem ser tratados ou é possível aproveitar certas aptidões suas) ou ineducáveis ou anormais de asilo (“sempre não-valores sociaes”, apesar dos esforços pedagógicos).³¹⁸ Classificação fundamental, pois o “Estado tem em mira, com a proteção que dispensa aos menores delinquentes e abandonados, não só evitar a delinquencia e a reincidencia no crime, como transformar esses menores em unidades sociaes uteis á collectividade.”³¹⁹

Assim como os modelos europeus e estadunidenses, a Justiça da Infância no Brasil se coloca como missão a transformação moral dos indivíduos. A criminalidade tem uma causa e ela corresponde à imoralidade em que vivem as famílias pobres. A Justiça da Infância desempenha o papel preventivo e, antecipadamente, identifica as imoralidades, diagnostica-as e as cura. Para tanto, um governo liberal da pobreza se estrutura em torno do Juízo de Menores com uma plataforma de observação e de exposição da pobreza, alicerçada em comissários, médicos, pedagogos, cuja tarefa é identificar o desvio, diagnosticá-lo e curá-lo. Os asilos e abrigos são os pontos de observação e de cura.

Além da observação e da exposição da pobreza, o Juízo de Menores, como gestor desse governo liberal da pobreza, imputa a pobreza e a criminalidade como faltas morais cuja cura perpassa o aconselhamento, tanto do médico, como do Juiz e seus comissários, sempre justificados por sua missão de amor e de serenidade, pois a Justiça da Infância é paternal, maternal.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 419.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 420.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 420.

Aos comissários e aos seus relatórios, cabe a tarefa de assinalamento e de identificação dos sinais de desvio. Aos médicos, pedagogos e aos comissários que fiscalizam as medidas aplicadas pelo Juízo, cabe aplicar a diluição da pena, ou seja, o aconselhamento e a fiscalização da adoção dos conselhos pelo menor e pela sua família, cujo objetivo é a reforma, a emenda moral. Uma Justiça que, deliberadamente desprovida de procedimento formal, é, por isso mesmo, dotada de flexibilidade temporal (em lugar da prisão com tempo determinado, a vigilância e a fiscalização podem sempre se fazer presentes pelos bons conselhos) e de flexibilidade espacial (em lugar da prisão, o conselho se dá no ambiente da residência familiar).

Como explica Mello Mattos, ao tratar das restrições de acesso de menores a casas de diversões, o Governo adotou, no Código de Menores, medidas de proteção e vigilância dos menores moralmente abandonados. Tais restrições se justificam porque o Juiz tem jurisdição sobre esses menores não apenas depois de decretada a suspensão ou perda do pátrio poder. O estado de abandono existe antes do reconhecimento por sentença judicial, que apenas o declara. Em razão desse estado de abandono preexistente, o Juiz de Menores deve intervir desde o momento em que conhece esse estado, como também deve atuar para impedir a sua ocorrência.³²⁰

É o interesse da criança em se ver protegida do abandono que pauta a flexibilidade temporal e espacial da diluição da pena, pois o interesse justifica a função preditiva e ativa da Justiça de Menores; uma Justiça que não espera ser provocada, podendo o Juiz atuar de ofício, valendo-se de seus comissários para identificar o desvio e o abandono, e que persiste na emenda moral enquanto ela se fizer necessária.

Como a Justiça, cuja finalidade, para o liberalismo político, seria retributiva, isto é, destinada a apurar, processar e punir, enfim, a julgar aquilo que ocorreu no passado, pode desempenhar uma tarefa preditiva? Apenas a partir do momento em que se altera gravemente a sua função. Como explica Beatriz Sofia Mineiro, mais uma vez à semelhança dos europeus e estadunidenses, a Justiça da Infância não visa a definir

(...) que punição merece um acto, um crime, mas que remedio material ou moral necessita o menor a ser entregue á justiça, a qual deve seguir nas suas melhoras, na persistencia ou aggravação de seu comprotamento, acompanhando-lhe a evolução moral, tomando com espirito de sequencia e segundo suas observações, as medidas impostas por essa evolução. Por isso, para bem poder desempenhar a sua tarefa, o juiz precisa de certa liberdade e presteza no andamento de suas investigações, facilidade de movimentos, e possibilidade de usar de justo arbitrio nas suas deliberações, ao que não se prestam as normas e formulas ordinarias.³²¹

³²⁰ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Em defesa do Codigo de Menores. cit., p. 151.

³²¹ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 417.

A Justiça da Infância tem uma função preditiva porque ela não julga fatos, mas julga pessoas. Ela não pergunta “O que foi feito?”, ela pergunta “Quem é?”. Ela é voltada para a transformação moral do indivíduo e, para essa tarefa, ela deve observar permanentemente seu modo de vida (médico, comissários, pedagogos se prestam a essa tarefa), impondo a ele as medidas adequadas à sua “evolução”. Evidente incidência do dispositivo do assinalamento (identificação e publicização dos desvios) e da diluição da pena (flexibilidade espacial e temporal da pena), que resulta na ambiguidade entre punição e proteção.

É indicativa desse desprezo pelo fato a crítica ao critério do discernimento para definir a imputabilidade penal dos adolescentes, presente no art. 66, do Código Penal francês de 1810.³²² De maneira assemelhada à crítica apresentada nos Congressos Internacionais do fim do século XIX e início do século XX, Evaristo de Moraes o reputa ultrapassado.

Para além de o Código francês não ter definido o que era discernimento, Evaristo de Moraes sustentava que a deliberação consciente pode ser falseada pelas condições de hereditariedade, fisiológica e psicológica, e da educação do menor. Quase todos os adolescentes possuem discernimento para identificar a ilegalidade de um ato, mas, como vivem “fóra da sociedade honesta”, são vítimas do abandono ou vivem em uma atmosfera viciada, sob o peso da hereditariedade patológica. Por isso, não possuem a capacidade moral para escolher entre o bem e o mal. Ao citar Ugo Conti, Evaristo de Moraes afirma que os adolescentes não são imputáveis, em virtude do *meio* em que vivem.³²³

Na medida em que a prática do crime pelos adolescentes não é determinada pela sua deliberação consciente, mas pela hereditariedade patológica, por sua educação e, enfim, pelo meio em que vivem, resulta inútil, para a finalidade de evitar a criminalidade, a Justiça julgar o fato praticado pelo adolescente e a ele imputar uma pena. A Justiça, para ser eficaz nesse objetivo, deve atuar preventivamente sobre aquelas causas da criminalidade e, assim, cabe a ela um verdadeiro tratamento penitenciário.

O desprezo pelo fato criminoso e a valoração do tratamento da pessoa, para evitar que ela pratique o crime ou para curá-la das causas da criminalidade, resultam na ambiguidade entre punição e proteção. Como sustenta Moraes, o Juiz de Menores deve ter a prerrogativa de escolher com liberdade ilimitada ou quase ilimitada, de acordo com o caso

³²² Se o Juiz considerasse que o adolescente de dezesseis anos houvesse agido com discernimento, ele o condenava e atenuava a sua penalidade. Se constatasse a ausência de discernimento na ação, ele o absolvía e aplicava medidas de correção e de educação. Cf. MORAES, Evaristo. *Op. cit.*, p. 114.

³²³ *Ibid.*, p. 116-117.

individual, a medida adequada, desde a internação em estabelecimento pedagógico de disciplina, a liberdade vigiada, a colocação do menor à disposição do governo, para a educação profissional até a maioridade civil, em estabelecimentos públicos ou privados, ou em casas de família fiscalizadas pelo Estado.³²⁴ Tais medidas são, nas palavras do autor, tratamentos, conotando sua função ambígua de punir e, simultaneamente, de curar, de proteger, no interesse do próprio adolescente.

Evaristo de Moraes é secundado por Beatriz Sofia Mineiro, pois, como registrado, também ela defende a amplitude e a flexibilidade a serem gozadas pelo Juiz de Menores para, em sua função protetora, tutelar e maternal, ministrar o tratamento moral do menor, acompanhando sua evolução.³²⁵ E Moraes registra que o Congresso Penitenciário de Washington de 1910, para o problema da delinquência precoce, aconselhou evitar a prisão de menores. Além disso, o Congresso recomendou a liberdade vigiada, a adoção de exames médico-psicológicos e a atribuição ao Juízo de Menores da prerrogativa de adotar medidas de proteção e de assistência juntamente com medidas de correção e de reeducação.³²⁶

O resultado concreto da concepção dessa Justiça de Menores pautada pela ambiguidade entre punição e proteção pode ser observado no relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal de 1942, pois nele se observa a percepção do caráter punitivo dessa medida e, simultaneamente, a sua aplicação para uma suposta proteção.

Quanto à percepção de seu caráter punitivo, ao tratar da internação de menores, o escrivão Manoel Tavares Cavalcante explica a sua necessidade e ressalta que ela implica limitação da liberdade, a partir do que se infere que ela era compreendida como uma medida punitiva, indesejável por aquele à qual era imposta:

Como se verifica, mais de metade dos processos registrados tiveram por escopo a internação de menores. É esta efetivamente função precípua e essencial do Juízo, a quem compete dar o destino conveniente aos menores desvalidos. Não pode ser coartada a ação do Juiz nesse assunto, porque a internação envolve um magno interesse social e questões jurídicas transcendentais, como a limitação da liberdade do internando e a restrição do direito dos responsáveis. Muitas vezes, o Juiz, apreciando a situação de menores sujeitos a pátrio poder, tutela ou curatela, vê-se na necessidade de restringir os poderes dos responsáveis ou mesmo destituí-los, o que acarreta a necessidade da internação.³²⁷

³²⁴ *Ibid.*, p. 106.

³²⁵ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 417.

³²⁶ MORAES, Evaristo de. *Op. cit.*, p. 108-109.

³²⁷ CAVALCANTE, Manoel Tavares. Relatório do Cartório do 1.º Ofício: Apresentado pelo Escrivão Dr. Manoel Tavares Cavalcante, sobre o ano de 1942. In: GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 95-96.

E, a despeito do reconhecimento de sua função punitiva, constata-se que essa medida de internação era também aplicada com finalidade protetiva, a menores que, a despeito de não serem qualificados como delinquentes, eram classificados como abandonados. Esse registro se encontra no relatório da Curador de Menores (Ministério Público) relativamente ao ano de 1942, no qual se observa que, naquele ano, foi internado um total de 221 menores delinquentes, e foram internados 889 menores abandonados.³²⁸

A discrepância correspondente ao maior número de menores abandonados internados (889) relativamente ao número de menores delinquentes (221) indica que a ambiguidade entre punição e proteção viabilizava um controle, desempenhado pelo Juízo de Menores, sobre indivíduos e suas famílias, independentemente de ele ter praticado ou de ter sido acusado da prática de qualquer conduta criminosa (por meio do assinalamento de desvios). A crítica de Evaristo de Moraes e de seus contemporâneos ao critério do discernimento e a defesa empregada por ele e por Beatriz Sofia Mineiro da flexibilidade de medidas passíveis de serem adotadas pelo Juízo de Menores (diluição da pena) respaldam essa indicação.

2.3 UMA CASA POBRE PARA CRIANÇAS POBRES

Se os dados sobre a internação constantes do relatório de 1942 são indicativos da ambiguidade entre punição e proteção que pauta a Justiça da Infância, a análise dos locais onde eram executadas essas medidas de internação sinaliza para a presença do paradoxo do governo liberal da pobreza também no Brasil. Isso porque se nota a ênfase concedida à iniciativa privada no desempenho da assistência social atrelada à Justiça da Infância, bem como se constata que tais estabelecimentos privados contribuía para tornar a Justiça da Infância um observatório da pobreza por meio do qual se imputava a pobreza e a carência como faltas morais dos pobres, cuja superação dependia dos aconselhamentos oferecidos pela filantropia (constituída pela elite econômica, intelectual e burocrática).

No relatório do Juízo de Menores de 1942, a seção de internações informa quantos menores foram desligados da internação naquele ano. Os desligamentos são informados por sexo (masculino ou feminino) e com a indicação do estabelecimento onde tinha ocorrido a

³²⁸ ANTUNES, Francisco Sá. Relatório da Curadoria de Menores: Apresentado ao Procurador Geral do Distrito Federal, dr. Romão Cortes de Lacerda, pelo Curador de Menores, interino, dr. Francisco Sá Antunes, sobre o ano de 1942. In: GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 69-84.

internação³²⁹. Com base nessa informação, constata-se, ao lado de estabelecimentos públicos como o Instituto Profissional Quinze de Novembro, Serviço de Assistência aos Menores³³⁰ e o Patronato Agrícola Arthur Bernardes³³¹, uma elevada quantidade de estabelecimentos privados.

Entre os estabelecimentos privados referidos no relatório, tem-se a Pequena Cruzada, com quatro meninas desligadas no ano de 1942. Atualmente, segundo sua página eletrônica, essa instituição atua como Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, isto é, destina-se ao acolhimento de crianças e adolescentes separados da família. Ainda, a página eletrônica informa que ela foi fundada por “senhoras da sociedade carioca” e começou como uma oficina de costura para a população carente, “Obra de Apostolado e Costura dos Pobres”. Em 1921, a “Obra” foi constituída como pessoa jurídica e a sua primeira presidente foi Laurita Pessoa, filha do Presidente Eptácio Pessoa.³³²

Em 1930, a Pequena Cruzada recebeu, como doação do Prefeito Dr. Prado Júnior, o imóvel onde se encontra a sede atual (não há informação se a doação foi de imóvel público ou privado). Após, a Pequena Cruzada se tornou abrigo para “meninas carentes”, acolhendo, anualmente, mais de 300 meninas e adolescentes. Por anos, a instituição contou com o apoio econômico dos Clubes Lions e Rotary. Atualmente, atende 340 de ambos os sexos, de 5 a 15 anos, “advindas de famílias em condições de precariedade de acesso aos direitos como educação, cultura e trabalho, residentes nas comunidades da Rocinha, Ladeira dos Tabajaras (...), dentre outras comunidades, em situação de vulnerabilidade social.”³³³

³²⁹ CERQUEIRA, Sylvio da Gama; DUTRA, Omar de Carvalho. Relatório da Secção de Internações: Apresentado pelos Escreventes Sylvio da Gma Cerqueira e Omar de Carvalho Dutra, sôbre o ano de 1942. *In*: GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 85-92.

³³⁰ Embora o Serviço de Assistência a Menores – S.A.M. e o Instituto Profissional Quinze de Novembro apareçam de forma individualizada no relatório, o Instituto, a partir de 1944 (após o relatório), era órgão executor do SAM, conforme previa o art. 2.º, II, do Regimento do S.A.M., aprovado pelo Decreto federal n.º 16.575, de 11 de setembro de 1944. (BRASIL. Decreto n.º 16.575, de 11 de setembro de 1944. Aprova o Regimento do Serviço de Assistência a Menores do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-16575-11-setembro-1944-327309-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 fev. 2019.)

³³¹ BRASIL. Decreto n.º 21.975, de 23 de outubro de 1946. Dá ao Patronato Agrícola de Assistência a Menores, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, a denominação de Escola Agrícola Artur Bernardes e aprova o regimento deste órgão. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-21975-23-outubro-1946-341523-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³³² A PEQUENA CRUZADA (Rio de Janeiro). **A Pequena Cruzada**. 2019. Disponível em: <<http://pequenacruzada.org.br/v2/a-instituicao/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³³³ *Ibid.* Acesso em: 20 fev. 2019.

Essas informações são relevantes para indicar como se organizou a rede filantrópica no entorno da Justiça da Infância brasileira no início do século XX, formando um governo liberal da pobreza nos moldes pensados e defendidos nos Congressos Internacionais e pela burocracia e intelectualidade dos países centrais.

A Pequena Cruzada foi formada pela elite econômica e burocrática do Rio de Janeiro do início do século XX (formado por um grupo de “senhoras da sociedade carioca”, cuja primeira presidente foi Laurita Pessoa e cujo apoio econômico era mantido em parte pelos clubes Lions e Rotary). Ainda, o relato mostra como a “obra” (mais uma vez, o salvacionismo cristão permeia o imaginário da Justiça da Infância) servia como observatório da pobreza, pois ela era dedicada a internar “meninas carentes”.

O uso da internação como mecanismo voltado quase exclusivamente a crianças pobres e o emprego do aconselhamento e da educação de novos hábitos como instrumento de transformação moral do indivíduo, com o objetivo de afastá-lo da pobreza, pode ainda ser observado na Justiça da Infância brasileira no início do século, com base em duas instituições voltadas à internação e referidas no relatório do Juízo de Menores de 1942.

A primeira dessas instituições trata-se, em verdade, de um grupo delas, os patronatos agrícolas. O relatório menciona diversos desses patronatos, informando o número de desligamentos de menores internados, tais como o Patronato Getúlio Vargas, o Patronato Agrícola Lindolfo Coimbra, o Patronato Agrícola Arthur Bernardes, o Patronato Agrícola Delfim Moreira, o Patronato Agrícola Campos Sales e o Patronato Agrícola Wenceslau Braz.

334

Os patronatos agrícolas foram regulamentados pelo Decreto n.º 13.706, de 25 de julho de 1919, que assim previa:

Art. 1º Os patronatos agrícolas instituídos por decreto n. 12.893, de 28 de fevereiro de 1918, são, exclusivamente, destinados às classes pobres, e visam a educação moral, cívica, física e profissional de menores desvalidos, e daqueles que, por insuficiência da capacidade de educação na família, forem postos, por quem de direito, à disposição do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio.

Art. 2º Os patronatos agrícolas constituem, em seu conjunto, um instituto de assistência, proteção e tutela moral dos menores compreendidos no art. 1º do presente regulamento, recorrendo para esse efeito ao trabalho agrícola, sem outro intuito que não o de utilizar sua ação educativa e regeneradora, com o fim de os dirigir e orientar, até incorporá-los no meio rural.³³⁵

³³⁴ CERQUEIRA, Sylvio da Gama; DUTRA, Omar de Carvalho. *Op. cit.*, p. 92.

³³⁵ BRASIL. Decreto nº 13.706, de 25 de julho de 1919. Dá nova organização aos patronatos agrícolas. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13706-25-julho-1919-521010-republicacao-95833-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

Novamente, a organização da “rede de proteção” vinculada ao Juízo de Menores se estruturava como um observatório da pobreza baseado no pressuposto de que a sua causa era a falta moral das famílias pobres. Assim, os patronatos agrícolas eram voltados apenas às “classes pobres” e tinham por objetivo explícito a sua educação moral, cívica, física e profissional.

Nessa tarefa de reforma moral, o caráter ambíguo entre proteção e punição da internação era explicitado nos arts. 40 e 41, do mencionado Decreto, que regulamentava os requisitos de admissão aos patronatos. Eles vedavam a admissão de “menores delinquentes” nos patronatos agrícolas e, entre os requisitos de ingresso, exigiam documento que atestasse a incapacidade moral dos pais para educar o menor ou documento comprobatório da restrição ou da destituição do pátrio poder.

Se a internação houvesse sido requisitada por autoridade judiciária ou policial, era necessário apresentar guia, com a idade presumida, ficha antrométrica, atestado de sanidade do menor, circunstância de seu abandono, indigência, incapacidade moral dos pais e, sempre que possível, a filiação e a declaração de ser, ou não, órfão (art. 44, , do Decreto n.º 13.706/1919).

O menor devia, no mínimo, permanecer doze meses internado, a contar da matrícula, e apenas poderia se retirar do patronato mediante decisão judicial ou em caso de os pais provarem ao diretor de serviço que detinham capacidade moral e recursos materiais precisos para prover a educação do menor (arts. 93 a 95, do Decreto n.º 13.706/1919).

Tanto os requisitos para ingresso do menor no patronato agrícola como os critérios para sua retirada indicam o funcionamento do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, envolto na Justiça da Infância. O menor delinquente não podia ingressar no patronato, do que se infere que a internação no patronato agrícola era percebida como medida de proteção, em vez de punição. Não é por outra razão que, para ingressar, havia a necessidade de prova de incapacidade moral dos pais ou da sua destituição do pátrio poder. Ora, se o objetivo era a reforma moral do indivíduo, o requisito de ingresso devia ser a prova de que ele estava em ambiente moralmente inadequado, razão por que a incapacidade moral dos pais devia ser provada. Essa comunicação entre Juízo de Menores e patronatos corresponde ao assinalamento do desvio.

A diluição da pena se revela no procedimento para retirar o menor da internação. Para obter a sua retirada, os pais deveriam ingressar com ação judicial e obter uma ordem judicial ou, em requerimento ao diretor de serviço, provar a sua capacidade moral e econômica de educar o menor. Certamente, na ação judicial para recuperar o menor, teriam

lugar as avaliações por comissários e médico do Juízo de Menores, como mostra o relatório de 1942 e os comentários de Beatriz Sofia Mineiro sobre o Código de Menores de 1927.

Mais do que isso, como seria feito o exame da capacidade moral dos pais pelo diretor do serviço? Trata-se de aspecto lacunar do Decreto e, por isso, de possibilidade de arbítrio. Assim, a família podia ser submetida a controles comportamentais pelo Estado caso pretendesse retirar seus filhos da internação. É justamente a flexibilidade desses controles (temporal, porque ilimitada no tempo, e espacial, porque pode ser realizada no âmbito da residência familiar, fiscalizada pelos comissários do Juízo ou outros agentes estatais) que caracteriza a diluição da pena.

Ainda, chamam a atenção os meios empregados para a reforma moral dos menores internados. Além do aprendizado do trabalho agrícola, o art. 17, do Decreto n.º 13.706/1919, estabelecia que o programa do ensino primário aos internos devia incluir "gymnastica sueca e jogos ao ar livre". Ao modo dos modelos europeus e estadunidense, a Justiça da Infância brasileira também creditava às atividades ao ar livre e à disciplina do trabalho a tarefa de regeneração moral dos indivíduos. Resquício romântico, saudosos da harmonia entre o camponês e a natureza? É possível, mas era também concepção segundo a qual a pobreza não era identificada como resultante de fatores econômicos, mas de uma conduta moral, passível de ser reformada por meio desses novos hábitos.

A associação entre o destino da Nação e as crianças está presente nos argumentos dos publicistas brasileiros e também é inferida a partir desse regulamento dos patronatos agrícolas.

Beatriz Sofia Mineiro, por exemplo, cita a mencionada justificativa de Mello Mattos e do médico do Juízo de Menores, Martim Francisco Bueno de Andrada Filho, para a criação do "Instituto Medico-Psychologo Infantil", anexo ao Juízo. Nela, a defesa do exame médico, físico e mental dos menores abandonados é baseada na necessidade de o Estado identificar e corrigir anomalias dos menores que estão sob sua responsabilidade. Além disso, essa defesa sustenta a utilidade de classificar as anomalias para separação dos normais dos anormais nas instituições de ensino, a fim de "transformar os menores em unidades sociais úteis à colectividade."³³⁶ Ao se classificar os menores, é possível educá-los para a profissão condizente com a sua condição. Através dessa prática de classificação dos menores, os

³³⁶ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 420.

Estados Unidos apresentam “o formidável exército de mais de um milhão e meio de soldados, perfeitamente habéis em suas respectivas atribuições.”³³⁷

Essa classificação servia para formar para o trabalho útil à sociedade e para constituir exército de soldados eficientes em suas funções; futuro da pátria e futuro das crianças associam-se. O art. 3.º, Decreto n.º 13.706/1919, também veiculava essa expectativa ao determinar que os patronatos agrícolas ficavam a cargo da “Directoria do Serviço de Povoamento, que os superintenderá”. No art. 42, do Decreto, previa-se que metade dos alunos do patronato deviam ser procedentes do Estado onde estivesse localizado o estabelecimento e, no art. 45, era determinado que, se o menor não pudesse partir para o destino a ele indicado e não tivesse meios de se manter até a partida, ele seria recolhido em estabelecimento indicado pelo diretor do Serviço de Povoamento.

A colocação dos patronatos agrícolas estatais sob a Diretoria do Serviço de Povoamento indica essa compreensão da criança como recurso à disponibilidade da pátria, futuro trabalhador cuja força de trabalho deverá ser empregada nas regiões onde a Nação precisará. A imagem da criança cujo ser em desenvolvimento pode ser moldado não apenas justifica teoricamente a ambiguidade entre punição e proteção da Justiça da Infância, mas justifica politicamente o emprego da criança como recurso humano, como meio de produção e de desenvolvimento econômico.

A análise dos locais onde ocorriam as internações, baseada no relatório do Juízo de Menores de 1942, permite compreender e demonstrar a dinâmica que envolve o Juízo de Menores e a rede de proteção de seu entorno, resultante nas soluções moralizadoras para os menores abandonados e delinquentes, como a vigilância, as atividades ao ar livre e o elogio da disciplina militar. O foco desse dispositivo de assinalamento e diluição da pena eram as famílias pobres. A delimitação da classe social visada é explicitada pelo Decreto referente aos patronatos agrícolas e também no foco da Pequena Cruzada. Outro exemplo indicativo dessa delimitação pode ser encontrado em outra instituição privada destinada às internações e referida no relatório de 1942, o Orfanato São José.

O título da notícia do jornal “Correio da Manhã”, de 12 de julho de 1941, “Amparando a Infância desvalida: Como vivem no Orfanato São José, entre jogos ao ar livre e aprendizagem de atividades domésticas, as trezentas meninas pobres que ali se acham recolhidas”, antecipa os temas caros à Justiça da Infância: a pobreza identificada como falta moral, que pode ser emendada por meio do aprendizado de novos hábitos, especialmente

³³⁷ *Ibid.*, p. 421.

pelos esportes ao ar livre e pelo aprendizado de profissões condizentes com a condição social das crianças pobres. O foco sobre a pobreza é assim descrito na reportagem:

Atendendo a amavel convite, fomos dos que compareceram á inauguração das novas instalações do Orfanato São José, em Jacarápaguá, onde a solicitude e a bondade das irmãs servas de Maria, mantem, sob sua guarda, uma pequena multidão de meninas pobres. O material humano para ali drenado é o mais precario possivel. Por isso mesmo, na obra tutelar de assistencia que o orfanato realiza, está incluída, além da educação primaria e domestica, a redenção fisica das crianças pela terapeutica, pela higiene, pela mioterapia, pela alimentação, pelos esportes. Porque, como observa madre Agostinha, diretora do asilo, não basta educar a criança que ali vai ter! É indispensavel alimenta-la, sanea-la, expurgar seu organismo dos toxicos e parasitas, modificar suas taras atavicas, purificar seu [sic] sanea-la expurgar seu organismo paramorfias, as atrofiar toraxicas, as ptoses abdominais, as deformações da coluna vertebral, curar as lesões tão frequentes nos olhos e nos ouvidos, restaurar os dentes, induzi-la ao asseio corporal.³³⁸

A pobreza é um defeito moral que se entranha nos corpos, produzindo taras e deformações. A “obra tutelar” produz a redenção física e moral das crianças por meio da educação para o trabalho (no caso, o doméstico), pela higiene e pelos esportes. A exemplo dos ideais da filantropia europeia, o trabalho, a disciplina e as atividades ao ar livre são os instrumentos para combater a pobreza, em lugar de intervenções sobre as relações econômicas.

Como diz Madre Agostinha, o Orfanato é "uma casa pobre para crianças pobres."³³⁹, cujo objetivo é oferecer uma educação doméstica perfeita, fazendo das meninas

(...) exímias arrumadeiras, cosinheiras, floristas, costureiras, bordadeiras, segundo as tendencias de cada uma. (...) Para isso, temos o cuidado de manter as nossas internandas em ambiente de perfeita familia, dando-lhes, a par da educação doméstica, a formação moral que carecem, em base religiosa. Professora e catequista, a irmã, no Orfanato São José, acompanha as crianças em todas as atividades diárias. Como o tempo assim absorvido, não lhes sobra oportunidade para pensar em outra coisa que não aquelas em que queremos que elas pensem.³⁴⁰

O orfanato era mantido pela Congregação das Servas de Maria do Brasil e, exemplo da relação entre Juízo de Menores e filantropia privada que torna a Justiça da Infância um observatório da pobreza, as crianças ali eram recolhidas em virtude de contrato mantido com

³³⁸ AMPARANDO a infancia desvalida: Como vivem no Orfanato São José, entre jogos ao ar livre e aprendizagem de atividades domésticas, as trezentas meninas pobres que ali se acham recolhidas. Como vivem no Orfanato São José, entre jogos ao ar livre e aprendizagem de atividades domésticas, as trezentas meninas pobres que ali se acham recolhidas. **Correio da Manhã**. Rio de Janeiro, p. 3-3. 12 jul. 1941. Disponível em: <http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=089842_05&pagfis=7557>. Acesso em: 21 fev. 2019.

³³⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 3.

o Juízo de Menores do Distrito Federal.³⁴¹ Trata-se de mais um exemplo de relação entre a Justiça da Infância e a filantropia cristã, qualificando a ação estatal como subsidiária à filantropia privada e, simultaneamente, como a sua mantenedora. Tem-se com esse outro exemplo o paradoxo do governo liberal da pobreza: o Estado se abstém de intervir sobre as relações econômicas, mas subsidia economicamente os patronatos privados e a filantropia privada, sob os fundamentos de que eles são mais eficientes na atividade assistencial e de que eles não intervêm sobre a atividade dos indivíduos, exceto com bons conselhos.

Em contrapartida, esse paradoxo aciona os mecanismos do assinalamento e da diluição da pena que, de um lado, expõem publicamente a pobreza e, de outro, culpabilizam os pobres por seu estado de carência, com os desdobramentos explicitados na reportagem sobre o Orfanato São José: o Estado, por meio do Juízo de Menores, subsidia o proselitismo religioso³⁴² e viabiliza ao Orfanato, à filantropia privada, o controle comportamental sobre as famílias pobres, ensinando hábitos considerados morais, assim como qual é o seu lugar no mundo (elas podem ser apenas exímias arrumadeiras, cozinheiras, floristas, costureiras ou bordadeiras).

Embora ausente a defesa intransigente de que o Estado deva se abster de intervir no âmbito da infância e das famílias, percebe-se nos publicistas brasileiros um clamor recorrente pela iniciativa privada e pela necessidade de o Estado subsidiá-la. Assim, o paradoxo à brasileira é destituído de estrita fidelidade à orientação liberal, pois se defende tanto a intervenção estatal direta sobre as famílias como a indireta, via subsídios públicos a entidades privadas.

³⁴¹ Conforme a reportagem: "Há vinte anos que elas [irmãs Servas de Maria, a benemerita Congregação das Irmãs educadoras], sem outra ajuda que o amparo de pessoas caridosas, vinham mantendo o Orfanato em que se abrigavam quasi duas centenas de meninas desvalidas. Ha pouco tempo, e no sentido de colaborar com essa grande obra de assistencia social, o dr. Saul de Gusmão, juiz de Menores, fez recolher ao orfanato cerca de cento e cinquenta menores, todas orfãs ou filhas de pais pobres a que faltavam recursos já não dizemos para educá-las mas, até, para mantê-las. Daí o haver contratado com as benemeritas irmãs daquela congregação, o recolhimento, ao orfanato, de um certo número de crianças, ao todo cento e cinquenta, cuja manutenção seria custeada pelo Juízo de Menores." (*Ibid.*, p. 3)

³⁴² No relatório do Juízo de Menores de 1942 tem-se outro exemplo da relação entre o Juízo de Menores e a filantropia cristã, ao referir o Orfanato Santa Rita de Cassia como uma das instituições de internação. Na sua página eletrônica, o Orfanato Santa Rita de Cássia informa que acolhe crianças e adolescentes desde 1932 e que é administrado pelas Irmãs Franciscanas de Nossa Senhora do Bom Conselho, tendo como Diretora executiva a Irmã Maria da Conceição de Lima e sede no Rio de Janeiro-RJ. Quanto ao relatório, cf. CERQUEIRA, Sylvio da Gama; DUTRA, Omar de Carvalho. *Op. cit.*, p. 91. A página eletrônica do Orfanato Santa Rita de Cássia: ORFANATO SANTA RITA DE CÁSSIA (Rio de Janeiro). Associação Brasileira de Educação e Cultura. **Orfanato Santa Rita de Cássia**. 2019. Disponível em: <<https://www.orfanatosantaritadecassia.com.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

Evaristo de Moraes menciona que, no “IV Congresso Científico Pan-Americano”, ocorrido em Santiago do Chile em 1909, foram votadas conclusões, a partir da leitura de “memória” de Cândido Motta sobre “menores delinquentes e seu tratamento no Estado de S. Paulo”.

Entre elas, considerou-se legítima e necessária a intervenção direta do Estado na obra de preservação e reforma da infância moralmente abandonada e criminosa. Contudo, julgou-se que essa intervenção não deve ser exclusiva. Ao contrário, cabe ao Estado animar “com subvenções razoáveis, os particulares e associações, que se propuzerem os mesmos fins, guardadas todas as cautelas para que os estabelecimentos (...) não degenerem em instrumentos de méra exploração dos serviços dos menores.”³⁴³

No entanto, ao tratar dos patronatos de egressos, Evaristo de Moraes sustenta uma maior participação da iniciativa privada. Para ele, a reeducação do menor delinquente na Escola de Reforma será inutilizada se ele não encontrar amparo quando obtiver a vida livre. Por isso, os patronatos de egressos são essenciais e, para sua tarefa ser bem executada, ela não deve ser desempenhada pela iniciativa pública.

Em quase todos os assuntos relacionados à assistência, à educação e ao trabalho, a ação privada, sob fiscalização estatal, é a mais produtiva, pois o patronato é obra de dedicação e de compaixão. Um corpo administrativo estatal é incapaz de imprimir a vivacidade que a obra exige e que a espontaneidade privada é apta a desempenhar. A intervenção estatal deve se limitar à constante vigilância sobre a iniciativa privada (para evitar exploradores de menores sob o falso manto de protetores) e a subvenções razoáveis, a fim de animar os particulares.³⁴⁴

Mello Mattos, no prefácio da obra de Beatriz Sofia Mineiro, sustenta que a assistência social se originou da caridade privada, cujos recursos eram provenientes de liberalidades dos particulares. Entendia-se que o Estado não tinha obrigação de assistir os pobres e doentes. Porém, atualmente (o livro prefaciado é de 1929), nos países cultos, reconhece-se o poder geral do Estado em assistir os doentes e necessitados, conforme organização administrativa prevista em lei. A *assistência pública* se diferencia, então, da *beneficência privada*. Porém, cabe ao Estado “fundar e manter os institutos mais urgentes e

³⁴³ MORAES, Evaristo, *Op. cit.*, p. 107.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 160-161.

tipicos, deixando o socorro do maior numero de necessitados á iniciativa privada individual ou coletiva, auxiliando, todavia os esforços desta.”³⁴⁵

No mesmo livro, na reprodução de entrevista de Mello Mattos ao jornal “Correio da Manhã” de 7 de abril de 1926, o juiz relata a dificuldade em encontrar espaço para internar menores mendicantes. Para solucioná-la, Mello Mattos pretende fundar um asilo destinado apenas a crianças mendigas, recorrendo à iniciativa particular, “porque o Governo não pôde mais augmentar suas despesas com esse ramo de serviço publico.”³⁴⁶

A autora relata que, poucos meses após, a Associação Tutelar de Menores doou um automóvel fechado para transportar os menores mendigos, “sem escandalo, pondo-os a coberto da curiosidade publica;” e, com recursos públicos e particulares, conseguiu fundar o asilo, nominado Recolhimento Infantil Arthur Bernardes, fundado em 30 de outubro de 1926.³⁴⁷

Ainda, a mesma autora, como já mencionado, defende que os comissários do Juízo de Menores podem ser oriundos da iniciativa privada voluntária, pois, assim, pode-se obtê-los das melhores classes sociais.³⁴⁸

A despeito de os publicistas brasileiros não aderirem com rigor à orientação liberal, notam-se, nesses trechos, elementos do paradoxo do governo liberal da pobreza, característico da Justiça da Infância, pois, ao mesmo tempo em que se defende a intervenção estatal sobre as famílias, argumenta-se que o melhor caminho para essa intervenção é via subsídios públicos e fiscalização sobre sua aplicação, pois a iniciativa privada seria dotada de maior organicidade, de maior espontaneidade para tratar da infância pobre. O paradoxo está nessa indefinição do papel do Estado, ao qual se reclama a intervenção (via recursos) e, simultaneamente, a ausência (pois a definição de como deverá ser feita a assistência, a definição política, deve caber à iniciativa privada, pois ela seria espontânea e voluntária).

Uma vez demonstradas as semelhanças entre os discursos do início do século XX dos filantropos dos países centrais e os discursos dos publicistas brasileiros no mesmo período, viabiliza-se avançar sobre a elaboração da Doutrina da Proteção Integral e da projeção anacrônica por ela denominada Doutrina da Situação Irregular. Ao se perceber que as duas “Doutrinas” repousam sobre a mesma camada arqueológica desses discursos do início do século XX, compreende-se que a Doutrina da Proteção Integral projeta sobre a Doutrina da

³⁴⁵ MELLO MATTOS, José Candido Albuquerque. Prefácio. In: MINEIRO, Beatriz Sofia. Código dos Menores dos Estados Unidos do Brasil commentado por Beatriz Sofia Mineiro. cit., p. III.

³⁴⁶ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 49.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 49.

³⁴⁸ MINEIRO, Beatriz Sofia. *Op. cit.*, p. 414.

Situação Irregular o seu caráter vigilante e controlador sobre as famílias pobres, denotando o caráter anacrônico da projeção.

CAPÍTULO III – OUTROS SOLOS, MESMOS CORPOS

1 O INTERESSE DA CRIANÇA EM DISPUTA

A partir da segunda metade do século XX, ocorre uma alteração no Direito da Infância correspondente à qualificação da criança e do adolescente como sujeito de direito e como pessoa. No plano internacional, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e, fundamentalmente, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 consagram a regulação pela qual a criança e o adolescente são pessoas, isto é, seres dotados de responsabilidade moral para tomarem decisões por si.

No Brasil, a mudança de rumo iniciada com a Declaração de 1959 tem expressão ambígua e conservadora no segundo Código de Menores de 1979, que alinha os parâmetros internacionais ao projeto autoritário da ditadura civil-militar de 1964.

Apesar disso, em consonância com a concepção moderna de criança como ser distinto do adulto, aqueles corpos normativos internacionais qualificam a criança e o adolescente como pessoa em desenvolvimento, isto é, um ser dotado de responsabilidade moral, mas que, para tomada de certas decisões, depende do apoio de adultos.

Para orientar e balizar o apoio do adulto, a Declaração e a Convenção preveem a necessidade de o adulto ser orientado pelo princípio do melhor interesse da criança. Assim, esse “novo” Direito da Infância assenta-se sobre o complexo equilíbrio entre os princípios da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança.

No Brasil, esse equilíbrio principiológico é recepcionado pela Constituição da República de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n.º 8.069/1990). Parte relevante da bibliografia especializada saúda esse novo Direito da Infância, representado sobretudo pela Convenção de 1989, pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto de 1990, como uma ruptura emancipatória do Direito da Infância elaborado no fim do século XIX e no início do século XX, caracterizado pela discriminação voltada ao controle social dos pobres.

No entanto, se, no plano abstrato do Direito, o equilíbrio principiológico entre os princípios da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança aponta para essa emancipação, no plano da aplicação do Direito existem sinais suficientes para sustentar a hipótese de que o subsolo do século XIX emerge para reafirmar o Direito da Infância como instrumento de controle social, um Direito de Família paralelo, focado sobre as famílias pobres.

1.1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA

O termo transnacionalização do direito da infância remete à ideia de que, no fim do século XIX e no início do século XX, há a formação de um direito positivo destinado a regulamentar as questões afetas à infância apenas no âmbito interno dos Estados. Tanto na América quanto na Europa, nota-se esse movimento de elaboração do direito positivo da infância, mas, nesse período, não se pode sustentar a existência de um direito internacional e padronizado relativamente à infância.³⁴⁹

Como exemplo, a França, em 1841, proíbe o trabalho de crianças com idade inferior a oito anos nas manufaturas. Em 1874, é proibido o trabalho de crianças com menos de doze anos e, em 1892, é reduzida a jornada de trabalho para doze horas. Em 1889, tem-se a lei relativa à perda do pátrio poder (*déchéance de la puissance paternelle*) e, em 1898, a lei pertinente aos maus-tratos contra crianças.³⁵⁰

Ainda, os Estados Unidos, em 1899, instituem a *Juvenile Court* de Chicago, que servirá de modelo para outros estados dessa federação e para outros países.³⁵¹ A França, por exemplo, institui o seu tribunal para crianças em 1912, assim como a Bélgica.³⁵² Inglaterra, Canadá e Hungria instituem-no nos anos de 1907 e 1908, enquanto a Alemanha, na Colônia, institui o seu em 1907.³⁵³ No Brasil, envolvido nesse movimento, a tentativa de instaurar esse modelo ocorre com o Código de Menores de 1927, embora o Juízo de Menores date de 1923.

A internacionalização do direito da infância ou, em outras palavras, a tentativa de se formar um corpo de direito positivo internacional, padronizado para todos os Estados e

³⁴⁹ GUILLEMOT-TREFFAINGUY, Vanessa. De la transnationalisation des droits des enfants à l'internationalisation du droit de l'enfant (1924-1959). In: DENÉCHÈRE, Yves; NIGET, David (Direction). **Droits des enfants au XXe siècle**. Pour une histoire transnationale. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2015. p. 146.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 146.

³⁵¹ NIGET, David. Entre protection et droits. La rôle de l'Association des juges pour enfants dans l'internationalisation des modèles de justice des mineurs (1920-1960). In: DENÉCHÈRE, Yves; NIGET, David (Direction). **Droits des enfants au XXe siècle**. Pour une histoire transnationale. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2015. p. 55. Ainda, segundo esse autor, há uma tentativa comum de reforma dos tribunais para crianças, com convergências legislativas reais, citando, como exemplo, as leis de 1908 do Reino Unido e do Canadá e as leis de 1912, da França e da Bélgica. Cf. *Ibid.*, p. 55-56. Dupont-Bouchat menciona que existe uma direção comum na instalação de tribunais para crianças que é manifestada no Congresso Penitenciário Internacional de Washington, realizado em 1910. Cf. DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). *Op. cit.*, p. 409-410.

³⁵² DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie. *Op. cit.*, p. 46-47.

³⁵³ DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie et al (Org.). *Op. cit.*, p. 409-410.

voltado ao tema da infância³⁵⁴, é motivada por iniciativa privada da organização britânica *Save the Children Union*, criada em 1920 pela professora inglesa Eglantyne Jebb, com a assistência do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.³⁵⁵

De acordo com Van Bueren, Eglantyne Jebb acreditava que todas as guerras são travadas contra as crianças e, por isso, a *Save the Children Union* foi pensada para amparar crianças afetadas pela guerra.

Eglantyne Jebb pretendia atribuir *status* internacional ao trabalho da *Save the Children* e passou a promover o conceito da Declaração dos Direitos da Criança. Após ter se aproximado da Liga das Nações e, segundo o relato pitoresco de Van Bueren, tão aproximado à mítica mosaica, em um domingo ensolarado do verão de 1922, Eglantyne subiu ao cume do Monte Salève e, vislumbrando Genebra e seu lago, no silêncio, ela escreveu a base da Declaração de Genebra.³⁵⁶

O texto dessa declaração foi adotado pelo fundo britânico da *Save the Children* e,

³⁵⁴ Neste item, serão abordadas a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, pois o percurso desses três diplomas demonstra como se forjou, em âmbito universal, o direito internacional dos direitos humanos voltado à infância. Como explica Van Bueren, o direito internacional da infância ainda é composto pelo direito humanitário, pertinente a conflitos armados (VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. XIX.). O direito internacional dos direitos humanos voltado à infância abrange outros diplomas, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966. A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 é complementada por três protocolos adicionais: o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados (em vigor desde 12 de fevereiro de 2002 e, no Brasil, aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n.º 230, de 29 de maio de 2003, e promulgado pelo Decreto n.º 5.006, de 8 de março de 2004, da Presidência da República); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (em vigor desde 18 de janeiro de 2002 e, no Brasil, aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n.º 230, de 29 de maio de 2003, e promulgado pelo Decreto n.º 5.007, de 8 de março de 2004, da Presidência da República) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao procedimento de comunicações (em vigor desde 14 de abril de 2014, mas não foi ratificado pelo Brasil). Esse protocolo disciplina as comunicações ao Comitê para os Direitos da Criança por indivíduos ou por grupos de indivíduos acerca de violações à Convenção e aos seus dois Protocolos Facultativos anteriores. Cf. UNITED NATIONS (Comp.). **United Nations Treaty Collection: Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General**. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en>. Acesso em: 26 fev. 2019. Além desses diplomas universais, existe, a título de proteção regional dos direitos da criança, a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, que entrou em vigor em 29 de novembro de 1999. Cf. AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS (Comp.). **African Charter on the Rights and Welfare of the Child**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/child/>>. Acesso em: 26 fev. 2019. Van Bueren considera a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, como tratados regionais protetivos de direitos das crianças, embora eles não versem apenas sobre direitos das crianças. Cf. VAN BUEREN, *Op. cit.*, p. 22-25.

³⁵⁵ *Ibid.*, p.8. Antes dessa tentativa de um direito internacional da criança, a Conferência Internacional do Trabalho de 1919 aprova a Convenção que adotou a idade mínima para o trabalho e, em 1921, aprova a Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças. Cf. DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional**. v.1 – A família no direito internacional privado. t. 2 – A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

³⁵⁶ *Ibid.*, p.8.

após, foi submetido pela *Save The Children International Union* à Liga das Nações para servir de desenho para a Declaração dos Direitos da Criança.³⁵⁷

Outra organização não governamental, o *International Council of Women*, também desenvolveu a ideia de criar uma carta de direitos para a criança, e o Chile, na quinta Assembleia da Liga das Nações, recomendou a adoção da Declaração dos Direitos da Criança, a chamada Declaração de Genebra. A Liga das Nações estabeleceu um Comitê para a Proteção da Infância e Eglantye foi apontada para um dos dois cargos de assessor do Comitê, tendo ela falecido em 17/12/1928.³⁵⁸

A Declaração de Genebra de 1924, aprovada por unanimidade na quinta Assembleia da Liga das Nações, tem a seguinte redação:

Pela presente Declaração dos Direitos da Criança, comumente conhecida como a Declaração de Genebra, homens e mulheres de todas as nações, reconhecendo que a Humanidade deve à criança o melhor que tem a dar, declara e aceita (*sic*) como sua obrigação que, acima e além de quaisquer considerações de raça, nacionalidade (*sic*) ou crença: I. A criança deve receber os meios necessários para seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual; II. A criança que estiver com fome deve ser alimentada; a criança que estiver doente precisa ser ajudada³⁵⁹; a criança atrasada precisa ser ajudada; a criança delinqüente (*sic*) precisa ser recuperada; o órfão e o abandonado precisam ser protegidos e socorridos; III. A criança deverá ser a primeira a receber socorro em tempos de dificuldades; IV. A criança precisa ter possibilidade de ganhar seu sustento e deve ser protegida de toda forma de exploração; V. A criança deverá ser educada com a consciência de que seus talentos devem ser dedicados ao serviço de seus semelhantes.³⁶⁰

A característica mais destacada da Declaração é o fato de ela não prever direitos titularizados pelas crianças, pois, em lugar dos direitos, a Declaração estabelece deveres que os homens e as mulheres devem observar em favor das crianças. Em virtude da ausência de previsão de direitos das crianças, costuma-se afirmar que a Declaração de Genebra trata as crianças como objeto de proteção e deixa de concebê-las como sujeitos de direito.³⁶¹

Van Bueren sustenta a importância da Declaração de Genebra em três pontos. Primeiro, porque a Declaração estabeleceu as fundações para o futuro campo dos direitos da

³⁵⁷ *Ibid.*, p.8.

³⁵⁸ *Ibid.*, p.8-9.

³⁵⁹ Na versão inglesa da declaração apresentada por Van Bueren, há a seguinte redação: “.. the child that is sick must be nursed;”. A tradução livre seria “a criança que está doente precisa ser cuidada.” Cf. VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 7.

³⁶⁰ DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 82. Justifica-se a reprodução do texto da Declaração para que ela possa ser melhor analisada, pois o texto dela é de difícil acesso. Em inglês, o texto da declaração pode ser encontrado em VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 7.

³⁶¹ Cf. DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 83; VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 7; RENAUT, Alain. **A libertação das crianças: contribuição filosófica para uma histórica infância**. Lisboa: Instituto Piaget, ? p. 287-288; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais (tentativa de sistematização)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.103-104.

criança. Segundo, porque a Declaração de Genebra precede em vinte e quatro anos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, por isso, a Declaração dos Direitos da Criança é inovadora no âmbito do direito internacional dos direitos humanos (apesar de, antes, haver normas de proteção do trabalho infantil, como mencionado em nota de rodapé acima). Terceiro, porque a Declaração comprova o equívoco histórico da divisão entre direitos de primeira e de segunda geração ao ter previstos deveres equivalentes a direitos civis e políticos, bem como deveres equivalentes a direitos sociais e econômicos.³⁶²

Ainda, é notável observar que a Declaração prescreve deveres aos homens e às mulheres, presumivelmente adultos, mas não impõe deveres aos Estados³⁶³. Essa circunstância permite afirmar que a Declaração de Genebra reflete a concepção liberal de Estado, pela qual não cumpre a este prover o bem-estar da população, devendo se abster de qualquer intervenção direta sobre a produção e a distribuição da riqueza.

No campo da Justiça da Infância, envolvendo os aspectos de proteção de crianças negligenciadas e os aspectos de prevenção da delinquência, essa concepção liberal de Estado se manifestou pelo uso prioritário da filantropia, característico do governo liberal da pobreza.

Em 1934, a Liga das Nações reitera a necessidade de os Estados internalizarem o teor dessa Declaração.³⁶⁴ A França, embora fosse uma promotora da causa da infância, julgava inoportuna a assinatura do seu texto. Como explica Guillemot-Treffainguy, destacando outra consequência do liberalismo do início do século XX, no mundo colonial marcado pelo imperialismo europeu, a incorporação ao direito interno dos princípios da declaração implicaria a indesejada extensão deles em favor das crianças das colônias, razão da recusa francesa.³⁶⁵

Em 1946, no âmbito da Comissão Temporária do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, iniciam-se as discussões para atualizar a Declaração de 1924³⁶⁶ e, em 20 de novembro de 1959, a Declaração dos Direitos da Criança foi aprovada em Assembleia Geral, sem abstenções. Ainda, foi aprovada por unanimidade uma resolução paralela, proposta pelo Afeganistão, a fim de que os Estados incorporassem esses direitos, lutassem por sua

³⁶² VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 8.

³⁶³ *Ibid.*, p. 7.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 9.

³⁶⁵ GUILLEMOT-TREFFAINGUY, Vanessa. *Op. cit.*, p. 146.

³⁶⁶ VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 9. Segundo a mesma autora, antes, em 1943, a Conferência Inter-Aliada para a Parceria Educacional, representando 19 Estados, adotou a *Children's Charter for the Post-War World*. Essa Carta incorporava proibições de discriminação que não estavam contidas na Declaração de 1924, pois esta limitava a proibição de discriminação à raça, à nacionalidade e ao credo. A partir da Carta de 1943, foram proibidas também as discriminações baseadas no sexo e na posição social. No mesmo ano, no Congresso Panamericano da Criança, foi adotada a "Declaração de Oportunidade para Crianças". Cf. *Ibid.*, p.9.

implementação e dessem ampla divulgação à Declaração.³⁶⁷

A Declaração de 1959 é composta de um preâmbulo e de dez princípios.³⁶⁸ O preâmbulo da declaração recupera o mandamento de que a humanidade deve o seu melhor às crianças, mas apela para que os pais, os homens e as mulheres, bem como os Estados implementem progressivamente os direitos nela previstos mediante a adoção de medidas legislativas ou de outra natureza. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 inova em relação à Declaração de 1924 ao estabelecer como dever estatal a promoção dos direitos e do bem-estar da criança.

Não obstante, a Declaração reserva espaço especial para as organizações voluntárias (não governamentais) ao apelar a tais organizações interessadas no bem-estar das crianças, a fim de que se empenhem na implementação dos direitos proclamados na Declaração. Segundo Van Bueren, tal apelo tem esteio na especialização e na capacidade de pressionar os governos, detidas pelas organizações não governamentais.³⁶⁹ Sob outra perspectiva de análise, todavia, pode-se afirmar que o apelo à iniciativa privada significa a manutenção de uma perspectiva liberal no trato da infância, incumbindo às organizações filantrópicas a proteção do bem-estar das crianças.

O preâmbulo da Declaração estabelece que a criança, em virtude de sua imaturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais e, para viabilizar tais cuidados, com o objetivo de assegurar o pleno desenvolvimento da criança, devem ser adotadas medidas, inclusive legislativas, guiadas pelo melhor interesse da criança (ver o princípio 2 da Declaração).

A novidade mais ressaltada da Declaração de 1959 é a atribuição de direitos às crianças, motivo pelo qual é costumeiramente destacado o fato de, no âmbito do direito internacional e a partir da Declaração de 1959, a criança passar a ser qualificada como sujeito de direitos, em vez de objeto de proteção jurídica. O apontamento dessa transição de objeto de proteção jurídica para sujeito de direito é um lugar-comum na bibliografia especializada.³⁷⁰

Embora possa haver discussão sobre o caráter cogente da Declaração de 1959, ela não é um tratado internacional passível de ser incorporado pelos Estados signatários. Van

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 10.

³⁶⁸ O texto da Declaração em português está disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 22/jun./2017.

³⁶⁹ VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 11.

³⁷⁰ Van Bueren destaca essa nova qualificação jurídica da criança, ressaltando a impossibilidade de ela apresentar pedidos perante as Cortes Internacionais. Cf. VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 12. Outros autores que destacam essa passagem da qualificação jurídica da criança: DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 83 e MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Op. cit.*, p. 103-104.

Bueren sustenta que ela tem o caráter cogente em virtude de sua elevada força moral derivada da circunstância de ter sido aprovada pela unanimidade dos Estados integrantes das Nações Unidas à época de sua votação, além da Declaração de 1959 integrar o direito consuetudinário internacional.³⁷¹

No entanto, a própria autora menciona que a Polônia pretendia, em lugar da declaração, uma convenção internacional dos direitos da criança, mas sua proposta não foi aceita. Ainda, os Estados Unidos da América se opuseram a denominar a Declaração de Carta justamente porque isso conotaria uma cogência em seus dispositivos, algo inexistente.³⁷²

Em 1979, escolhido como Ano da Criança pelas Nações Unidas, é aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a proposta da Polônia para ser elaborada uma convenção dos direitos da criança, a fim de que a observância estatal a tais direitos tivesse força cogente.³⁷³ Após o trâmite do texto apresentado pela Polônia, a Convenção sobre os Direitos da Criança é adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

Atualmente, 196 países ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança, tornando-a o tratado internacional de direitos humanos mais amplamente ratificado na história. Apenas os Estados Unidos da América não a ratificaram porque, segundo Dolinger, esse país não concorda com o artigo 37 (a) da Convenção, o qual exige dos Estados-Partes a garantia de não impor pena de morte nem prisão perpétua em virtude da prática de crimes por crianças. Outro motivo seria a discordância desse país com o disposto no art. 28, da

³⁷¹ VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 12.

³⁷² *Ibid.*, p. 11-12. Interessante mencionar algumas propostas cujas inserções no texto da Declaração de 1959 foram rejeitadas: a proposta italiana de especial proteção das crianças nos processos judiciais; a proposta da União Soviética de proibir castigos corporais nas escolas; a proposta do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados de viabilizar às crianças acesso às cortes internacionais caso o direito interno nacional não protegesse os direitos das crianças previstos na declaração de 1959; a proposta do Uruguai de prever, além dos direitos, as responsabilidades das crianças. Cf. *Ibid.*, p. 11.

³⁷³ *Ibid.*, p. 13. DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 84. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Op. cit.*, p. 105-106. A Polônia apresentou a minuta da Convenção em 1978 à Comissão de Direitos Humanos, que submeteu o texto ao ao Secretário-Geral das Nações Unidas para colher sugestões a ele. Estados e agências da ONU enviaram sugestões. A UNICEF não apresentou sugestões. O antigo Presidente da Suprema Corte da Polônia, Adam Lopatka, presidiu o Grupo de Trabalho encarregado de redigir o texto da Convenção, sendo que organizações não governamentais tiveram papel fundamental na construção do texto. Em fevereiro de 1988, o Grupo de Trabalho terminou a primeira leitura da Convenção. Para a segunda leitura da Convenção, houve doze reuniões do Grupo de Trabalho entre 28/11/1988 e 9/12/1988, incluindo, conforme Van Bueren, uma inusual reunião em sábado. Na segunda leitura, houve significativas mudanças no texto. Em 21/1/1989, o texto da Convenção foi finalizado pelo Grupo de Trabalho, tendo sido enviado à Comissão de Direitos Humanos, a fim de que ela o transmitisse à Assembleia Geral. A Assembleia Geral adotou a Convenção em 20 de novembro 1989 e a Convenção ganhou força cogente em 2 de setembro 1990. Cf. VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 14-15.

Convenção, que exige a criação de ensino primário gratuito.³⁷⁴

De acordo com Van Bueren, a Convenção sobre os Direitos da Criança atinge cinco metas.³⁷⁵ Primeira, cria direitos até então inexistentes, como o de preservar a identidade e o direito de as crianças indígenas praticarem sua cultura.

Como segunda meta alcançada, a Convenção positiva direitos em um tratado global, pois, antes, alguns direitos previstos na Convenção eram positivados regionalmente (como o direito de a criança ser ouvida nos processos que a afetam e de ser levada em conta sua opinião).

A título de terceira meta, a Convenção impõe força cogente sobre temas que, previamente, eram apenas objeto de recomendações (como as garantias em processos de adoção e o direito de crianças com deficiências físicas ou mentais).

Ainda conforme Van Bueren, a penúltima meta atingida pela Convenção corresponde à imposição de deveres aos Estados de provisão e de proteção das crianças (o que inclui a obrigação de o Estado abolir práticas tradicionais que prejudiquem a saúde das crianças – por exemplo, a circuncisão feminina – e a obrigação de o Estado adotar medida para reabilitar crianças que foram vítimas de negligência, abuso e exploração).

Por fim, última meta indicada pela autora, a Convenção estabelece que os Estados não podem discriminar as crianças que exercem os direitos nela previstos.

Dois pontos da Convenção ainda devem ser destacados. Primeiro, no tocante à sua eficácia, os seus arts. 43 e 44 estabelecem mecanismo de monitoramento por intermédio da criação de um Comitê para os Direitos da Criança, cuja função é avaliar o cumprimento da Carta pelos Estados-Partes. O Comitê é formado por 18 membros, nacionais dos Estados-

³⁷⁴ DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 108-109. Os dados sobre a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança podem ser consultados em: UNITED NATIONS (Comp.). **United Nations Treaty Collection**: Chapter IV. Human Rights. 11. Convention on the Rights of the Child. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#5>. Acesso em: 26 fev. 2019. No Brasil, a ratificação é efetuada por meio dos seguintes diplomas legais: BRASIL. Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1990/decretolegislativo-28-14-setembro-1990-358772-normapl.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019; BRASIL. Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 26 fev. 2019. A seguir, no texto, para fins de facilidade de leitura, não serão inseridas notas de rodapé para se referir a estes diplomas normativos. Monaco sustenta que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha sido publicado em 13 de julho de 1990 (lei federal n.º 8.069/1990), ele não foi revogado pela Convenção sobre os Direitos da Criança porque existe compatibilidade entre os dois diplomas legais. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Op. cit.*, p. 106.

³⁷⁵ VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 16.

Partes e por eles eleitos, que exercem suas funções a título pessoal, isto é, não atuam como representantes dos Estados-Partes. A fiscalização é feita mediante a análise dos relatórios periódicos enviados pelos Estados, e o Comitê possui apenas competência para recomendações de medidas para implementação dos direitos previstos na Convenção, não possuindo qualquer poder sancionatório.³⁷⁶

Em segundo lugar, deve-se destacar a chave interpretativa da Convenção, tal como explicada por Dolinger a partir de Van Bueren³⁷⁷, pois ela viabiliza a elaboração de questões mais complexas, e centrais para este trabalho, sobre a proteção jurídica da infância.

Essa chave interpretativa corresponde ao equilíbrio pendular entre o princípio da criança como pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse da criança, como guia de leitura e aplicação dos demais direitos previstos na Convenção.³⁷⁸

O art. 5, da Convenção, prevê o dever de os pais, de os responsáveis legais (como tutores) ou de as pessoas que, conforme os costumes locais, sejam os responsáveis pelos cuidados das crianças, proporcionarem à criança instrução e orientação adequada para o exercício dos seus direitos, em conformidade com a evolução de sua capacidade.

Esse dispositivo, ao se referir ao exercício dos direitos pela criança em conformidade com a evolução de sua capacidade, qualifica-a como pessoa em desenvolvimento, tal como estatui o art. 227, § 3.º, V, da Constituição da República³⁷⁹. Isso significa que as crianças, no exercício de seus direitos, não podem ser tratadas como adultas, e o apoio às suas decisões, bem como a consideração de suas opiniões, deve levar em conta o grau de sua maturidade.

Em outras palavras, como explica Van Bueren, as crianças, para o Direito, não são adultos em miniatura, mas pessoas capazes de tomar decisões e expressar opiniões em conformidade com o seu desenvolvimento e com a sua maturidade; e, de acordo com o estágio de seu desenvolvimento e de sua maturidade, a criança necessitará de diferentes níveis de apoio, proteção, prevenção e de participação dos adultos.³⁸⁰

³⁷⁶ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Op. cit.*, p. 107. O texto original da Convenção previa dez membros no Comitê. Porém, em 18 de novembro de 2002, passou a vigorar emenda proposta pela Costa Rica para ampliar para dezoito o número de membros. Informação disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-a&chapter=4&clang=_en>. Acesso em 23/junho/2017.

³⁷⁷ DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 89-93.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 92-93. De acordo com Van Bueren, a importância desses dois princípios é tão elevada a ponto de ser improvável ser permitida a reserva de algum Estado quanto à aplicação deles. Cf. VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 51.

³⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Portal da Legislação**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019. A seguir, no texto, para fins de facilidade de leitura, não serão inseridas notas de rodapé para se referir a este diploma normativo.

³⁸⁰ VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 50.

Embora o princípio da pessoa em desenvolvimento deva ser considerado uma norma protetiva da criança contra decisões danosas que ela possa adotar contra si própria, ele pode, de fato, atuar contra a vontade manifestada pela criança em dada situação concreta, pois ele desempenha a função de um filtro, pelo qual se estabelece, em caso determinado, a possibilidade de a criança praticar atos jurídicos de maneira independente ou a necessidade de a criança ser apoiada por um adulto para praticar tais atos.

Em contraponto ao princípio da pessoa em desenvolvimento e como guia do apoio do adulto à decisão da criança, os arts. 3.1 e 18, da Convenção, impõem o dever de os pais e de as autoridades estatais, ao tratar da infância, pautarem-se pelo princípio do melhor interesse da criança. Esse mesmo princípio também norteia a adoção das crianças, conforme disposto no art. 21, do Tratado.³⁸¹

Desse modo, a criança, na qualidade de pessoa em desenvolvimento, tem o direito de tomar decisões pertinentes à sua vida, mas, conforme o grau de sua maturidade, tais decisões exigirão, em maior ou menor amplitude, o apoio de um adulto (pais, responsáveis legais, integrantes da comunidade ou autoridades estatais, conforme o caso). A atuação do adulto sempre deverá ser orientada pelo melhor interesse da criança.

Em síntese, a partir dos princípios da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança, a Convenção de 1989, assim como preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, estabelece o equilíbrio conflituoso do direito da infância: de um lado, a assunção de que a criança é uma categoria populacional dotada de uma característica própria, correspondente à sua imaturidade e pela qual ela é diferenciada dos adultos. Por ser imatura, a criança é qualificada como uma pessoa em desenvolvimento que demanda proteção especial. De outro lado, como a criança é titular de direitos, entre eles o direito de julgar e de exercer a responsabilidade moral e social, isto é, de tomar decisões, ela é uma pessoa (qualificada como em desenvolvimento, é certo) e, como tal, é dotada de autonomia.

Dessa maneira, a criança é um ser ambíguo – e daí o equilíbrio conflituoso –, pois, ao

³⁸¹ O texto em português do Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança usa a expressão “interesse maior da criança” para traduzir “*best interests of the child*”. Nesta tese, escolheu-se o termo melhor interesse da criança porque ele conota a procura, no caso concreto, entre os diversos interesses em disputa, daquele mais adequado para satisfazer a necessidade da criança. Não se pode afirmar que esse interesse é, inerentemente ou naturalmente, superior aos demais interesses em disputa, mas é possível privilegiar normativamente o interesse da criança como o critério para decidir. Dessa maneira, pode-se afirmar que a lei direciona a decisão a ser tomada com base no critério preferencial do melhor interesse da criança, mas não se pode afirmar que esse interesse é, ontologicamente, superior aos demais e nem é possível afirmar a existência de um interesse maior da criança, haja vista que a decisão apenas pode ser fundada em critérios qualitativos (melhor ou pior) e não com base em critérios quantitativos (maior ou menor). Por isso, considera-se “melhor interesse da criança” a expressão mais adequada para traduzir “*best interests of the child*”.

tempo em que é qualificada como pessoa, ou seja, ser dotado de responsabilidade moral para tomar decisões, ela é adjetivada como pessoa em desenvolvimento e, por isso, necessita de uma proteção especial, o que significa que ela deve ser tutelada por outrem (os pais, a sociedade e o Estado). Como tentativa de solucionar esse conflito pendular entre autonomia e tutela, o Direito – e a Convenção de 1989 bem exemplifica – vale-se da fórmula do melhor interesse da criança, segundo a qual toda decisão a ser tomada em virtude da proteção a ser dedicada à criança deve ser guiada pelo seu melhor interesse.

Em consonância com a Convenção de 1990, o art. 100, parágrafo único, IV, da lei n.º 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, após alteração pela lei federal n.º 12.010/2009, também prevê que a aplicação das medidas de proteção em favor de crianças e adolescentes deve ser regida pelo princípio do interesse superior da criança e do adolescente, pelo qual “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”³⁸².

Se no plano abstrato do Direito, esse equilíbrio conflituoso é resolvido por intermédio desse raciocínio (o melhor interesse da criança deve balizar todo o conflito entre o que a criança quer e o que os seus protetores – pais, sociedade ou Estado – determinam a ela ao apoiarem sua decisão), a reflexão se torna mais complexa no plano concreto do desenho institucional forjado para o desenvolvimento desse conflito.

Primeiro, porque, ao determinarem a necessidade de identificar o melhor interesse da criança, a Convenção de 1989 e o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuem à Justiça da Infância o papel de gestora de interesses. Tal como concebida no início do século XX, a Justiça da Infância não está encarregada de atribuir uma sanção jurídica para os fatos colocados para a sua apreciação. Em vez disso, a ela cabe conciliar os interesses conflitantes. Se os termos “pai indigno” ou “menor moralmente abandonado” não são mais empregados, o “pai alcoólatra”, “viciado em substâncias entorpecentes” ou a “criança em situação de vulnerabilidade” são usados para indicar alguns conflitos de interesses postos para o exame da Justiça da Infância.

Conforme prevê o art. 100, parágrafo único, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância, ao aplicar medidas de proteção em favor de crianças e

³⁸² BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 27 fev. 2019. A seguir, no texto, para fins de facilidade de leitura, não serão inseridas notas de rodapé para se referir a esse corpo normativo.

adolescentes, deve se pautar pelo interesse superior delas, atendendo prioritariamente seus direitos e interesses, “sem prejuízo da consideração devida aos outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”. Como conciliar todos esses interesses?

Assim como a Justiça da Infância do início do século XX não era uma justiça retributiva, mas *redistributiva*, uma justiça articulada em rede, baseada na vigilância, apoio, fiscalização, diálogo e controle sobre as famílias por meio de várias instituições, ou seja, por meio do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, também a Justiça da Infância do fim do século XX se articula sobre tal dispositivo.

O segundo elemento que patenteia a complexidade do equilíbrio conflituoso entre os princípios da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança deriva do fato de que a ideia de um conflito entre autonomia da criança e interesses de seus protetores pode ser colocada em questão ao se adotar uma perspectiva interacionista da concepção de criança.

Em outras palavras, ao se pensar que a imaturidade e que a progressão do desenvolvimento da criança ao estágio maturo, isto é, adulto, são construções, elaboradas discursivamente por meio de interações sociais nas instituições, torna-se pouco importante a pergunta “o melhor interesse da criança é a solução ideal para o conflito entre autonomia e proteção?” e passa a ser relevante a pergunta “qual é a ideia de criança forjada a partir de normas e instituições que têm como finalidade tomar decisões com base no melhor interesse da criança?”.

Segundo, ao se formular essa pergunta – “qual é a ideia de criança forjada a partir de normas e instituições que têm como finalidade tomar decisões com base no melhor interesse da criança?” –, o estudo do Direito da Infância não pode se ater ao plano normativo, mas deve compreender o desenho institucional elaborado para implementar, na prática social, o melhor interesse da criança. Por isso, em lugar de se estudar o conceito abstrato e jurídico de criança (o sujeito de direito denominado criança), é preciso investigar a construção socioinstitucional da ideia de criança, qualificada como sujeito de direito.

Para desenvolver essas questões, considera-se relevante mostrar como, no Brasil, a bibliografia especializada recepcionou a nova regulamentação do Direito da Infância, pautada na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, na Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Essa abordagem é importante porque demonstra a constante saudação desse modelo regulatório, contrapondo-o como um marco de ruptura e de emancipação relativamente ao modelo dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979. A consequência desse discurso elogioso é justamente a ausência de debate sobre os

problemas desse modelo regulatório Direito da Infância do fim do século XIX. O item a seguir trata desse tema.

Secundariamente, o modelo de família no qual se fundamenta o Direito da Infância do fim do século XX perpetua um controle sobre as famílias baseado em redes, à semelhança do que ocorria no início desse século. O terceiro item deste capítulo trata desse tema, justamente para enfatizar a complexidade do equilíbrio entre os princípios do melhor interesse da criança e da pessoa em desenvolvimento.

1.2 DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR: UM ANACRONISMO

A Lei Federal n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, revogou o Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, instituindo outro Código de Menores. Nos termos do seu art. 1.º, esse Código de 1979 dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância dos menores de 18 anos encontrados em situação irregular e dos menores com idade entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei.³⁸³

A situação irregular autorizadora da aplicação das medidas de assistência e proteção era apresentada no rol do art. 2.º, do Código. Nesse rol, havia desde a privação de condições de subsistência até o perigo moral pelo fato de o menor se encontrar, habitualmente, em ambiente contrário aos bons costumes. Ainda, outra situação irregular que autorizava as medidas de assistência e proteção era o menor possuir desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária. Tais hipóteses que autorizavam a intervenção estatal sobre a família indicam que esse Código de 1979 também visava a atingir, predominantemente, as famílias pobres, tal como o Código de 1927.

Ademais, o Código de Menores de 1979, na mesma linha de seu predecessor de 1927, previa, em seu art. 14, como resposta a essas hipóteses soluções que a filantropia do início do século XX e que o próprio Código de Menores de 1927 também já haviam concebido: medidas de advertência; entrega do menor aos pais ou a pessoa idônea e colocação em lar substituto; internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

A aplicação dessas medidas dependia de uma concentração das decisões na figura do Juiz de Menores e, em diversos casos, sem a exigência do contraditório. Assim, por exemplo,

³⁸³ BRASIL. Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impresao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019. Para evitar repetições desnecessárias, esse Código não será mais citado em rodapé.

o art. 94, do Código de Menores de 1979, previa o dever de toda autoridade administrativa encaminhar à autoridade judiciária o menor encontrado em situação irregular. Diante do comunicado, o Juiz de Menores devia instaurar, de ofício, procedimento verificatório, o qual, com o estudo social do caso, ouvido o Ministério Público, devia decidir, em cinco dias, a situação do menor, aplicando a medida adequada entre as mencionadas. O contraditório, conforme art. 95, tinha lugar em caso de os pais discordarem desse procedimento verificatório; nas hipóteses de suspensão e perda do pátrio poder; e, por fim, nos casos de perda da guarda ou de controvérsia sobre ela.

A partir desses elementos, pode-se perceber que, embora posterior à Declaração dos Direitos da Criança de 1959, o Código de Menores de 1979 não incorporou a ideia de criança como sujeito de direitos. Em vez disso, delimitou a criança que seria objeto de regulação jurídica como aquela exposta a uma situação irregular e que, por isso, demandaria proteção estatal.

Nesse aspecto, o Código de 1927 e o Código de 1979 estão próximos. Ambos tratam a infância apenas na medida em que ela possa ser entendida como causa de problemas sociais (o menor abandonado é o adulto criminoso) e regulam essas questões com base no controle, fundado no estudo sobre as famílias (estudo social, por assistentes sociais, comissários, pedagogos etc.) e na autoridade estatal, simbolizada pelo Juiz de Menores, cuja imagem pretendida é o do pai, sereno e benevolente.

A simetria entre os Códigos é revelada também pela estrutura institucional. Sob o Código de Menores de 1927, funcionava o Serviço de Assistência a Menores – S. A. M., instituído pelo Decreto-Lei n.º 3.799, de 5 de novembro de 1941.³⁸⁴

Conforme art. 2.º do Decreto-Lei, ao SAM cabia, sobretudo, sistematizar e orientar os serviços de assistência aos menores desvalidos; efetuar a sua investigação social e o exame médico-psicopedagógico; abrigar os menores à disposição do Juízo do Distrito Federal; recolher os menores em estabelecimentos adequados para fornecer a eles educação e tratamento “sômato-psíquico” até seu desligamento; estudar as causas do abandono e da delinquência infantil e promover a publicação periódica de pesquisas, estudos e estatísticas.

Tal como ocorria com o Juízo de Menores do Distrito Federal, o SAM estabelecia os contratos com as instituições particulares para a internação dos menores, tendo sua atuação

³⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.799, de 5 de novembro de 1941. Transforma o Instituto Sete de Setembro, em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacao-original-1-pe.html>>. Acesso em: 05 mar. 2019. Por brevidade, não será repetida a citação desse ato normativo.

restrita ao Rio de Janeiro e aos patronatos agrícolas de Minas Gerais, apesar de, em 1944, ter tido sua atuação ampliada para o território nacional por meio do do Decreto-Lei n.º 6.865, de 11 de setembro de 1944.³⁸⁵

O modelo do SAM foi objeto de críticas. Na década de 1950, foi objeto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito e, em 1961, de uma sindicância destinada a apurar irregularidades, instaurada pelo Ministro da Justiça.³⁸⁶ Ainda, Paulo Nogueira Filho, seu diretor entre 1954 e 1956, escreveu livro intitulado *Sangue, Corrupção e Vergonha: SAM*, denunciando os maus-tratos inflingidos aos assistidos pela instituição e as suas tentativas infrutíferas de coibir a corrupção que nela ocorria.³⁸⁷

Em lugar do SAM, a Lei Federal n.º 4.513, de 1.º de dezembro de 1964, criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM.³⁸⁸ Conforme art. 4.º, dessa lei, a FUNABEM incorporou o patrimônio e as atribuições do SAM e, tal como ele, foi alvo de críticas de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a investigar o problema da criança e do menor carentes no Brasil, ocorrida em 1976.³⁸⁹

Além disso, em 1986, estudo intitulado “Projeto diagnóstico integrado para uma nova política do Bem-Estar do Menor: Relatório final elaborado pela Fundação João Pinheiro”, encomendado pela própria FUNABEM, apontou uma série de problemas em seu funcionamento. O estudo concluía que, até 1975, a FUNABEM adotava um modelo corretivo, focando o combate à pobreza como estratégia para evitar que o “menor abandonado” se tornasse um criminoso. O estudo considerava esse modelo autoritário (porque elegia um modelo de família a ser seguido), perverso (pois condicionava o apoio ao objetivo de reduzir a criminalidade) e irrelevante (porque se valia da internação de menores, o que se revelou ineficaz para alcançar seu objetivo).

³⁸⁵ BRASIL. Decreto-Lei n.º 6.865, de 11 de setembro de 1944. Redefine a competência do Serviço de Assistência a Menores, cria e transforma funções gratificadas e dá outras providências. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

³⁸⁶ RIZZINI, Irma. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: RIZZINI, Irene et al. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 269.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 263.

³⁸⁸ BRASIL. Lei n.º 4.513, de 1.º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513impressao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

³⁸⁹ VOGEL, Arno. Do Estado ao Estatuto. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. In: RIZZINI, Irene et al. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.305-306.

Esse diagnóstico concluía que a FUNABEM apresentava uma centralização burocrática, impedindo que as unidades estaduais (as FEBEM – Fundação do Bem-Estar do Menor) desenvolvessem suas políticas de atendimento em conformidade com suas especificidades.

O segundo problema identificado correspondia à ausência de articulação e integração entre os programas e órgãos de atendimento a crianças e adolescentes, o que acarretava fragmentação organizacional, impedindo o alcance universal desse serviço. Havia uma superposição de ações e, com isso, um desperdício de recursos, cuja supervisão pela FUNABEM era meramente formal, destituída de uma orientação de política pública.

O diagnóstico alertava para o fato de que as mudanças de governo influenciavam a FUNABEM e as FEBEM, pois ambas eram instrumentalizadas para o clientelismo, aceitando a internação de menores a título de favores políticos a famílias, que pretendiam, por meio da internação, obter alimentação, abrigo e educação para seus filhos. A todos esses problemas da FUNABEM, devem ser acrescentadas as denúncias de maus-tratos aos menores internados, que vieram a público após a redemocratização do país na década de 1980.³⁹⁰

É também com a redemocratização que se pretende, por meio da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, um novo modelo de relação entre o Estado e a infância.

Esse novo modelo regulatório pretende instaurar uma nova política de atendimento à infância e à adolescência³⁹¹. Assim, em reação ao diagnóstico pelo qual a FUNABEM era marcada pela centralização burocrática, o Estatuto, conforme previsto em seu art. 88, visa a associar as políticas públicas voltadas a esse grupo populacional às necessidades locais, por meio da municipalização do atendimento. Mais do que isso, tais políticas devem ser elaboradas e fiscalizadas por conselhos municipais, estaduais e nacionais dos direitos da criança e do adolescente, nos quais haja participação popular paritária por meio de organizações representativas.

Ainda como reação à centralização burocrática da FUNABEM, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu, em seus arts. 131 e seguintes, a criação do Conselho Tutelar, um órgão composto por conselheiros escolhidos pela população local, dotado de autonomia e com o dever de zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes. Entre as funções do Conselho

³⁹⁰ A síntese do diagnóstico sobre a FUNABEM é extraída de *Ibid.*, p.3310-314.

³⁹¹ SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude. **Araucária - Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, n. 1, p.233, 1998.

Tutelar estabelecidas no art. 136, do Estatuto da Criança e do Adolescente, está a de assessorar o Poder Executivo municipal para a elaboração da proposta orçamentária relativa a programas de atendimento de crianças e adolescentes.

Se o modelo da FUNABEM e do Código de Menores de 1979 era caracterizado pela centralização burocrática e pela ausência de uma política pública organizada para atender os menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente visa a corrigir esses problemas por meio da municipalização (aproximando os problemas do diagnóstico e das soluções locais) e por meio da descentralização democrática (as políticas públicas de atendimento à infância devem ser deliberadas por órgãos em que haja participação popular).

Em consonância com a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, o modelo regulatório da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 trata as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito. Para a bibliografia especializada, essa afirmação é sempre apresentada como oposto ao modelo dos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, a chamada *doutrina da situação irregular*.

Desse modo, ao assumir as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe a *doutrina da proteção integral*, “cuja tese fundamental assevera incumbir à lei assegurar às crianças e adolescentes a satisfação de suas necessidades básicas.”³⁹²

As crianças e os adolescentes que vivem em situação de marginalidade social não podem mais ser rotulados como em *situação irregular*, como previam os Códigos de Menores, pois cabe ao Estado reconhecer as desigualdades sociais inerentes à sociedade brasileira e assumi-los “como sujeitos dos direitos elementares à pessoa humana, de maneira a propiciar o surgimento de uma ponte de ouro entre a marginalidade e a cidadania plena.”³⁹³

Para tanto, além de impor um filtro democrático à política de atendimento de crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como pilastra fundamental a necessidade de se dar efetividade aos direitos dessa população. Assim, essa lei pretende garantir à infância e à adolescência os direitos previstos na Constituição, evitando sua ineficácia. Por isso, a lei estabelece um título específico, dedicado aos direitos fundamentais (Título II), pormenorizando aqueles previstos no texto constitucional. Ainda, para atribuir eficácia a tais direitos, o Estatuto prevê um título especialmente dedicado aos

³⁹² *Ibid.*, p. 232.

³⁹³ *Ibid.*, p. 232.

mecanismos de exigí-los judicialmente (Título VI – Acesso à Justiça), atribuindo ao Ministério Público o dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes, com a promoção das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, VIII).

A partir dos nomes atribuídos a cada modelo regulatório, *doutrina da situação irregular* (modelo dos Códigos de Menores) e *doutrina da proteção integral* (modelo da Convenção de 1989, da Constituição de 1988 e do Estatuto de 1990), percebe-se, na bibliografia especializada, uma retórica entusiasta desse segundo modelo e, simultaneamente, caracterizada por certo anacronismo na avaliação do primeiro:

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão preestabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível. A conjuntura político-social vivida nos anos 1980 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais nacionais e internacionais, levou o legislador constituinte a promulgar a ‘Constituição Cidadã’ e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças, adolescentes e ao jovem o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.³⁹⁴

Outro exemplo de visão otimista e triunfalista acerca da doutrina da proteção integral:

A lei há de contribuir para a mudança de mentalidade na sociedade brasileira, habituada, infelizmente, a se omitir diante das injustiças de que são vítimas crianças e adolescentes. O respeito à lei fará que a opressão e o abandono dêem lugar à justiça, à solidariedade e ao amor.

Na medida em que sociedade brasileira praticar este Estatuto [da criança e do adolescente], estará superando a tentação do ter, do prazer e do poder para descobrir a dignidade da pessoa humana e a força do relacionamento fraterno que nasce da gratuidade do amor. Um país que aprende a valorizar a criança e a empenhar-se na sua formação manifesta sua decisão de construir uma sociedade justa, solidária e capaz de vencer discriminações, violência e exploração da pessoa humana.

(...)

Este Estatuto será semente de transformação do País. Sua aplicação significa o compromisso de que, quanto antes, não deverá haver mais no Brasil vidas ceifadas no seio materno, crianças sem afeto, abandonadas, desnutridas, perdidas pelas ruas, gravemente lesadas em sua saúde e educação.³⁹⁵

³⁹⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. Conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p.55-56. Em sentido semelhante: “Com a Constituição Cidadã de 1988, inseriam-se em nossa sociedade os Direitos Internacionais da Criança, proclamados pela ONU nos anos de 1950. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990 e a LOAS (1993), o Estado assume enfim sua responsabilidade sobre a assistência à infância e à adolescência desvalidas, e estas tornam-se sujeitos de Direito, pela primeira vez na História.” (MARCILIO, Maria Luiza. *Op. cit.*, p.79)

³⁹⁵ ALMEIDA, Luciano Mendes de. In: CURY, Munir et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.19.

Paolo Verdone, à época Presidente da Associação Internacional de Juizes de Menores e de Família³⁹⁶, ao comentar o art. 3.º do Estatuto, afirma que ele se sustenta sobre três princípios. Primeiro, as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana. Segundo, eles têm direito à proteção integral a eles atribuída pelo Estado, por força da qual, em reforço aos direitos fundamentais, as crianças e adolescentes têm direito a que os adultos ajam em seu favor. Terceiro, toda a coletividade tem o dever de eliminar qualquer obstáculo que impeça o pleno desenvolvimento da pessoa humana.³⁹⁷ Para o autor, esse texto normativo adota técnica legislativa típica de uma revolução

(...) quando se reconhece que uma parte substancial da população tem sido até o momento excluída da sociedade e coloca-se agora em primeiro plano na ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe. Desta vez não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas trata-se, contudo, de uma revolução, e o que mais impressiona é o fato de que se trata de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos.³⁹⁸

Deve-se anotar que Mello Mattos e os publicistas brasileiros do início do século XX tinham, de fato, uma visão estamental e orgânica de sociedade, a que, a cada classe social, cabia o aprendizado de certas profissões e certa educação. Aos ricos, cabiam as atividades intelectuais; aos pobres, as atividades braçais. Isso se refletiu na legislação, como exemplificam os patronatos agrícolas, explicitamente concebidos para atender os pobres.

Esses publicistas também partilhavam de uma ideia de família que discriminava hábitos de famílias pobres, forjados pela necessidade imposta pelas desigualdades sociais brasileiras, pois a prática de mendicância infantil, a prática de infrações penais por crianças e adolescentes e até mesmo o fato de os filhos serem deixados na rua enquanto os pais trabalhavam eram considerados comportamentos repreensíveis e autorizadores da suspensão ou da perda do pátrio poder.

Apesar disso, tais publicistas identificavam em si próprios o mérito de perceberem a necessidade de proteção estatal aos menores abandonados, a fim de, nos termos por eles empregados, salvar a sociedade e a pátria. Aliás, a crença humanista de que a filantropia poderia aprimorar a sociedade ao investir sobre as crianças para evitar torná-las adultos

³⁹⁶ AFONSO DA SILVA, José. Direitos Humanos da Criança. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 1, p.198, 1998.

³⁹⁷ VERCELONE, Paolo. In: CURY, Munir et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35-36.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 36.

criminosos era sustentada por diversos estudiosos dos países centrais, como demonstram as Atas dos Congressos analisadas nesta tese.

Desse modo, se é possível formular a crítica ao humanismo dos publicistas e filantropos da Justiça da Infância do início do século XX, é importante a atenção crítica ao entusiasmo que paira sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a sua chamada *doutrina da proteção integral*, justamente para evitar que esse entusiasmo corresponda, em verdade, a anacronismo projetado sobre os Códigos de Menores e obscureça os problemas e incompletudes dessa doutrina.

Ademais, com esse exame, aventa-se a importante possibilidade de se refletir acerca de como a prática do Estatuto, por meio dos agentes e mecanismos que o dinamizam (Poder Judiciário, Ministério Público, Assistência Social, Psicologia, Casas e famílias acolhedores etc.), constrói certa noção de infância e juventude ou, em outras palavras, possibilita pensar como a subjetividade “infância” é produzida mediante a atuação desses agentes e mecanismos, a economia da subjetividade.

1.3 REDE DE PROTEÇÃO: O DIREITO CAPTURADO PELA FAMÍLIA

A Declaração de Genebra de 1924 e, especialmente, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989³⁹⁹ colocam a criança sob a proteção dos direitos humanos. No entanto, essa proteção jurídica, como tantas outras, é abstrata, pois é efetuada no plano normativo. Para concretizar essa proteção jurídica, é preciso o desempenho fático de entidades e de agentes: a mãe, o pai, demais indivíduos do grupo familiar, a rede escolar, a Justiça da Infância e da Juventude, a rede de assistência social etc. A partir da atuação dessas entidades e desses agentes, é possível avaliar como, de fato, são concretizados os direitos humanos da criança.

No âmbito da regulamentação jurídica e abstrata do Direito da Infância pautado pela chamada *doutrina da proteção integral*, é atribuída elevada relevância à convivência familiar entre os pais e os seus filhos, impondo aos Estados o dever de zelar por essa convivência, pois a ela é confiado o desenvolvimento sadio e regular da criança, em ambiente marcado pela afetividade e pela intimidade.

Relativamente ao Direito da Infância do Código de Menores, essa valorização da família não é novidade, pois tanto os filantropos dos Congressos Internacionais como os

³⁹⁹ Como a referência a textos do direito internacional foi apresentada em nota de rodapé acima, no decorrer deste trabalho, não será, novamente, repetida a nota de rodapé.

publicistas brasileiros do início do século XX priorizavam a família como ambiente propício ao desenvolvimento da criança. Prova disso era a reiterada tese de que a internação de uma criança deveria ser evitada e que, nos casos de abandono moral menos graves, a criança deveria ser entregue à sua família e mantida sob supervisão do Juízo de Menores, em vez de ser internada.

Ademais, lembre-se que a Declaração de Genebra de 1924, contemporânea do Código de Menores de 1927, embora não mencione expressamente a família, impõe aos homens e às mulheres o dever de dedicação às crianças, sem mencionar os Estados. Disso resulta, como afirmado, o reconhecimento implícito da necessidade de a filantropia privada cuidar do tema da infância, em lugar do poder público. E também resulta o reconhecimento tácito de que cumpre à família, em sua intimidade privada, dedicar-se ao desenvolvimento da criança.

É de observar que a confiança normativa depositada pela *doutrina da proteção integral* sobre o ambiente familiar, compreendido como espaço preferencial para o desenvolvimento da criança, conforma-se à tese clássica de Ariès, segundo a qual, na modernidade europeia, a partir do século XVI e, sobretudo, a partir do século XVIII, elabora-se um sentimento da infância, provocado pela separação entre mundo dos adultos e o mundo das crianças e manifestado pelo fortalecimento da ideia de família identificada como espaço de expressão do afeto e de formação moral dos indivíduos.⁴⁰⁰

Antes desse período, em virtude dessa participação exaustiva da criança no mesmo mundo social do adulto, havia pouco tempo e espaço para o compartilhamento de experiências afetivas entre os pais e seus filhos, no ambiente da família natural. Não havia tempo ou espaço para o convívio exclusivo dos filhos com os seus pais naturais, pois o convívio familiar se dissolvia em laços sociais mais amplos, obstruindo-se a elaboração do sentimento de família identificado com a intimidade do lar, com a privacidade.⁴⁰¹

A partir do século XV e, especialmente a partir do século XVII, Ariès aponta o recrudescimento do cuidado com a educação das crianças, baseado na ideia de que, por serem inocentes e imaturas, elas deviam ser preparadas para viver entre os adultos. A escola, então, fortalece-se como espaço de quarentena, onde a pequena criança é entregue para dali sair o adulto preparado para viver entre seus iguais.

Ao serem segregadas do convívio com os adultos, as crianças passam a pertencer a

⁴⁰⁰ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014. 196 p.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 158-159.

um mundo diferente, caracterizado, entre outras coisas, por brincadeiras que lhes são próprias, por uma literatura apropriada ao universo infantil, por trajes diferenciados dos adultos e por uma linguagem e conduta moral diversas daquelas inerentes ao universo adulto.

Essa segregação da criança motivada pela necessidade de educá-la correspondeu, segundo Ariès, a um novo sentimento dos pais pelos seus filhos, de acordo com o qual cabia aos pais a elevação moral de cada um de seus filhos, alcançada pelo convívio íntimo e privado entre pais e filhos.⁴⁰² A identificação entre família e privacidade é a marca do sentimento moderno da infância.

Se o Direito da Infância do fim do século XIX e do início do século XX reservava especial papel e função para a privacidade e para a afetividade familiar, a doutrina da proteção integral também o faz. Assim, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 prevê, expressamente, em seu Princípio 6, que a criança precisa de amor e de compreensão para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade.

Para tanto, a criança, segundo esse princípio, deve ser, sempre que possível, criada aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material. O Estado deve dedicar cuidados especiais às crianças *sem família*, sendo desejável a prestação de ajuda estatal em prol da manutenção dos filhos de

⁴⁰² *Ibid.*, p. 158-159. Barry Feld sintetiza diversos estudos historiográficos que apontam essa mesma separação entre mundo dos adultos e mundo das crianças nos Estados Unidos no curso do século XIX, em virtude da urbanização, da industrialização e da instrução escolar das crianças. Cf. FELD, Barry. *Op. cit.*, p. 17-31. Archard critica Ariès, pois o historiador francês defenderia a tese de que apenas na Modernidade se concebeu uma ideia de criança e, segundo Archard, todas as culturas, em todos os tempos tiveram uma ideia de criança. A concepção Moderna descrita por Ariès seria apenas uma, entre outras concepções de criança. Cf. ARCHARD, David. **Children: Rights and childhood**. Third edition. Routledge, Taylor & Francis Group: London and New York, 2015. Part I, 2, 12%. Edição Kobo. A crítica, contudo, não parece encontrar respaldo na obra de Ariès, pois seu livro visa justamente a mostrar como o sentimento da infância é temporalmente situado na Modernidade europeia e, portanto, é um fenômeno histórico, não sendo possível transpor a concepção de criança Moderna (uma pessoa imatura, em desenvolvimento, carente de educação, orientação e afeto a serem dedicados pelos adultos) para outras culturas e para outros períodos históricos. A título de exemplo, Ariès, ao discutir a mudança histórica dos termos franceses associados à infância (*enfant, gars, fils, valets e garçons*), relata como, no fim da Idade Média (séculos XIV e XV), esses termos abrigavam uma extensa faixa etária, desde as criancinhas de um ou dois anos, os *putti*, até pessoas com 24 anos. Isso porque, na Idade Média, as palavras atualmente associadas à concepção Moderna de criança designavam algo diverso, ou seja, as pessoas dependentes de outras (as palavras *fils, valets e garçons*, por exemplo, eram também palavras usadas para designar as relações feudais ou senhoriais de dependência). A pessoa apenas se retirava da infância ao se livrar dos laços de dependência. Cf. ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 10-11. Assim, ao contrário do sustentado por Archard, Ariès demonstra justamente o caráter contigente e histórico da concepção europeia e Moderna de criança. Alain Renaut formula outra questão em face de Ariès, ao afirmar que o seu estudo constituiria uma crítica muito simplista da Modernidade, na medida em que contraporía a integração pré-Moderna da criança no mundo dos adultos, considerada uma relação “natural”, à separação entre o mundo infantil e o mundo adulto operada na Modernidade, considerada o resultado de um processo de modernização destruidor e lamentável. A obra de Renaut, de forma interessante, questiona essa leitura do processo de modernização. Cf. RENAUT, Alain. *Op. cit.*, p. 23-24. Mesmo assim, não parece apropriado afirmar que Ariès apresente sua tese com saudosismo da pré-Modernidade, sendo justo sustentar que ele analisa uma positividade discursiva para demonstrar a construção Moderna da ideia de infância.

famílias numerosas.

O art. 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, por sua vez, impõe aos Estados-Partes o dever de respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, incluindo suas relações familiares, “de acordo com a lei, sem interferências ilícitas⁴⁰³”. O art. 9, dessa Carta de direitos, acrescenta o dever de os Estados-Partes zelarem para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade destes, exceto quando, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, a separação se tornar necessária para atender o melhor interesse da criança. Mesmo assim, o dispositivo ressalva a possibilidade de a separação ser questionada judicialmente pelos interessados.

A Constituição da República de 1988 prevê, no seu art. 226, a família como base da sociedade, com especial proteção e assistência do Estado à família. O art. 19, da Lei Federal n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece o direito de a criança e o adolescente serem educados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, registrando que a manutenção ou reintegração da criança acolhida institucionalmente à sua família tem preferência em relação a qualquer outra medida de proteção.

Ainda, no art. 100, parágrafo único, os incisos V e X, do Estatuto, preveem os princípios da privacidade e da prevalência da família. O primeiro ressalta a necessidade de a promoção dos direitos da criança e do adolescente ser efetuada com respeito pela intimidade, à imagem e à vida privada. O segundo, na promoção desses direitos e no exercício da proteção da criança e do adolescente, prioriza as medidas que os mantenham ou os reintegrem na família natural ou extensa ou, se isso não for possível, as medidas que os integrem em família adotiva.

A partir desses dispositivos normativos, nota-se como, para a regulamentação jurídica e abstrata da *doutrina da proteção integral*, é atribuída elevada relevância à convivência familiar entre os pais e os seus filhos, impondo aos Estados o dever de zelar por essa convivência, pois a ela é confiado o desenvolvimento sadio e regular da criança, em ambiente marcado pela afetividade e pela intimidade.

Na medida em que o Direito é capturado pela concepção de família pautada pela afetividade e pela privacidade, ambas voltadas à educação moral dos filhos, esse modelo

⁴⁰³ Van Bueren explica que o artigo 8 foi inserido na Convenção a partir de debate provocado pela Argentina, pois este país pretendia atribuir proteção internacional contra a prática de sequestro e desaparecimento de filhos de opositores políticos, adotada de maneira sistemática durante a ditadura argentina. Cf. VAN BUEREN, Geraldine. *Op. cit.*, p. 118-120.

passa a desempenhar uma função de controle social.⁴⁰⁴

O Direito da Infância e a Justiça da Infância foram pensados no início do século XX como mecanismos de controle social justamente porque foram projetados para prevenir a criminalidade. Nesse momento, o Estado não assumiu o monopólio desse controle social, pois à filantropia privada e à sua burocracia foi reservada a importante função de vigilância das famílias. Trata-se do denominado sedimento da rede de proteção que gravita em torno da atual Justiça da Infância.

No Brasil, a rede de proteção encontra respaldo legal no art. 227, da Constituição da República, na medida em que impõe ao Estado, à família e à sociedade a adoção de ações conjuntas para proteção da criança e do adolescente. Especificamente, o art. 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina como diretriz da política de atendimento de criança e adolescentes a integração operacional dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Tutelar e demais órgãos encarregados das políticas sociais básicas e de assistência social, para atendimento das crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar e institucional, com vista à sua reintegração familiar ou, na sua impossibilidade, para colocação em família substituta.

A integração desses diversos organismos no atendimento à criança e adolescente corresponde à denominada rede de proteção e constitui um modelo de atuação que não se restringe às hipóteses de acolhimento institucional ou familiar. Idealmente, a rede de proteção superaria a ideia de que o atendimento das crianças e adolescentes fosse realizado apenas por meio da filantropia e por meio da institucionalização, ou seja, por meio da internação.⁴⁰⁵ Apesar desse ideal de ruptura com o modelo de atendimento baseado na relação entre Estado e filantropia privada, típico do início do século XX, percebe-se que a rede de proteção atual guarda diversas semelhanças com ele, sobretudo ao promover o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.

⁴⁰⁴ Bourdieu explica que o controle social pautado sobre um conceito de família pode ser efetuado de maneira informal (sem intervenção de autoridades estatais) ou de maneira formal (por meio do Estado). No caso do controle social informal, os indivíduos que vivem segundo o padrão familiar gozam do privilégio da normalidade, como seria a hipótese de um casal heterossexual com filhos que, em virtude de basearem seu modo de vida em um padrão de família, obtêm apoio econômico de outros familiares para a aquisição da morada familiar. O controle social formal pode ser feito por estímulos a comportamentos sociais considerados normais (por meio da definição de critérios para obter aluguel social) ou por meio de sanções repressivas. Cf. BOURDIEU, Pierre. *À propos de la famille comme catégorie réalisée*. Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 100, décembre 1993. p. 32-36.

⁴⁰⁵ DIGIÁCOMO, Murilo José. A "rede de proteção" e o atendimento espontâneo e prioritário a crianças, adolescentes e famílias. In: REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes: fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná**. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. p. 31.

Para demonstrar como o modelo de rede de proteção não rompe de forma tão explícita com o modelo de atendimento baseado na relação entre Estado e filantropia privada, cumpre examinar o relato de duas experiências de rede de proteção ocorridas no estado do Paraná, nas Comarcas de União da Vitória e de Cianorte.⁴⁰⁶

No Município de União da Vitória, o relato, elaborado pelo promotor de Justiça que atuou no caso, embora desprovido de precisão de datas e períodos, tratou da atuação da rede de proteção durante, aproximadamente, o período de 2010 a 2012, com o objetivo de redução do abandono escolar.⁴⁰⁷

Como o exame dos dois relatos é realizado para perceber que o discurso o qual baseia a rede de proteção contemporânea não se distancia daquele dos filantropos do início do século XX, é interessante notar que, para fundamentar o projeto de diminuição de abandono escolar de União da Vitória, o autor se vale de prévia explicação sobre a prevenção da prática de crimes por adolescentes, tecnicamente denominados atos infracionais.

Para ele, a prevenção geral tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é desempenhada em três níveis. A prevenção primária é exteriorizada pelas medidas garantidoras dos direitos fundamentais, como o direito à saúde, à educação, à convivência familiar, à profissionalização etc. A prevenção secundária é materializada pelos programas de apoio, de auxílio e de orientação ao jovem e à sua família, com papel importante para o Conselho Tutelar. Por fim, a prevenção terciária é efetivada por meio das medidas socioeducativas, cujo objetivo é reeducar o “adolescente em conflito com a lei.”⁴⁰⁸

A partir dessa classificação, o autor diagnosticou que

(...) os adolescentes que chegavam à situação descrita na terceira hipótese – leia-se prática de ato infracional – na maioria esmagadora dos casos, enquadravam-se em situações em que a prevenção primária e secundária não havia sido garantida em sua plenitude. Nesse levantamento, apurou-se, ainda, que as causas mais comuns se referiam à morosidade no andamento do processo e ao abandono dos bancos escolares.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ As experiências estão relatadas em REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes:** fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. 90 p.

⁴⁰⁷ CAMPOS NETO, Julio Ribeiro de. RELATO I – COMARCA DE UNIÃO DA VITÓRIA: Articulando e fomentando a rede local, no combate ao abandono escolar. *In:* REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes:** fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. p. 59-74.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 62.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 62-63.

A conclusão de que a prática de atos infracionais, isto é, de crimes praticados por adolescentes deriva da morosidade de processos judiciais ou do abandono escolar é desacompanhada de qualquer dado sobre o qual ela se baseia. Tal ausência poderia ser objeto de crítica caso se pretendesse avaliar as supostas causas da criminalidade de adolescentes. Porém, o exame da eventual existência dessa relação causal ou de como ela se operaria não é o objeto desta tese. O seu objeto é o discurso dos juristas e dos publicistas sobre o Direito da Infância, suas funções e a economia da subjetividade da infância que ele desencadeia.

Retomado esse sentido da análise, observa-se a proximidade entre os filantropos e burocratas europeus do início do século XX, ou entre os publicistas brasileiros do mesmo período, e o posicionamento do discurso do promotor de Justiça. Todos eles relacionam a necessidade de proteção de crianças e adolescentes a um controle preventivo da criminalidade.

Após descrever as medidas adotadas para acelerar o andamento dos procedimentos e processos judiciais destinados à apuração de atos infracionais, o promotor de Justiça explica quais medidas foram aplicadas para reduzir o abandono escolar. Elas são de especial interesse para demonstrar como funciona a rede de proteção e como ela faz atuar o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.

De acordo com o relato, foi assinado um termo de cooperação técnica entre os Prefeitos, Secretários Municipais de Educação e Conselheiros Tutelares dos municípios que integravam a Comarca de União da Vitória. Por meio do termo, foi instituída a Ficha de Comunicação de Aluno Ausente (FICA), cabendo às escolas preencher as fichas, comunicando o abandono do aluno ao Conselho Tutelar, o qual à remetia ao Ministério Público, para responsabilizar pais ou tutores.⁴¹⁰ Essa dinâmica demonstra o assinalamento, ou seja, a indicação de um sinal de desvio por meio de órgãos ou entidades encarregadas de vigilância familiar, com o fim de controle e de reparação do desvio assinalado.

O relato de caso menciona que a comunicação do desvio ao Ministério Público foi

⁴¹⁰ No Brasil, por exemplo, os pais que não zelam pela frequência escolar dos seus filhos podem incidir na prática do crime previsto no art. 246, do Código Penal (abandono intelectual), cuja pena é de detenção, de 15 dias a um mês, ou multa. Em caso de reiterado abandono escolar dos filhos, os pais estão sujeitos a serem destituídos do poder familiar, viabilizando a adoção de seus filhos, nos termos dos arts. 1634, I; 1635, V; 1637 e 1638, IV, do Código Civil, e arts. 22, 24 e 45, § 1.º, da Lei Federal n.º 8.069/1990. Cf. BRASIL. Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019. Cf. também BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 20 mar. 2019. A seguir, no texto, para fins de facilidade de leitura, não serão inseridas notas de rodapé para se referir a esses diplomas normativos.

considerada insuficiente para solucionar o problema do abandono escolar. Assim, a promotoria de Justiça cobrou do Conselho Tutelar postura “mais ativa”, encaminhando a ele um modelo de termo de audiência extrajudicial que ele deveria realizar para orientar e advertir os pais e os adolescentes que abandonavam a escola.⁴¹¹

Além disso, após uma reunião entre o Ministério Público, o Poder Judiciário e a equipe do Núcleo Regional de Educação da Secretaria Estadual de Educação do Paraná, decidiu-se por serem realizadas reuniões com os pais e os adolescentes que faltavam às aulas. Assim, o Núcleo Regional se encarregou de apresentar relatório com a identificação dos adolescentes que abandonaram a escola, o Conselho Tutelar se encarregou de intimar os pais para comparecimento e os municípios transportaram pais e filhos até as dependências do fórum para as reuniões.

Uma rede de televisão educativa (TV Milenium) fez matéria jornalística e um documentário sobre o abandono escolar, que foi exibido em 10 de agosto de 2010 no Cine Teatro Luz, para Prefeitos Municipais, Secretários de Educação, equipe do Núcleo Regional de Educação, Conselhos Tutelares, juiz, equipe do Ministério Público, professores, diretores de escola e para o público em geral. Esse documentário passou a ser exibido aos pais e adolescentes na audiência extrajudicial realizada no âmbito do Conselho Tutelar, como forma de conscientização contra o abandono escolar. Junto com o documentário, começou também a ser exibida uma mensagem do promotor de Justiça e do juiz da Vara da Infância de União da Vitória, destinada aos pais e aos seus filhos adolescentes que abandonaram a escola.⁴¹²

Ainda nessa audiência extrajudicial, passou a ser lavrado um auto de infração administrativa em desfavor dos pais ou responsáveis legais pelos adolescentes, em conformidade com o art. 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual determina a multa de três a 20 salários mínimos, e o dobro em caso de reincidência, para aqueles que descumprem deveres inerentes ao poder familiar, à tutela ou guarda, bem como para os que descumprem ordem judicial ou do Conselho Tutelar.⁴¹³

O relato do promotor de Justiça menciona, contudo, que, antes de serem promovidas medidas de punição pelo Ministério Público, procurou-se prevenir, razão por que uma equipe do Núcleo Regional de Educação ficou encarregada de acompanhar projetos sociais, nas escolas estaduais, e também projetos desenvolvidos em parceria com o Poder Judiciário e com

⁴¹¹ CAMPOS NETO, Julio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 65.

⁴¹² *Ibid.*, p. 68-69.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 69.

o Ministério Público.⁴¹⁴

Ainda, foi assinado um manifesto e foi lançado um plano de ação intersetorial para a redução do abandono escolar na região, com o envolvimento das escolas, Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar etc.⁴¹⁵

O Serviço Social da Indústria (Sesi), por iniciativa do Núcleo Regional de Educação, forneceu material de divulgação contra o abandono escolar, “por meio do programa *As Vantagens de Permanecer na Escola*, elaborado pela Associação Junior Achievement [*sic*].”⁴¹⁶

O relato de caso menciona, ainda, que o Ministério Público desenvolveu parceria com a Rede Marista de Solidariedade, com as Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu (Uniguaçu), justamente para fortalecer a interdisciplinaridade no combate ao abandono escolar mediante o aperfeiçoamento das redes municipais de proteção e atendimento às crianças e adolescentes.⁴¹⁷

Como resultado dessas ações, o relato afirma que, no ano de 2012, foi constatado que o abandono escolar na região do Núcleo Regional de Educação de União da Vitória foi de 1,5%, entre os adolescentes que cursavam as séries finais do Ensino fundamental, no total de 181 casos. Isso colocou a região na segunda melhor posição do Paraná, sendo que o número de estudantes que abandonaram o ensino médio ficou abaixo da média estadual. Ademais, sem a apresentação de qualquer dado comprobatório, o relato de caso associa, novamente, a relação entre criminalidade e proteção à infância ao ilustrar o resultado dessas ações com a afirmação de que houve uma redução do número de atos infracionais graves, na imposição de medidas socioeducativas mais severas (internação ou semiliberdade) e nos casos de reincidência.⁴¹⁸

Para avaliar a produção da economia da subjetividade da infância pelo Direito da Infância, o resultado positivo de redução do abandono escolar não é o foco de interesse do relato de caso. Para essa avaliação, tal relato exemplifica como o desenho institucional brasileiro forjado à imagem da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, e da sua *doutrina da proteção integral*, responde à pergunta anteriormente formulada: “Qual é a ideia de criança forjada a partir de normas e instituições que têm como finalidade tomar decisões com base no melhor interesse da criança?”.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 68.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 67-68.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 72-73.

Mais do que tratar a criança como sujeito de direito, como pessoa moralmente responsável, trata-se de um modelo institucional preocupado em afastar a criança de situações de perigo (abandono escolar, uso abusivo de álcool pelos pais, saneamento inadequado da residência, abuso sexual etc.), valendo-se do princípio do melhor interesse da criança para legitimar as medidas de proteção adotadas (visita do Conselho Tutelar, audiência perante esse Conselho, com exibição de explicações do Ministério Público e do Poder Judiciário, acompanhamento de programas sociais pelo Núcleo Regional de Educação, fiscalização das famílias para avaliar se houve retorno à escola, imposição de multa aos pais ou responsáveis renitentes associada a outras medidas de responsabilização legal etc.).

Esse desenho institucional do Direito da Infância corresponde, desse modo, a um controle social baseado no dispositivo do assinalamento e da diluição da pena. Por meio do assinalamento, um professor, um assistente social ou um vizinho noticiam ao Conselho Tutelar ou ao Ministério Público a existência de uma criança ou de uma família em situação de perigo, desencadeando a atuação desses entes estatais para eliminar esse risco.⁴¹⁹

A eliminação do risco envolve um controle social com apoio estatal independente da intervenção do Poder Judiciário, pois, como visto, esse controle pode ser efetuado por órgãos vinculados ao Poder Executivo, como o Centro de Referência de Assistência Social – CRAS (para avaliar as condições da residência familiar) e como o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS (para tratamento dos pais contra o uso abusivo de álcool ou outras substâncias entorpecentes), ou por órgãos autônomos, como é o Conselho Tutelar.

Essas interferências estatais, diferentemente de um processo judicial destinado a apurar um crime ou a avaliar a necessidade de destituição do poder familiar, são promovidas a despeito de qualquer possibilidade de contraditório (exposição de argumentos por advogado de defesa) ou de exame de um árbitro independente (juiz). É curioso perceber no relato de caso do abandono escolar que o juiz é mencionado como alguém que grava um vídeo com o objetivo de prevenir o abandono e não como um órgão encarregado de apreciar e julgar processos, com imparcialidade, que demanda a inércia, a ausência de tomada de iniciativas sobre causas individuais ou sociais, pois isso poderia comprometer justamente sua imagem de imparcialidade.

O Juiz da Infância é, sobretudo, um gestor de interesses, destinado a compatibilizar o interesse da sociedade em prevenir a criminalidade, com o interesse dos pais bem-

⁴¹⁹ DONZELOT, Jacques. *Op. cit.*, p. 103. Donzelot analisa o funcionamento institucional do Direito da Infância francês. Assim, no seu exame, o assinalamento pode ser feito por uma professora, um vizinho ou trabalhador social, mas é direcionado ao juiz de menores (e não ao Conselho Tutelar ou ao Ministério Público).

intencionados em ter o filho instruído em uma profissão e com o interesse dos filhos em se verem protegidos de pais indignos que explorem o seu trabalho e o privem do estudo.

O assinalamento, então, compreende a notícia apresentada por uma professora, por um vizinho ou por uma assistente social aos entes estatais (ao Ministério Público ou ao Conselho Tutelar, especialmente) acerca de uma situação de perigo que aflige as crianças e sua família, estimulando a atuação desses entes para remover o perigo noticiado.

E, importante frisar, por que ocorre o assinalamento? Porque essa professora, esse vizinho ou essa assistente social se deparam com indivíduos de um grupo familiar que não se portam em conformidade com o modelo de família considerado normal. No relato, o abandono escolar é o sinal do desvio, mas poderiam ser o uso abusivo de álcool ou outras drogas ou a conduta sexual inapropriada os sinais de anormalidade.

Essas condutas demandam o assinalamento, ou seja, a notícia do comportamento anormal aos entes estatais encarregados de sancioná-lo e de adotarem as medidas necessárias para conduzi-lo à normalidade, medidas correspondentes à outra vertente do dispositivo, a chamada diluição da pena. Esta refere-se a um controle social sobre a família que tende ao infinito ou, nas palavras de Donzelot, corresponde a uma capitalização da vigilância praticada pelas sucessivas instâncias de intervenção corretiva.⁴²⁰

No processo criminal tradicional, o indivíduo acusado de uma conduta desviante é submetido a um processo judicial baseado em uma instrução fundada no contraditório (acusação e defesa apresentam suas provas e argumentos) que culmina com uma decisão (condenação ou absolvição) sucedida pela execução da pena, em caso de condenação. A pena passível de ser imposta está delimitada pela lei previamente à prática da conduta criminosa, como estatui o princípio da legalidade.

Diferentemente, a diluição da pena típica do Direito da Infância submete a família, não apenas um indivíduo, a uma rede, à chamada rede de proteção, capaz de se expandir e de se contrair em conformidade com os sinais de desvios apresentados, mas cuja elasticidade permite a ela uma presença constante.

No exemplo hipotético, o abandono escolar foi o sinal noticiado pela escola ao Conselho Tutelar. Esse órgão, por sua vez, poderia capitalizar o controle social, a vigilância sobre a família, ao identificar o uso abusivo de álcool ou de outras substâncias entorpecentes pelos pais e, novo assinalamento, aciona o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS e o Centro de Referência de Assistência Social – CRAS. A rede de proteção, agora, expande-se ao CAPS e ao CRAS.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 103.

A assistente social do CRAS poderia capitalizar novamente o controle social da família desviante ao obter o relato de abuso sexual contra uma criança e, ao acionar o Ministério Público, expandindo, novamente, a rede de proteção.

O agente ministerial, ao seu turno, capitalizaria a vigilância sobre a família ao requisitar inquérito policial para investigar o abuso sexual e ao propor ação judicial para afastamento da criança supostamente abusada em relação ao seu genitor agressor e para destituí-lo do poder familiar, cumulando o pedido de tais medidas com o pedido de acolhimento da criança. A rede de proteção é mais uma vez expandida, ao incluir a Polícia Judiciária para investigar o suposto abuso e o Poder Judiciário para apreciar o processo de destituição do poder familiar.

Apenas após essa etapa de judicialização haverá contraditório, com intervenção de advogado no interesse da família afetada. Antes disso, o controle social com apoio estatal é desprovido do contraditório, salvo se a família, de própria iniciativa, tiver procurado advogado ou mesmo o Ministério Público para questionar a intervenção do Conselho Tutelar, do CAPS ou do CRAS, o que a prática revela ser extremamente raro.

A diluição da pena compreende o controle social vigilante sobre a família, valendo-se de sucessivas instâncias de intervenção corretiva (escola, Conselho Tutelar, CAPS, CRAS, Ministério Público, Polícia Judiciária, Poder Judiciário etc.) articuladas em rede.

Diferentemente da imposição de uma pena criminal, as consequências da atuação dessa rede não estão previamente definidas em lei, pois, como não há julgamento formal de uma conduta desviante, a criança e os membros de sua família não dispõem de meios para conhecer essas possíveis consequências. Haverá internação psiquiátrica dos pais? As crianças deverão ser acolhidas institucionalmente? Em virtude do abuso de álcool dos pais, será mesmo necessária a destituição do poder familiar? O poder público auxiliará nas dificuldades de saneamento da residência? As respostas a essas questões não estão previamente definidas em lei, tal como nortearia o princípio da estrita legalidade oriundo do Direito Penal.

Exemplo ilustrativo da ausência de definição legal da sanção a ser imposta em virtude da prática de certa conduta, indefinição característica da diluição da pena, pode ser encontrado no segundo relato de caso, o de Cianorte, elaborado por promotora de Justiça que nele atuou.

Antes de se analisar a diluição da pena contida nesse relato, para ressaltar como a rede de proteção se articula entre entes públicos e privados, tal como pensado pelos filantropos e publicistas do início do século XX, é interessante notar as entidades indicadas como integrantes da rede de proteção dessa Comarca: o Conselho Tutelar, o Centro de

Educação Infantil, o Serviço de Obras Sociais, a Associação de Proteção à Maternidade e Infância, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS e a associação Rainha da Paz, entre outras.⁴²¹

Ainda, a descrição da origem dessa associação Rainha da Paz é reveladora da proximidade entre o modelo de controle social do Direito da Infância do início e da primeira metade do século XX (a denominada *doutrina da situação irregular*) e o modelo de controle social da denominada *doutrina da proteção integral*. A associação teve origem no trabalho de um “grupo de voluntários, tendo à frente a Irmã Benigna Nazari, pertencente à Congregação das Irmãs filhas da Caridade de São Vicente de Paulo”⁴²² e teve como foco o atendimento a crianças e adolescentes, “em trajetória de rua, cada vez mais vulneráveis à drogadição, a abusos e à exploração sexual.”⁴²³ Como no início do século, o Direito da Infância e a rede institucional que o dinamiza estão associados ao salvacionismo cristão e ao controle social da pobreza.

Após menção das entidades componentes da rede de proteção de Cianorte, a promotora de Justiça relata suas ações desenvolvidas. Entre elas, para melhor se compreender a diluição da pena, destacam-se:

As ações de proteção às crianças foram executadas pela rede, porém alguns desafios são postos para o resgate de valores de convivência familiar. Dentre eles está a aceitação de tratamento para desintoxicação e acompanhamento, potencializando a família, para que ela possa adquirir novamente o poder familiar, com responsabilidade, consciência e afeto.⁴²⁴

Embora muito sintético, o trecho se refere, provavelmente, a ações judiciais de acolhimento institucional cumuladas com pedidos de suspensão ou de destituição do poder familiar motivadas pelo uso abusivo de substâncias entorpecentes ou álcool por parte dos pais. Nesses casos, a rede de proteção atua para que os pais aceitem o tratamento para esse uso abusivo, sob pena de sofrerem a destituição do poder familiar, a qual não é uma sanção legal necessária para o uso abusivo dessas substâncias, mas poderá ser a sanção aplicada em caso de ausência de adesão ao tratamento proposto pela rede de proteção.

Durante o processo judicial de acolhimento institucional dos filhos, a rede de

⁴²¹ LIMA, Elaine Cristina de. RELATO II – COMARCA DE CIANORTE: Conquistas e desafios de uma rede em formação. In: REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes: fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná**. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. p. 76.

⁴²² *Ibid.*, p. 81.

⁴²³ *Ibid.*, p. 81.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 80-81.

proteção, por meio de assistentes sociais, apresenta relatório ao Juízo da Infância, para informar se os pais aderiram ao tratamento e, em caso positivo, como tem sido sua evolução.

A partir desses relatórios e da confiança de que os pais aderiram ao tratamento com empenho, o Juízo da Infância poderá determinar o desacolhimento dos filhos para reinserção familiar, ou seja, para voltarem a conviver com os seus pais. Do contrário, poderá ser declarada a destituição do poder familiar, com a conseqüente colocação dos filhos para adoção.

No entanto, mesmo na primeira situação, a de os pais terem aderido ao tratamento e de ter havido a reinserção familiar, o processo de acolhimento institucional não se encerra de imediato, pois outras avaliações e subsequentes relatórios sobre a família são apresentados ao Juízo da Infância, justamente para certificar que o desacolhimento tenha ocorrido no interesse dos filhos e que os pais permanecem em tratamento ou se recuperaram, revelando aptidão para cuidar deles.

Esses relatórios posteriores podem revelar o contrário, que os pais, após o desacolhimento, abandonaram o tratamento ou que, por qualquer razão, não são aptos a cuidar dos filhos. Nessa hipótese, pode ocorrer novo acolhimento institucional, com novo ciclo de avaliações, relatórios e conselhos de quais medidas os pais devem adotar para recuperar seus filhos, sob pena da destituição do poder familiar.

Percebe-se como o argumento de proteção à criança em face dos pais que abusam de álcool e outras substâncias entorpecentes autoriza à rede promover, ou não, a destituição do poder familiar de acordo com a adesão dos pais ao padrão comportamental considerado adequado pela rede de proteção. Assim, a sanção jurídica não está definida de modo estrito e necessário. Ao contrário, ela pode, ou não, ser aplicada.

O conteúdo da sanção jurídica é indefinido, pois os pais não sabem, de antemão, quais condutas devem adotar para recuperar a guarda de seus filhos acolhidos e só terão conhecimento delas após os relatórios da rede de proteção. A incidência da sanção é flexibilizada no espaço, pois a pena não é cumprida na prisão, mas por meio de avaliações dos pais em sua residência ou no local de tratamento. Por fim, a pena é flexibilizada temporalmente, pois o período de avaliação da conduta dos pais é indeterminado, dependendo do que a rede de proteção considerar conveniente.

Ao se valer de analogia com o Direito Penal, pode-se afirmar que o princípio da estrita legalidade, fundamento da imposição de penas criminais, não orienta a rede de proteção, pois, discursivamente, ela não atuaria para punir, mas para proteger as crianças e as famílias e, desse modo, sua atuação não é disciplinada pelo regime jurídico penal. O CAPS e

o CRAS, por exemplo, avaliam o caso concreto para, com base nos critérios de oportunidade e conveniência, praticarem os atos protetivos pertinentes (tratamento psiquiátrico dos pais, inserção da família em programas sociais ou habitacionais, tratamento psicológico das crianças por conta do suposto abuso sexual, apoio psicopedagógico das crianças para evitar a evasão escolar etc.).

A diluição da pena é, portanto, uma figura de linguagem para descrever, com base na analogia com a estrita legalidade orientadora da pena criminal, a realidade pela qual a atividade interventiva e corretiva da rede de proteção tem efeito duradouro, sucessivo e imprevisível. Ora, conforme os diversos assinalamentos se sucedem (abandono escolar, uso abusivo de álcool pelos pais e abuso sexual dos filhos), novos agentes da rede interferem na dinâmica do grupo familiar atingido, podendo produzir novos assinalamentos (a escola assinala o abandono escolar para o Conselho Tutelar, que assinala o uso abusivo de álcool para o CAPS e a estrutura residencial deficitária para o CRAS, que assinala o suposto abuso sexual para o Ministério Público etc.), cujos efeitos da intervenção estatal são imprevisíveis antes de a intervenção se operar.

Os dois eixos do Direito da Infância operados na prática socioinstitucional – assinalamento e diluição da pena – desempenham a função típica de controle social dos grupamentos familiares de acordo com um padrão de normalidade familiar. Se o abandono escolar é desviante, a família normal tem seus filhos matriculados e frequentando a escola. Se o uso abusivo de álcool é desviante, a abstinência ou um determinado uso qualificado como tolerável são características da família normal. Se existe o abuso sexual, existe uma norma de práticas sexuais admitidas no âmbito familiar e outras que são vedadas.

Ao intervirem sobre determinado grupamento familiar em decorrência de seus desvios em face da família normal, os agentes e órgãos estatais integrantes da rede de proteção (escola, Conselho Tutelar, CRAS, Ministério Público, associações, fundações etc.) contribuem para a formação do sentido socialmente compartilhado de família normal, pois expõem o que é a norma e o que é o desvio aos vizinhos desse grupamento e às próprias pessoas integrantes da rede de proteção (professores, pedagogos, assistentes sociais, membros do Ministério Público, psicólogos, juízes, delegados de polícia etc.). Definir o normal é exercer controle social.

A família normal e o seu sentido de privacidade (frequência escolar obrigatória dos filhos, uso socialmente adequado do álcool, práticas sexuais comunitariamente aceitas etc.) são, desse modo, legatários de uma atuação do poder público (escola, CRAS, CAPS, Ministério Público, Poder Judiciário etc.) e dos entes privados que compõem a rede de

proteção (associações, redes de televisão, Igreja, fundações etc.), embora essa atuação não tenha papel determinista da normalidade familiar e privada.

Em outras palavras, se a família e a intimidade normais são praticadas no âmbito privado, o próprio sentido de âmbito privado e do que nele se pode fazer são também construídos pela atividade da rede protetiva. Por isso, a interação entre os indivíduos integrantes do grupamento familiar e os indivíduos componentes da rede, ao contribuir para o estabelecimento da normalidade familiar e privada, também coloca em xeque a divisão tradicional entre público (espaço estatal) e privado (espaço imune à interferência estatal).⁴²⁵ Em suma, a norma e o desvio não são realidades ônticas, não são dados da natureza; a norma e o desvio são interações sociais.⁴²⁶

A interação social que produz o sentido de família normal, no âmbito do Direito da Infância, relaciona-se ao funcionamento do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena. Entre os discursos empregados para justificar a prática institucional do assinalamento e da diluição da pena está a afirmação de que o Direito da Infância tem finalidade protetiva da criança, defendendo-a dos abusos e negligências, especialmente de seus pais. A proteção, contudo, no âmbito da capitalização da vigilância promovida pela diluição da pena, tem caráter punitivo, de restrição da liberdade e das escolhas individuais. Essa ambiguidade entre proteção e punição se manifesta também no âmbito da regulamentação normativa dos processos voltados à apuração e à responsabilização de adolescentes acusados da prática de crimes (os chamados atos infracionais).

⁴²⁵ Essa interação coloca em xeque as imagens de segregação entre o espaço público e o espaço privado, como anota Bourdieu, que inspirou a análise acima: “.. uma história social do processo de institucionalização estatal da família exporia que a oposição tradicional entre o público e o privado esconde o modo como o público está presente no privado, no sentido mesmo de *privacy*. Na qualidade de produto de um longo trabalho de construção jurídico-política do qual a família moderna é o resultado, o privado é um assunto público. A visão pública (o *nomos*, no sentido, desta vez, de *lei*) é profundamente envolvida na nossa visão das coisas domésticas, e nossas condutas mais privadas dependem de ações públicas, como a política habitacional ou, mais diretamente, a política da família.” Tradução livre de: “... *une histoire sociale du processus d’institutionnalisation étatique de la famille ferait voir que l’opposition traditionnelle entre le public et le privé masque à quel point le public est présent dans le privé, au sens même de privacy. Étant le produit d’un long travail de construction juridico-politique dont la famille moderne est l’aboutissement, le privé est une affaire publique. La vision publique (le nomos, au sens, cette fois, de loi) est profondément engagée dans notre vision des choses domestiques, et nos conduites le plus privées elles-mêmes dépendent d’actions publiques, comme la politique du logement ou, plus directement, la politique de la famille.*” (BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 36.).

⁴²⁶ Cf. BECKER, Howard S. *Op. cit.*, 9 %.

2 A DOMESTICAÇÃO DO DIREITO

Uma das características do Direito da Infância do início do século XX é a ambiguidade do caráter sancionatório das medidas aplicáveis às situações desviantes da norma. A ambiguidade decorre da circunstância de essas medidas serem declaradas como protetivas da criança ou da família desviantes, mas, de fato, implicarem restrições à liberdade ou à privacidade da criança ou da família, denotando sua função punitiva.

Essa característica persiste no Direito da Infância da segunda metade do século XX e, no Brasil, ela é presente em diversas sanções aplicáveis ao desvio da normalidade, especialmente visível na sanção incidente em virtude da prática de ato infracional por adolescente. O nome dessa sanção é simbólico da ambiguidade entre proteção e punição: medida socioeducativa.

No Brasil, parte da bibliografia especializada sobre atos infracionais critica essa ambiguidade e sustenta a necessidade de reconhecer a função punitiva da medida socioeducativa e, a partir desse reconhecimento, introduzir no processo judicial para apuração da responsabilidade por ato infracional as garantias materiais e processuais que os adultos acusados da prática de crimes detêm. Essa corrente também defende a introdução, no conceito de ato infracional, das regras de imputação oriundas do Direito Penal.

Com o reconhecimento do caráter punitivo da sanção decorrente de ato infracional, pretende-se rejeitar o argumento de que ela teria caráter protetivo e, por isso, objetiva-se atrair, para o Direito da Infância, as garantias processuais e materiais que o Direito Penal e o Direito Processual Penal asseguram ao adulto, acusado da prática de crime.

A partir da década de 1960, a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu algumas decisões que visaram a domesticar as cortes e o Direito das unidades federadas relativo à apuração da responsabilidade de adolescentes pela prática de crimes (casos *Kent*, *Gault* e *Winship*). Essas decisões reconheceram o caráter ambíguo da sanção aplicável ao adolescente que pratica crime e, especialmente, reconheceram que, estabelecido o caráter punitivo da sanção aplicável, diversas garantias processuais ofertadas aos adultos deveriam também ser ofertadas aos adolescentes (como o direito de ser representado por advogado).

Contudo, após décadas, tem-se notado que a domesticação constitucional das *Juvenile Courts* nos Estados Unidos produziu efeitos opostos à sua intenção declarada de proteger processualmente os adolescentes acusados de crimes. Notou-se, sobretudo, que houve o recrudescimento das penas aplicáveis aos adolescentes e a seletividade do grupo populacional de adolescentes responsabilizados por crimes, pois a maioria deles correspondia

a jovens negros.

Na medida em que a crítica feita no Brasil às regras materiais e processuais de apuração de ato infracional praticado por adolescente visa à introdução das garantias liberais ofertadas a adultos acusados de crimes, tal como ocorreu nos Estados Unidos, torna-se importante a análise da crítica da domesticação constitucional das *Juvenile Courts* para o fim de problematizar os limites da introdução dessas garantias no Direito brasileiro.

2.1 *PARENS PATRIAE DOCTRINE*: “O PIOR DOS DOIS MUNDOS”

Morris Kent Jr., aos 16 anos, foi preso por, supostamente, ter invadido uma residência, roubado e praticado um estupro, em setembro de 1961. Inicialmente, sua estratégia de defesa se concentrava na alegação de que ele era insano (*insanity defense*) e, por isso, não poderia ser criminalmente responsabilizado. Porém, como Kent era um adolescente, ele devia, inicialmente, ser julgado pela *Juvenile Court* do Distrito de Columbia (*District of Columbia*).

A competência da *Juvenile Court* trazia um problema para a estratégia de defesa, pois o seu regulamento datado de 1938 não permitia a discussão acerca da insanidade mental e, por consequência, não permitia discutir sobre a responsabilidade criminal de Kent. Em outras palavras, adaptadas para os conceitos do Direito Penal brasileiro, na *Juvenile Court* não se podia alegar a inimputabilidade penal.⁴²⁷

O fundamento para proibir o debate sobre a imputabilidade penal na *Juvenile Court* era assentado sobre a chamada *parens patriae doctrine* (doutrina do *parens patriae*), base essencial da *Juvenile Justice*, do Direito da Infância estadunidense cuja explicação deve ser feita para se compreender o caso Kent.

A *parens patriae doctrine* tem origem no direito inglês e servia para proteger os interesses patrimoniais da Coroa durante o processo sucessório, estabelecendo uma autoridade real para administrar a herança de herdeiros reais órfãos. Em outras palavras, trata-se de uma figura jurídica pela qual um terceiro administra o patrimônio do menor e no interesse deste.⁴²⁸

Em 1838, a *parens patriae doctrine* ingressou no Direito estadunidense no julgamento do caso *Ex parte Crouse*. A mãe de Mary Ann Crouse solicitou sua internação na *Philadelphia House of Refuge*. O pai da criança questionou o confinamento sem prévio

⁴²⁷ A discussão detalhada sobre o caso *Kent*, com a análise dos argumentos da defesa e dos diversos recursos judiciais e dos fundamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser encontrada em MANFREDI, Christopher P. *Op. cit.*, p. 53-79.

⁴²⁸ FELD, Barry. *Op. cit.*, p. 52.

juízo por um júri. A Suprema Corte da Pennsylvania julgou o caso, desproveu o pleito do pai e, como fundamento, valeu-se da *parens patriae doctrine*.

A corte sustentou que, com a internação de Mary Ann Crouse, ela seria educada nos princípios da moral e da religião e aprenderia os meios para se sustentar e, além disso, seria apartada das más influências. Se os pais não eram capazes de educar seus filhos, como os pais de Mary Ann, eles deviam ser substituídos por *parens patriae*, ou seja, a comunidade, por meio da internação, devia os substituir, atuando como guardiã de Mary Ann.

Segundo a corte, tal substituição da guarda dos cuidadores de Mary Ann era necessária porque a comunidade tem um interesse prevalente de que cada um de seus membros seja virtuoso. Ademais, trata-se de um ato benigno impedir que a criança persista em um caminho que a conduzirá para a depravação. E, na medida em que a internação de Mary Ann era um ato benigno, ela não precisava ser antecedida de um processo judicial pautado por garantias processuais, tal como seu pai havia pedido.⁴²⁹

A partir desse caso, a *parens patriae*, concebida como um instrumento para proteção patrimonial de menores incapazes de gerir seu patrimônio, é empregada para justificar a substituição dos pais pelo Estado nas hipóteses em que eles são qualificados como inaptos ou negligentes no exercício de sua autoridade sobre os filhos.⁴³⁰

À semelhança do interesse da criança elaborado no Direito francês do fim do século XIX, a *parens patriae doctrine* pressupõe um interesse da criança que, em virtude de sua incapacidade civil, não pode ser manifestado voluntariamente por ela, cabendo a um terceiro, o Estado, identificá-lo e defendê-lo, especialmente contra os pais, nas hipóteses em que são considerados inaptos ou negligentes. Tal qual o interesse da criança, a *parens patriae doctrine* é uma ferramenta que permite abrir a privacidade do lar aos olhares públicos. E não há como se opor ao olhar público, pois o interesse da criança ou a *parens patriae doctrine* são legitimados pela benignidade, o bem-fazer do Estado no interesse da criança.

E é justamente essa chave interpretativa da *parens patriae doctrine* que viabiliza a compreender a razão pela qual, no caso Kent, não era viável a alegação de insanidade, de inimputabilidade, perante a *Juvenile Court* do Distrito de Columbia. Ora, essa proibição se fundamentava na ideia de que a *Juvenile Justice* apenas podia conduzir a um julgamento benigno de Kent, pois, na *Juvenile Court*, não se pretende punir, mas se pretende ofertar ao jovem o tratamento de que ele precisa. O processo não é criminal, que pode culminar em uma

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 52-53.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 52-53.

punição. O processo é cível, podendo resultar um tratamento sempre benigno e pautado no interesse do adolescente. Por isso, a alegação de inimputabilidade era desprovida de sentido e inviável de ser alegada, pois não haveria motivo para sustentar a inimputabilidade a fim de evitar uma sanção que, em última instância, corresponde a uma proteção.

Não bastasse a inviabilidade de discutir a imputabilidade penal de Kent, uma semana após a sua prisão, a *Juvenile Court* analisou seus registros anteriores e um relatório sobre a sua *probation* (ele cumpria *probation* desde 1959, em virtude de outras invasões de residência e furtos) e entendeu que ele atendia aos requisitos para ser julgado pela *Criminal Court* (justiça criminal dos adultos). Assim, a *Juvenile Court* decidiu por transferir seu caso para a *Criminal Court* (a chamada *waiver decision*). Seu advogado, contudo, havia requerido uma audiência judicial antes da *waiver decision*, bem como havia requerido acesso aos seus registros anteriores. Nenhum de seus pleitos foi atendido.

A defesa impugnou por diversos meios a *waiver decision*, e as cortes superiores negaram seu pleito. A estratégia defensiva, antes pautada sobre a inimputabilidade de Kent, passou a se ater à contestação da *waiver decision* e à necessidade de essa decisão de transferência de órgão jurisdicional (da *Juvenile Court* para a *Criminal Court*) ter sido precedida de observância a garantias processuais correspondentes ao acesso do advogado de defesa aos registros de Kent perante a *Juvenile Court* e à audiência prévia.

Do mesmo modo que a estratégia de defesa se alterou, é interessante notar que a função da *parens patriae doctrine* também recebeu novos contornos nesse caso. Inicialmente, ela se apresentou como fundamento para impedir a alegação de inimputabilidade. Posteriormente, com a mudança da ênfase defensiva sobre as garantias processuais, a *parens patriae doctrine* embasa o afastamento dessas garantias sob fundamento de que a *waiver decision* integra o processo da *Juvenile Justice*; como esse é um processo cível, ele é benigno e, diante dessa inaptidão de o processo cível causar mal, é desnecessário ele ser pautado pelas garantias processuais criminais que protegem o cidadão do mal que pode ser produzido contra ele por meio de um processo criminal.

Após anos de impugnações processuais e após dois exames psiquiátricos de Kent, teve início seu julgamento perante a *Criminal Court* em março de 1963. A defesa, valendo-se de oito psiquiatras, tentou alegar a inimputabilidade de Kent relativamente a todos os fatos de que ele era acusado. A acusação, por sua vez, argumentou que ele teve a intenção deliberada de invadir e roubar os apartamentos e que os estupros decorreram de uma atitude incontrolável. Essa tese foi acolhida e Kent foi condenado pela prática das invasões de residência e pelos roubos, mas foi absolvido das acusações de estupro por ter sido considerado

inimputável quanto a elas (*by reason of insanity*). Ele recebeu uma pena de trinta a noventa anos de prisão.⁴³¹

A defesa de Kent, no entanto, logrou êxito em submeter o caso a julgamento perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, especificamente para examinar a validade da decisão que transferiu a competência para julgar o processo, da *Juvenile Court* para a *Criminal Court*, a *waiver decision*.

A Suprema Corte decidiu que não cabia a ela determinar se Kent devia, ou não, ser julgado pela *Juvenile Court* ou pela *Criminal Court*. Porém, a Suprema Corte entendeu que essa decisão de transferência teve efeitos extremamente graves, pois, perante a justiça criminal dos adultos, Kent foi exposto à possibilidade de uma sentença de pena de morte e, caso fosse julgado pela *Juvenile Court*, ele receberia um “tratamento” (a decisão não emprega a expressão pena, usando *treatment*) de cinco anos, até a idade máxima de 21 anos.

Diante da gravidade dos efeitos da *waiver decision*, não seria concebível no sistema de direito estadunidense que ela fosse tomada sem formalidades, tais como uma audiência prévia e uma efetiva representação por advogado e sem a devida fundamentação. Se a Justiça para os adultos não procede dessa maneira informal, ela também não poderia assim proceder com as crianças.⁴³²

Ademais, a Suprema Corte questiona o uso da *parens patriae doctrine* no caso Kent. Para a Suprema Corte, a *Juvenile Justice* é baseada em uma doutrina de bem-estar social (*social welfare philosophy*), seus processos são qualificados como cíveis e não são qualificados como processo criminais, pois ela é focada em reabilitar a criança, atender as suas necessidades e as da sociedade, em vez de apenas apurar a responsabilidade criminal daquela. Porém, para a Suprema Corte, o fato de o Estado assumir funções “paternais” e protetivas não é um convite ao arbítrio.

Em virtude da perspectiva de que o Estado atua como *parens patriae* e não como acusador e julgador da criança, tem se sustentado que ela não pode reclamar da privação de importantes direitos que os adultos gozam nos processos criminais, como a fiança, o direito de não se autoacusar, o direito de confrontar seus acusadores e o direito de ser defendida por um advogado (salvo no Distrito de Columbia, onde havia o direito ao advogado).⁴³³

No entanto, a Corte reconhece que, apesar dos honoráveis propósitos das *Juvenile*

⁴³¹ *Ibid.*, p. 62-63.

⁴³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 383 U.S. 541 (1966), 553-554. Kent. United States. **Justia**. [s.l.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/541/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁴³³ *Ibid.*, p. 554-555.

Courts, estudos e críticas têm questionado se elas atendem seus objetivos teóricos de proteção e reabilitação a ponto de justificar a ausência de adoção das garantias processuais asseguradas aos adultos.⁴³⁴

Existem muitas evidências de que algumas *juvenile courts*, incluindo a do Distrito de Columbia, carecem de pessoal, estrutura e técnicas para atender adequadamente a doutrina do *parens patriae*, ao menos no tocante às crianças acusadas de terem praticado crime. Existe a evidência, de fato, para questionar se, em verdade, a criança recebe o pior de ambos os mundos: ela não recebe nem as proteções asseguradas aos adultos e nem o cuidado solícito e o tratamento regenerativo postulado para as crianças.⁴³⁵

Na medida em que a transferência de competência da *Juvenile Justice* para a *Criminal Justice* expôs Kent à possibilidade de uma sentença de pena de morte, em vez de uma sentença de confinamento de até cinco anos (o máximo que estaria sujeito na *Juvenile Justice*), a Suprema Corte decidiu que a validade da *waiver decision* dependia da prévia audiência, da assistência por advogado e da possibilidade de o advogado acessar os registros e relatórios existentes sobre Kent.⁴³⁶

Como resultado, a Suprema Corte decidiu que, costumeiramente, ela iria reverter a decisão da instância inferior e enviaria o caso de Kent para a *Juvenile Court* decidir sobre a transferência de competência novamente, assegurando as garantias processuais. Contudo, no momento em que o caso foi avaliado pela Suprema Corte, Kent havia passado da idade de 21 anos e, por isso, a *Juvenile Court* não tinha mais competência para apreciar seu processo. Diante dessa circunstância, a Corte decidiu enviar o processo à *Criminal Court* para, nela, realizar-se nova audiência pertinente à decisão de transferência de competência (*waiver decision*), com as garantias processuais adequadas (representação por advogado e possibilidade de ele consultar todos os relatórios e registros referentes a Kent).⁴³⁷

Se, nessa nova audiência na *Criminal Court*, fosse deliberado que a transferência de competência era inapropriada, então a condenação de Kent deveria ser anulada. Se, ao contrário, a *Criminal Court* considerasse adequada a transferência de competência, ela

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 555.

⁴³⁵ Tradução livre de: “*There is much evidence that some juvenile courts, including that of the District of Columbia, lack the personnel, facilities and techniques to perform adequately as representatives of the State in a parens patriae capacity, at least with respect to children charged with law violation. There is evidence, in fact, that there may be grounds for concern that the child receives the worst of both worlds: that he gets neither the protections accorded to adults nor the solicitous care and regenerative treatment postulated for children.*” *Ibid.*, p. 555-556.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 557.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 564.

poderia julgar o processo de Kent.⁴³⁸

É importante trazer a análise de Manfredi sobre a decisão do caso Kent, pois ela aborda interessantes aspectos acerca da ambiguidade entre punição e proteção que caracteriza o Direito da Infância.

Para o autor, o caso de Kent não permitiu uma discussão sobre a reforma da *Juvenile Court*, pois a Suprema Corte presumiu que a *waiver decision* era importante porque podia transferir o processo para a *Criminal Court*, na qual ele poderia ser punido mais severamente (trata-se do argumento de que ele poderia ser sentenciado à pena de morte na *Criminal Court* e, na *Juvenile Court*, sua pena máxima seria de cinco anos de privação de liberdade).⁴³⁹

Porém, essa era apenas uma suposição, haja vista que a Suprema Corte não dispunha de dados para avaliar isso empiricamente. Manfredi cita um estudo de 1984 do *Citizens' Committee for Children of New York*, demonstrativo de que apenas 4% dos adolescentes julgados nas *Criminal Courts* receberam penas mais severas do que receberiam caso tivessem sido julgados pela *Juvenile Court*. Se a Suprema Corte dispusesse desses dados no julgamento do caso Kent, talvez ela não teria assumido uma postura defensora do ideal protetivo da *Juvenile Court*.⁴⁴⁰

Como destaca Manfredi, a Suprema Corte não elaborou uma crítica à doutrina do *parens patriae*. Ao contrário, a decisão entendeu que a *parens patriae* e seu ideal protetivo e reabilitativo são importantes e adequados para o processo judicial que apura a responsabilidade criminal de adolescentes. Para a Suprema Corte, o problema estava na falta de pessoal, de estrutura e de técnica para concretizar esse ideal. Por isso, as crianças receberiam o “pior dos dois mundos”, sem a proteção processual dos adultos e sem o tratamento reabilitativo e protetivo das crianças.

Nessa medida, a Suprema Corte supôs que a *parens patriae doctrine* era adequada, devendo apenas ser reforçada com a extensão a ela de aspectos do devido processo legal (defesa por advogado e acesso a ele dos registros pertinentes ao adolescente, antes da *waiver decision*).⁴⁴¹

Dessa maneira, a Suprema Corte, no caso Kent, não foi capaz de questionar a *parens patriae doctrine* e a ambiguidade de proteção e punição que ela carrega consigo. Para Manfredi, a Suprema Corte apenas pôde efetuar essa avaliação nos casos Gault e Winship, o que justifica examiná-los.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 565.

⁴³⁹ MANFREDI, Christopher P. *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 78.

Gerald Gault era oriundo de uma família pobre, de etnia branca, e residente na cidade de Globe, Arizona. Gerald tinha 13 anos em 1962, quando foi acusado de ter furtado uma luva de *baseball* de outro menino, tendo seu caso sido levado para a apreciação da *Gila County Juvenile Court*. Em fevereiro de 1964, a polícia o encontrou na companhia de outro colega que, supostamente, havia furtado uma carteira pertencente a uma mulher. Nessa ocasião, a Corte ordenou a Gerald a se manter longe de problemas (*stay out of trouble*) e o colocou sob *probation* pelo período de seis meses. Dois meses antes do término desse período, uma vizinha reclamou às autoridades que Gerald havia efetuado uma ligação de telefone a ela com conteúdo obsceno.⁴⁴²

Em 8 de junho de 1964, a mãe de Gerald, Marjorie Gault, retornava do trabalho às 18h e soube que Gerald e seu amigo Ronnie Lewis foram levados pela polícia. Na casa de detenção de jovens infratores (*juvenile detention home*), ela soube que haveria uma audiência sobre o caso às 15h do dia seguinte. Em 9 de junho de 1964, a *Gila County Juvenile Court* apreciou uma petição do *probation officer*, requerendo uma ordem para a proteção e confinamento de Gerald. A audiência foi realizada na presença de Gerald, sua mãe, seu irmão mais velho e de dois *probation officer*, além do juiz. A decisão não foi tomada nesse dia e Gerald permaneceu detido por mais três dias.

Gerald foi entregue a seus pais no dia 12 de junho de 1964, quatro dias após a sua detenção. Nessa data, sua mãe foi notificada sobre uma segunda audiência, que ocorreria no dia 15 de junho. Nela, estiveram presentes, o pai e a mãe de Gault, o *probation officer*, Ronnie Lewis e seu pai. Como resultado da audiência, o juiz decidiu internar Gerald no *Arizona Industrial School* por um período indeterminado, o que poderia implicar seis anos de confinamento. Como explica Manfredi, um adulto que praticasse uma infração similar (correspondente a proferir obscenidades na presença de mulheres ou crianças) estaria sujeito a uma pena máxima de dois meses de prisão ou a uma multa de cinquenta dólares. Ainda, em ambas as audiências, não houve a defesa de Gerald ou de seus pais por advogado, não houve a tomada de depoimento da testemunha que alegou ter recebido o telefonema e nem houve o registro escrito das audiências.⁴⁴³

Os pais de Gerald Gault impetraram *habeas corpus* em favor de seu filho perante as cortes estaduais para desafiar a constitucionalidade do *Arizona Juvenile Code* e do procedimento empregado no caso de seu filho, alegando que houve a denegação de vários

⁴⁴² *Ibid.*, p. 80-81.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 85-86.

direitos inerentes ao devido processo legal. A Suprema Corte do estado do Arizona denegou o pedido sob o fundamento de que o *Arizona Juvenile Code* contém, implicitamente, os requisitos do devido processo legal e que eles não foram violados no caso de Gerald Gault.⁴⁴⁴

Perante a Suprema Corte, a defesa dos pais de Gault sustentava que o *Arizona Juvenile Code* era inválido diante da cláusula do devido processo legal prevista na Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, na medida em que ela autorizava um adolescente ser retirado da guarda de seus pais e ser internado numa instituição em virtude de um procedimento judicial que conferia ilimitada discricionariedade à *Juvenile Court*.⁴⁴⁵

A discricionariedade ilimitada foi apresentada nos seguintes aspectos: (1) denegação do direito à adequada notificação sobre as acusações que pesavam sobre o adolescente; (2) ausência do direito a um advogado; (3) desrespeito ao direito de confrontar o depoimento de uma testemunha; (4) inobservância do direito a não produzir prova contra si; (5) descumprimento do direito de ter a transcrição dos procedimentos adotados durante o processo; (6) ausência do direito de apelar contra a decisão proferida pela *Juvenile Court*.⁴⁴⁶

Relativamente ao direito de ser notificado sobre as acusações, a Suprema Corte estabeleceu que, nos processos em que a liberdade do adolescente ou em que o direito de guarda de seus pais esteja em risco, é necessário que o adolescente e seus pais sejam notificados por escrito acerca de quais fatos o adolescente é acusado e com tempo suficiente para eles se prepararem para a audiência destinada a apurar tais fatos. Apenas dessa forma, a notificação atende aos requisitos do devido processo legal, o que, no caso *Gault*, não foi observado.⁴⁴⁷

Sobre o direito de o adolescente ser defendido por um advogado, a Suprema Corte do Arizona sustentou que os pais do adolescente devem ter o direito a um advogado. Porém, para a Corte do Arizona, o *Arizona Juvenile Code* estabelece que o adolescente tem seus interesses defendidos pelo *probation officer*. Ademais, a *Juvenile Court* teria discricionariedade para ofertar, ou não, um advogado ao adolescente, o que seria apropriado em situações nas quais ela identifique um conflito de interesses entre o adolescente e seus pais.⁴⁴⁸

Em oposição à Corte do Arizona, a Suprema Corte observou que o *probation officer*

⁴⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 387 U.S. 1 (1967), *Syllabus*. In re Gault. **Justia**. [s.l.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁴⁴⁵ MANFREDI, Christopher P. *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 98-99.

⁴⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 387 U.S. 1 (1967), p. 33-34.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 34-35.

não pode atuar como advogado do adolescente ou representar seus interesses, porque ele tem a função de prender o adolescente, porque ele peticiona perante a *Juvenile Court* para apresentar a acusação contra o adolescente e porque ele testemunha contra o adolescente. Ademais, o adolescente acusado está sujeito à perda de sua liberdade por anos, de forma comparável a um adulto acusado da prática de uma conduta criminosa. Por isso, o adolescente precisa da assistência de um advogado para avaliar tecnicamente os fatos, para exigir a regularidade dos procedimentos e para preparar e apresentar sua defesa.⁴⁴⁹

Por isso, a Suprema Corte decidiu que a cláusula do devido processo legal contida na Quarta Emenda exige, nos processos que podem resultar privação da liberdade do adolescente, a necessidade de que ele e seus pais sejam notificados acerca do direito de serem representados por advogado por eles escolhido ou, se eles não têm recursos para pagar um advogado, o adolescente tem direito a ter um advogado nomeado.⁴⁵⁰

Quanto ao direito ao silêncio, o direito de não se autoincriminar, a Suprema Corte decidiu que os processos da *Juvenile Court* que visam a determinar se houve a prática de delinquência (“*delinquency*”⁴⁵¹) têm natureza criminal, pois eles podem levar a uma internação em instituição e, em muitos estados da federação, o jovem pode ser privado de liberdade em uma instituição destinada a adultos, apenas separados destes. Por isso, na medida em que se pode privar o adolescente de liberdade em virtude do resultado do processo, ele tem o direito ao silêncio, nos termos em que a Constituição assegura o direito de ninguém ser compelido a testemunhar contra si quando é ameaçado com a privação de sua liberdade.⁴⁵²

Ademais, o jovem deve ser esclarecido acerca do seu direito ao silêncio, pois estudos têm demonstrado que a postura paternal das autoridades, com objetivo de extrair a confissão, prejudica o objetivo reabilitativo da *Juvenile Justice*, pois o adolescente que confessa e, posteriormente, é punido, sente-se traído pela autoridade.⁴⁵³ Por fim, a Suprema Corte

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 35-37.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁵¹ No Brasil, a técnica jurídica não admite o termo delinquência desde o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, pois este adota a tipicidade delegada, estatuidando que adolescentes apenas podem responder por atos infracionais análogos a infrações penais tipificadas na legislação pertinente ao Direito Penal dos adultos. Como, na decisão da Suprema Corte, foi empregado o termo *delinquency*, empregou-se, na tradução livre, o termo delinquência. Até mesmo porque, no momento da decisão, certos maus comportamentos de adolescentes, que não poderiam corresponder a infrações penais para adultos, eram objeto de controle estatal sancionatório pela *Juvenile Court*, tal como o abandono escolar (*truancy*). Sobre a técnica da tipicidade delegada, cf. SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kobo. 16%.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 49-50.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 51-52.

destacou que, em diversos casos, a confissão tomada de adolescentes não tem sido confiável e ensejou condenações, posteriormente anuladas em razão de, por exemplo, a confissão ter sido obtida mediante indevida pressão da autoridade policial. Assim, o direito ao silêncio foi reconhecido aos adolescentes acusados de praticarem delinquência.⁴⁵⁴

A seguir, a Suprema Corte reconhece que a confissão de Gerald Gault foi obtida pelo *probation officer*, na ausência dos pais de Gerald, na ausência de advogado e sem ele ter sido esclarecido de seu direito ao silêncio. Não houve tomada de depoimento de testemunha que tenha se comprometido a dizer a verdade e sequer a suposta vítima dos telefonemas foi ouvida. Assim, a Corte, retomando o precedente do caso Kent, decidiu que a condenação do adolescente a uma internação, uma grave consequência sobre a sua liberdade, não pode depender de um procedimento tão informal, motivo pelo qual o processo deve incluir a possibilidade de se confrontar e questionar testemunhas.⁴⁵⁵

Quanto ao pleito para reconhecer a inconstitucionalidade do *Arizona Juvenile Code*, em virtude de ele não prever o direito a recurso e nem o direito a ter o registro escrito do processo, a Suprema Corte decidiu pelo seu desprovimento, pois sustentou a inexistência desses direitos na Constituição Federal, especialmente porque a *Bill of Rights* não dispõe sobre eles.⁴⁵⁶

Ao ter determinada a necessidade de se respeitar parâmetros do devido processo legal no âmbito da *Juvenile Justice* – como o direito de o adolescente ser defendido por advogado, o direito de ele permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si e o direito de confrontar as testemunhas –, a Suprema Corte, no caso *Gault*, enfrentou a ambiguidade entre punição e proteção, inerente ao Direito da Infância.

Percebe-se o questionamento do ideal da *parens patriae doctrine*, sobretudo pelo fato de a Suprema Corte ter observado que o *probation officer* tem funções opostas à defesa do interesse do adolescente, motivo pelo qual o Estado não poderia assumir a tarefa de defendê-lo.

No entanto, como observa Manfredi, a construção do devido processo legal tem uma única razão: regulamentar e limitar a tentativa de o Estado punir os indivíduos. Na medida em que a Suprema Corte determina a observância do devido processo legal e incorpora o processo contraditório (marcado por debates entre as partes) no âmbito da *Juvenile Justice*, ela a aproxima da *Criminal Justice*, cujo objetivo é punir, de forma regulamentada. Para o

⁴⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 387 U.S. 1 (1967), 52-55.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, 56-57.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, 58. Cf. também MANFREDI, Christopher P. *Op. cit.*, p. 123.

autor, a Suprema Corte convidou os estados a incorporar o objetivo punitivo nas legislações estaduais que regulamentam a *Juvenile Court*.⁴⁵⁷ À medida em que se asseguraram as garantias processuais do devido processo legal aos adolescentes, o pêndulo da ambiguidade entre punição e proteção ficou para o primeiro lado.

No caso *Kent*, a Suprema Corte incorpora, na etapa da *waiver decision*, a necessidade de respeitar o devido processo legal, mas sob o fundamento de que a *Criminal Justice* pode trazer consequências piores para o adolescente, comparativamente às aquelas produzidas pela *Juvenile Court*. Desse modo, a Suprema Corte, nesse caso, enaltece e reforça o ideal protetivo da *parens patriae doctrine*.

No caso *Gault*, diversamente, houve o reconhecimento da imposição de elementos do devido processo legal no âmbito da *Juvenile Justice* justamente porque a Suprema Corte reconheceu aspectos contraditórios e ambíguos desse ideal protetivo que, em realidade, se prestava à punição.

No caso *Winship*, a Suprema Corte se defrontou com a discussão sobre a forma como a prova é examinada perante a *Juvenile Justice*. Esse caso tem especial importância porque ele ocorreu sob o *Family Court Act* de 1962, do estado de Nova Iorque, que guarda diversas semelhanças com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Como explica Manfredi, o *Family Court Act* assegurava aos adolescentes o direito a advogado, garantia o direito de apelação, separava o processo de conhecimento do processo de execução da pena e delimitava o conceito de delinquência para incluir apenas condutas criminais (o equivalente da tipicidade delegada contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, explicada em nota de rodapé anterior). Para os casos de mau comportamento que não configuravam conduta criminal, o regulamento de Nova Iorque criou uma nova categoria, a chamada *Persons in Need of Supervision* (pessoas com necessidade de supervisão).⁴⁵⁸

Em 28 de março de 1967, uma vendedora de uma loja de móveis notou a ausência de dinheiro de dentro de uma bolsa que ela havia deixado no interior de um compartimento próximo do banheiro da loja. Logo após ela ter notado a ausência, ela viu um menino sair do banheiro e rapidamente correr para fora da loja. No dia seguinte, a polícia prendeu Samuel Winship, com 12 anos, por outra razão, mas notou a semelhança entre ele e a descrição feita pela vendedora sobre o garoto que fugiu da loja. A autoridade policial contactou a vendedora, que reconheceu Samuel como esse menino. Em 30 de março de 1967, a polícia apresentou

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 133.

uma petição, acusando Samuel de ter cometido o furto.⁴⁵⁹

No mesmo dia, 30 de março de 1967, houve uma audiência de instrução do caso. Samuel disse que estava em casa quando ocorreu o furto. Sua mãe e seu tio disseram que, uma hora antes do furto, ele tinha retornado para casa, jantado, assistido à televisão e tinha se deitado para dormir. E asseguraram que ele não podia ter saído de casa sem ter sido notado. Contudo, sobretudo por conta de algumas inconsistências no depoimento do tio, o juiz entendeu que o depoimento da vendedora, que reconheceu Samuel, era mais confiável e considerou provado que o garoto acusado era o autor do furto e o condenou a uma internação em uma *training school* pelo período inicial de 18 meses, sujeito a extensões até completar 18 anos, o que poderia totalizar seis anos de internação.⁴⁶⁰

A defesa pretendeu anular a decisão sob o fundamento de que o critério de prova empregado pelo juiz feria o direito à igualdade perante a lei, pois, caso Samuel fosse um adulto, ele apenas poderia ser condenado com base em prova do furto além de qualquer dúvida razoável (*reasonable doubt standard*), mas, como adolescente, o juiz o condenou com base no critério da preponderância da prova (*preponderance standard*), pois considerou o depoimento da vendedora preponderante sobre os da mãe e do tio do menino.⁴⁶¹

Em resposta, o juiz argumentou que o regulamento do estado de Nova Iorque admite o critério da preponderância para o julgamento de adolescentes. A defesa contra-argumentou, alegando que a lei pode tratar diferentemente adultos e crianças/adolescentes, mas que o critério para exame de provas não guarda qualquer relação com esse tratamento diferenciado, ao que o juiz respondeu que o processo em questão tinha natureza cível e não era criminal, e que a diferença do critério de exame da prova era justa na medida em que adolescentes não estavam sujeitos às mesmas punições que os adultos e também não estavam sujeitos a terem seus nomes inscritos em registros de antecedentes criminais, tal como os adultos.⁴⁶²

Na sequência do debate registrado, o juiz reconhece a maior possibilidade de ele cometer erros ao empregar o critério da preponderância em lugar do critério da prova além de qualquer dúvida razoável. A partir daí, a defesa de Winship recorre da condenação sob o principal argumento de que o juiz reconheceu que, caso empregasse um critério mais rigoroso de exame de prova, o resultado do processo poderia ser outro. O primeiro recurso é denegado

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 134-135. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 397 U.S. 358 (1970). In re Winship, p. 360. **Justia**. [s.l.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

⁴⁶¹ MANFREDI, Christopher P., *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 135.

pela *New York Supreme Court* e o segundo é desprovido pela *New York Court of Appeals*.⁴⁶³

Nesse segundo recurso, a corte fundamentou o desprovimento do recurso na *parens patriae doctrine*, justificando que o principal objetivo da *Juvenile Justice* é tratar os adolescentes de forma separada dos adultos, protegendo-os dos efeitos deletérios da *Criminal Justice*. Para a corte, disso resulta que as *Juvenile Courts* se preocupam, principalmente, em avaliar a totalidade dos fatores que produzem dificuldades na vida do adolescente e que, como resultado, o levam a ser trazido perante o Poder Judiciário. Em virtude da amplitude desses fatores que a *Juvenile Court* deve examinar, a corte entendeu que elementos do devido processo legal são irrelevantes para a *Juvenile Justice* e desproveu o recurso.⁴⁶⁴

É interessante notar como a *New York Court of Appeals* se ateve à *parens patriae doctrine* para sustentar que a *Juvenile Court* visava a identificar e a curar as supostas causas ambientais e familiares que contribuíram para a prática do crime pelo adolescente. Isso porque tal fundamento tem certo distanciamento do ideário⁴⁶⁵ do *Family Court Act*, na medida em que ele previa a separação entre os processos para apurar fatos análogos a infrações penais e processos destinados a mau comportamento (*Persons in Need of Supervision*), o que, em tese, redundaria em uma principiologia diferenciada para cada um deles (o primeiro pautado por garantias típicas do processo criminal, pois voltado à punição; o segundo delas desvinculado, pois voltado à proteção). Essa incongruência indica que, para além dos Códigos e da regulamentação jurídica abstrata, existe uma prática cultural que guia e orienta as práticas e decisões institucionais.

E é justamente essa incongruência o mote da defesa de Winship perante a Suprema Corte ao ter questionado o foco da *Juvenile Court*: em vez de se preocupar com o comportamento delinquente e as suas causas, a *Juvenile Justice* deveria se preocupar com a apuração da conduta criminal. Como resultado, sua função não seria protetiva, mas cognitiva. Logo, ela deveria empregar um padrão de exame de prova que melhor atendesse à sua função cognitiva.⁴⁶⁶

Dessa maneira, a defesa de Samuel Winship tornou um caso de disputa sobre critério de exame de prova extremamente importante na medida em que colocou sob a análise a diferença entre o tratamento legal entre adultos e crianças e adolescentes, diferença que é

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 137.

⁴⁶⁵ Apesar desse ideário, deve-se pontar que o *New York Family Court Act* previa que a determinação da prática, ou não, de uma conduta criminal pelo adolescente devia ser fundamentada na preponderância da prova. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 397 U.S. 358 (1970). In re Winship, p. 360.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 142.

princípio central do Direito da Infância.

A Suprema Corte, então, definiu que a *Juvenile Justice*, ao julgar, define se um adolescente praticou, ou não, uma conduta criminal e, se reconhecida a prática dela, o adolescente pode ser internado em uma instituição. No caso precedente de Gerald Gault, a Suprema Corte entendeu que esses processos de apuração de condutas criminais de adolescentes devem ser regidos pela essência do devido processo legal. Desse modo, no caso de Winship, cabia examinar se o critério da prova além da dúvida razoável integra a essência do devido processo legal, pois, se o integrasse, ele seria aplicável aos processos da *Juvenile Court*.⁴⁶⁷

A Suprema Corte estabeleceu que o critério da *reasonable doubt* desempenhava um papel fundamental para o procedimento criminal estadunidense à medida que reduzia o risco de condenações baseadas em erros factuais, o que é de especial importância, porque o acusado tem o risco de perder a sua liberdade e de ser estigmatizado pela condenação.⁴⁶⁸ Ainda, esse critério probatório tem a relevante função de atribuir força moral à justiça criminal, pois, em virtude dele, as pessoas confiam que apenas é condenado aquele que passou por um processo em que houve adequado exame dos fatos.⁴⁶⁹

A partir desse pressuposto de que o critério da *reasonable doubt* integra o devido processo legal, a Suprema Corte define que, no caso Winship, cabia definir se os adolescentes, quando julgados por condutas criminais, também gozavam dessa garantia.⁴⁷⁰

Ao retomar o precedente do caso *Gault*, a Suprema Corte sustentou que, assim como um adulto processado criminalmente, o adolescente também corre o risco de perder sua liberdade.⁴⁷¹ O argumento implícito corresponde ao fato de ambos terem o mesmo interesse, o de preservar a sua liberdade, e, por isso, não há fundamento razoável para assumir que o adolescente possa ter sua liberdade privada por meio de um procedimento menos rigoroso do que aquele exigido para privar a liberdade do adulto. Assim, a Suprema Corte reverteu a condenação de Winship.⁴⁷²

Essa decisão da Suprema Corte, entre os três casos examinados (*Gault*, *Kent* e *Winship*), tem especial atratividade, porque confronta o princípio fundamental do Direito da Infância, a diferença entre adultos e crianças que, sob o enfoque jurídico, justifica a especial

⁴⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 397 U.S. 358 (1970). In re Winship, p. 359.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 363.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 364.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 365.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 368.

proteção destas. A decisão reconhece, implicitamente, que a especial proteção das crianças não pode servir de pretexto retórico para, contraditoriamente, tratá-las de forma mais prejudicial que um adulto seria tratado pelo Direito.

Apesar disso, a mesma decisão cedeu espaço à ambiguidade entre proteção e punição inerente ao Direito da Infância ao estabelecer que, se o processo de conhecimento criminal deve se ater ao exame da conduta imputada com base no critério da *reasonable doubt*, isso não afeta o ideal reabilitativo da *parens patriae doctrine*, pois reconhece expressamente a possibilidade de, na fase de execução da sentença, o Estado analisar a vida da criança (*child's social history*) e aplicar a ela um tratamento individualizado.⁴⁷³

A resiliência da ambiguidade entre punição e proteção do Direito da Infância identificada nas próprias decisões da Suprema Corte estadunidense, que visavam a domesticar constitucionalmente as normas dos ordenamentos jurídicos das unidades federadas, conduzem ao seguinte questionamento: em lugar de o Direito domesticar a realidade fática, os fatos teriam domesticado o Direito?

2.2 O DIREITO DA INFÂNCIA CONTRA NEGROS E POBRES

A pergunta acima parte da provocação levantada por Manfredi. Com as decisões dos casos *Kent*, *Gault* e *Winship*, esperava-se a domesticação constitucional das *Juvenile Court*, isto é, a introdução das garantias constitucionais e processuais na *Juvenile Justice* associada com a preservação dos seus elementos (supostamente) positivos relacionados ao ideal reabilitativo. Para Manfredi, contudo, um dos aspectos mais intrigantes dessa domesticação constitucional correspondeu ao fato de ela ter produzido efeitos opostos àqueles pretendidos pela Suprema Corte, pois, na prática, o ideal reabilitativo e protetivo da *Juvenile Justice* foi substituído pelo objetivo de punir, aproximando-a, cada vez mais, da *Criminal Justice*.⁴⁷⁴

Manfredi exemplifica essa conclusão em três áreas: o impacto nas *Juvenile Courts*, o movimento de reforma da *Juvenile Justice* e as alterações legislativas nos estados. Quanto à primeira área, o autor cita estudo demonstrativo de que houve resistência de juízes, advogados, *probation officers* e outras autoridades das *Juvenile Court* estaduais para implantar os parâmetros definidos pelo caso *Gault*. Como exemplo, ele se refere a estudo realizado em três cidades, pelo qual se identificou baixa aderência a tais parâmetros. Assim, entre as três cidades, a mais alta taxa de adolescentes informados de seu direito a advogado

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁷⁴ MANFREDI, Christopher P., *Op. cit.*, p. 156 e 176.

foi de 56%. O mesmo estudo indicou que a percentagem mais alta de observância ao direito de confrontar testemunhas foi de 38% e que a percentagem mais alta de respeito ao direito ao silêncio foi de 33%.⁴⁷⁵ Outro estudo mostrou que, após dois anos da decisão do caso *Gault*, nas áreas rurais, poucos jovens eram esclarecidos de seu direito a advogado.⁴⁷⁶

Relativamente à segunda área de repercussão da domesticação constitucional, a área dos movimentos pela reforma da *Juvenile Justice*, Manfredi também constata resultados contraditórios. Enquanto a Corte pretendia impor as garantias constitucionais para diminuir o arbítrio e a discricionariedade no âmbito da *Juvenile Justice*, com a preservação do ideal protetivo e reabilitativo, o resultado dessas decisões foi o distanciamento desse ideal, vinculando a *Juvenile Justice* com o objetivo de punição.

Para o autor, a mais importante proposta de reforma decorreu de um esforço conjunto do *Institute of Judicial Administration* (IJA) e do *American Bar Association* (ABA). Ela consistiu na proposta de uniformizar a *Juvenile Justice* em todos os estados da federação, substituindo, inicialmente, as *Juvenile Courts* por *Family Courts*, cuja competência incluiria a apreciação e julgamento de processos de divórcio, adoção, separação e comportamento criminal de adolescentes.⁴⁷⁷

Um dos aspectos mais relevantes dessa proposta foi rejeitar a concepção de que o tratamento coercitivo da *Juvenile Justice* tinha um sentido benéfico, benfeitor para os adolescentes punidos. Em outras palavras, a proposta rejeitou o ideal protetivo e reabilitativo, substituindo pela concepção de que os adolescentes, salvo prova em contrário, têm capacidade de tomar decisões e, por isso, podem ser responsabilizados por elas.⁴⁷⁸

Desse pressuposto derivou a proposta de eliminar a discricionariedade para a imposição de penas aos adolescentes que se fundamentava no ideal protetivo. O caso *Gault* é bem exemplificativo dessa discricionariedade, na medida em que Gerald Gault, em primeiro grau de jurisdição, havia sido condenado à internação, que podia durar anos, apenas por ter efetuado um telefonema com conteúdo obsceno. Em oposição a tal discricionariedade, a

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 157 e 176.

⁴⁷⁶ LESTEIN, Norman; STAPLETON, Vaughan; TEITELBAUM, Lee. In Search of Juvenile Justice: Gault and Its Application. *Law and Society Review*, 3, p. 510 e 531, 1969. *Apud* MANFREDI, Christopher P., *Op. cit.*, p. 157. Outro estudo mostrou que, após dois anos da decisão do caso *Gault*, nas áreas rurais, poucos jovens eram esclarecidos de seu direito a advogado e que o respeito a essa decisão era esporádico. Cf. FERSTER, Elyce; COURTLESS, Thomas; SNETHEN, Edith. The Juvenile Justice System: In Search of The Role of Counsel. *Fordham Law Review*, 39, p. 379, 1971 e CANON, B. C.; KOLSON, K. L. Rural Compliance with *Gault*: Kentucky, A Case Study. *Journal of Family Law*, 10, p. 318, 1971. *Apud* MANFREDI, Christopher P., *Op. cit.*, p. 157.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 160.

proposta sugeria a adoção de penas apenas para condutas que também fossem consideradas crimes quando praticadas por adultos (semelhantemente ao critério da tipicidade delegada, adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa maneira, a título de exemplo, a proposta previa que, para crimes em que um adulto poderia ser condenado à pena de morte, à prisão perpétua ou a uma pena de prisão mais longa que 20 anos, um adolescente poderia ser condenado a uma pena de 36 meses de liberdade condicional a 24 meses de internação em um estabelecimento convencional ou de segurança. Assim, a proposta visava a determinar, antecipadamente, quais penas eram passíveis de serem aplicadas a cada conduta e qual era a quantidade de pena passível de ser aplicada, objetivando, com isso, eliminar a discricionariedade e arbítrio que – sob o argumento de proteger, tratar e educar o adolescente – autorizavam a imposição de penas indefinidas a condutas indefinidas.⁴⁷⁹

Por fim, a proposta da Comissão formada pelo IJA e pela ABA propôs a adoção de garantias processuais rígidas para os adolescentes acusados de terem praticado crimes, como o direito a advogado, direito a registro escrito do processo, julgamento por júris, publicidade dos processos e direito a apelação. Trata-se de garantias que ampliariam os direitos reconhecidos nos casos *Gault* e *Winship*.⁴⁸⁰

Essa proposta e outras examinadas por Manfredi⁴⁸¹ tinham por objetivo o distanciamento em relação ao ideal reabilitativo e protetivo da *parens patriae doctrine* e, por consequência, o distanciamento em face da ambiguidade entre proteção e punição, fazendo o pêndulo se aproximar desta última.

No fim dos anos 1970 e durante a década de 1980, diversos estados da federação estadunidense alteraram a legislação da *Juvenile Justice* em consonância com o objetivo punitivo dessas propostas. Como exemplo, o *California's Welfare and Institutions Code* estabeleceu como objetivo proteger o público das condutas criminais praticadas por menores e impor aos menores o senso de responsabilidade por seus atos. Objetivos semelhantes constaram da legislação de Minnesota, Delaware, Florida, Maine, Nevada e West Virginia.⁴⁸²

Essas alterações legais nos estados da federação são a terceira área, que demonstra o efeito contraditório da domesticação constitucional pretendida pela Suprema Corte. A primeira alteração correspondeu a uma definição legal estrita de delinquência, pois a maioria

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 161.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 161-162.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 159-169.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 169.

dos estados adotou critério semelhante ao da tipicidade legal, ao estatuírem que os adolescentes apenas podem ser acusados e condenados por condutas que também são consideradas crimes, quando praticadas por adultos.⁴⁸³

A segunda alteração legal comum correspondeu à separação entre aquilo que, no Brasil, é denominado processo de conhecimento e processo de execução. O objetivo era diminuir o arbítrio judicial durante a execução da pena. Por isso, 34 estados passaram a permitir aos adolescentes e aos seus advogados examinarem os relatórios sociais em que se baseou a pena imposta e confrontarem os profissionais que elaboraram esses relatórios. A terceira alteração legal frequente correspondeu à tentativa de prever penas específicas para condutas específicas, também com a função de eliminar o arbítrio judicial.⁴⁸⁴

A penúltima alteração legal comum aos estados federados, segundo Manfredi, referiu-se à *waiver decision*. Com ela, pretendeu-se definir critérios objetivos para a transferência do julgamento de um adolescente da *Juvenile Court* para a *Criminal Court* (transferência que é objeto da *waiver decision*). Vinte e três estados da federação passaram a determinar em lei as hipóteses em que cabiam a transferência, reduzindo, dessa forma, o arbítrio judicial. A finalidade dessa definição legal de critérios objetivos para a transferência era, em oposição à domesticação constitucional pretendida pela Suprema Corte, adotar postura mais punitiva em face de adolescentes que praticam crime, afastando-se do ideal reabilitativo e protetivo.⁴⁸⁵

Outra iniciativa implementada para punir mais severamente os adolescentes foi a distinção legal entre os adolescentes, com a categoria do *serious offender* (grave agressor). A ideia era viabilizar a punição mais séria para os adolescentes reincidentes em crimes mais graves, que envolvem violência contra a pessoa (roubos, homicídios, estupros etc.), sem modificar as sanções que poderiam incidir sobre a média dos adolescentes julgados pela *Juvenile Justice*.

Na metade dos anos 80, os estados da Califórnia, Colorado, Delaware, Georgia, Illinois, Kentucky, New York e North Carolina implementaram legislação que criava essa

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁸⁵ É interessante a observação de Manfredi no sentido de que essa finalidade punitiva foi frustrada porque estudos posteriores indicaram que, na *Criminal Justice*, os adolescentes receberam tratamento menos rigoroso do que receberiam na *Juvenile Justice*. As hipóteses explicativas sustentam que essa incongruência decorre do fato de, na *Criminal Justice*, os adolescentes serem tratados como pessoas sem antecedentes criminais e do fato de os *prosecutors* (equivalente aos membros do Ministério Público) não terem desenvolvido um método adequado para usarem os antecedentes do adolescente oriundos da *Juvenile Court* perante a *Criminal Court*. *Ibid.*, p. 171-172.

distinção legal. Em Illinois, uma lei de 1979 determinava que o *habitual juvenile offender* (adolescente reincidente), uma vez condenado, fosse encarcerado até a idade de 21 anos, o que permitiu, em 1984, uma sentença de oito anos para um jovem de 13 anos, que tinha duas condenações.⁴⁸⁶

Para Manfredi, as três áreas da repercussão da domesticação constitucional da *Juvenile Justice* – o impacto nas *Juvenile Courts*, o movimento de reforma da *Juvenile Justice* e as alterações legislativas nos estados – produziram resultados diversos do pretendido pela Suprema Corte. Ela visava a preservar o ideal reabilitativo e protetivo da *Juvenile Justice* e da *parens patriae doctrine*, acrescentando-o de limites e garantias processuais equivalentes às da *Criminal Justice*.

Contraditoriamente a esse objetivo, a análise de Manfredi sobre as três áreas demonstra que as decisões da Suprema Corte viabilizaram a crítica ao ideal protetivo da *Juvenile Justice* e a implementação de um novo objetivo institucional para ela, afastado da reabilitação e voltado à punição, aproximando *Juvenile Justice* da *Criminal Justice* (a chamada *criminalization of juvenile courts*).⁴⁸⁷

Para explicar esse resultado, Manfredi afirma que houve uma resistência cultural – de juízes, advogados e corpo de funcionários que integram a *Juvenile Justice* – em implementar as garantias processuais no âmbito da *Juvenile Justice* e, simultaneamente, preservar o ideal protetivo da *parens patriae doctrine*.⁴⁸⁸

Para o autor, uma das explicações para o resultado contraditório está no centro do processo de controle de constitucionalidade desempenhado pela Suprema Corte. Isso porque o controle de constitucionalidade viabiliza que o processo de decisão seja tomado por meio da participação de poucos grupos interessados (as partes processuais e, como ocorreu nos casos *Kent*, *Gault* e *Winship*, os chamados *amicus curiae*, grupos de defesa de direitos humanos) que simplificam questões complexas, viabilizando decisões mais rápidas e menos debatidas ao serem comparadas com aquelas tomadas por meio do processo legislativo.⁴⁸⁹

Como resposta às decisões tomadas pela Suprema Corte, os grupos excluídos do debate costumam impor resistência cultural a elas por meio de procedimentos indiretos. Manfredi compara a resistência cultural às decisões relativas à *Juvenile Justice* àquela oposta à decisão do caso *Roe versus Wade*, de 1973, que considerou constitucional o aborto nos

⁴⁸⁶ *Ibid.* p. 175-176.

⁴⁸⁷ *Ibid.* p. 172.

⁴⁸⁸ *Ibid.* p. 178-196.

⁴⁸⁹ *Ibid.* p. 196 e 198.

Estados Unidos. O autor explica que, nos anos 1970 e 1980, os grupos antiaborto não tiveram sucesso em criminalizar o aborto, mas sua resistência cultural foi eficaz em limitar o impacto do caso *Roe* ao viabilizarem leis que proibiram o financiamento público ao aborto.⁴⁹⁰

Se a explicação de Manfredi esclarece um aspecto da domesticação constitucional que resulta na domesticação do Direito pelos fatos (a resistência cultural), o estudo de Barry C. Feld traz importantes elementos de comparação com a realidade brasileira, pois demonstra que a análise do Direito e da Justiça da Infância deve estar associada à questão racial e à desigualdade social. Em outras palavras, a resistência cultural que domestica o Direito pode ter sustentação nos conflitos sociais que se relacionam com a discriminação de negros e pobres, tanto no Brasil como nos Estados Unidos. A apresentação do estudo de Feld, seguida do exame de estudos sobre a situação brasileira, autoriza essa associação.

Feld explica que a *Juvenile Justice* se estrutura como uma resposta à imigração massiva, de pessoas do leste e do sul Europeu, ocorrida no fim do século XIX e no início do século XX, nos Estados Unidos. De 1885 a 1915, a população desse país quase dobrou, de 57 milhões de habitantes para 100 milhões. Em 1920, nas grandes cidades, metade dos habitantes eram imigrantes e seus descendentes.⁴⁹¹ Entre 1880 e 1890, a população de Chicago, por exemplo, dobrou e dois terços dos adultos não eram nascidos nos Estados Unidos.⁴⁹²

Baseada naquela concepção de que a criança é um ser passível de ser moralmente moldado, a *Juvenile Justice* foi pensada como um instrumento de conversão cultural dessa população imigrante, pobre em sua maioria, aos valores nativos da população anglo-protestante estadunidense. Pretendia-se que a *Juvenile Justice* fosse capaz de, no futuro, tornar as crianças imigrantes integradas aos padrões e valores culturais da sociedade em que cresciam.

Para tanto, a *Juvenile Justice* não apenas era voltada a julgar crimes, mas, principalmente, dedicava-se a identificar maus-comportamentos (como a evasão escolar e a imoralidade sexual). Ainda, ela foi estruturada com juízes e profissionais especializados, como os médicos *probation officers*, cuja função era tratar os indivíduos, em vez de punir, disso decorrendo também a amplitude e a flexibilidade dos poderes conferidos aos juízes.⁴⁹³

⁴⁹⁰ RUBIN, Eva. **Abortion, Politics and the Courts: Roe v. Wade and Its Aftermath**. Westport, CT: Greenwood Press, 1982. p. 161 *Apud Ibid.* p. 196.

⁴⁹¹ FELD, Barry C. *Op. cit.*, p. 26. Além da pesquisa de Feld, deve-se mencionar como estudo historiográfico da *Juvenile Justice* nos Estados Unidos a seguinte obra: PLATT, Anthony M. **The child savers: the invention of delinquency**. Expanded 40th anniversary ed. Rutgers University Press: New Brunswick, New Jersey, and London, 2009. 292 p.

⁴⁹² FELD, Barry C. *Op. cit.*, p. 60-66.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 60.

Após a Segunda Guerra Mundial, especificamente na década de 1960, houve a tentativa de domesticação constitucional da *Juvenile Justice*, com o fortalecimento das garantias processuais contra o arbítrio judicial. Para Feld, essa tentativa tem de ser lida no contexto da questão racial.⁴⁹⁴

Em 1870, nos Estados Unidos, 80 % dos negros viviam na área rural, no sul. Em 1970, esse mesmo percentual vivia em área urbana, no norte e no oeste.⁴⁹⁵ Essa concentração da população negra nas áreas urbanas foi acompanhada da migração dos brancos e dos melhores postos de trabalho para os subúrbios.

A isso se acrescentam a política estatal de hipotecas, que dificultava aos negros a aquisição de boas residências nos subúrbios; a desindustrialização associada ao fortalecimento de uma economia de serviços que exigia maior educação formal dos trabalhadores (o que prejudicou os trabalhadores negros, com menos estudo); inadequado transporte público, que também dificultava o acesso de trabalhadores negros aos subúrbios brancos e aos melhores empregos situados nesses locais; o aumento do comércio de entorpecentes como solução econômica encontrada pelos jovens negros excluídos da economia legal e a solução de conflitos por meio da violência com armas de fogo.⁴⁹⁶

Todos esses dados indicam que, nos Estados Unidos, havia, na segunda metade do século XX, uma política estatal que dificultava a integração econômica dos negros em paridade com os brancos e, como reação, assistiu-se, na década de 1960, a várias revoltas urbanas dos negros (apenas nos nove primeiros meses de 1967, houve 164 revoltas urbanas de negros).⁴⁹⁷

De forma assemelhada às conclusões alcançadas por Loïc Wacquant⁴⁹⁸, Feld, delimitando seu objeto à *Juvenile Justice*, indica que, após as grandes revoltas urbanas dos negros na década de 1960, existe um aumento do controle judicial sobre os adolescentes negros, com maior punição deles. Para Feld, a domesticação constitucional da *Juvenile Justice* pretendida nessa década pela Suprema Corte teve como efeito torná-la muito próxima da

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 83-87.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁹⁸ Loïc Wacquant demonstra que, nos Estados Unidos, a partir da década de 1970, existe uma redução das políticas públicas de redução de desigualdades sociais e, em virtude do aumento da pobreza que a acompanhou, a adoção de uma política criminal, em lugar de políticas assistenciais cada vez mais escassas, atuou como instrumento de gestão da pobreza por meio do encarceramento de pobres. Como ele demonstra, os negros foram o alvo principal dessa gestão da pobreza. Cf. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3.ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 476 p. e WACQUANT, Loïc J. D. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. 156 p.

finalidade punitiva da *Criminal Justice* destinada aos adultos e, sobretudo, alterou a população por ela focada, dos imigrantes europeus para os negros urbanos.

Para Feld, a decisão caso Gault (reconhece a necessidade de o adolescente e sua família serem previamente notificados do seu direito a advogado, estabelece o direito ao silêncio do adolescente e o direito de ele confrontar testemunhas, nos processos nos quais a consequência pode ser sua internação) legitimou a introdução, na *Juvenile Justice*, de uma finalidade punitiva, em vez de reabilitativa, que atingiu de forma desproporcional os jovens negros.⁴⁹⁹ A seguir, alguns dados coletados por Feld para demonstrar sua tese.

Entre 1984 e 1994, o número de mortes causadas por armas de fogo aumentou 412% e a maior parte dos autores e vítimas desses crimes foram jovens negros, residentes de áreas urbanas. Ainda, em 1986, quando há um aumento das taxas de homicídio entre jovens, há uma evidente discrepância entre o número de adolescentes brancos e de adolescentes negros presos por homicídio. Entre 1986 e 1993, as prisões de adolescentes brancos por homicídio crescem em torno de 40% e as prisões de adolescentes negros aumentam em 278%.⁵⁰⁰

Ainda, como explicado por Manfredi, um dos resultados da pretendida domesticação constitucional da *Juvenile Justice* foi a adoção, por vários estados, de critérios mais objetivos para a *waiver decision*, que permite a transferência de julgamento de adolescentes para a *Criminal Justice* dos adultos, nos casos mais graves.

A partir de dados do período abrangente de 1980 a 1995, Feld indica que o resultado dessa mudança legislativa atingiu de forma mais rigorosa os adolescentes negros. Ele menciona que, entre os adolescentes (idade inferior a 18 anos) condenados à prisão, 50% foram condenados por crimes violentos. Em virtude das disparidades decorrentes da cor da pele no cometimento desses crimes, as *Criminal Courts* condenam mais adolescentes negros à prisão por crimes violentos (54%) e condenam mais adolescentes brancos à prisão por crimes contra a propriedade (57%).

Como as penas por crimes violentos são mais longas que os crimes contra a propriedade, o resultado é a existência de mais adolescentes negros presos que adolescentes brancos presos. Em 1993, 45% dos casos de *waiver decision* afetaram adolescentes brancos, enquanto 52% dos casos afetaram adolescentes negros.⁵⁰¹

Várias disparidades de tratamento entre adolescentes negros e adolescentes brancos são reportadas por Feld, podendo também se destacar a diferença relativa à *pretrial detention*

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 165.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 204-205.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 203-204, 231 e 240.

(equivalente às prisões cautelares, como a prisão preventiva e a prisão temporária). Durante o período de 1985 a 1994, 20% de todos os adolescentes julgados nas *Juvenile Courts* foram presos preventivamente. Desse total de presos, 18% eram brancos e 26% eram adolescentes negros. Em 1994, 17% dos adolescentes presos preventivamente eram brancos e 28% eram negros.⁵⁰²

Os dados analisados por Feld indicam que a domesticação do Direito pelos fatos, a resistência cultural contra a domesticação constitucional da *Juvenile Justice*, está umbilicalmente relacionada com a discriminação racial nos Estados Unidos, contra os negros. A ambiguidade entre punição e proteção da *Juvenile Justice* é resolvida por meio de recrudescimento da punição, voltada contra os negros e legitimada pelas garantias processuais. No Brasil, também existem estudos sobre a Justiça da Infância que indicam relação semelhante.

Vera Malaguti Batista efetuou pesquisa nos arquivos do Departamento de Ordem Política e Social - DOPS do Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, nos arquivos da Funabem e da 2.^a Vara de Menores do Rio de Janeiro. Focou sua pesquisa no período de 1968 a 1978, nos processos relativos a tráfico de drogas.⁵⁰³

No ano de 1973, a autora identifica 39 processos que versam sobre tráfico de drogas. Desses, 17 eram de adolescentes de classe média e brancos, residentes na Zona Sul e no bairro da Tijuca. A esses jovens, estudantes do ginásio ou do científico e que não trabalhavam, incide o padrão de apresentarem atestados médicos e de, por isso, serem entregues aos pais ou responsáveis legais para tratamento médico, em vez de serem processados e internados em estabelecimentos públicos.⁵⁰⁴

Para os pobres, o resultado do porte de drogas é diverso. Dado importante que relaciona o controle social do Direito da Infância sobre os jovens pobres se refere aos casos de internação em virtude da posse de drogas para consumo. Na análise do período de 1967 a 1988, Malaguti nota que a maioria desses casos conduz à entrega do adolescente aos seus pais ou responsáveis legais ou à imposição de medida de liberdade assistida. As exceções a essa regra são encontradas entre os pobres.

Dos 180 processos por ela estudados, 16 resultam em privação de liberdade do adolescente por consumo de droga. Em todos os casos, os jovens são pretos ou pardos,

⁵⁰² *Ibid.*, p. 148-149.

⁵⁰³ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis** – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 63-64.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 88-89.

trabalhadores pobres, moradores de favela ou de áreas pobres da cidade do Rio de Janeiro. Algumas dessas internações são fundamentadas em suposto estado de abandono do adolescente, por ele não ter residência fixa ou vínculos familiares, denotando a ambiguidade entre punição e proteção do Direito da Infância, ao privar a liberdade para proteger.⁵⁰⁵

Desse total de processos analisados, 51 eram relativos a tráfico. Desse corte, houve condenação à privação de liberdade em 24 casos⁵⁰⁶. São variados os fundamentos da internação: o fato de o jovem e a família praticarem tráfico de drogas, abandono familiar e internação para proteger o jovem que corre perigo de vida ao terem delatado outros companheiros do tráfico de drogas. Porém, nenhum desses 24 casos se referiam a adolescentes de classe média.⁵⁰⁷

Em 1988, consolida-se o quadro de os processos por atos infracionais análogos a tráfico de drogas serem dirigidos, em sua maioria, contra adolescentes pobres. Assim, tem-se que 42,9% dos processos são movidos contra jovens moradores de favela; 68,6% desses jovens trabalham e 57,1% deles apenas possuem o curso primário, sendo que todos possuem entre 14 e 17 anos.⁵⁰⁸

Esse padrão de maior percepção do jovem negro e pobre pela Justiça da Infância foi identificado também por um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, de 2003. O estudo, com dados do próprio IPEA e do Ministério da Justiça, mostra que, entre setembro e outubro de 2002, havia 9.555 jovens, com idade entre 12 e 21 anos, cumprindo medida de privação de liberdade correspondente à internação, ordenada pela Justiça da Infância brasileira.⁵⁰⁹

O estudo, por meio de dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios – PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ressalta que, em 2001, a população estimada de adolescentes no Brasil, com idade entre 12 e 18 anos, era de 23.305.634, sendo 11,7 milhões de meninos e 11,5 milhões de meninas. Quanto à cor da pele, 50,9% dos adolescentes eram não brancos e 49,1% eram brancos.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 105-111.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 112-114.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 114-116.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 98-99.

⁵⁰⁹ SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI, Simone. **Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil**. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003. p. 16. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/464c68ad24934802af424917365804b3.pdf>> Acesso em 05 abr. 2019.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 11-12.

Na medida em que existe, na população, uma equivalência entre adolescentes brancos e não brancos, constata-se a existência de uma predileção da Justiça da Infância pela privação de liberdade de adolescentes não brancos, pois o estudo do IPEA mostra que, naquele período compreendido entre setembro e outubro de 2002, 62% dos jovens privados de liberdade no Brasil eram negros, sendo 21% de pretos e 40% de pardos (o 1% restante são amarelos e indígenas).⁵¹¹

A essa conclusão, deve ser acrescentado o dado de que existe maior pobreza entre adolescentes não brancos do que entre adolescentes brancos. De acordo com o mesmo estudo, a partir de dados do PNAD de 2001, obteve-se a informação de que 20% dos adolescentes brancos (21% dos meninos e 23,8% das meninas) vivem em famílias cuja renda mensal é de até dois salários mínimos. Entre os adolescentes não brancos, 40% deles vivem em famílias com a mesma faixa de renda (39,8% dos meninos e 42,3% das meninas).⁵¹² Por fim, o estudo do IPEA conclui sobre os jovens brasileiros de 12 a 21 anos que cumprem medida de internação

São adolescentes do sexo masculino (90%); com idade entre 16 e 18 anos (76%); da raça negra (mais de 60%); que não freqüentavam (*sic*) a escola (51%); que não trabalhavam (49%); e viviam com a família (81%) quando praticaram o delito. Não concluíram o ensino Fundamental (quase 90%); eram usuários de drogas (85,6%); e consumiam, majoritariamente, maconha (67,1%), cocaína/crack (31,3%), e álcool (32,4%). Os principais delitos praticados por esses adolescentes foram: roubo (29,5%); homicídio (18,6%); furto (14,8%); e tráfico de drogas (8,7%).⁵¹³

Com base nesses levantamentos, percebe-se que, no Brasil, o fato de o adolescente ser negro, torna mais provável ele ser pobre, e esses dois fatores (cor da pele negra e pobreza) o tornam alvo preferencial de medida de internação pela Justiça da Infância.

Essa conclusão pode dialogar com os estudos de Feld sobre o inesperado endurecimento da *Juvenile Justice* contra os jovens negros após a sua pretendida domesticação pela Suprema Corte, nos Estados Unidos. Isso porque o estudo de Feld indica que as resistências culturais impostas a essa domesticação estavam vinculadas ao preconceito racial da sociedade estadunidense. Em outras palavras, embora a Suprema Corte pretendesse impor garantias processuais nos procedimentos da *Juvenile Justice*, a sua implementação não impediu a seletividade da Justiça da Infância, tendo sido, aliás, tolerante ou cega a essa seletividade que tornou os jovens negros o seu alvo preferencial.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 21-22.

⁵¹² *Ibid.*, p. 15.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 60.

Nesse ponto, o diálogo entre os resultados observados por Feld e pelo estudo do IPEA é fundamental. Ora, os dados observados pelo IPEA são todos posteriores à vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 que, como demonstrado nesta tese, é, discursivamente, recepcionado como legislação capaz de reordenar o Direito da Infância brasileiro, enterrando a doutrina da situação irregular e o colocando na rota da proteção integral. Contudo, as conclusões do IPEA demonstram uma Justiça da Infância semelhante àquela observada por Vera Malaguti Batista nas décadas de 1970 a 1990, voltada contra os negros e pobres.

A crítica de Feld aos resultados alcançados pela domesticação constitucional da Suprema Corte estadunidense coloca em xeque também as pretensões de certa crítica feita ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Autores como Karyna Batista Sposato e João Batista Costa Saraiva tecem sobre o Estatuto uma crítica semelhante àquela formulada pela Suprema Corte à *Juvenile Justice* na década de 1960. Eles defendem aspectos da proteção integral de crianças e adolescentes estabelecidos no Direito Internacional, especialmente na Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, mas sustentam a necessidade de eliminar elementos que conduzem a uma ambiguidade entre proteção e punição, no tocante à apuração e responsabilização pela prática de atos infracionais.

A primeira autora se concentra no conceito analítico de crime, sustentando a necessidade de se elaborar uma teoria específica do ato infracional que congregue os elementos principais da teoria da responsabilidade penal dos adultos com elementos específicos da proteção integral dos adolescentes.⁵¹⁴ A isso, a autora também sustenta a necessidade de se incorporar, de forma efetiva, as garantias processuais, como o direito ao silêncio, o contraditório, o direito à defesa técnica por advogado, entre outras.⁵¹⁵

O foco da crítica se situa sobre a ambiguidade entre punição e proteção do sistema de sancionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma evidência da ambiguidade está na possibilidade de, em caso de prática de ato infracional, o juiz aplicar medida de proteção ao adolescente (cuja finalidade é a reparação da ofensa de seus direitos) simultaneamente à imposição de uma medida socioeducativa (cujo objetivo essencial seria a punição da conduta análoga a crime). Trata-se da previsão dos arts. 112, VII e 101, do Estatuto.⁵¹⁶

⁵¹⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kobo. 8%.

⁵¹⁵ *Ibid.*, 8%.

⁵¹⁶ *Ibid.*, 16%.

Outra evidência da ambiguidade está no art. 174, do Estatuto, que prevê a possibilidade de, em caso de apreensão em flagrante do adolescente, ele “permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”. Trata-se de hipótese legal assemelhada à prisão preventiva, de função cautelar, e, diferentemente das hipóteses legais de prisão cautelar de adultos, ela autoriza a privação de liberdade provisória dos adolescentes, para sua própria proteção.

Ainda, como explica Karyna Batista Sposato, as medidas socioeducativas (nome ambíguo atribuído às sanções impostas pela prática de atos infracionais) contêm uma indeterminação que conduz a uma desproporção entre o fato e a pena aplicada, e essa indeterminação confere arbitrariedade a quem aplica a sanção.⁵¹⁷

A título de exemplo, a medida de liberdade assistida deve, segundo o Estatuto, ser aplicada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, com base em parecer de orientador (pessoa com função de “promover socialmente o adolescente e sua família”, de fiscalizar sua frequência escolar e de o inserir no mercado do trabalho), como preveem os arts. 118 e 119 dessa lei. A internação, prevista no art. 121 do Estatuto, é medida de privação da liberdade e não comporta prazo determinado, devendo ser reavaliada a cada seis meses e com prazo máximo de três anos. Finda a internação, o adolescente poderá ser colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. Essa indeterminação permite a desproporção entre fato praticado e pena, ou seja, o arbítrio, como explica Sposato:

Portanto, a duração das medidas no modelo brasileiro não é definida pela autoridade judicial, e sim durante sua execução, a partir de uma avaliação das chamadas ciências auxiliares da justiça, ou seja, da psicologia, da assistência social e, em alguns casos, da psiquiatria. Nesse aspecto, o modelo brasileiro se distancia de muitos modelos de responsabilidade nos quais o juiz determina, na sentença, a duração da medida em observância aos marcos legais. A indeterminação das medidas é outro entrave para a configuração de um modelo de responsabilidade no sistema brasileiro. O fato de que a duração das medidas seja condicionada a uma avaliação por psicólogos ou psiquiatras mantém a ideia de tratamento. Ademais, a indeterminação da duração temporal das medidas dá margem ainda a uma revisão em prejuízo do adolescente, *in pejus*.⁵¹⁸

⁵¹⁷ *Ibid.*, 84%. É importante registrar a aproximação da crítica ao arbítrio formulada por Sposato com aquela identificada em estudo da década de 1960 sobre a *Juvenile Justice*, nos Estados Unidos. Ambas identificam na atribuição de largos poderes à autoridade estatal a possibilidade de exercício de arbítrio sobre os adolescentes e sua família no âmbito dos processos e procedimentos dedicados à apuração de crimes praticados por eles. No caso do estudo estadunidense, havia indicativos de que fatores discriminatórios como cor da pele, aparência do jovem ou reação dos pais poderiam servir de critérios para orientar o jovem para a assistência social ou para ser processado perante a *Juvenile Court*. Em outras palavras, o estudo indica que a elasticidade de poderes conferida à autoridade estatal permite que fatores culturais e discriminatórios, como a cor da pele, sirvam de critérios tácitos para a responsabilização do adolescente. Cf. BARRETT, David R.; BROWN, William J. T.; CRAMER, John M.. *Juvenile delinquents: the police, state courts, and individualized justice*. **Harvard Law Review**, [s.l.], v. 79, p.782, 1966.

⁵¹⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, 32%.

Essa avaliação do adolescente por psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais no decorrer da execução da medida socioeducativa, a fim de subsidiar a decisão sobre o tempo de seu cumprimento, permite que a sanção estatal deixe de ser uma resposta à conduta praticada e se torne um meio de julgar moralmente o adolescente e sua família, o que viabiliza que adolescentes que praticam fatos mais graves cumpram menos tempo de internação do que aqueles que praticam fatos menos graves, desde que os primeiros atendam melhor aos padrões morais e sociais da equipe que avalia a execução da pena e do juiz.⁵¹⁹

A ambiguidade e a indeterminação das sanções estatais impostas aos adolescentes que praticam atos infracionais autorizam a diluição da pena, pois licenciam o ingresso do Estado, por meio da equipe técnica (assistente social, psicólogo, pedagogo, médico etc.) no âmbito doméstico e privado da família, a fim de avaliar, diagnosticar e prever o tratamento para as supostas causas da prática do ato infracional. A sanção ultrapassa a esfera individual do adolescente e atinge sua família. Tal mecanismo é reforçado pela Lei Federal n.º 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).⁵²⁰

Essa lei estabelece que, para as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação, é necessária a confecção de um Plano Individual de Atendimento (PIA), elaborado pela equipe técnica (os profissionais da pedagogia, da assistência social, da psicologia etc.), com participação do adolescente e de seus pais ou responsável legal (arts. 52 e 53, da lei). No momento de reavaliação da medida socioeducativa, para decisão sobre sua prorrogação ou extinção, deve ser apresentado um relatório sobre a evolução do adolescente no cumprimento de seu plano individual, conforme art. 58, da lei.

O art. 35 dessa lei do Sinase prevê que a execução das medidas socioeducativas seria regida pelos princípios da proporcionalidade em relação à ofensa cometida pelo adolescente e da mínima intervenção estatal, restrita ao necessário para alcançar os objetivos da medida socioeducativa aplicada. A despeito dessa previsão legal, observam-se a elasticidade e a

⁵¹⁹ *Ibid.*, 32%.

⁵²⁰ BRASIL. Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis n.ºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n.ºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 07 mai. 2019. Não será repetida a citação em rodapé desta lei.

indeterminação sancionatória por ela autorizada e mantida, em virtude de condicionar a duração das medidas socioeducativas às avaliações e aos relatórios da equipe interdisciplinar sobre a execução do PIA. Isso atrai e mantém os mecanismos de intervenção sobre o indivíduo e sua família, inerentes à diluição da pena.

Como resposta à ambiguidade do Estatuto, Karyna Batista Sposato propõe a elaboração de um modelo de responsabilidade penal dos adolescentes, com as garantias do devido processo legal e com a exclusão, no âmbito das sanções, das práticas institucionais que visem à reforma do modo de vida do adolescente e de sua família (o que ela denomina pela prevenção especial).⁵²¹

João Batista Costa Saraiva elabora crítica semelhante ao Estatuto da Criança e do Adolescente, sustentando a necessidade de uma teoria da responsabilidade penal do adolescente⁵²², mas, simultaneamente e em lado oposto ao de Sposato, defendendo a importância de a Justiça da Infância interagir “com os reclamos da psicologia, da psiquiatria, da pedagogia, do serviço social, para referir apenas algumas das disciplinas que interagem na ação socioeducativa.”⁵²³ Por fim, o autor considera que a lei do Sinase poderá superar a discricionariedade e o arbítrio no tocante à execução de sanções pela prática de atos infracionais.⁵²⁴

A despeito das diferenças entre Sposato e Saraiva (Sposato é mais coerente à crítica do arbítrio relativamente à apuração dos atos infracionais e à execução de medidas socioeducativas, com maior rejeição dos instrumentos de intervenção sobre o indivíduo e a família, a chamada equipe interdisciplinar), ambos consideram necessária uma reformulação do modelo de responsabilidade penal dos adolescentes, a fim de reconhecer expressamente o seu caráter punitivo e, em contrapartida, para introduzir um conceito adequado de culpabilidade penal do adolescente acompanhado das garantias do devido processo legal. Às garantias dos adultos, para a autora e para o autor, poderiam ser acrescentadas outras, em virtude de os adolescentes serem pessoas em desenvolvimento.

A provocação que propõem esses estudos é a mesma que a conjugação das pesquisas de Manfredi e de Feld permite fazer em face da domesticação constitucional pretendida pela Suprema Corte relativamente à *Juvenile Justice*, que ignorou as suas práticas institucionais.

⁵²¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, 61%.

⁵²² SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Edição Kobo, 70%.

⁵²³ *Ibid.*, 72%.

⁵²⁴ *Ibid.*, 82%.

Em outras palavras, nenhuma dessas propostas enfrenta a preferência institucional da Justiça da Infância brasileira por negros e pobres, apontada pelos estudos de Vera Malaguti Batista e do IPEA.

Tal como a domesticação constitucional enfrentou uma resistência cultural que aguçou a perseguição criminal de jovens negros nos Estados Unidos, não seria pertinente questionar as soluções apresentadas no Brasil que deixam de examinar com profundidade a seletividade do sistema de perseguição do Estatuto da Criança e do Adolescente? A pergunta é mais pertinente ao se considerar que o Estatuto, de 1990 e posterior à atual Constituição da República, é celebrado como um marco de ruptura com a doutrina da situação irregular. Ora, a leitura do estudo de Vera Malaguti Batista em paralelo à leitura do estudo do IPEA indica que a seletividade de adolescentes negros e pobres pela Justiça da Infância atravessa a República, antes e após a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Nesse aspecto, em vez de ruptura, indica-se a perenidade de um padrão.

De maneira semelhante à domesticação constitucional estadunidense, a proposta de elaboração de uma teoria de responsabilidade criminal de adolescentes e de uma teoria da culpabilidade própria à sua condição, acrescida do devido processo legal, padece da ausência de enfrentamento de fatores sociais e culturais que, por hipótese, devem conduzir à seletividade de negros e pobres pela Justiça da Infância.

O objeto desta tese não é identificar esses fatores, mas, a partir dessa provocação, pode-se propor que o debate sobre o Direito da Infância e sobre a Justiça da Infância, no Brasil, precisa, para além da crítica aos textos legais e às teorias estritamente jurídicas, passar pela análise criminológica, pois os dados indicam que a economia da subjetividade da infância é a economia política do negro e do pobre, na medida em que os fatos domesticam o Direito.

CONCLUSÕES – A FAMÍLIA SITIADA PELO AFETO

Outra circunstância derivada da ambiguidade entre proteção e punição no âmbito do Direito da Infância corresponde à regulação normativa das situações consideradas prejudiciais para a criança e para o adolescente, cuja sanção é a separação dos filhos de seus pais. Na medida em que a proteção jurídica do interesse da criança em oposição à autoridade familiar ganha relevância, desenvolvem-se instrumentos que visam a identificar maus-tratos dos pais aos filhos, bem como instrumentos para, diante da sua constatação, separar os pais do convívio com os filhos.

O principal desses instrumentos é a destituição do poder familiar, normalmente associado ao acolhimento da criança em uma instituição ou em uma família acolhedora. Assim, nos casos em que o convívio da criança ou do adolescente com os seus pais for considerado uma lesão ou uma ameaça a algum direito do filho, sobretudo em virtude de violência praticada pelos pais, utiliza-se, no Brasil, com frequência, a medida judicial de acolhimento institucional ou familiar do filho.

Isso significa que, com o objetivo de proteção, a criança ou o adolescente são afastados do convívio com seus pais e são acolhidos em uma instituição (normalmente, uma casa em que vivem diversos outros acolhidos e nos quais existem profissionais encarregados dos cuidados com os acolhidos) ou em uma família acolhedora (famílias que, normalmente, são cadastradas pelo Poder Público e que, usualmente, recebem subsídios públicos para o fim de cuidar dos acolhidos em sua residência).

Paralelamente a esse acolhimento, em certas hipóteses previstas em lei, como é o caso de castigos imoderados ao filho ou de abandono do filho, caberá a propositura de ação para destituir os pais do exercício do poder familiar. Em caso de procedência da ação de destituição de poder familiar, o filho será definitivamente afastado de seus pais e poderá ser adotado por outras pessoas. Durante o processo judicial de acolhimento, a criança ou adolescente acolhidos e sua família, sobretudo os pais, são objeto de estudos de equipes auxiliares do Poder Judiciário, normalmente formadas por Assistentes Sociais e/ou Psicólogos(as). Esses estudos visam a identificar o problema que gerou o acolhimento, se é possível saná-lo e, em caso positivo, como é viável corrigir esse problema.

A família do acolhido é avaliada pela equipe auxiliar do Poder Judiciário e a ela são determinadas recomendações cuja observância sinaliza a possibilidade de a criança ou o adolescente retornar ao convívio com sua família natural e cuja inobservância indica ao Poder Judiciário a necessidade de destituição do poder familiar e da colocação da criança ou

adolescente sob os cuidados de outra família, especialmente com a adoção.

Dessa maneira, os processos judiciais de acolhimento e de destituição do poder familiar integram o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena ao corresponderem a instrumentos de controle comportamental das famílias afetadas, pois condicionam a possibilidade de elas recuperarem o convívio com seus filhos à adoção de padrões comportamentais considerados adequados para os filhos.

Esse controle comportamental caracteriza-se pela interação social estabelecida entre as famílias e as equipes auxiliares do Poder Judiciário e essa interação social contribui para a construção da norma (família normal e do afeto socialmente aceito) e do desvio (família desviante, que demanda a intervenção estatal para proteger a criança e o adolescente).

Objetiva-se, por meio de casos concretos, analisar como, no Brasil, o acolhimento de crianças e adolescentes e a destituição do poder familiar correspondem a mecanismos de controle social que rotulam como desviantes os modos de vida das famílias pobres, reproduzindo, dessa maneira, a seletividade discriminatória do Direito da Infância do fim do século XIX e do início do século XX, que o caracteriza como um Direito de Família paralelo.

1 DUALIDADES PARA UMA ECONOMIA DA SUBJETIVIDADE

De maneira semelhante ao Código Civil francês de 1804, no Código Civil de 1916, à incapacidade civil dos filhos menores correspondeu um complexo de poderes dos pais sobre as suas relações pessoais e sobre as suas relações patrimoniais. Esse complexo de poderes era definido como pátrio poder e tinha por finalidade a proteção e a gestão do patrimônio familiar.

No Brasil do fim do século XX, um novo conceito é inserido na leitura desses poderes, o afeto. Porém, a afetividade repercute de maneira dicotômica. Para as classes sociais para as quais a transmissão do patrimônio via sucessão é relevante, o afeto viabiliza a proteção patrimonial na medida em que a identificação de sua presença atrai a regulação jurídica do Direito de Família e das Sucessões. Para os pobres, o afeto se manifesta pela ausência, pois é o abandono familiar uma das hipóteses de destituição do poder familiar, que é acionada e que aciona o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.

Para compreender a função dicotômica do afeto e como ela se relaciona com o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, é preciso, antes, entender o conceito de pátrio poder.

O pátrio poder, no fim do século XIX e no início do século XX, era compreendido pelos civilistas brasileiros como um complexo de poderes que o pai e a mãe, mas sobretudo o

pai, tinha sobre o patrimônio e a pessoa dos “filhos menores”, isto é, aqueles que não tinham plena capacidade de exercício dos direitos (absolutamente incapazes e relativamente incapazes). Em 1889, Lafayette Rodrigues Pereira define o pátrio poder:

No decurso da menoridade fallece ao ente humano a capacidade indispensavel para prover ás suas necessidades e reger sua pessoa e bens. E’ mister que alguém tome o infante sob sua protecção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotam no espirito; que, em uma palavra, o eduque, e zeze e defenda seus interesses. Esta nobre missão á natureza confiou-a ao pai e á mãe. Presuppõe ella tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama *pátrio poder*.⁵²⁵

Clóvis de Bevilacqua, em 1906, definia o pátrio poder como autoridade que os pais tinham sobre os filhos em virtude de os pais terem o dever de os educar.⁵²⁶ Em 1947, Pontes de Miranda também relacionava o pátrio poder à formação educacional dos filhos, conceituando-o como um conjunto de direitos concedidos ao pai ou à mãe, para o fim de educar os filhos.⁵²⁷

A despeito da ênfase dos civilistas em qualificar o pátrio poder como um complexo de poderes ou como uma autoridade conferida ao pai para educar seus filhos, ele representava e tinha uma função importante de atribuir ao pai o controle sobre o patrimônio familiar, com superioridade hierárquica sobre a mãe (lembre-se que a mulher casada era relativamente incapaz para os atos da vida civil, conforme art. 6.º, II, do Código Civil de 1916, o que foi alterado apenas em 1962, com o chamado Estatuto da Mulher Casada⁵²⁸).

O art. 384, do Código Civil de 1916, estabelecia o conteúdo do pátrio poder, compreendendo a direção da educação dos filhos menores, a sua representação para a prática dos atos da vida civil até os 16 anos (após essa idade, o pai devia assistir o filho até que ele adquirisse a plena capacidade civil), a autorização para se casarem e o exercício da sua

⁵²⁵PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Typ. da Tribuna Liberal, 1889. p. 203. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/518641>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁵²⁶Nas palavras do autor: “O filho legitimo, enquanto menor, acha-se confiado á guarda de seus paes, que para bem cumprirem os deveres impostos pela necessidade de o educarem hão de ter sobre ele a auctoridade que todas as legislações têm reconhecido com maior ou menor amplitude.” (BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1906. p. 105. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>>. Acesso em: 20 jul. 2018.)

⁵²⁷A definição do civilista: “O pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a êles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**: volume III: Parentesco. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 109-110.)

⁵²⁸Cf. BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019. Cf. BRASIL. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

guarda. O art. 385, do mesmo Código, previa que o pai era o administrador dos bens de propriedade dos filhos menores.

O consentimento dos pais para o casamento era exigido para os filhos até a idade de 21 anos. Em caso de divergência entre os pais, prevalecia, como regra, a vontade paterna (arts. 185 e 186, do Código de 1916). A superioridade do poder paterno em relação à mãe era acrescentada pelos arts. 379, 380 e 383, do Código, pois esta apenas podia exercer o pátrio poder em situações excepcionais, como no caso de falta ou impedimento do pai ou relativamente aos filhos ilegítimos, não reconhecidos pelo pai.

A supremacia do pai para a gestão do patrimônio familiar não se assentava somente sobre a preferência legal por ele para o exercício do pátrio poder. Ela também se apoiava sobre a regra do art. 233, do Código de 1916, ao dispor ser o marido o chefe da sociedade conjugal e, sobretudo, ela se sustentava sobre as distinções legais entre os filhos e os seus efeitos sucessórios.

De acordo com a diferença de tratamento jurídico dos filhos presente no Código Civil de 1916, os filhos havidos na constância do casamento eram qualificados como legítimos. Os filhos de pais que não fossem ligados pelo matrimônio ou cujo casamento fosse nulo e não putativo eram considerados ilegítimos.

Os ilegítimos dividiam-se em simplesmente naturais e espúrios. Os primeiros eram filhos de pais que não eram casados ao tempo da concepção ou do nascimento, mas que, entre os pais, não havia impedimento dirimente absoluto ao casamento (ou seja, causas de nulidade do casamento, tais como o casamento entre pai e filha). Os filhos naturais poderiam ser legitimados.

Os filhos espúrios são aqueles cujos pais eram afetados por um impedimento dirimente absoluto ao casamento e dividiam-se em: 1) Incestuosos: aqueles nascidos de pais que eram parentes legítimos, naturais, afins ou adotivos, isto é, cujos pais mantinham grau de parentesco proibido para o casamento (hipóteses do art. 183, I a V, do Código Civil de 1916); 2) Adulterinos: são os filhos nascidos durante a sociedade conjugal de um de seus pais com terceira pessoa (art. 183, VI, do Código Civil de 1916); 3) Simplesmente espúrios: os filhos do cônjuge sobrevivente com o condenado pelo homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte, e o filho do cônjuge adúltero com o seu corréu, por tal condenado (art. 183, VII e VIII, do Código Civil de 1916). Em conformidade com a norma do art. 358, do Código Civil de 1916, os filhos incestuosos e os filhos adulterinos não podiam ser reconhecidos.

Os efeitos dessa distinção legal entre os filhos repercutiam na ordem sucessória. Em conformidade com o art. 1605, do Código Civil de 1916, apenas podiam herdar os filhos

legítimos, os legitimados, os adotivos e os naturais reconhecidos. Os filhos ilegítimos e os naturais que não houvessem sido reconhecidos não podiam herdar.

Não fosse isso suficiente, se o filho simplesmente natural fosse reconhecido na constância do casamento do genitor e dessa união houvesse filho legítimo ou legitimado, o filho natural apenas herdaria metade do que coubesse ao filho legítimo ou legitimado (art. 1605, § 1.º, do Código Civil).⁵²⁹

Também ao filho adotivo, caso concorresse com filhos legítimos supervenientes à adoção, apenas teria direito à metade da herança cabível a cada um destes (art. 1.605, § 2.º do Código Civil de 1916).

A associação das regras pertinentes ao pátrio poder, à distinção legal entre filhos e à ordem sucessória permite concluir que o contorno jurídico da paternidade, no âmbito da regulação jurídica da família pelo Código Civil de 1916, era, sobretudo, a expressão do dispositivo da aliança, mencionado por Michel Foucault. Vale afirmar, a paternidade era a regulação jurídica das regras pertinentes ao casamento, à fixação e ao desenvolvimento do parentesco e da transmissão do patrimônio ligada ao parentesco e ao casamento.

Ora, esse contorno normativo atribuía ao pai autorizar, ou não, o casamento de seus filhos com idade inferior a 21 anos, conferindo-lhe o poder das alianças familiares e de aumento do patrimônio familiar, por desdobramento. Ainda, a distinção legal entre os filhos e a possibilidade de o pai os reconhecer, ou não, conferia enorme poder ao pai de estabelecer como o seu patrimônio seria transmitido, pois a ordem sucessória dependia da qualificação legal do filho. E a posição jurídica subalterna da mulher e da mãe também reforçavam os elevados poderes do pai, focados e dedicados à gestão e à transmissão do patrimônio familiar.

Se a regulamentação jurídica da paternidade e do pátrio poder pelo Código Civil de 1916 tem por finalidade a proteção patrimonial, como compreender o art. 395, desse Código, que estabelecia a perda do pátrio poder ao pai ou à mãe que castigassem imoderadamente o filho, que o deixassem em abandono ou que praticassem atos contrários à moral e aos bons costumes? Se a regulamentação jurídica da paternidade enfatizava sua importância para reger o patrimônio familiar, por que a preocupação com os maus-tratos aos filhos e com a sua moralidade?

⁵²⁹ Cf. BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019. Cf. BRASIL. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

Uma pista para a sua compreensão está no livro de 1927, de Evaristo de Moraes: “O ponto de partida para a radical transformação do conceito do pátrio poder foi o pleno reconhecimento da influencia familiar na génese da criminalidade infantil e juvenil.”⁵³⁰

Na sequência da mesma obra, o autor cita intervenções no Congresso Penitenciário de Paris, de 1895; obras em italiano e em francês; a fala do representante da Sociedade Geral das Prisões (de Paris) no Congresso de Estocolmo de 1875; recomendação do Congresso de Roma de 1885 para a suspensão temporária do pátrio poder como meio preventivo da corrupção dos menores nas famílias; o Congresso de São Petersburgo e o Congresso de Anvers do mesmo ano;⁵³¹ o Congresso Internacional de Antropologia Criminal de Turim do ano de 1906, o qual “aceitou (...) a conclusão de VAN HAMEL, apresentando como medida prophylactica da delinquencia das creanças e dos adolescentes a privação judiciaria do exercicio do pátrio poder.”⁵³²

Evaristo de Moraes cita, ainda, o II Congresso Americano da Crença, de Montevidéu, ocorrido em 1919, que

(...) firmou, tambem, o principio da *tutela do Estado*, em beneficio dos menores abandonados, e em prejuizo do pátrio poder. Estabeleceu motivos novos da perda desse poder, inclusive a inhabilidade ou incapacidade dos paes para exerce-lo.⁵³³

A data da obra de Evaristo de Moraes, 1927, com a primeira edição datada de, ao menos, 1916 (data das cartas de Clovis Bevilacqua e de U. do Amaral, elogiosas a ela⁵³⁴), indica que o autor vivenciava, e percebia, as modificações do conceito do pátrio poder motivadas pela preocupação com o interesse da criança.

Para o autor, em lugar do pátrio poder do chamado Direito Romano, portador do *jus vitae necisque* (direito de expor ou abandonar o filho, de o vender como escravo e de o ceder temporariamente para pagar dívida ou para indenizar prejuízo causado a terceiro⁵³⁵), delineava-se um pátrio poder moderno, baseado na gestão de interesses operada pelo Poder Judiciário, em que os vícios da casa, gérmens da criminalidade, justificavam a retirada dos filhos da alçada dos pais e a sua colocação sob a tutela estatal. O interesse da criança abria a porta da casa aos olhos zelosos e interessados da sociedade.

⁵³⁰ MORAES, Evaristo. *Op. cit.*, p. 132.

⁵³¹ MORAES, Evaristo. *Op. cit.*, p. 132-139.

⁵³² *Ibid.*, p. 139.

⁵³³ *Ibid.*, p. 139.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 7-8.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 137. A comparação do pátrio poder moderno com o Direito Romano é feita pelo autor e é muito frequente nos textos da época.

Para ilustrar o sedimento discursivo, cita-se a crítica de Mello Mattos àqueles contrários à regulamentação do trabalho dos menores, que baseiam sua oposição sobre a perspectiva liberal de que o Estado não pode intervir sobre o pátrio poder. Para estes, a regulamentação do trabalho dos menores seria um atentado ao pátrio poder. A eles, Mello Mattos rebate:

Erro de facto – A experiencia demonstra, infelizmente, que na classe operaria a necessidade de provêr à subsistencia de um grande numero de filhos determina, muito frequentemente, os paes a [*sic*] utillizarem, em condições prejudiciaes á saude, o trabalho dos filhos. O testemunho insuspeito do dr. Villarmé, sobre a condição lamentável da classe operaria na vespera da primeira lei que na França protegeu a criança contra a exploração dos usineiros, ilustra eloquentemente essa proposição, e demonstra quanto era chimerico o que pretendiam os liberaes de então – considerar o joven operario sufficientemente protegido pela affeição vigilante da familia. Erro de direito – É absolutamente inexato considerar o patrio poder como um direito para o pae, como uma especie de propriedade ‘sui-generis’, que poderia ser para o pae uma fonte de rendimentos...! Ao contrario, no moderno direito, o patrio poder é organizado, antes de tudo, no interesse do filho e no interêsse da sociedade; é mais uma obrigação que um direito, para aquelle que o exerce; e aos poderes publicos pertence intervir, para reprimir os abusos de que se tornam culpados os que são investidos do patrio poder. (...) firmou, tambem, o principio da *tutela do Estado*, em beneficio dos menores abandonados, e em prejuizo do patrio poder. Estabeleceu motivos novos da perda desse poder, inclusive a inhabilidade ou incapacidade dos paes para exercel-o.⁵³⁶

Mello Mattos delimita o ponto: o pátrio poder do Código Civil não tem sentido para os desprovidos de patrimônio, cujas necessidades materiais os obrigam a expor os filhos menores à exploração do trabalho. Para estes, os pobres, o pátrio poder deve ser mediado pelo interesse da criança e pelo interesse da sociedade, que autorizam a intervenção estatal sobre a privacidade do lar.

Ao mencionar os Congressos Internacionais, Evaristo de Moraes, ao seu turno, indica o mesmo sedimento discursivo em que se assentava. Trata-se do subsolo do Direito da Infância, que associava a criminalidade à infância abandonada e culpável. Compreende-se, dessa maneira, o elogio a ele atribuído às leis francesas de 1889 e de 1898⁵³⁷, sobre a perda do

⁵³⁶ MELLO MATTOS, José Cândido de Albuquerque. O trabalho dos menores de 18 annos: Provimento para a execução do Codigo de Menores expedido pelo juiz Mello Mattos. **O JORNAL**. Domingo, 30 de Dezembro de 1928, Rio de Janeiro. p.5.

⁵³⁷ Ambas já analisadas nesta tese. Cf. FRANÇA. Loi du 24 juillet 1889. Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralment abandonnés. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Cf. FRANÇA. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

poder paternal e sobre a coibição aos maus-tratos contra crianças: “Das legislações modernas, a que primeiramente enveredou pelo caminho tantas vezes indicado, consagrando, por fôrma definitiva, a *função paternal ou familiar do Estado* foi a franceza.”⁵³⁸

E o autor brasileiro destaca em uma página aquilo que considera inovações importantes e bem-vindas dessas duas leis: a lei de 1889 permite a perda do pátrio poder em virtude de situações desassociadas de condenação criminal dos pais e dos filhos, ou seja, em virtude de “bebedice e incontinencia publica, ou de máo tratamento dado aos filhos, com prejuizo da saude, ou da segurança, ou da moralidade destes.”⁵³⁹ A lei de 1898 permite, em casos de crimes cometidos contra as crianças, retirá-las da guarda de seus “algozes” e confiá-las à guarda de parentes idôneos, de pessoas ou de associações caritativas. A originalidade da lei, para o autor, está em permitir essa alteração da guarda inclusive durante o trâmite do processo que apura crimes praticados pelas crianças.⁵⁴⁰

Após informar que a Alemanha e a Noruega seguiram o exemplo da legislação francesa; que a Hungria, diversos estados da federação estadunidense e a Austrália também adotaram leis de proteção à infância maltratada, Evaristo de Moraes enfrenta o tema na legislação brasileira. À semelhança do Direito francês anterior às leis de 1889 e de 1898, Evaristo critica o fato de que, no Brasil, a legislação apenas autorizava a perda do pátrio poder em razão de crimes de violência carnal, rapto e lenocínio, praticados pelos pais contra seus filhos, conforme previsão dos arts. 273 e 277, do Código Penal de 1890.⁵⁴¹

Evaristo de Moraes registra que Clovis de Bevilaqua e Lafayette (possivelmente, Laffayette Rodrigues) sustentavam a possibilidade de perda de pátrio poder independentemente de condenação criminal e em virtude de maus-tratos inflingidos contra os

⁵³⁸ MORAES, Evaristo de. *Op. cit.*, p. 140.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 141.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 141.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 144. O art. 273, parágrafo único, do Código Penal de 1890, versava sobre o rapto e assim prescrevia: “Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte: (...) Paragrapho único. Além da pena, e da interdicção em que incorrerá tambem, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida.” Por força da norma dos arts. 272 e 273, as penas do art. 273, incluindo a perda do pátrio poder, também incidiam sobre os crimes de violência carnal, previstos nos arts. 266 a 269, que compreendiam o atentado contra o pudor (art. 266), a defloração de mulher menor de idade mediante sedução, engano ou fraude (art. 267) e o estupro (arts. 268 e 269). O art. 277, do mesmo Código, estabelecia acerca do lenocínio: “Art. 277. Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguem para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem: (...) Paragrapho único. Si este crime for commetido por ascendente em relação á descendente, por tutor, curador, ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum menor com relação a este; pelo marido com relação á sua propria mulher: Pena – de prisão cellullar por dous a quatro annos. Além desta pena, e da de interdicção em que incorrerão, se imporá mais: Ao pae e mãe a perda de todos os direitos eu a lei lhe concede sobre a pessoa e bens do descendente prostituido;” (BRASIL. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 18 mai. 2019.)

filhos, mas enfatizava que tal hipótese não era prevista em lei. Para o autor, a situação foi melhorada em virtude dos arts. 394 e 395, do Código Civil de 1916, e do Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923.⁵⁴²

Esse Decreto tinha origem na Lei n.º 4.242, de 6 de janeiro de 1921⁵⁴³, que correspondia a uma lei orçamentária do Brasil do ano de 1921. A despeito disso, o art. 3.º, I, dessa lei, autorizava o Governo Federal a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente, delineando algumas balizas, como a necessidade de construir abrigo para os menores; nomear um juiz privativo de menores; transferir menores que cumpriam pena para casas de reforma, tão logo construídas etc.

O art. 3.º, § 1.º, dessa lei de 1921, definia o conceito de menor abandonado de forma próxima à definição contida no futuro Código de Menores de 1927. Entre as principais hipóteses legais, considerava-se abandonado o menor sem habitação certa, sem meios de subsistência, seja pelo falecimento dos pais ou por sua indigência; o menor cujos pais eram incapazes de cumprir seus deveres para o filho; aquele encontrado em estado habitual de vadiagem, mendicância ou libertinagem; o menor cujos pais os explorassem, empregando-os em ocupações contrárias à moral e aos bons costumes, bem como era abandonado aquele menor excitado pelos pais para a gatunice, mendicância ou libertinagem.

No tocante ao pátrio poder, o art. 3.º, § 2.º, dessa lei, previa a perda ou a suspensão do pátrio poder para os casos de condenação dos pais por crimes em que houvesse prova de sua negligência, abuso de poder, maus exemplos, crueldade, especulação contra os filhos ou, ainda, em que o crime praticado pelo pai ou mãe pudesse comprometer a saúde, segurança ou moralidade do filho.

Apesar de essa lei de 1921 ainda vincular a perda do pátrio poder à condenação criminal, o Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, mencionado por Evaristo de Moraes, regulamentou-a de forma expansiva nesse tema, pois, de modo aproximado às alterações promovidas pelas leis francesas de 1889 e de 1898, o Decreto previa as hipóteses de perda e de suspensão do pátrio poder dissociadas de condenações criminais contra os pais.

Além de repetir as hipóteses do art. 395, do Código Civil (castigo imoderado,

⁵⁴² MORAES, Evaristo de. *Op. cit.*, p. 144. Cf. ainda: BRASIL. Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923. Approva o regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

⁵⁴³ BRASIL. Lei n.º 4.242, de 6 de janeiro de 1921. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. **CIESPI – Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância**. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/LEI%204242_06_JAN_1921.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

abandono e prática de atos contrários à moral e aos bons costumes), previam-se, nos arts. 3.º e 4.º do Decreto n.º 16.272/1923, como hipóteses de perda do pátrio poder dissociadas de condenação criminal, a negligência, incapacidade, abuso de poder, maus exemplos, que pudessem comprometer a saúde, segurança ou moralidade do filho.

Ainda, o art. 6.º, do Decreto, previa a suspensão do pátrio poder, além dos casos de condenação criminal, para o pai ou mãe que deixasse o filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem, criminalidade; que tivesse concorrido para a perversão deste, ou o tornasse “alcoólico”; para o pai ou mãe que houvesse contribuído para que o filho alcançasse esses estados; para o pai ou mãe que, por maus-tratos, por privação de alimentos ou de cuidados indispensáveis, colocassem em perigo a saúde do filho; para os pais que empregassem os filhos em ocupações proibidas, contrárias à moral ou que expusesse em risco a saúde, a vida ou a moralidade dos seus filhos; aos pais que faltassem ao cumprimento dos deveres paternos em virtude de abuso de autoridade, negligência, incapacidade ou impossibilidade de exercer o pátrio poder.

Ao se confrontar a explicação de Evaristo de Moraes sobre as supostas transformações em curso acerca do conceito de pátrio poder com as alterações normativas operadas por meio do Código Civil de 1916, da Lei Federal n.º 4.242, de 6 de janeiro de 1921 e do Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, consegue-se sugerir uma resposta para a contradição entre a regulamentação jurídica da paternidade focada sobre o patrimônio familiar e a inusitada preocupação com maus-tratos aos filhos e com sua moralidade, evidenciada pela sanção da perda do pátrio poder prevista nos arts. 394 e 395, do Código Civil de 1916. Por que sancionar maus-tratos aos filhos ou pais imorais se o contorno jurídico da paternidade é focado apenas sobre o patrimônio familiar?

Ora, de forma assemelhada ao Direito Civil francês do fim do século XIX, o surgimento das hipóteses legais de perda do pátrio poder dissociadas da condenação criminal dos pais esteve ligado a uma preocupação com a gestão liberal da pobreza urbana e com os comportamentos a ela associados. Em vez de se combaterem as causas sociais da pobreza, as causas de produção coletiva da pobreza, o discurso dos filantropos europeus e dos publicistas brasileiros (cujo exemplo é Evaristo de Moraes ao lado de Mello Mattos e de Beatriz Sofia Mineiro) imputa a faltas morais e a incapacidades individuais a pobreza e os problemas a ela associados (prática de crimes, má nutrição dos filhos, exploração dos filhos por meio da mendicância etc.).

Ao assumirem essa postura etiológica da criminalidade – o crime é causado por uma escolha imoral do pai pobre e indigno –, o discurso da gestão liberal da pobreza se forja,

institucionalmente, por meio de práticas que visam a transformar moralmente o indivíduo, de criança abandonada e potencialmente adulto criminoso a criança tutelada por meio da vigilância e da intervenção sobre a sua família.

A Justiça da Infância é pensada como dispositivo institucional apto a essa tarefa modeladora, dessa economia da subjetividade. É relevante notar que o art. 37, do Decreto n.º 16.272/1923, cria o Juízo de Menores no Distrito Federal (o Rio de Janeiro) e, por meio do seu art. 39, ampara-o com corpo de funcionários composto por, entre outros, um médico psiquiatra e seis comissários de vigilância. Se o pátrio poder e a relação entre pais e filhos no Código Civil de 1916 estavam tão associados à proteção do patrimônio familiar, qual seria a utilidade desses funcionários para a fiscalização do exercício do pátrio poder e dessa relação familiar focada no patrimônio?

Nenhuma utilidade, pois esses servidores, a nascente Justiça da Infância e o novo Direito da Infância constituíam um Direito de Família paralelo, cuja finalidade não era a proteção do patrimônio familiar, zelosamente gerido pelo pai, magistrado privado e *bonus pater familias*.

Esse Direito de Família paralelo ao do Código Civil voltava seu olhar aos desprovidos de patrimônio, àqueles que exploravam seus filhos em ocupações proibidas e perigosas, que os colocavam sob a mendicância e cujo proveito de seu inocente labor era desperdiçado na bebedice e na jogatina. Os pobres mal afamados, sem residência certa e habitantes de casas de cômodo, onde se vivia em intimidades imorais.

São esses e seus filhos que recebem as visitas, inspeções e conselhos de comissários de vigilância e assistentes sociais. São seus filhos os diagnosticados pelos médicos psiquiatras. E são eles os pais afetados pela perda e pela suspensão do pátrio poder e que, por meio de típico dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, apenas poderiam recuperar o pátrio poder após terem provado a sua “regeneração” e posteriormente ao decurso de um ano de vigilância da convivência do menor com sua família pelo Juízo de Menores (art. 17, do Decreto n.º 16.272/1923).

Para os desprovidos do patrimônio, o pátrio poder tem conotação diversa daquela do Código Civil, nesse Direito de Família paralelo. Aqui, ele é, discursivamente, uma autoridade conferida ao pai sobre o filho, para proteger o interesse deste. Nas práticas institucionais, ele é um convite para o ingresso e para a intervenção na intimidade do lar.

2 UM NOVO DIREITO DE FAMÍLIA?

No curso do século XX, o Direito Civil brasileiro, tal qual o Direito Civil francês do século XIX, forjou-se segundo um duplo Direito de Família. De um lado, há a regulamentação jurídica patriarcal e patrimonialista das famílias com patrimônio, pautada pelo objetivo de preservá-lo e de transmiti-lo segundo os poderes outorgados ao pai. De outro, há a regulação jurídica discursivamente legitimada pela proteção dos interesses dos filhos menores, moralmente e materialmente abandonados, cuja prática institucional implica vigilância moralizadora das famílias pobres, destituídas de patrimônio.

Para relevante corrente da civilística brasileira, desenvolvida no fim do século XX, o afeto se tornou elemento importante para a proteção jurídica das relações familiares e ele desempenharia a função de reduzir o caráter patrimonialista e patriarcal do contorno regulamentar da família.

Diante dessa recente valorização do afeto e em virtude de ela se colocar como elemento de ruptura paradigmática contra a regulação jurídica patriarcal e patrimonialista da família, torna-se relevante examinar se, de fato, existe essa ruptura. Em segundo lugar, se o afeto é assumido como suporte fático para a proteção jurídica da família, também se revela importante examinar se ele é capaz de eliminar a vigilância moralizadora das famílias pobres.

Para enfrentar essas questões, é previamente necessária a compreensão de como o afeto é introduzido no debate da civilística contemporânea. É um lugar-comum do discurso sobre o Direito Moderno a indicação do Código Civil francês como um evento de ruptura, pois ele simbolizaria, a um só tempo, o enterro do direito do Antigo Regime, marcado pela insegurança de inúmeras fontes⁵⁴⁴, e o nascimento de uma nova era, a da estabilidade e a da segurança jurídica fundadas na lei como única fonte do Direito⁵⁴⁵. O Código Civil seria, a

⁵⁴⁴ André-Jean Arnaud exemplifica a as múltiplas fontes do Direito, característica do Antigo Regime e como elas, sob o olhar Moderno, implicavam dificuldades: "Em 1750, por exemplo, um protestante borguinhão atingia sua maioria aos quatorze anos, segundo o costume de seu ducado; já segundo o Direito canônico, devia se casar perante o padre; para suceder seu pai morto e intestado, as regras aplicáveis eram do direito romano e se ele desejasse fazer um testamento, deveria realizá-lo segundo as formas prescritas pela Ordenança de 1735. E esse não era um caso dos mais complicados!". Tradução livre de: "*En 1750, par exemple, un protestant bourguignon atteignait sa majorité à quatorze ans, selon la coutume de son duché, devait, aux termes du Droit canonique, se marier devant le curé, succédait à la romaine à son père décédé intestat, et, s'il désirait tester, le faisait selon les formes prescrites par l'Ordonnance de 1735. Et encore le cas n'est-il pas l'un des plus compliqués!*" (ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. p.7.)

⁵⁴⁵ Sobre o Código Civil francês e seu forte vínculo com o modo de vida burguês e a previsibilidade que ele demanda para as relações econômicas, cf. CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 34-35.

partir de então, a fonte de todo o Direito Civil⁵⁴⁶.

A sucessão tradicional desse discurso identifica as crises sociais do fim do século XIX e do início do século XX, especialmente as revoltas proletárias, como o impulso da profusão legislativa que afastou o Código do centro do Direito Civil.

Diversas matérias que eram tratadas exclusivamente pelo Código Civil passaram a ser regulamentadas por outros corpos normativos especializados. A bibliografia especializada passou a denominar esse fenômeno como o surgimento dos microssistemas, correspondente a várias leis que retiram do Código Civil o tratamento de alguns temas, tais como o contrato de trabalho, e, ao longo do século XX, os contratos de locação, a política de proteção da infância, a questão ambiental, as relações de consumo, etc.⁵⁴⁷

No Brasil, esse discurso culmina com a ideia de constitucionalização do Direito Civil, segundo a qual a Constituição suplanta o Código Civil na qualidade de centro normativo das relações privadas, pois passa a ser a Constituição, em lugar do Código, o centro de tais relações, delimitando o contorno normativo da liberdade econômica, da propriedade privada e das relações familiares.

Dessa maneira, diante dos diversos microssistemas, a congruência principiológica do ordenamento jurídico privado é assegurada pela centralidade normativa da Constituição, à

⁵⁴⁶ Lembre-se que o Código Civil francês eliminou o *référé législatif*, pelo qual o juiz, ao constatar a ausência de solução jurídica para dado caso, devia recorrer ao Poder Legislativo para que este resolvesse o caso concreto. Ainda, o Código Civil francês proibia ao juiz a recusa de julgamento de um caso concreto, pois o Código tinha a pretensão de conter todo o Direito Civil. Cf. ANDRADE, Fábio Sibeneichler de. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.76-77. Em seu discurso preliminar sobre o projeto do Código Civil Francês, Portalis critica o *référé législatif* na medida em que, para ele, o recurso ao Poder Legislativo para solucionar situações concretas poderia acarretar decisões tão arbitrárias quanto aquelas alcançadas pelo Poder Judiciário, com a diferença de que as decisões prolatadas por um juiz teriam a vantagem de poderem ser reformadas por um recurso, o que não aconteceria com as decisões do Poder Legislativo. Cf. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de code civil: présenté le 1^{er} pluviose an. IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire. In: PORTALIS, Frédéric (Ed.). **Discours, rapports et travaux sur le Code Civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis, publiés par le Vicomte Frédéric Portalis**. Paris: Joubert, Libraire de La Cour de Cassation, 1844. p.13.

⁵⁴⁷ O texto fundamental na elaboração do conceito de microssistemas é: LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.42-68.

qual todos os microsistemas, e o próprio Código Civil, estão hierarquicamente submetidos.⁵⁴⁸ A regência constitucional do Direito Privado é denominada constitucionalização do Direito Civil ou Direito Civil-Constitucional. Trata-se de um método de leitura do Direito Civil a partir das normas constitucionais.

Para a metodologia civil-constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º, III, da Constituição de 1988, incide sobre as relações privadas e, especialmente, sobre as relações familiares. Por consequência, de acordo com tal leitura, a incidência da Constituição sobre a família tem dois efeitos importantes. Primeiro, a Constituição valoriza o afeto como suporte fático que atrai a regulação jurídica do Direito de Família. Segundo, em lugar da antiga supremacia do pai e do marido, ela exige igualdade entre os membros da família.

Os arts 226 e 227, da Constituição da República, especializam esses efeitos, ao estabelecerem a igualdade jurídica entre o homem e a mulher no âmbito da sociedade conjugal, ao conferirem proteção jurídica às diversas formas de família (famílias formadas pelo matrimônio ou por meio de outro suporte fático⁵⁴⁹), ao estatuírem a igualdade jurídica entre os filhos (todos têm o mesmo estatuto legal, independentemente de sua origem) e ao

⁵⁴⁸ No Brasil, são vários os defensores desse discurso e dessa metodologia de leitura do Direito Civil: LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.53-81.; LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n.141, p. 99-109, jan./ mar., 1999.; BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Direito Civil Constitucional. *In*: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.115-127.; RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, a. 29, n. 29, p.147-172, 1996.; TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In*: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.01-22.; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.23-54. A influência estrangeira para a metodologia hermenêutica do Direito-Civil constitucional tem sua base em PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. No entanto, o texto brasileiro precursor em defesa de uma concepção de tutela constitucional da pessoa humana é OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.532, p.11-23, fev. 1980.

⁵⁴⁹ A título exemplificativo: família nuclear formada por pai e mãe casados entre si e filhos; a família nuclear formada por pai e mãe companheiros entre si e filhos; a família monoparental, formada por um genitor e seus filhos; a família anaparental, aquela formada por pessoas sem vínculo de filiação entre si, tal como a comunidade de irmãos; família formada apenas pelos cônjuges ou apenas pelos companheiros, independentemente da orientação sexual deles.

viabilizarem a dissolução do matrimônio por meio do divórcio direto⁵⁵⁰.

Se, na era dos Códigos, a família era juridicamente protegida como instituição fundada no matrimônio, para a metodologia civil-constitucional, só existe fundamento para a proteção jurídica da família na medida em que ela, de fato, esteja voltada ao desenvolvimento da individualidade pessoal de cada um de seus membros, pouco importando, para a realização dessa finalidade, se a família está baseada, ou não, sobre o matrimônio. A proteção jurídica da família, de acordo com esse método, está condicionada a ela servir de instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes mediante o estabelecimento de laços de afetividade entre eles.

Protege-se juridicamente como família o grupo de indivíduos cujos laços de afeto contribuem para o desenvolvimento da personalidade de cada um deles. Trata-se da noção de família denominada eudemonista, ou seja, aquela voltada a concretizar a felicidade das pessoas que a integram. O Estado não pode eleger único modelo de família apto a atingir essa felicidade, pois se consideram os indivíduos os melhores guias para a sua própria felicidade. O Estado não pode ditar a forma como as pessoas devem alcançar sua felicidade, sendo vedado, como efeito, ele impor modos de existência e de formação familiar. Por isso, o Estado deve reconhecer e tutelar juridicamente as diversas formas de família escolhidas pelas pessoas para atingir esse objetivo.

Em outras palavras, e isso é importante para o exame das implicações do afeto sobre o Direito de Família dos pobres, o Estado não pode determinar qual estilo de vida é moralmente aceitável, ou seja, ao Estado é vedada uma postura moralizadora das famílias.

Ao Estado, cabe proporcionar os meios para que as famílias atinjam tal finalidade, pois ele deve propiciar os recursos educacionais e científicos para o planejamento familiar (art. 226, § 7.º, da Constituição), ele deve assegurar a assistência à família e coibir a violência familiar (art. 227, § 8.º) e ele deve prover com recursos adequados o serviço de saúde na assistência materno-infantil.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ A dissolução do casamento por meio de divórcio direto, isto é, prescindindo da separação judicial ou da separação de fato antecedentes, apenas foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n.º 66/2010. Cf. BRASIL. Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1>. Acesso em 21 mai. 2019.

⁵⁵¹ Atualmente, no Brasil, parte relevante da bibliografia especializada de Direito de Família considera que a proteção jurídica do vínculo familiar tem, por fundamento, a função de desenvolvimento da personalidade dos membros familiares, defendendo a noção de família denominada eudemonista, cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: (Direito Matrimonial)**. Porto Alegre: Sergio

No âmbito do contorno normativo da família pautada pelo afeto, a paternidade, em lugar de ser gravada pela hierarquia familiar e pelo patrimonialismo, seria guiada pela noção de paternidade responsável, conforme previsão do art. 226, § 7.º, da Constituição. Isso significa que a paternidade e a maternidade responsáveis exigem que os pais adotem decisões mediante o respeito à condição de *pessoa* da criança e do adolescente. Os filhos não devem ser objeto das decisões dos pais, pois, na qualidade de pessoas, eles são dotados de autonomia. Porém, como os filhos, enquanto crianças e adolescentes, são pessoas em desenvolvimento, eles não detêm o mesmo grau de autonomia de um adulto, motivo pelo qual os pais, ao decidirem sobre os aspectos existenciais da vida de seus filhos, devem ter em conta o princípio do melhor interesse da criança, previsto nos arts. 3.1, 18 e 21, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

A partir da valorização do afeto e da felicidade, essa metodologia do Direito Civil-Constitucional tem por objetivo se opor ao patrimonialismo e ao patriarcalismo do Código Civil de 1916.⁵⁵² De fato, o contorno regulamentar da família entabulado nesse Código outorgava elevados poderes ao pai e ao marido, viabilizando o dispositivo da aliança, para preservar e transmitir o nome e o patrimônio familiar.⁵⁵³ Porém, cabe o questionamento: a metodologia civil-constitucional é apta, realmente, a superar o patrimonialismo e o patriarcalismo no âmbito do Direito de Família? Ainda, na medida em que ela se coloca contra qualquer tentativa de o Estado moralizar as famílias por meio da eleição de um tipo de organização familiar, ela é apta a superar o Direito de Família paralelo, voltado à vigilância moralizadora das

Antonio Fabris Editor, 1990. p. 11.; DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-55.; LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.53-81.; TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.347-366.; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do *Numerus Clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 12, p.40-55, jan./fev./mar., 2002. Sem utilizar o termo “eudemonista”, Paulo Lôbo também postula que, no direito brasileiro atual, a proteção jurídica da família se fundamenta na afetividade e serve à felicidade de seus membros. Cf. LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18-20. Uma tentativa de análise e de defesa da existência do princípio jurídico da afetividade pode ser encontrada em CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 79-239.

⁵⁵² Comparativamente à metodologia civil-constitucional e à sua defesa do afeto como conceito jurídico relevante, é interessante a menção à noção de parentalidade, empregada no Direito francês. Dominique Fenouillet explica que o Direito de Família francês tem sido fortemente influenciado pela expressão parentalidade, oposta à autoridade parental. Esta se volta à proteção da pessoa e dos bens dos filhos, exercida pelos pais. A parentalidade, para a autora, é um conceito de origem psicanalítica, que foi incorporado pelo direito e pela sociologia. A parentalidade é polissêmica, designando, geralmente, os cuidados que se espera serem dedicados pelos pais (ou pelas pessoas que cumprem sua função) aos filhos, enquanto eles são crianças Cf. FENOUILLET, Dominique. La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine? **Archives de philosophie du droit**, Paris, n. 57, p.96-99, out. 2014.

⁵⁵³ Sobre o patrimonialismo no Código Civil de 1916. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.1-48..

famílias pobres? O princípio do melhor interesse da criança é, de fato, um guia para as decisões dos adultos que protege a criança?

Para enfrentar o primeiro questionamento, será examinada decisão do Supremo Tribunal Federal que, usando o conceito de afeto, fixou tese com repercussão geral no tocante ao estabelecimento da paternidade⁵⁵⁴. A escolha é justificável na medida em que os efeitos da decisão atingem todos os casos idênticos àquele julgado pela Corte, razão pela qual se trata de julgado com relevante alcance coletivo⁵⁵⁵. Desse modo, o emprego discursivo do afeto nessa decisão tem a importância de significar a recepção da metodologia civil-constitucional pela Suprema Corte, com efeitos práticos sobre toda a sociedade brasileira.

Após, para enfrentar as outras questões, a fim de demonstrar a existência do Direito de Família paralelo, será examinado acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que versa sobre destituição do poder familiar e acolhimento institucional, no qual se poderá observar, na fundamentação, a ausência do afeto como elemento normativo.

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC. Recorrente: A. N. Recorrida: F. G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 29 de setembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁵⁵⁵ A repercussão geral corresponde, primeiramente, a um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, § 3.º, da Constituição da República, do art. 1.030, I, alínea *a* e V, alínea *a* e do art. 1.035, todos do Código de Processo Civil. Assim, o Supremo Tribunal Federal apenas conhece recurso extraordinário se a questão constitucional nele tratada tiver repercussão geral. Conforme prescreve o art. 1.035, § 1.º, do Código de Processo Civil, considera-se presente a repercussão geral nas hipóteses em que a matéria discutida no recurso envolva questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os limites subjetivos do processo, isto é, que ultrapassem o interesse concreto das partes. Existem, ainda, presunções de repercussão geral, como as previstas no art. 1.035, § 3.º, I e III, do Código de Processo Civil (o acórdão recorrido contraria súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou o acórdão recorrido tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, respectivamente) e como a hipótese prevista no art. 987, § 1.º, do mesmo Código (presume-se a repercussão geral da matéria questionada em recurso extraordinário interposto contra o acórdão que julgar o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas). Secundariamente, o julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida fixa uma tese sobre o tema julgado, que deverá ser respeitada por todo o Poder Judiciário em outros casos que tratem do mesmo tema (art. 1.040, do Código de Processo Civil). Cf. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

3 O AFETO E A ALIANÇA

O caso do Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC versa sobre o seguinte: F. G. tinha I. G. como pai no registro civil. Ele havia reconhecido F. G. como filha porque, quando do seu nascimento, ele era casado com sua mãe e, por isso, acreditava ser seu pai. Quando F. G. completou 16 anos, ela e seu pai I. G. descobriram que o genitor biológico de F. G. era A. N.⁵⁵⁶

Foi proposta uma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos por F. G. em face de A. N. No curso do processo, que perdurou mais de dez anos, exames genéticos demonstraram que A. N. era, de fato, o genitor biológico de F. G. Em primeiro, grau, a sentença declarou a paternidade de A. N. quanto a F. G., ordenando a retificação do registro de nascimento dela, de maneira a excluir a paternidade de I. G. e incluir a de A. N. Ainda, a sentença condenou A. N. ao pagamento de alimentos no valor de quatro salários mínimos para F. G., considerando os alimentos devidos desde a citação inicial até a conclusão do curso universitário dela, salvo a interrupção dos estudos.

A. N. apelou da sentença e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por maioria, proveu parcialmente o seu recurso, ao decidir que a paternidade afetiva de I. G. tinha prevalência sobre a paternidade biológica de A. N. Assim, para o Tribunal estadual, F. G. tinha o direito de obter o reconhecimento jurídico de sua origem biológica proveniente de A. N., mas ela apenas devia ser filha de I. G., na medida em que seus laços de afeto foram estabelecidos com ele.

Ao julgar o recurso de embargos infringentes de F. G., o Grupo de Câmaras de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina restabeleceu a sentença de primeiro grau⁵⁵⁷, determinando que F. G. era filha de A. N. e que I. G. não era seu pai. Contra esse

⁵⁵⁶ O mesmo caso foi analisado no seguinte artigo: CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio; GEDIÉL, José Antônio Peres. Direito de família e fluidez normativa no Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 233-259, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/61437>>. Acesso em: 22 dez. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i3.61437>>. Algumas das análises a seguir foram, de forma semelhante, abordadas nesse artigo. Contudo, nele, o objeto era a teoria do Direito Civil, a chamada dogmática. Nesta tese, o foco é a análise do discurso sobre o afeto. Outra crítica ao emprego do afeto como conceito jurídico, tal como defendido pela metodologia civil-constitucional, pode ser encontrada em: POLI, Luciana Costa. Críticas à apropriação do afeto no discurso do Direito de Família. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [s.l.], v. 12, p.297-314, jul-set, 2017.

⁵⁵⁷ A síntese do caso foi extraída do julgamento desses embargos infringentes. Cf. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos Infringentes n.º 2012.038525-9. Embargante: F. G. Embargado: A. N. Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning. Florianópolis, SC, 13 de novembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAII07AAZ&categoria=acordao>. Acesso em: 9 set. 2018.

acórdão, A. N. interpôs recurso extraordinário, por meio do qual pretendeu que o Supremo Tribunal Federal reformasse o acórdão de Santa Catarina, a fim de excluir sua paternidade relativamente a F. G. O fundamento de seu recurso consistia na alegação de que a paternidade socioafetiva (tal como a estabelecida entre I.G. perante F.G) deveria preponderar sobre a biológica.

Para obter a admissibilidade de seu recurso, A. N. alegava que o tribunal estadual havia ofendido, em síntese, as normas da Constituição de 1988 que versam sobre a pluralidade das formas de família (art. 226, § 4.º); a paternidade responsável e do livre planejamento familiar (art. 226, § 7.º); a prioridade da proteção absoluta à criança (art. 227, *caput*); a igualdade jurídica entre os filhos (art. 227, § 6.º); o dever de solidariedade e de assistência recíprocas entre pais e filhos (art. 229) e sobre o dever de amparo às pessoas idosas, imposto à família, à sociedade e ao Estado (art. 230).

O Supremo Tribunal Federal desproveu o recurso extraordinário, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no sentido de que A. N. era o pai de F. G. Além disso, o Supremo Tribunal Federal fixou tese, com repercussão geral, para reconhecer a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai, em conformidade com os diversos vínculos de filiação possíveis, assim redigida: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”⁵⁵⁸

Dessa maneira, apesar de, no caso concreto apreciado, ter sido estabelecido que F. G. tinha apenas um pai (A. N.), o Supremo Tribunal Federal reconheceu, para todos os casos semelhantes, a possibilidade de uma mesma pessoa ser filha de pais concomitantes. Por exemplo, alguém poderia ter um pai em virtude de ele ser seu genitor biológico e ter outro pai, em razão dos vínculos afetivos mantidos com ele.

Para alcançar essa solução, o percurso argumentativo do Supremo Tribunal Federal consagrou a metodologia civil-constitucional perante o Direito de Família, pois, como enunciou o Ministro Relator:

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*

A Constituição de 1988 promoveu verdadeira revolução no campo do Direito de Família. Sabe-se que, sob a égide do Código Civil de 1916, a família era centrada no instituto do casamento, vínculo indissolúvel e objeto de especial proteção da lei. (...) A partir da Carta de 1988, exige-se uma inversão de finalidades no campo civilístico: o regramento legal passa a ter de se adequar às peculiaridades e demandas dos variados relacionamentos interpessoais, em vez de impor uma moldura estática baseada no casamento entre homem e mulher.⁵⁵⁹

A partir da imposição hierárquica da Constituição sobre o Código Civil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o afeto como suporte fático para atrair o contorno regulamentar do Direito de Família e também como mecanismo de proteção jurídica da pluralidade das formas de organização familiar, em oposição a qualquer tentativa de o Estado impor modelos de tal organização.

Quanto à relevância normativa do afeto, pode-se extrair o seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

Mais que reproduzir a norma do art. 349, II, do diploma anterior em seu art. 1.605, o Código Civil de 2002 passou a preceituar, em seu art. 1.593, que o “*parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”. Desse modo, a própria lei passa a reconhecer que a consanguinidade concorre com outras formas de parentesco, dentre as quais certamente se inclui a afetividade. Um exemplo bastante comum na realidade pátria é a chamada “adoção à brasileira”, em que o sujeito se vale da presunção de veracidade do registro público para declarar a paternidade em relação à criança que sabe não possuir sua herança genética. Cuida-se de gesto nobre, decorrente da vontade de preencher um espaço afetivo que de outra forma restaria vago na vida do menor. (...) A filiação socioafetiva, porém, independe da realização de registro, bastando a consolidação do vínculo afetivo entre as partes ao longo do tempo, como sói ocorrer nos casos de posse do estado de filho.⁵⁶⁰

O modo do reconhecimento da relevância jurídica do afeto pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, provoca perplexidade, pois a “adoção à brasileira” e a posse de estado de filho foram reclamadas como exemplos da relevância jurídica do afeto. A chamada “adoção à brasileira” significa registrar como seu o filho de outra pessoa e constitui tipo penal previsto no art. 242, do Código Penal.

A posse de estado de filho, diferentemente, era lícita e correspondia a um instrumento previsto no art. 349, do Código Civil de 1916, para provar a filiação legítima quando houvesse falta ou defeito do registro de nascimento. Assim, havia posse de estado de filho para aquele que usasse o nome do pai (*nominatio* ou *nomen*); fosse mantido e educado

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC. Recorrente: A. N. Recorrida: F. G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 29 de setembro de 2016. Voto do Ministro Relator. **Notícias do STF**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 7-13.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 16.

pelo pai, relacionando-se com ele por meio de comportamento identificado com o laço de filiação (*tractatio*) e que usufruísse da notoriedade social de filho (*reputatio*).⁵⁶¹ Nenhum desses requisitos demandava exame da presença de afeto.

A partir dessa distinção, torna-se inevitável apontar a inadequação da aproximação entre “adoção à brasileira” e posse de estado de filho para demonstrar a relevância jurídica do afeto, pois a primeira constitui um ilícito penal e a segunda era figura situada no campo da licitude, mas anterior à Constituição e cuja subsunção fática não demandava perquirições sobre a afetividade.

Não bastasse a consagração do afeto na Suprema Corte brasileira por meio do emprego de figuras tão díspares e inconciliáveis, é importante observar que ela foi realizada em completa ignorância acerca da discussão patrimonial que envolvia o caso concreto. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contudo, abordou esse tema.

No seu voto vencido do recurso de embargos infringentes, o Desembargador Monteiro Rocha mencionou que F. G. atribuiu ao seu genitor biológico, de quem pleiteava a declaração de paternidade, “a condição de rico empresário catarinense, proprietário de revendedora de automóveis, a fim de demonstrar ter ele condições de pagar-lhe alimentos”.⁵⁶²

O Desembargador Relator também registrou a percepção de que, paralelamente à discussão sobre a paternidade, situavam-se pleitos de ordem patrimonial:

Não passa despercebido o fato de que o genitor biológico da autora desta demanda, ora embargante, desfruta de confortável situação financeira, muito superior àquela vivida por si e pelo pai registral. Isso, ao meu sentir, não pode representar óbice ao reconhecimento do elo biológico e dos direitos materiais dele decorrentes. Pelo contrário, comprovado o vínculo biológico, negar à autora as consequências patrimoniais advindas da paternidade representaria *verdadeiro prestígio à diferenciação entre filhos havidos na constância do matrimônio e aqueles nascidos de relações extraconjugais*, o que se me afigura inaceitável, pois, como afirmado, a paridade de direitos e a igualdade na sucessão biológica é conquista inserta no campo dos direitos fundamentais. (...) No entanto, *se o próprio pai biológico priva a filha da condição afetiva que poderiam desenvolver se passassem a conviver*, não se pode julgá-la por lutar pelo que lhe resta: a retificação do registro de nascimento, com a conseqüente assistência econômico-financeira e, eventualmente, o direito sucessório.⁵⁶³

De fato, a igualdade jurídica entre os filhos prevista no art. 226, § 6.º, da Constituição da República, veda a distinção de tratamento legal entre aqueles havidos na

⁵⁶¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: (Direito Matrimonial)**. cit., p. 46.

⁵⁶² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos Infringentes n.º 2012.038525-9. cit., p. 21.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 12-13.

constância do matrimônio e aqueles oriundos de relações extramatrimoniais. Por isso, como frisa a fundamentação transcrita, o pleito de F. G. em face de A. N. encontra respaldo legal em virtude de uma interpretação normativa desprovida de objetivo moralizador, isto é, de impor valores morais sobre o modo de vida dos outros, a pretexto de se aplicar o Direito.

O exame desta tese, contudo, situa-se em outro lugar, o da análise do discurso. Pretende-se avaliar o desempenho discursivo do afeto, se ele, de fato, rompe com o dispositivo da aliança, se ele rompe com o patrimonialismo do Direito de Família, tal como os seus defensores sustentam. O caso de A. N. exemplifica como o afeto, ao ser incorporado ao Direito de Família, é também integrado pelo dispositivo da aliança, seja por meio do seu uso estratégico pelos interessados, seja por conta de sua ambiguidade semântica.

O uso estratégico do afeto é demonstrado pela atuação de A. N. e do seu pai socioafetivo, I. G. Ela, a filha, ao propor a ação de investigação de paternidade, pretendia a exclusão do registro civil da filiação mantida perante I. G. e o registro da paternidade apenas de A. N. Diferentemente da tese fixada em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, I. G. não requereu o reconhecimento concomitante de paternidades, uma fundada no vínculo biológico e outra fundada no vínculo afetivo.

Em complemento, o acórdão dos embargos infringentes anotou que I. G., o pai constante do registro civil de F. G., ao ter sido ouvido no processo, disse que nutria carinho e afeto por ela, mas não tinha interesse em manter a paternidade, pois entendia ser justa a reivindicação de F. G. perante A. N.:

O pai registral, porém, embora tenha manifestado todo o carinho inerente a esse relacionamento pela autora, não se insurgiu em momento algum contra o pedido de alteração do assento de nascimento, tampouco demonstrou interesse na manutenção da paternidade afetiva, ao revés. Ouvido em juízo, I. G. asseverou: *‘ainda que a ação, caso julgada procedente não venha a alterar o significado que a requerente possui na vida do depoente, o mesmo concorda e considera como justa a reivindicação da requerente em querer saber efetivamente quem é o seu pai biológico e passar a ter o nome do mesmo’* (fl. 589) (Grifo acrescido).⁵⁶⁴

Os posicionamentos estratégicos de F. G. e de I. G. rejeitam a relevância jurídica do afeto como fundamento da paternidade porque pretendem o registro da paternidade com base no vínculo biológico mantido entre A. N. e F. G. Como se infere a partir do pleito de alimentos de F. G. e da “renúncia” à paternidade manifestada por I. G., a rejeição do afeto se justifica pelo cálculo estratégico de inserir F. G. no dispositivo da aliança, pois é “justa sua reivindicação” do nome e do patrimônio de A. N.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

Não se trata de lançar um juízo moral sobre as decisões existenciais e pleitos de F. G. ou de I. G., mas o objetivo analítico é realçar como, ao terem suas vidas inseridas no tabuleiro do Direito de Família, eles precisaram destinar ao seu afeto uma finalidade que não atrapalhasse o jogo do dispositivo da aliança, permitindo que F. G. fosse portadora do nome e legítima sucessora do patrimônio de A. N.

A despeito do afeto, a normatividade do dispositivo da aliança molda o comportamento e a subjetividade ao induzir o discurso de identificação, o discurso sobre si de F. G. e de I. G., em razão de eles pretenderem melhores condições materiais e de reconhecimento social de F. G., o que seria concretizado com a declaração da paternidade de A. N. Desse modo, a relevância jurídica do afeto não afronta o dispositivo da aliança, mas, contra a expectativa do método civil-constitucional, a afetividade é absorvida em seu jogo estratégico do nome e do patrimônio.

O uso estratégico do afeto para o inserir no dispositivo da aliança pode ser explicado pela ambiguidade semântica desse conceito normativo. A metodologia civil-constitucional defende o afeto como um suporte fático que atrai a incidência do contorno regulamentar do Direito de Família. Por isso, uma vez presente o afeto para a formação da família, pode-se vislumbrar a união estável e as suas regras de regime patrimonial e de sucessão entre os conviventes. Presente o afeto típico daquele entre pais e filhos, pode-se afirmar a presença de paternidade socioafetiva, atraindo as normas de direito de assistência recíproca e de sucessão inerentes à filiação.

Contudo, o afeto é um conceito dotado de ambiguidade semântica, justamente por estar associado a um estado sentimental, inerentemente subjetivo. Diferentemente da antiga posse de estado de filho, assentada sobre requisitos objetivos (uso do nome, manutenção material do filho pelo pai e tratamento público como se filho fosse – *nominatio, tractatio e reputatio*), o afeto se expressa como sentimento. É certo que existem comportamentos observados no mundo fático que denotam a presença de afeto. Porém, em última instância, o afeto é sentimento, que não se observa. Disso decorre sua ambiguidade semântica, fortemente presente por ocasião do julgamento da apelação de A. N. pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No julgamento desse recurso de apelação, o voto majoritário empregou o afeto com o mesmo sentido daquele sustentado pela metodologia civil-constitucional, ou seja, como suporte fático apto a atrair a incidência das normas regulamentares da filiação. Porém, na medida em que o afeto presente entre F. G. e I. G. constituía suporte fático para a relação de filiação, o voto majoritário entendeu que esse afeto era obstáculo a constituir outra relação de

filiação, aquela entre F. G. e A. N:

(...) e considerando, igualmente, que declarou não ser seu objetivo ser desfeito o vínculo estabelecido com o pai registral ao deflagrar o processo, mas, sim, poder ser contemplada com os mesmos direitos dos outros filhos de seu genitor, denota-se que a ação possui intento eminentemente patrimonial.

Até porque, diante do quadro que se apresenta, somente benefícios de tal ordem poderiam resultar para a autora caso atendidos os pedidos por ela formulados quanto ao reconhecimento do estado de filiação, visto que a prestação de amor, carinho e afeto, não se pode impor àquele que, pela vontade própria, a recusa. (...) Após todas as considerações até aqui formalizadas no que diz respeito ao estado de filiação, constatada a vigorosa relação de afetividade mantida entre a autora e seu pai registral já passados 28 (vinte e oito) anos do nascimento daquela, havendo, como visto, até mesmo confirmação por parte de ambos no sentido de que esse vínculo não irá se romper, independentemente do resultado da ação judicial proposta, conclui-se – em atenção aos elementos de convicção contidos nos autos – tratar-se de situação fática irreversível. Deve, então, prevalecer a paternidade sócio-afetiva, visto que, além de integrante do processo de formação da personalidade de F. G., propulsora de sua interação como ser social, apresenta-se, ainda hoje, como aquela capaz de contribuir para o seu desenvolvimento como pessoa humana, de forma mais positiva, porquanto no que toca à paternidade fundada puramente no vínculo biológico, consoante se fez anotar a pouco [*sic*], esta apenas lhe resultaria em proveitos de ordem patrimonial.⁵⁶⁵

Os fundamentos expostos nesse voto majoritário são exemplo de aplicação do Direito para o fim de moralizar, de impor valores morais sobre a existência alheia, pois culpabiliza F. G. pelo fato de o seu genitor biológico não ter reconhecido sua paternidade e ela ter suprido a falta do pai por meio da relação afetiva com I. G.

À margem disso e no campo da análise discursiva, todavia, esses fundamentos evidenciam a ambiguidade normativa do afeto. O voto majoritário segue o roteiro da metodologia civil-constitucional, pois identifica “a vigorosa relação de afetividade mantida entre a autora e seu pai registral já passados 28 (vinte e oito) anos” e que essa relação é “propulsora de sua interação como ser social” e “capaz de contribuir para o seu desenvolvimento como pessoa humana”. Para proteger a virtude desse afeto, ele não deveria ser maculado pelos interesses patrimoniais, os únicos que seriam alcançados por meio do reconhecimento da paternidade biológica.

Percebe-se, então, que o voto majoritário é congruente com o Direito Civil-Constitucional ao sobrepor a proteção do afeto como instrumento do desenvolvimento da personalidade em face da proteção ao patrimônio. No entanto, o resultado dessa linha

⁵⁶⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.027498-4 e Agravo de Instrumento n. 2011.024143-5. Apelante: A. N. Apelada: F. G. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, SC, 22 de setembro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAtymAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 9 set. 2018. p. 15-17.

argumentativa é justamente a proteção do patrimônio e do dispositivo da aliança, preservando A. N. da inserção de F. G. na ordem de seu nome e da sua sucessão, por ele indesejada.

O mesmo conteúdo semântico congruente com a metodologia civil-constitucional – o afeto compreendido como suporte fático da incidência das normas regulamentares da família, pois é legitimado como instrumento do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos – resulta em consequências jurídicas tão díspares. De um lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar a apelação de A. N., vale-se desse conceito de afeto para excluir a paternidade de A. N. e proteger seu patrimônio. De outro, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o recurso extraordinário de A. N., emprega o mesmo conceito de afeto para reconhecer a paternidade de A. N. em relação a F. G., inserindo-a na transmissão do seu nome e do seu patrimônio.

Essa ambiguidade semântica do afeto coloca em xeque a operabilidade desse conceito jurídico, pois revela que, na práxis argumentativa, ele pode figurar um papel retórico, em vez de se posicionar como pilar principiológico e critério de decisão. No plano da análise do discurso, essa ambiguidade mostra que o afeto está, para seus dois efeitos retóricos (proteção do patrimônio de A. N. contra a pretensão de F. G. ou defesa dos interesses patrimoniais dela em face dele), enredado no jogo do dispositivo da aliança, pois, como o exemplo demonstra, o que se discutia, no fundo, era a transmissão do nome e a sucessão patrimonial de A. N.

O caso de A. N. demonstra que a regulação e a proteção do patrimônio estão no âmago do Direito de Família. Ainda que a tese fixada em sede de repercussão geral tenha sido a proteção patrimonial de forma mais plural, pois acolhe a multiparentalidade (possibilidade de paternidades concomitantes), o contorno normativo da família serviu para definir e regulamentar a proteção e a transmissão do patrimônio familiar.

Dessa maneira, longe de superar o patrimonialismo imputado ao Direito de Família do Código de 1916, o afeto também serve para regulamentar a proteção e a transmissão do patrimônio familiar, inserindo-se no dispositivo da aliança. Ele pode até regulamentá-las de uma maneira mais plural e tolerante em face das organizações familiares, quando comparado com a concentração de poderes paternos do Código de 1916. Porém, o afeto não ataca a importante função do Direito de Família relativa ao dispositivo da aliança, que contribui para a produção da subjetividade dos indivíduos, como bem demonstra o discurso público sobre si apresentado por I. G. no curso do processo (ele “renunciaria” à paternidade de F. G. por considerar justificável o seu pleito).

Se o dispositivo da aliança, do qual é impregnado o Direito de Família, tem essa

importante tarefa de contribuir para a construção da subjetividade e se ele está tão associado à proteção e à transmissão do nome e do patrimônio familiares, é de se perguntar como o Direito de Família regulamenta as famílias pobres, desprovidas de patrimônio? Se a regulação da proteção patrimonial tem importante tarefa na construção da subjetividade, como regular a construção da subjetividade daqueles desprovidos do patrimônio? O Direito da Infância, por meio da proteção do interesse da criança, desempenhará o papel de Direito de Família paralelo, com o objetivo de regulamentar e de contribuir na construção da subjetividade dos pobres.

O dispositivo desse Direito de Família paralelo não é a aliança, a transmissão do nome e do patrimônio. Para os despossuídos, o dispositivo de elaboração da subjetividade é a vigilância moralizadora dos pobres por meio do assinalamento e da diluição da pena, que elaboram um modelo de família moralmente certo e juridicamente lícito.

O afeto, celebrado na decisão Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC como veículo de tolerância e como barreira à eleição de um modelo de família pelo Estado, é ponto de silêncio eloquente na prática institucional do Direito da Infância, na prática institucional desse Direito de Família paralelo. A análise do discurso de decisão judicial sobre acolhimento institucional e destituição do poder familiar demonstra a vigilância moralizadora dos pobres promovida por esse Direito de Família paralelo.

4 O SUBSOLO E A SUPERFÍCIE

Os processos de destituição do poder familiar e de acolhimento institucional são regulamentados pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Os arts. 1637 e 1638, do Código Civil, e os arts. 23 e 24, do Estatuto, preveem as hipóteses de suspensão e de perda do poder familiar. Elas correspondem ao descumprimento dos deveres de assistência material e de educação, à dilapidação do patrimônio do filho, ao castigo imoderado dos filhos, abandono dos filhos, à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, à entrega irregular do filho para adoção e à prática de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra outro titular do poder familiar ou contra o filho.

O procedimento que regula o processo de destituição do poder familiar está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. O pedido pode ser formulado pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse, conforme previsão do art. 155, do Estatuto. De início, cumpre ao juiz determinar a citação dos pais e a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar para comprovar as causas da suspensão ou da destituição do poder familiar.

Após citação e apresentação de resposta pelos réus, é efetuada a instrução mediante a oitiva de testemunhas. A despeito de as testemunhas poderem ser arroladas pelo autor do pedido (normalmente, o Ministério Público) e pelos pais, os réus, o art. 161, § 1.º, do Estatuto, prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público (nos casos em que ele não é o autor, mas atua como fiscal da ordem jurídica), “determinará a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar”. A redação legal parece excluir a possibilidade de oitiva de testemunhas para atestar a inexistência dessas causas, mas, em tese, tais testemunhas podem ser arroladas e ouvidas no curso do processo.

Em audiência de instrução e julgamento, são ouvidas as testemunhas e colhido oralmente o parecer técnico, salvo se ele tiver sido apresentado por escrito. Após, devem se manifestar oralmente o autor, os réus e o Ministério Público (salvo se tiver se manifestado como autor do pedido), pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por dez minutos. Por fim, deve ser prolatada a sentença, em audiência (art. 162, do Estatuto).

O prazo para concluir todo o procedimento deve ser de, no máximo, 120 (cento e vinte) dias, cabendo ao juiz preparar a criança ou adolescente para colocação em família substituta (guarda, adoção ou tutela), em caso de inviabilidade de manutenção do poder familiar de seus pais (art. 163, do Estatuto).

O art. 199-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê o recebimento apenas no efeito devolutivo do recurso de apelação em face da sentença de destituição do poder familiar. Isso viabiliza que, antes do trânsito em julgado da sentença de primeiro grau, possa ter início o processo de adoção da criança ou do adolescente. O recurso deverá ser julgado em 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua conclusão ao Desembargador relator, nos termos do art. 199-D da mesma lei.

Duas características complementares às causas da suspensão e da destituição do poder familiar e do seu procedimento processual são importantes de serem destacadas, pois elas indicam que esse instrumento é concebido para as famílias pobres, demonstrando seu caráter de Direito de Família paralelo: **(1)** a questão da pobreza; **(2)** o acolhimento familiar ou institucional como mecanismo do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena.

4.1 NEGROS E POBRES, NOVAMENTE

O art. 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que a falta ou a carência de recursos materiais, ou seja, a pobreza, não pode, por si só, conduzir à perda ou à suspensão do poder familiar. Essa disposição legal é importante para ser contrastada com a realidade das crianças que são acolhidas em instituições e cujos pais são demandados em ações de destituição ou de suspensão do poder familiar.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA desenvolveu estudo sobre as instituições de acolhimento de crianças e adolescentes, denominados, no estudo, como abrigos. A pesquisa analisou os dados de instituições beneficiadas pelo repasse de recursos mensais da Rede de Serviço de Ação Continuada (Rede SAC) da Secretaria de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome, do governo federal brasileiro. Assim, foram considerados os dados de 589 abrigos que acolhiam crianças e adolescentes, afastados da convivência familiar em virtude de decisão da Justiça da Infância e da Juventude.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ As autoras ressaltam que, ao terem delimitado o estudo sobre as instituições de acolhimento integrantes da Rede SAC, houve uma delimitação de certo resultado da pesquisa, pois tais abrigos tendem a ter uma situação melhor do que a média dos abrigos brasileiros. Isso porque os abrigos da Rede SAC têm o dever de serem registrados perante os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, que estão incumbidos de fiscalizá-los. SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de. **Contextualizando o “Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviços de Ação Continuada”**. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 35-37. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em 04 jun. 2019. Apesar de o estudo se basear nos abrigos que recebem crianças e adolescentes em virtude de decisões judiciais, foram

A partir dessa circunscrição, foram encontrados, em 2003, 20 mil crianças e adolescentes vivendo nesses 589 abrigos.⁵⁶⁷ Entre os adolescentes abrigados com idade entre 15 e 18 anos, a proporção dos que não sabiam ler nem escrever era de 16,8%, muito acima do índice nacional para essa faixa etária, que era de 3%, conforme dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.⁵⁶⁸

Entre as crianças e os adolescentes abrigados, 58,5% eram do gênero masculino e 41% eram do sexo feminino. Relativamente à raça/cor, “mais de 63% das crianças e adolescentes abrigadas são da raça negra (21% são pretos e 42% são pardos), 35% são brancos e cerca de 2% são das raças indígenas e amarela”⁵⁶⁹.

Para explicar essa diferença constatada a partir da cor da pele, a autora a confronta com dados do IBGE, extraídos da Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios de 2002, relativos à relação entre raça/cor e renda das crianças e adolescentes brasileiros. Essa pesquisa revela que, do total de crianças e de adolescentes que vivem em famílias com renda *per capita* de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, 68,2% são negros e 31,2% são brancos. Entre as crianças e adolescentes que vivem em famílias com renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ a $\frac{1}{2}$ do salário mínimo, 60,3% são negros e 39,4% são brancos. Relativamente às crianças que vivem em famílias cuja renda *per capita* é maior que um salário mínimo, 70,3% são brancos e 28,9% são negros.⁵⁷⁰

Com base nessas informações, observa-se uma relação de concomitância entre a cor da pele e a situação socioeconômica, permitindo afirmar que, no Brasil, a maioria das crianças e dos adolescentes negros vivem em famílias pobres. Para Silva, isso explica a prevalência de crianças e de adolescentes negros em abrigos, pois a pobreza aumentaria as chances de abrigo e a população negra é também a mais pobre.⁵⁷¹ Para a autora, a pobreza potencializaria fatores de risco que aumentam as chances de as crianças e os adolescentes pobres passarem por episódios de abandono, violência e negligência, propiciando o

identificadas proporções elevadas de acolhimentos sem prévia ordem judicial. Na Região Sudeste, 74,4% dos acolhimentos eram amparados por processos judiciais. No Nordeste, apenas 21,4% dos acolhimentos tinham lastro judicial e, no Centro-Oeste, apenas 39% dos acolhimentos estavam nessa situação. Cf. SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados**. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 65. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em 04 jun. 2019. Essa situação descumpra o disposto nos arts. 93 e 101, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois eles determinam a necessidade de o afastamento da criança e do adolescente de sua família e o de seu acolhimento serem previamente ordenados pelo Poder Judiciário, salvo situações emergenciais (nas quais o acolhimento deve ser comunicado ao Poder Judiciário no prazo de 24 horas).

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 54.

acolhimento.⁵⁷²

À semelhança dos adolescentes punidos pela prática de atos infracionais, os acolhimentos institucionais também afetam, principalmente, os negros e pobres. Se, de um lado, a pobreza pode aumentar as chances de a criança e o adolescente passarem por situações de violações de direitos cuja medida de proteção aplicável é o acolhimento, de outro, há de se notar que existe uma prática institucional voltada à observação e vigilância da pobreza, que também pode contribuir para a prevalência dos acolhimentos entre os negros e pobres. Trata-se do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena que, do subsolo do Direito da Infância, faz-se ainda presente, sob o nome de rede de proteção.

Dois dados da pesquisa de Enid Rocha Andrade da Silva são sugestivos de que, no Brasil, a prevalência de negros e pobres entre as crianças e adolescentes acolhidos também tem contribuição derivada das práticas institucionais.

O primeiro deles diz respeito às instituições responsáveis pelo encaminhamento ao abrigo: 88% dos abrigos pesquisados mencionaram que o Conselho Tutelar era a instituição que mais encaminhava crianças e adolescentes aos abrigos; em segundo lugar, a Justiça da Infância e da Juventude foi mencionada por 85,6% dos abrigos e, em terceiro lugar, o Ministério Público foi mencionado por 29,5% dos abrigos.⁵⁷³

Esse dado quantitativo é importante porque, associado à maior quantidade de negros e pobres entre os acolhidos, indica como a chamada rede de proteção – da qual o Conselho Tutelar, o Poder Judiciário e o Ministério Público fazem parte – atua, de fato, como observatório da pobreza e como dispositivo de controle das famílias pobres. Se negros e pobres são a maioria dos acolhidos e se Conselho Tutelar, Poder Judiciário e Ministério Público são os principais responsáveis pelo encaminhamento ao acolhimento, pode-se inferir que tais instituições, no tocante às suas atribuições pertinentes à infância, exercem um controle preferencial sobre famílias de negros e pobres.

O segundo dado importante se refere ao vínculo entre os acolhidos e suas famílias. Conforme destaca a autora, entre os acolhidos, “87% dos pesquisados têm família, sendo que 58,2% mantêm vínculo com os seus familiares, isto é, embora afastados da convivência, as famílias os visitam periodicamente.”⁵⁷⁴ Além disso, a pesquisa identificou que o principal motivo do acolhimento de crianças e de adolescentes era a carência de recursos materiais da

⁵⁷² *Ibid.*, p. 69.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 66 e 68.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 59.

família (24,1% dos casos)⁵⁷⁵.

Desse modo, se mais da metade das crianças e dos adolescentes acolhidos não têm o vínculo familiar espontaneamente rompido por seus familiares, se mais da metade dos acolhidos são negros e se o principal motivo do acolhimento é a carência de recursos materiais da família (pobreza), existe indicativo de que o abrigo é uma prática derivada de um recrutamento efetuado entre as famílias de negros e pobres por conta de essas famílias estarem mais expostas à atuação das instituições encarregadas de promover o acolhimento (a chamada rede de proteção integrada por Conselho Tutelar, Poder Judiciário, Ministério Público, escola etc.).

Em outras palavras, sob um aspecto, a pobreza pode contribuir para as situações que ensejam o acolhimento (violações de direitos das crianças decorrentes da exploração do trabalho infantil; da dependência de álcool e drogas de seus pais; da privação de cuidados básicos, como alimentação e saúde etc.), mas, sob outro, as instituições responsáveis pelos acolhimentos estão organizadas para terem, entre os seus alvos prevalentes, os negros e pobres e, por isso, os acolhem de forma prevalente. O exame do dispositivo do assinalamento e da diluição da pena na dinâmica de um processo judicial pode contribuir para essa análise.

4.2 O INTERESSE DA CRIANÇA PARA OBSERVAR E GERIR A POBREZA

O acolhimento familiar ou institucional é uma medida de proteção de crianças e adolescentes que têm seus direitos ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade, do Estado, dos seus pais ou em virtude de sua própria conduta (arts. 98 101, VII e VIII, do Estatuto). O acolhimento deve ser provisório e excepcional, com vistas à reintegração da criança ou do adolescente à sua família (art. 101, § 1.º, da mesma lei). O acolhimento é, desse modo, uma medida que afasta os filhos dos pais, para proteção dos filhos, mas cujo objetivo final é obter o retorno da convivência familiar entre pais e filhos.

Para tanto, uma vez acolhido o filho, a equipe técnica de acolhimento institucional ou familiar (assistente social, psicólogo, pedagogo etc.) deverá elaborar um plano individual de atendimento para o fim de obter essa reintegração familiar, salvo se ordem judicial determinar a sua inviabilidade. O plano individual de atendimento deve ser balizado pela opinião da criança ou do adolescente acolhido, também deve se pautar pela oitiva dos pais, deve expor os compromissos assumidos por eles e deve prever as atividades a serem desenvolvidas para a

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 55-56.

reintegração familiar (art. 101, § 6.º, do Estatuto).

Após a execução do plano individual de atendimento com o devido encaminhamento da família “a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social”, a equipe interdisciplinar (“técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar”), ao constatar a inviabilidade da reintegração familiar (o retorno do acolhido à convivência com seus pais), deve enviar ao Ministério Público relatório fundamentado, para a propositura de ação de destituição de poder familiar, no prazo de 15 dias (art. 101, §§ 9.º e 10, do Estatuto).

A partir dessa descrição procedimental, percebe-se como o acolhimento, familiar ou em instituição, é um instrumento complementar à ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, pois, constatada a situação hipotética de eventual abandono ou de violências dos pais contra os filhos, pode-se promover o acolhimento destes, com a elaboração do plano individual de atendimento. Na impossibilidade de “reintegração familiar”, cabe ao Ministério Público propor a ação de destituição do poder familiar.

Além dessa complementaridade entre acolhimento e destituição do poder familiar, é incontornável notar o aparato legal do assinalamento e da diluição da pena, à maneira do que ocorria na legislação do nascente Direito da Infância, no início do século XX. Ora, o art. 17, do Decreto n.º 16.272/1923, previa a possibilidade de os pais recuperarem o pátrio poder após terem provado a sua “regeneração”, verificada por meio de um ano de vigilância sobre a convivência do filho com os seus, devidamente desempenhada pelo Juízo de Menores.

Semelhantemente, o plano individual de atendimento, elaborado por equipe multidisciplinar auxiliar do Juízo da Infância e da Juventude (e responsável pelo programa de acolhimento), também promove o papel de permitir a avaliação do desempenho dos pais do acolhido: terão eles cumprido os compromissos assumidos quando da elaboração do plano (como se submeterem a tratamento para dependência de álcool e outras substâncias, como obterem empregos honrados, abandonarem a prostituição etc.)? Em caso de resposta negativa, a consequência é a propositura de ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público.

Em lugar de uma sanção como a pena privativa de liberdade, típica do Direito Penal clássico e Iluminista, a diluição da pena, típica do penalismo do fim do século XIX e do início do século XX, baseia-se na observação do comportamento individual e na tentativa de, por meio de saberes auxiliares (assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, pedagogos), construir uma nova subjetividade: do ébrio habitual ao operário abstinente; do dependente de drogas ao pai religioso; da prostituta à mãe zelosa, auxiliar de cozinha ou manicure. A chave para a abrir

a porta dos lares a esse olhar curativo da imoralidade é o interesse da criança.

Para demonstrar como o assinalamento e a diluição da pena atuam, escolheu-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que analisou o mérito de um caso de acolhimento institucional e de destituição do poder familiar. A escolha se justifica porque, em conformidade com o art. 105, III, da Constituição da República, esse Tribunal Superior tem a função institucional de uniformizar a interpretação da legislação federal. Assim, ao examinar a correção de uma destituição do poder familiar, esse Tribunal orienta todos os demais tribunais estaduais e, por consequência, juízes de primeiro grau. Isso ressalta a importância dos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Paralelamente, a escolha do acórdão se pautou pelo fato de ele ter enfrentado o mérito do recurso especial colocado a julgamento. Isso significa que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou os argumentos das partes e não se ateve apenas a questões processuais. Por fim, o acórdão foi escolhido porque, ao ter examinado o mérito recursal, o Tribunal Superior se baseou na prova obtida nas etapas anteriores do processo e, desse modo, o acórdão demonstra como, no Brasil, está consolidada a prática das instituições que integram a rede de proteção, ou seja, Conselho Tutelar, equipe de assistência social e de psicologia, Ministério Público, Poder Judiciário etc.

A situação examinada pelo Superior Tribunal de Justiça correspondia a uma ação de destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público estadual em face do genitor, da primeira genitora e da segunda genitora, relativamente a quatro filhos havidos entre o genitor e a primeira genitora e a três filhos havidos entre o genitor e a segunda genitora. Houve sentença de primeiro grau favorável à destituição do poder familiar, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul. Em face desse acórdão do tribunal estadual, a segunda genitora interpôs o recurso especial, que foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, negando provimento e mantendo o acórdão e, consequentemente, a sentença.⁵⁷⁶

A consolidação das práticas institucionais derivadas da interação entre Ministério Público, Conselho Tutelar, psicólogos, assistentes sociais, Poder Judiciário etc., é demonstrada pela reprodução da sentença de primeiro grau, feita pelo Ministro Relator, precedida da adjetivação “sentença minuciosamente detalhada”.

⁵⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.631.840/MS. Recorrente: F T A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Interessados: M S A e E F V. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 14 de março de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575354&num_registro=201601387978&data=20170327&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2019.

Na sentença reproduzida, o juiz de primeiro grau anota que a petição inicial foi instruída com documentos comprobatórios de que a família era “acompanhada pelo Conselho Tutelar em razão de negligência e omissão nos cuidados com os filhos desde 2011.” A sentença reproduz trecho de relatório do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, anotando “que esta família vem sendo acompanhada há tempos por este CREAS e não costuma seguir as orientações e encaminhamentos ofertados”⁵⁷⁷. De acordo com a sentença, apesar do longo período de orientação à família, “desde 2011, não houve qualquer modificação nas condutas dos genitores, culminando com o acolhimento das crianças em 2014”.⁵⁷⁸

Esses trechos revelam o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena. O Conselho Tutelar assinalou o desvio familiar a outras instituições e manteve a vigilância e avaliação da família por anos (de 2011 a 2014). O CREAS, tendo recebido o assinalamento do desvio, passou a oferecer “orientações e aconselhamentos” à família, a fim de que ela eliminasse os traços do desvio assinalado.

Tais orientações e conselhos constituem a diluição da pena, um sancionamento que visa a reformar o desvio e que se concretiza com a constante e duradoura vigilância e avaliação da família e dos seus integrantes, com vistas a moldá-la em conformidade com um modelo de família, considerado normal. As concepções de família trazidas pelos indivíduos que integram as instituições (Conselho Tutelar, CREAS, Ministério Público, Poder Judiciário etc.) desempenham papel importante nessa tarefa cujo resultado é a construção da subjetividade familiar. Em outros termos, da interação entre essas instituições e a família resulta a linha entre a norma e o desvio, a família normal e a família desviante.

Em lugar de uma pena previamente definida em lei para um comportamento proibido, tem-se a diluição de uma pena ao longo do tempo e cuja aplicação é elástica, adaptável às necessidades concretamente identificadas (para o pai ébrio, o encaminhamento ao tratamento toxicológico; para a mãe mendicante, o ensino de uma “profissão digna”; para o filho que não frequenta a escola, a matrícula escolar; para a filha abusada sexualmente, o tratamento psicológico etc.). Em vez de sanção punitiva, a diluição da pena é ambigualmente uma proteção, motivo por que todas essas “medidas de proteção” são “aplicadas” por Conselheiros Tutelares, assistentes sociais e psicólogos(as) sem contraditório ou ampla defesa, o que, nos moldes do penalismo clássico, seria exigível em um processo criminal que

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 5-6.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 6.

pode resultar na imposição da pena.

Diante da recalcitrância familiar e persistência da “violação dos direitos” dos filhos menores, eles são acolhidos, ou seja, colocados em abrigo no ano de 2014, e o Ministério Público propõe a ação de destituição do poder familiar. No acórdão do Superior Tribunal de Justiça, é sintetizado o depoimento da psicóloga da instituição de acolhimento, ouvida como testemunha no processo de destituição do poder familiar.

A psicóloga relata que as crianças eram aparentemente saudáveis fisicamente, mas com prejuízos de ordem emocional. Duas delas tinham pesadelos e relatavam cenas de violência. Uma, “muito sensível, chorona, sensível [*sic*], deprimida, medrosa”. Segundo a psicóloga, as crianças relataram que o pai era agressivo com suas duas companheiras, dizendo que ele tentou matar uma delas e a agredia com um liquidificador.⁵⁷⁹

Em conformidade com esse relato, todas as crianças estavam atrasadas no avanço escolar. “(...) os filhos da senhora F. são emocionalmente complicados, apresentando sensibilidade, raiva contida, às vezes da própria mãe, da questão familiar; A. demonstra necessidade e ao mesmo tempo resistência em relação à mãe”⁵⁸⁰. Já “Y. é agressivo, age com mentiras, é galanteador, antes dos onze anos já tinha um relacionamento, possui vaidade exarcebada, se vê como homem e se insinua para as meninas independentemente de idade”⁵⁸¹.

Essas considerações da psicóloga, empregadas como fundamento da sentença de destituição do poder familiar, denotam elevado grau de avaliação subjetiva, evidenciado pelo uso de adjetivos e julgamentos de caráter moral, como as expressões “emocionalmente complicados”, “agressivo”, “galanteador”, “possui vaidade exarcebada”. Observe-se que, a despeito desse subjetivismo e apesar de a psicóloga integrar a chamada rede de proteção (pois ela atua na instituição que acolheu as crianças), o que poderia suscitar questionamentos sobre a sua parcialidade correspondente ao objetivo de defender os atendimentos e orientações que prestou à família, ela é ouvida como testemunha e o seu depoimento tem especial importância, como demonstra a sua menção na sentença de primeiro grau e mesmo no acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

A Justiça como gestora de interesses, que visa a adaptar as famílias a modelos considerados adequados à convivência social, ou seja, que tem por objetivo julgar as famílias para atender a um suposto interesse coletivo, também se faz presente nesse caso. O mesmo depoimento da psicóloga informa que as crianças demonstram afeto pela mãe E. e resistência

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 6.

ao pai.

Quanto à mãe F., as crianças revelariam resistência a ela e raiva por conta de sua ausência. Essa mãe F. seria afetada por instabilidade financeira e emocional, com relacionamentos fortuitos e agravados pela violência, o que, segundo a psicóloga, afastaria a possibilidade de reintegração, pois as crianças precisariam de estabilidade, impossível de ser ofertada pela mãe. A mesma conclusão afeta a mãe E., pois ela não poderia reassumir os cuidados dos filhos porque se conforma com situação de violência familiar, prejudicial a eles.⁵⁸²

A sentença de primeiro grau, reproduzida pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ressalta o prejuízo que o arranjo familiar teria trazido aos filhos, pois o pai M. e as mães E. e F. não viveriam em bigamia, mas em “um triângulo amoroso presenciado pelos filhos, situação que trouxe prejuízos emocionais às crianças que perderam a percepção de família ao se verem envolvidos [*sic*] em uma situação que não conseguem compreender.”⁵⁸³ Para a sentença,

(...) as consequências do estilo de vida dos requeridos são claras e visíveis pelo comportamento da criança W. que apresenta sexualidade incompatível com a sua idade, como dito pela psicóloga da instituição acolhedora, havendo, ainda, a suspeita de que ele tentou abusar sexualmente da meio-irmã, A. e os genitores não deram importância ao fato. Ainda, a violência doméstica praticada pelo requerido contra as ‘companheiras’, na presença das crianças, deixou marcas profundas tanto que elas são amedrontadas, inseguras, têm pesadelos e desajustadas emocionalmente [*sic*]. Ademais, o que se vê é que os requeridos foram acompanhados pela equipe técnica da SAS e da instituição de acolhimento, sendo que, decorrido mais de um ano do acolhimento institucional dos filhos, ainda não demonstram capacidade para protegê-los.⁵⁸⁴

Qual a prova em que a sentença e o acórdão do Superior Tribunal de Justiça baseiam a afirmação de que o triângulo amoroso trouxe prejuízos para as crianças? O relato da psicóloga da instituição de acolhimento e a suspeita de um abuso sexual promovido por um menino contra sua meia-irmã, tolerado pelos pais; o relato da psicóloga, marcado por subjetivismo e suscetível de questionamento de parcialidade. A suspeita de abuso sexual, como frisa a sentença, é uma suspeita. Assim, a percepção subjetiva da psicóloga e a suspeita de abuso sexual, desamparada de prova, serviram de base para criticar a sexualidade dos pais.

Trata-se de uma avaliação da organização familiar pelo Poder Judiciário que se distancia da propalada família eudemonista da metodologia civil-constitucional, pois há um

⁵⁸² *Ibid.*, p. 6.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 8.

evidente julgamento de reprovação sobre o “triângulo amoroso”, considerado um instrumento que fez as crianças perderem “percepção de família”. Tal fundamentação sustenta, implicitamente, um modelo de família eleito pelo Estado, ao qual não se adaptaria a família sob exame.

Ora, mas o “novo” Direito de Família, gravado pelo afeto e pelo respeito à autonomia inerente à dignidade da pessoa humana, não protegeria as diversas formas de organização familiar? Como indicou a análise do caso de F.G., I.G. e A.N., pertinente ao reconhecimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a proteção jurídica das diversas formas de organização familiar, com base no afeto, é indissociável de uma releitura do dispositivo da aliança, relativo à proteção do nome e do patrimônio. Para os despossuídos, prevalece um Direito de Família paralelo, cujo marco normativo é o Direito da Infância, alicerçado no subsolo do fim do século XIX, cujo dispositivo é o assinalamento e a diluição da pena.

A partir dessa leitura interpretativa, é possível contextualizar os julgamentos proferidos pela sentença de primeiro grau contra F., mãe pobre. Apenas o Direito de Família paralelo, dedicado à produção e ao controle da subjetividade da família pobre, é autorizado a esse tipo de juízo sobre o estilo de vida que, importante frisar, é reproduzido, sem qualquer reprovação, pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Nos acompanhamentos realizados pela instituição acolhedora visando a reintegração familiar, em março de 2015 foi informado que: ‘indagou a Sra. F. sobre o emprego que havia declarado na visita anterior, haja vista ter sido orientada sobre a necessidade de estabilidade profissional e financeira. Ela informou ter voltado a trabalhar com a Dra. Sandra (desconhece o seu local de trabalho e especialidade sob a qual clínica) como diarista, ao que a equipe solicita que lhe peça uma declaração de emprego, uma vez que a mesma não tem registro em CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). A genitora afirma que levará a declaração na próxima visita institucional, mas na ocasião comunica que foi novamente demitida (SIC)’ (fl. 302). Portanto, verifica-se que F. informa à instituição acolhedora que trabalha como diarista para uma médica para, sem prestar qualquer informação (sequer sabe o endereço), em seguida, junta [*sic*] declaração (fl. 234) para comprovar que trabalha para uma empresa (sem nome), impondo-se concluir que, como dito pela testemunha ouvida em audiência, ela não possui estabilidade financeira que lhe possibilite sustentar os filhos.⁵⁸⁵

Apesar de o acórdão do Superior Tribunal de Justiça ressaltar que “a situação de pobreza não serviu de fundamento para a destituição do poder familiar, e sim o contexto familiar conflituoso, envolvendo agressões físicas e promiscuidade sexual, além de descuido

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 7.

das crianças”⁵⁸⁶, o trecho da sentença transcrito demonstra de forma qualitativa aquilo que o estudo do IPEA revelou quantitativamente sobre as crianças acolhidas: a pobreza é causa informal de acolhimento e de destituição do poder familiar, embora tal prática seja vedada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na linha das conclusões de Manfredi e de Feld sobre os impactos paradoxais das decisões da Suprema Corte estadunidense em relação à *Juvenile Court*, essa distância entre a vedação legal e a aplicação da lei indica que a prática institucional do Direito da Infância, no Brasil, é marcada por uma predileção pelos pobres, resultando em um controle comportamental maior sobre eles.

O julgamento sobre o estilo de vida de F. não se limita à sua suposta incapacidade de obter trabalho e renda para sustentar seus filhos, mas se estende à alegada incapacidade de ela reorganizar sua vida de maneira socialmente aceitável, como frisa a sentença reproduzida pelo Superior Tribunal de Justiça, novamente sem qualquer repreensão:

Tem fundamento o argumento de defesa de F. no sentido de que foi vítima de M. e de E. De fato, ela teve a primeira filha com ele aos 15 (quinze) anos de idade, quando ainda era uma adolescente, demonstrando que além de ter sido explorada no trabalho doméstico pelo casal – o qual é proibido para menores de 18 anos -, foi envolvida sexualmente pelo requerido M. Após o acolhimento institucional dos filhos F. [*sic*] fez um movimento promissor em busca de autonomia e independência e este juízo teve a expectativa de que ela, apesar do histórico de vida adverso, iria se reorganizar para reaver os filhos. O que ocorreu, porém, é que ela, agora uma mulher adulta e dona do seu destino, não foi capaz de, sozinha, se estabelecer e encontrou um novo companheiro, cujo perfil de agressividade não o diferencia do requerido. Cleiton Carvalho, com quem passou a conviver, foi condenado a 22 anos de prisão, tendo ele e seu primo mantido uma família refém para praticarem roubo, ocasião em que aquele, segundo suas próprias palavras, apontou uma arma para a cabeça de uma criança e, ainda, informou fazer uso de maconha (fl. 304). Por certo, o ambiente que o novo casal oferece não assegura todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade conforme preconiza o art. 3.º do ECA.⁵⁸⁷

A mãe pobre F., que teve seu primeiro filho aos 15 anos e que era explorada para a prática de trabalhos domésticos, quando “adulta e dona de seu destino, não foi capaz de, sozinha” obter estabilidade econômica para sustentar seus filhos e ofertar a eles condições de liberdade e de dignidade.

Nesse discurso contido na sentença e referendado pelo Superior Tribunal de Justiça, percebe-se o julgamento moral sobre a pobreza e sobre os seus efeitos, culpabilizando a mãe pobre por circunstâncias das quais ela é vítima e a responsabilizando individualmente para a sua

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 10-11.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 7-8.

superação. A responsabilização individual, inerente à gestão liberal da pobreza, integra o dispositivo do assinalamento e da diluição da pena, pois, em lugar da assistência material direta por meio da atuação estatal, autoriza as intervenções da rede de proteção para “ofertar bons conselhos” para o pobre e para repreender os pais pobres que não os acolhem, impondo a eles a destituição do poder familiar. Assim exemplifica a sentença, transcrita pelo acórdão do tribunal superior:

Por fim, a equipe técnica concluiu que: ‘percebe-se que a genitora das crianças ainda apresenta a necessidade de estabilidade financeira, emocional e dinâmica familiar estruturada para assumir a guarda dos filhos’ (fl. 306). Os requeridos M. e E., por sua vez, nunca maternaram e paternaram os filhos adequadamente, deixaram de seguir as orientações e encaminhamentos realizados pela equipe técnica da SAS e da instituição de acolhimento por mais de quatro anos. (...) Ademais, o que se vê é que os requeridos foram acompanhados pela equipe técnica da SAS e da instituição de acolhimento, sendo que, decorrido mais de um ano do acolhimento institucional dos filhos, ainda não demonstram capacidade para protegê-los. (...) Conceder mais prazo para os requeridos demonstrarem aptidão para exercer o poder familiar, significa condenar as crianças a crescerem sem um direito fundamental que é o da convivência familiar. A cada dia institucionalizados, vendo frustradas as esperanças de voltarem para os cuidados dos pais, os filhos dos requeridos estão sendo privados do ambiente natural para o crescimento e bem-estar e sofrendo danos emocionais irreparáveis.⁵⁸⁸

O pai M. e a mãe E., à maneira da mãe F., por quatro anos deixaram de seguir as orientações da equipe técnica e da instituição de acolhimento. Sanção para tal desobediência? A destituição do poder familiar, a bem dos filhos. No Direito de Família paralelo, o interesse da criança autoriza o ingresso no ambiente familiar privado, o “aconselhamento” de bons hábitos (de higiene, de organização econômica, de práticas sexuais e de relacionamentos afetivos socialmente aceitáveis etc.) **por anos**, como se tratasse de uma pena criminal cumprida em regime aberto, com a diferença de que tal controle comportamental não tem regulamentação legal quanto à sua extensão sobre a liberdade individual e quanto à sua extensão temporal, como ocorre nas penas criminais. Dilui-se a pena, simplesmente.

No voto-vista, o Ministro Marco Buzzi segue o voto do Ministro-Relator, para negar provimento ao recurso especial e manter o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau. Como fundamento, o Ministro Marco Buzzi anota que as conclusões da sentença de primeiro grau “foram embasadas em relatórios elaborados durante o acompanhamento da família (2011 a 2014) – determinado como medida de proteção –, em comunicações do Conselho Tutelar, em laudos psicossociais e em depoimentos testemunhais”⁵⁸⁹. Conclui que o acórdão recorrido do Tribunal do Mato Grosso do Sul deve ser mantido, “à luz do melhor interesse das

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 8-9.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 19.

crianças”⁵⁹⁰, porque a destituição do poder familiar foi baseada em prova de que a mãe recorrente não tinha condições para cuidar dos filhos.

Assinalamento e diluição da pena, julgamento moral dos pobres, em nome do melhor interesse da criança tão próximo se está do subsolo do Direito da Infância, quando Mello Mattos declarava abandonado o menor A. porque o seu pai F. o abandonou com a avó materna, que o maltratava, e porque sua mãe G se entregava “à prática de actos contra a moral e os bons costumes, faltando-lhe idoneidade e recursos para manter e educar seu filho...”⁵⁹¹. À criança foi nomeado tutor o farmacêutico A. que, “depositario do menor, o tem tratado paternalmente, dando-lhe ocupação honesta”⁵⁹².

Do subsolo à superfície, a prática institucional do Direito da Infância, verdadeiro Direito de Família paralelo, participa da construção da subjetividade familiar, apontando a norma e o desvio.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁹¹ MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Patrio poder; perda. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v. , n. 307 a 312, p.120-120, 1929. Semestral.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 120.

REFERÊNCIAS

1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

AFONSO DA SILVA, José. Direitos Humanos da Criança. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 1, p.197-208, 1998.

ALBUQUERQUE, Gastão Cavalcanti de. Serviço Médico do Juízo de Menores: Relatório apresentado pelo Dr. Gastão Cavalcanti de Albuquerque, sobre o ano de 1942. *In*: GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 109-112.

ALMEIDA, Luciano Mendes de. *In*: CURY, Munir et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19-20.

ANTUNES, Francisco Sá. *Relatório* da Curadoria de Menores: Apresentado ao Procurador Geral do Distrito Federal, dr. Romão Cortes de Lacerda, pelo Curador de Menores, interino, dr. Francisco Sá Antunes, sobre o ano de 1942. *In*: GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 69-84.

ARCHARD, David. **Children**: Rights and childhood. Third edition. Routledge, Taylor & Francis Group: London and New York, 2015. Edição Kobo.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da proteção integral**. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. Conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p.52-58.

ANDRADE, Fábio Sibeneichler de. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.69-78; 91-99; 111-143.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014. 196 p.

ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. p.1-21; 61-73; 95-97; 111-114; 121-147; 153-159; 163-167; 171-178; 197-220.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

BARRETT, David R.; BROWN, William J. T.; CRAMER, John M.. Juvenile delinquents: the police, state courts, and individualized justice. **Harvard Law Review**, [s.l.], v. 79, p.775-810, 1966.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 150 p.

BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1963. Edição Kobo.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1906. p. 105-106. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BONJEAN, Georges. **Enfants revoltés et parents coupables: Étude sur la désorganisation de la famille et ses conséquences sociales**. Paris: Armand Colin et Cie, Éditeurs, 1895. 407 p.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Direito Civil Constitucional. *In*: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.115-127.

BOURDIEU, Pierre. **À propos de la famille comme catégorie réalisée**. Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 100, décembre 1993. p.32-36.

BRUEYRE, L. De l'internement par voie de correction paternelle: Nécessité de reviser la législation. **Revue Pénitentiaire**: bulletin de la Société générale des prisons, [s.l.], n. 4, p.454-469, avril 1893.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 79-239.

CAMPINCHI, Hélène. L'ordonnance du 1er septembre 1945 sur la correction paternelle. **Pour l'enfance "coupable"**: Revue d'Étude et d'Information, Paris, n. 36, p.1-4, mars/avril 1946.

CAMPOS NETO, Julio Ribeiro de. RELATO I – COMARCA DE UNIÃO DA VITÓRIA: Articulando e fomentando a rede local, no combate ao abandono escolar. *In*: REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes: fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná**. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. p. 59-74.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites**. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. 101p.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. 611 p. Tradução de Iraci D. Poleti.

CAVALCANTE, Manoel Tavares. Relatório do Cartório do 1.º Ofício: Apresentado pelo Escrivão Dr. Manoel Tavares Cavalcante, sobre o ano de 1942. *In*: GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 93-102.

CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio; GEDIEL, José Antônio Peres. Direito de família e fluidez normativa no Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 233-259, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/61437>>. Acesso em: 22 dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i3.61437>.

CERQUEIRA, Sylvio da Gama; DUTRA, Omar de Carvalho. Relatório da Secção de Internações: Apresentado pelos Escreventes Sylvio da Gma Cerqueira e Omar de Carvalho Dutra, sobre o ano de 1942. *In*: GUSMÃO, Saúl de *et al.* **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 85-92.

CHAZAL, Jean. **Le juge des enfants. Pratique judiciaire et Action sociale**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1948. 54 p.

CORRÊA, Mariza. **Repensando a Família Patricarcal Brasileira (Notas para o estudo das formas de organização familiar no Brasil)**. *In*: ALMEIDA, Maria Suely Kofes de; *et al.* Colcha de retalhos: Estudos sobre a Família no Brasil. Brasiliense: São Paulo, 1982. p. 13-38.

_____. A cidade de menores: uma utopia dos anos 30. *In*: FREITAS, Marcos Cezar de (organizador). **História social da infância no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.81-99.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República**: momentos decisivos. 9.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p.11-447.

CURY, Munir et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17-81.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DIGIÁCOMO, Murilo José. A "rede de proteção" e o atendimento espontâneo e prioritário a crianças, adolescentes e famílias. *In*: REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes**: fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. p. 31-36.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional**. v.1 – A família no direito internacional privado. t. 2 – A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79-155.

DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. Traduzido por M. T. da Costa Albuquerque. Revisão técnica de J. A. Guilhon Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986. 209 p.

DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie. L'intérêt de l'enfant: Approche historique. *In*: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **Droit et intérêt**. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-louis, 1990. p. 23-54. (Droit positif, droit comparé et histoire du droit). Volume 3.

DUPONT-BOUCHAT, Marie-Sylvie *et al* (Org.). **Enfance et justice au XIXe siècle**: Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance: 1820-1914 (France, Belgique, Pays-bas, Canada). Paris: Presses Universitaires de France, 2001. 443 p.

FECTEAU, Jean-Marie. Note sur les enjeux de la prise en charge de l'enfance délinquante et en danger au XIXe siècle. **Lien social et politiques**, [s.l.], n. 40, p.129-138, 1998. Consortium Erudit. <http://dx.doi.org/10.7202/005103ar>.

FELD, Barry C. **Bad kids**: race and transformation of the juvenile court. New York: Oxford University Press, 1999. 374 p.

FENOUILLET, Dominique. La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine? **Archives de philosophie du droit**, Paris, n. 57, p.95-122, out. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**: cours au Collège de France (1978-1979). Édition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Michel Senellart. Gallimard: Lonrai, 2004. 355 p.

_____. **História da sexualidade 1**: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque São Paulo: Paz e Terra, 2014. 176 p.

_____. **A arqueologia do saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. 254 p.

FREITAS, Marcos Cezar de et al. **História social da infância no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

GASPARINI, Éric. Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire: la quête du juste milieu. **Annales Historiques de La Révolution Française**, [s.l.], v. 328, n. 1, p.121-133, 2002. PERSEE Program. <http://dx.doi.org/10.3406/ahrf.2002.2583>. Acesso em: 15 dez. 2017.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.1-48.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica**: cartografias do desejo. 5.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 11-55.

GUILLEMOT-TREFFAINGUY, Vanessa. De la transnationalisation des droits des enfants à l'internationalisation du droit de l'enfant (1924-1959). *In*: DENÉCHÈRE, Yves; NIGET, David (Direction). **Droits des enfants au XXe siècle**. Pour une histoire transnationale. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2015. p. 143-150.

GUSMÃO, Saúl de et al. **Menores desvalidos**: Relatório do Juízo de Menores do Distrito Federal apresentado pelo Bacharel Saul de Gusmão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1942. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

HIMMELFARB, Gertrude. **La idea de la pobreza**: Inglaterra a principios de la era industrial. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 175-208.

LIMA, Elaine Cristina de. RELATO II – COMARCA DE CIANORTE: Conquistas e desafios de uma rede em formação. *In*: REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes: fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná**. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. p. 75-86.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.53-81.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n.141, p. 99-109, jan./ mar., 1999.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do *Numerus Clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 12, p.40-55, jan./fev./mar., 2002.

_____. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437 p.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.42-68.

MANFREDI, Christopher P. **The Supreme Court and juvenile justice**. Lawrence: University Press of Kansas, 1998. 256 p.

MARCADÉ, Victor-Napoléon. Titre IX: De la puissance paternelle. *In*: MARCADÉ, Victor-Napoléon. **Éléments du droit civil français ou explication méthodique du code civil accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivie d'un résumé a la fin de chaque titre**. 3. ed. Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1847. p. 140-183.

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950. *In*: FREITAS, Marcos Cezar de (organizador). **História social da infância no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.53-79.

MARINS, Paulo, César Garcez. Habitação e vizinhança: limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. *In*: NOVAIS, Fernando A. (coordenador-geral da coleção); SEVCENKO, Nicolau (organizador do volume). **História da vida privada no Brasil**. v.3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.131-214.

MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Prefácio. *In*: MINEIRO, Beatriz Sofia. **Código dos Menores dos Estados Unidos do Brasil commentado por Beatriz Sofia Mineiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1929. p. III-IX.

_____. Patrio poder; perda. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v., n. 307 a 312, p. 120-120, 1929. Semestral.

MINEIRO, Beatriz Sofia. **Código dos menores dos Estados Unidos do Brasil commentado por Beatriz Sofia Mineiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1929. p. 13-28; 33-67; 374-382; 410-425.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais (tentativa de sistematização)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.102-114; 191-213.

MORAES, Evaristo de. **Criminalidade da infância e da adolescência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. 302 p.

MURILO DE CARVALHO, José. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. 196 p.

NIGET, Davi. **La naissance du tribunal pour enfants**. Une comparaison France-Québec (1912-1945). Presses Universitaires de Rennes: Rennes, 2009. 417 p.

NIGET, Davi. Entre protection et droits. La rôle de l'Association des juges pour enfants dans l'internationalisation des modèles de justice des mineurs (1920-1960). *In*: DENÉCHÈRE, Yves; NIGET, David (Direction). **Droits des enfants au XXe siècle**. Pour une histoire transnationale. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2015. p. 53-62.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira.. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.532, p.11-23, fev. 1980.

_____. **Direito de Família**: (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, 504 p.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 328 p. Tradução de: Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Typ. da Tribuna Liberal, 1889. p. 203-224. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/518641>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.1-6; 33-37; 107-110; 153-157; 243-247. Tradução de: Maria Cristina De Cicco.

PERROT, Michelle. *In*: _____. (Org.). **História da vida privada**: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 77-175. Tradução de Denise Bottmann e Bernardo Joffily.

PIERRE, Éric. La loi du 19 avril 1898 et les institutions. **Revue d'histoire de l'enfance «irrégulière** », [s.l.], n. 2, p.113-127, 15 nov. 1999. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/rhei.45>. Disponível em: <<http://rhei.revues.org/45>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. Père affaibli, société en danger : la diffusion d'un discours sous les monarchies. **Le Mouvement Social**, [s.l.], v. 224, n. 3, p.9-20, 2008. CAIRN. <http://dx.doi.org/10.3917/lms.224.0009>. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-le-mouvement-social-2008-3-page-9.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

PLATT, Anthony M. **The child savers: the invention of delinquency**. Expanded 40th anniversary ed. Rutgers University Press: New Brunswick, New Jersey, and London, 2009. 292 p.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 15-183. Tradução de: Fanny Wrobel.

POLI, Luciana Costa. Críticas à apropriação do afeto no discurso do Direito de Família. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [s.l.], v. 12, p.297-314, jul-set, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família: volume III: Parentesco**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 21-29; 36-43; 75-86; 100-101; 109-122.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de code civil: présenté le 1er pluviôse an. IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire. In: PORTALIS, Frédéric (Ed.). **Discours, rapports et travaux sur le Code Civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis, publiés par le Vicomte Frédéric Portalis**. Paris: Joubert, Libraire de La Cour de Cassation, 1844. p. 1-62.

QUINCY-LEFEBVRE, Pascale. **Familles, institutions et déviances: Une histoire de l'enfance difficile (1880-fin des années trente)**. Paris: Economica, 1997. 437 p.

_____. Entre monde judiciaire et philanthropie: la figure du juge-philanthrope au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. **Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »**, [s.l.], n. -, p.126-139, 15 nov. 2001. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/rhei.435>. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rhei/435>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, a. 29, n. 29, p.147-172, 1996.

REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Tecendo redes: fortalecimento das redes de proteção à infância e à adolescência no Paraná**. Curitiba: Editora Champagnat, 2014. 90 p.

RENAUT, Alain. **A libertação das crianças: contribuição filosófica para uma história da infância**. Lisboa: Instituto Piaget, ?. p.11-236.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 199 p.

RIZZINI, Irma. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: RIZZINI, Irene *et al.* **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 225-286.

RIZZINI, Irene *et al.* **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 335 p.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Edição Kobo.

SCHNAPPER, Bernard. La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935). **Revue Historique**, Paris, v. 263, n. 2 (534), p. 319-349, 1980. Avril-juin 1980. Disponível em: <www.jstor.org/stable/40953816>. Acesso em: 05 fev. 2018.

_____. Autorité domestique et partis politiques, de Napoléon à De Gaulle. *In*: _____. **Voies nouvelles en histoire du droit**: La justice, la famille, la répression pénale (XVIème-XXème siècles). Paris: Presses Universitaires de France, 1991. p. 555-596.

_____. Le père, le procureur et l'enfant: le mythe des enfants martyrs au XIXème siècle. *In*: _____. **Voies nouvelles en histoire du droit**: La Justice, la famille, lá répression pénale (XVIème-XXème siècles). Paris: Presses Universitaires de France, 1991. p. 597-614.

SEVCENKO, Nicolau. **Orfeu extático na metrópole**: São Paulo, sociedade e cultura nos frementes anos 20. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. 390p.

_____. Introdução. O prelúdio republicano, astúcias da ordem e ilusões do progresso. *In*: NOVAIS, Fernando A. (coordenador-geral da coleção); SEVCENKO, Nicolau (organizador do volume). **História da vida privada no Brasil**. v.3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.7-48.

_____. **A Revolta da Vacina**: mentes insanas em corpos rebeldes. São Paulo: Cosac Naify, 2010. 144p.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI, Simone. **Adolescentes em conflito com a lei**: situação do atendimento institucional no Brasil. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003. 103 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/464c68ad24934802af424917365804b3.pdf>. Acesso em 05 abr. 2019.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de. **Contextualizando o “Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviços de Ação Continuada”**. *In*: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p.21-39. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em 04 jun. 2019.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados**. *In*: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p.41-70. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em 04 jun. 2019.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude. **Araucária - Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, n. 1, p.229-242, 1998.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes:** elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kobo.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In:* _____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.01-22.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In:* _____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.23-54.

_____. A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. *In:* _____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.347-366.

VAN BUEREN, Geraldine. **The International Law on The Rights of the Child.** The Hague: Kluwer Law International, 1998. 435 p.

VERCELONE, Paolo. *In:* CURY, Munir et al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 34-38.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia.** 5.ed. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p.11-85; 183-552.

VOGEL, Arno. Do Estado ao Estatuto. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. *In:* RIZZINI, Irene et al. **A arte de governar crianças:** a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 287-321.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3.ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 476 p.

_____. **As duas faces do gueto.** Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. 156 p.

2 MATERIAIS DE PESQUISA

2.1. ATAS DE CONGRESSOS INTERNACIONAIS

ALBANEL, Louis. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de preservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In:* CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes.** Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-19.

BARROWS, M. Samuel J. Les Tribunaux pour Enfants aux États-Unis: Introduction d'un rapport rédigé pour la Commission pénitentiaire internationale. *In*: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BUDAPEST, volume IV, 1905, Budapest et Berne. **Actes**. Budapest et Berne: Bureau de la Commission Pénitentiaire Internationale, 1906. p. 395-410.

CONTI, Ugo. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement en famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-6.

CORBESIER, Jules Le. Exposé de la Situation en Belgique en ce qui concerne le placement dans les familles. *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS E DES ALIENÉS., 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1-26.

DESCAMPS, Emile. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p.1-13.

DIRECTION GÉNÉRALE DES PRISONS DE BELGIQUE. Exposé d l'État Actuel du Système Pénal et Pénitentiaire en Belgique: Chapitre XII: jeunes délinquants. *In*: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles et Bernes: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. v. 4, p. 361-367.

_____. Exposé d l'État Actuel du Système Pénal et Pénitentiaire en Belgique: Chapitre XIII: Patronage. *In*: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles et Bernes: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. v. 4, p. 367-369.

FAGAN, John. Rapport sur les Écoles Réformatrices em Irlande. *In*: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles et Berne: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 303-307.

FEILITZEN, Otto von. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement en famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-9.

FLANDIN, M. P. Quelles sont, en matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants?. *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie& Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p.1-16.

FRANÇA. Administration Pénitentiaire de France. Exposé de L'État du Système Pénitentiaire en France. Rapport présenté par l'Administration Pénitentiaire de France: ANNEXE – Observations morales sur les pupilles confiés à la tutelle administrative. *In*: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles Et Berne: Bureau de La Comission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 499-511.

GOLTZ, M.. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement en famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-3.

GRUBB, M. A. Edouard. Tribunaux spéciaux pour les enfants.– Commissaires d'enquête spéciaux pour les crimes ou délits commis par des enfants. – Responsabilité des parents. *In*: ? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-7.

JOLY, Léon. Quels sont les moyens à employer pour arriver à connaître les enfants maltraités ou moralement abandonnés, sur lesquels la protection du patronage doit s'exercer? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie& Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1 - 7.

LEVOZ, Arthur. Quelles sont, en matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie& Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1 - 24.

MARKOVICH, Antoine. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement en famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de préservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1 - 9.

MOLINARI, Gustave de. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-17.

PLASKY, E. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-23.

PLASS. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-3.

REISCH. Par quels moyens peut-on assurer à l'esprit d'épargne et de prévoyance le rôle qu'il doit avoir dans l'éducation des mineurs mais à la disposition du Gouvernement ou confiés à des institutions de patronage? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-4.

RIVIÈRE, Albert. Quelles sont les mesures à prendre à l'égard des enfants vicieux, enlevés à l'autorité de leurs parents? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1-3.

THIRY, Fernand. Quelles sont, en matière de procédure pénale, les règles à suivre dans les poursuites dirigées contre les enfants? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTION RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1-18.

VIDAL, Georges. Est-il nécessaire d'établir une entente entre les patronages des divers pays en vue de la protection de l'enfance et quels sont les moyens pratiques de faciliter en cette matière l'action du patronage international? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGES DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 1., 1894, Anvers. **Actes**. Anvers: Imprimerie & Lithographie Ve J. Brouwers & Fils, 1894. p. 1 - 14.

WIESELGREN, Sigfrid. Comment y a-t-il lieu d'assurer la protection et l'éducation des enfants moralement abandonnés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire et que leur caractère ou leurs habitudes rendent impropres au placement em famille? Convient-il, à cet effet, de favoriser la création d'établissements spéciaux (écoles de preservation) et quel doit être le caractère de ces établissements? *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDE DES QUESTIONS RELATIVES AU PATRONAGE DES CONDAMNÉS, DES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS, DES VAGABONDS ET DES ALIÉNÉS, 4., 1905, Liège. **Actes**. Bruxelles: J. Goemaere, Imprimeur du Roi, 1907. p. 1-8.

WOXEN, M. F. Le système pénitentiaire de la Norvège. *In*: CONGRÈS PÉNITENTIAIRE INTERNATIONAL DE BRUXELLES, 1., 1900, Bruxelles. **Actes**. Bruxelles et Berne: Bureau de La Commission Pénitentiaire Internationale, 1901. p. 591-594 e 598-613.

2.2. JORNAIS

AMPARANDO a infancia desvalida: Como vivem no Orfanato São José, entre jogos ao ar livre e aprendizagem de atividades domésticas, as trezentas meninas pobres que ali se acham recolhidas. Como vivem no Orfanato São José, entre jogos ao ar livre e aprendizagem de atividades domésticas, as trezentas meninas pobres que ali se acham recolhidas. **Correio da Manhã**. Rio de Janeiro, p. 3-3. 12 jul. 1941. Disponível em: <http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=089842_05&pagfis=7557>. Acesso em: 21 fev. 2019.

MELLO MATTOS, José Candido de Albuquerque. Em defesa do Codigo de Menores. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, julho-setembro, 1928. *Arquivo Judiciario*, p. 135-151.

_____. O trabalho dos menores de 18 annos: Provimento para a execução do Codigo de Menores expedido pelo juiz Mello Mattos. **O JORNAL**. Domingo, 30 de Dezembro de 1928, Rio de Janeiro. p.5-7.

_____. Uma conferencia inédita do dr. Mello Mattos: A protecção da infancia e adolescencia pelo Estado - O Codigo de Menores e sua eficiencia - O Juizo de Menores do Districto Federal e seus serviços - Necessidade da criação de Juizes de Menores em todos os Estados do Brasil. **Jornal do Commercio**. Rio de Janeiro, julho-setembro, 1935. *Arquivo Judiciario*, p. 89-94.

2.3 LEGISLAÇÃO E ATOS NORMATIVOS

BRASIL. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 18 mai. 2019.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. Lei n.º 4.242, de 6 de janeiro de 1921. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. **CIESPI – Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância**. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/LEI%204242_06_JAN_1921.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. Decreto n. 17.943-A, de 12 de julho de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Decreto-Lei n.º 3.799, de 5 de novembro de 1941. Transforma o Instituto Sete de Setembro, em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Decreto-Lei n.º 6.865, de 11 de setembro de 1944. Redefine a competência do Serviço de Assistência a Menores, cria e transforma funções gratificadas e dá outras providências. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Decreto n.º 16.575, de 11 de setembro de 1944. Aprova o Regimento do Serviço de Assistência a Menores do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-16575-11-setembro-1944-327309-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

_____. Decreto n.º 21.975, de 23 de outubro de 1946. Dá ao Patronato Agrícola de Assistência a Menores, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, a denominação de Escola Agrícola Artur Bernardes e aprova o regimento deste órgão. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-21975-23-outubro-1946-341523-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BRASIL. Lei n.º 4.513, de 1.º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513impressao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19701979/L6697impressao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 27 fev. 2019.

_____. Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1990/decretolegislativo-28-14-setembro-1990-358772-norma-pl.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1>. Acesso em: 21 mai. 2019.

BRASIL. Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 07 mai. 2019.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

FRANÇA. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/civil/1804-03-31/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

_____. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/versions/741/375/pdf/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Code Civil, de 21 de março de 1804. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/versions/741/376/diff/pdf/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Code des Délits et des Peines, de 17 de fevereiro de 1810. **Le droit criminel**. Disponível em: <http://www.ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Loi du 7 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. **Ministère du Travail**. Disponível em: <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_7_decembre_1874.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

_____. Loi du 24 juillet 1889. Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-24-juillet-1889/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Loi du 19 avril 1898. Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. **Criminocorpus**: Musée d'histoire de la justice, des crimes et des peines. Disponível em: <<https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-relatifs-aux-p/de-la-monarchie-de-juillet-a-1/loi-du-19-avril-1898/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Loi, de 22 de julho de 1912. Sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté suverilée. **Ministère de La Justice**. Disponível em: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/loi1912.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

2.4 JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC. Recorrente: A. N. Recorrida: F. G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 29 de setembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC. Recorrente: A. N. Recorrida: F. G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 29 de setembro de 2016. Voto do Ministro Relator. **Notícias do STF**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.631.840/MS. Recorrente: F T A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Interessados: M S A e E F V. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 14 de março de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575354&num_registro=201601387978&data=20170327&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão n.º 383 U.S. 541 (1966). Kent. United States. **Justia**. [s.l.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/541/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. Suprema Corte. Decisão n.º 387 U.S. 1 (1967). In re Gault. **Justia**. [s.l.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Suprema Corte. Decisão n.º 397 U.S. 358 (1970). In re Winship. **Justia**. [s.l.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.027498-4 e Agravo de Instrumento n. 2011.024143-5. Apelante: A. N. Apelada: F. G. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, SC, 22 de setembro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAtymAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos Infringentes n.º 2012.038525-9. Embargante: F. G. Embargado: A. N. Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning. Florianópolis, SC, 13 de novembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAIIO7AAZ&categoria=acordao>. Acesso em: 9 set. 2018.

2.5. PÁGINAS ELETRÔNICAS

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS (Comp.). **African Charter on the Rights and Welfare of the Child**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/child/>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

A PEQUENA CRUZADA (Rio de Janeiro). **A Pequena Cruzada**. 2019. Disponível em: <<http://pequenacruzada.org.br/v2/a-instituicao/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CID, Sylvain. **CAMPINCHI Hélène (1898-1962)**. 2019. Disponível em: <<http://enfantsenjustice.fr/?CAMPINCHI-Helene-1898-1962>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ORFANATO SANTA RITA DE CÁSSIA (Rio de Janeiro). Associação Brasileira de Educação e Cultura. **Orfanato Santa Rita de Cássia**. 2019. Disponível em: <<https://www.orfanatosantaritadecassia.com.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

UNITED NATIONS (Comp.). **United Nations Treaty Collection: Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General**. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. **United Nations Treaty Collection: Chapter IV. Human Rights. 11. Convention on the Rights of the Child**. Disponível em: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV11&chapter=4&lang^{\[1\]}=en#5](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV11&chapter=4&lang^[1]=en#5)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

YVOREL, Jean-Jacques. **Histoire de la justice des mineurs depuis 1791**. 2015. Disponível em: <https://criminocorpus.org/fr/reperes/chronologies/histoire-de-la-justice-des-mineurs/#/_ftnref1#_ftnref1>. Acesso em: 31 jan. 2018.