

**Edição Especial da Revista
da Defensoria Pública**

DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE



*Por uma defensoria pública
comprometida com a prioridade absoluta
da criança e do adolescente*





*Por uma defensoria pública
comprometida com a prioridade absoluta
da criança e do adolescente*



NUCLEO ESPECIALIZADO DA INFANCIA E JUVENTUDE DA DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO

“POR UMA DEFENSORIA PÚBLICA COMPROMETIDA COM A PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE”

CRISTINA GUELFY GONÇALVES

DEFENSORA PÚBLICA GERAL

FLAVIO AMÉRICO FRASSETO

COORDENADOR DO NUCLEO ESPECIALIZADO DA INFANCIA E JUVENTUDE

DIEGO VALE DE MEDEIROS

COORDENADOR AUXILIAR

GUSTAVO OTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA

DIRETOR DA EDEPE

MEMBROS DO NEIJ

BRUNO DIAZ NAPOLITANO;

CAROLINA RANGEL NOGUEIRA;

DEBORA DE VITO ORIOLO;

DIEGO VALE DE MEDEIROS;

JOSE HENRIQUE GOLIN MATOS;

LEILA ROCHA SPONTON;

LUCIANA DE OLIVEIRA FERNANDES FORTES BALAM;

LUCIO MOTA DO NASCIMENTO;

MARA RENATA DA MOTA FERREIRA;

MARIA FERNANDA DOS SANTOS ELIAS MAGLIO;

MARIANE VINCHE ZAMPAR;

ROSIMERY FRANCISCO ALVES

ESTAGIÁRIOS

FILIPE DOMINGOS EZEQUIEL

MELINA MIE INOUE

OFICIAL DA DEFENSORIA

ALINE MAÍRA NAKAMURA



INTRODUÇÃO

A presente publicação representa a convergência de esforços da Defensoria Pública de São Paulo, através do Núcleo Especializado da Infância e Juventude, na busca de criar e aperfeiçoar estratégias processuais e políticas dos Defensores Públicos com atuação na defesa e promoção dos direitos das crianças e adolescente.

Entendemos que instrumentalizar os princípios internacionais e nacionais dos direitos infanto-juvenis requer elaboração de diretrizes sustentáveis ensejando respaldo institucional e unificação de entendimentos jurídicos no tocante à atuação do Defensor Público dentro da complexidade interdisciplinar que se envolve o Sistema de Garantia dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

Compromisso maior do Núcleo Especializado da Infância e Juventude está em pautar com a devida prioridade absoluta a estruturação da rede de defesa dos direitos das crianças e adolescente, ainda regada de resquícios autoritários e míopes socialmente do já revogado Código de Menores.

É notória a ausência de produções doutrinárias na área da infância e juventude elaboradas por Defensores Públicos. Este cenário enseja apoio institucional e político para a disseminação de teses científicas que abarquem a defesa técnica dos direitos humanos das crianças e adolescentes, por tal motivo assume o pioneirismo da presente publicação.

Registramos ainda agradecimentos à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, sempre parceiro nas ações do Núcleo Especializado da Infância e Juventude.

Por fim, parabenizamos a todos e todas Defensores(as) Públicos(as) da Infância e Juventude de São Paulo que assumem com garra, seriedade e visão interdisciplinar o compromisso de pautar processual e institucionalmente a prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescentes.

Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública de São Paulo

Flávio Américo Frasseto

Coordenador

Diego Vale de Medeiros

Coordenador Auxiliar

SUMÁRIO

1. INFRACIONAL

- 1.1** Impugnabilidade Das Decisões
Socioeducativas Transitadas Em Julgado
- Ana Rita Souza Prata**.....11 a 20
- 1.2** O Processo Justo e o Ato Infracional: Um
Encontro a Acontecer
- Eduardo Januário Newton**.....21 a 42
- 1.3** Internação: medida socioeducativa?
Reflexões sobre a socioeducação
associada à privação de liberdade
- Fabiana Botelho Zapata**.....43 a 50
- 1.4** Reflexões sobre o momento adequado
para a oitiva da criança e do adolescente
infrator sob a ótica da Constituição Federal
e dos Tratados de Direitos Humanos
- Genival Torres Dantas Junior**.....51 a 53
- 1.5** Municipalização da execução das medidas
socioeducativas
- Giuliano D'Andrea**.....54 a 60
- 1.6** A Prescrição das Ações Socioeducativas
- Leila Sponton**.....61 a 71
- 1.7** Pedagogia da Justiça Juvenil
- Lucio Mota do Nascimento**.....72 a 80
- 1.8** Da medida de segurança e da medida
sócio-educativa: As semelhanças entre os

destinos conferidos aos adolescentes e
loucos autores de delitos

Maria Fernanda dos Santos Elias Maglio	81 a 88
1.9 Adolescentes Internados e o Direito ao Voto	
Mariane Vinche Zampar	89 a 95
1.10 Avaliações Psiquiátricas e Psicossociais no Processo de Execução de Medida Socioeducativa de Internação	
Renata Flores Tibyriçá	96 a 100
1.11 Justiça Restaurativa: uma nova forma de se pensar a justiça. Da teoria à realidade	
Tatiana Belons Vieira	101 a 112
1.12 O Direito ao Perdão Judicial: A Remissão como Direito Subjetivo Fundamental do Adolescente Acusado da Prática de Ato Infracional	
Thiago Santos de Souza e Rodrigo Farah Reis	113 a 127
1.13 Culpabilidade: o reconhecimento da existência da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade biopsicológica de adolescentes em conflito com a lei	
Thiago Santos de Souza e Danielle Rinaldi Barbosa	128 a 136
1.14 O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos	
Vívian Monsef de Castro	137 a 141

2. CIVIL

2.1 Deve ser assegurada garantia do devido processo legal no procedimento verificatório

Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes.....143 a 149

2.2 A Instrumentalização do Princípio da Prioridade Absoluta das Crianças e Adolescentes nas Ações Institucionais da Defensoria Pública

Diego Vale de Medeiros150 a 157

2.3 A visão da defesa sobre a utilização do termo de responsabilidade concedido pelo conselho tutelar.

Diego Vale de Medeiros158 a 164

2.4 O ser e o dever-ser do procedimento verificatório: tentativa de sistematização da função jurisdicional e administrativa no sistema da proteção integral

José Moacyr Doretto Nascimento.....165 a 186

2.5 Efeitos da presunção de paternidade prevista nos incisos I e II do artigo 1597 do Código Civil aos filhos havidos de União Estável

Juliana Saad.....187 a 193

2.6 Da Competência Absoluta da Vara da Infância e Juventude para conhecimento de pedidos de colocação em família substituta na hipótese de falta dos pais

Leandro de Marzo Barreto.....194 a 198

2.7 O Procedimento Verificatório e o vergastamento dos Princípios Constitucionais Corolários do Devido Processo Legal

Leandro de Marzo Barreto	199 a 205
2.8 O papel da Defensoria Pública na tutela coletiva de acesso à creche e pré-escola: um direito humano do núcleo familiar	
Leonardo Scofano Damasceno Peixoto e Bruno Diaz Napolitano	206 a 226
2.9 Da ilegalidade e inconstitucionalidade dos procedimentos verificatórios na justiça infanto-juvenil	
Mara Renata da Mota Ferreira	227 a 237
2.10 Direitos Humanos da Criança e do Adolescente	
Marcus Vinicius Ribeiro	238 a 246
2.11 Penhorabilidade de único imóvel do devedor em virtude de dívida condominial versus princípio da prevalência dos interesses da criança e do adolescente	
Mario Fagundes Filho	247 a 251
2.12 Direito à convivência familiar e Pobreza	
Simone de Oliveira Domingues Ladeira	252 a 272
2.13 O papel constitucional da Defensoria Pública na tutela e efetivação do direito fundamental ao mínimo existencial das crianças e dos adolescentes necessitados	
Tiago Fensterseifer	273 a 286
2.14 O Início de uma Revolução Democrática na Justiça – Uma história Real que virou projeto de Educação em Direitos	
Lucio Mota do Nascimento	287 a 296

INFRACIONAL

IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES SOCIEDUCATIVAS TRANSITADAS EM JULGADO

Ana Rita Souza Prata
Defensora Pública do Estado de São Paulo

1 – Apresentação

O presente texto busca refletir sobre os meios de impugnação de decisões transitadas em julgado, ou seja, imunizadas pela coisa julgada material, existentes na legislação pátria e, ainda, sobre a possibilidade de aplicação de uma delas no âmbito da justiça da infância e juventude.

Primeiramente, analisaremos a importância do instituto da coisa julgada e o porquê de sua existência, isso é claro, frisando a imprescindibilidade da segurança jurídica. Tal instituto, no entanto, como veremos, aceita relativizações em casos excepcionais.

Discutiremos, assim, sobre as duas principais formas de impugnação da decisão transitada em julgado, quais sejam, a ação rescisória e a revisão criminal, e suas hipóteses autorizadoras.

Por não contar o Estatuto da Criança e do Adolescente com forma expressa de impugnação de suas decisões, na área infracional, as questões a seguir descritas serão os objetivos desse texto.

Quando nos questionado qual o meio de impugnação cabível para rescindir uma decisão proferida numa ação socioeducativa, haverá quem responda ser cabível Ação Rescisória e haverá quem acredite ser adequada a Revisão Criminal. Tais meios de impugnação possuem características comuns, no entanto, diferem em alguns aspectos importantes. Sobre eles, como já afirmado, faremos uma breve análise.

E, principalmente, verificaremos se há cabimento de uma espécie de impugnação de uma decisão proferida em ação socioeducativa transitada em julgado, observando a celeridade do processo socioeducativo, sua natureza não punitiva, entre outras peculiaridades.

Aparentemente tal questionamento pode parecer desnecessário, no entanto, será observada a importância de se considerar possível a impugnação de uma decisão viciada, que já não permitiria a interposição de recurso.

2 – Da Coisa Julgada e Segurança Jurídica

O instituto da coisa julgada, juntamente com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, está previsto, como direito fundamental, no texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXVI. Vale transcrever tal dispositivo:

“Art. 5º. (...)XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

O art. 467 do Código de Processo Civil traz conceito de referido instituto, nos seguintes termos: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

O instituto da coisa julgada nasce com o trânsito em julgado da sentença de mérito. A imutabilidade conseqüente do trânsito em julgado não se refere aos efeitos da decisão proferida, mas sim ao seu conteúdo. Melhor explicando, o conteúdo da decisão transitada em julgado, ou seja, atingida pela coisa julgada, é que se torna imutável, e não seus efeitos. Por poder gerar dúvida, pode-se afirmar que o conceito descrito no dispositivo mencionado é falho.

O art. 268 do Código de Processo Civil estabelece que “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Isso significa que a autoridade da coisa julgada recai sobre a decisão que julga o pedido (a lide levada a juízo). Cumpre esclarecer que “questões” são o fundamento de fato ou de direito no qual o autor embasou seu pedido.

Ao decidir, proferindo sentença de mérito, é criada uma norma individual para aquele caso concreto, e essa norma se torna imutável após o trânsito em julgado da decisão.

Tal instituto foi criado claramente para garantir a segurança jurídica, ou seja, para que possa ser assegurada a paz social. Assim pensa Rodolfo de Camargo Mancuso, ao afirmar que “a existência do instituto da coisa julgada em um dado ordenamento jurídico é apenas uma questão de conveniência do legislador. Decorre que uma opção em face do eterno dilema, apontado por Celso Neves: de um lado existe a necessidade de segurança extrínseca das relações jurídicas (a certeza), a exigir um limite no tempo para as controvérsias; de outro, o anseio da justiça, a permitir a indefinida impugnabilidade das decisões injustas.”¹

Portanto, a segurança jurídica, garantia constitucional, é assegurada pela existência do referido instituto da coisa julgada, que gera a impugnabilidade das decisões de mérito, e institui verdadeiras normas entre as partes.

No entanto, há situações que a segurança jurídica não traz paz social. Tais situações, obviamente, excepcionais, são aquelas em que há um vício tão grave, que, mesmo sanado pelo trânsito em julgado, não pode ser aceito, pois geraria uma injustiça, uma desconfiança e insatisfação social. A doutrina é pacífica em acolher tal entendimento, que “(...) a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (...)”²

É o que pensa o legislador brasileiro, que previu expressamente formas de impugnação da decisão de mérito transitada em julgado.

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 2 ed. São Paulo: RT, 1996

² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Salvador: Editora Podivm, 2008.

A coisa julgada é produzida a partir de decisões em matéria cível e em matéria penal. A discussão, entretanto, poderia se referir à natureza jurídica de ambas. Isso, no entanto, não deve ocorrer. A diferença entre tais institutos não é quanto à sua natureza, mas sim quanto às hipóteses de cabimento da ação impugnativa.

Cumpra trazer brilhante lição sobre o tema: “Autores há que negam a mesma natureza jurídica à coisa julgada cível e à penal. Outros distinguem esta em coisa soberanamente julgada (própria da sentença absolutória) e mera coisa julgada (própria as sentença condenatória). Isto porque não haveria exceções à coisa soberanamente julgada, mas apenas à coisa julgada (CPP, arts. 621 ss.), podendo a revisão criminal ser demandada somente pelo réu (contra sentença condenatória, naturalmente) e não pelo acusador.

Todavia, é realmente idêntica a natureza da coisa julgada, quer no processo civil quer no processo penal, como ainda desnecessária a distinção da coisa julgada penal por ser a sentença condenatória ou absolutória. Tanto a sentença penal condenatória como a civil de mérito podem ser rescindidas, após a coisa julgada, nos casos excepcionais previstos, respectivamente, nos art. 621 do Código de Processo Penal, 485 do Código de Processo Civil, 836 da Consolidação das Leis do Trabalho. Existem apenas diferenças quanto aos casos em que rescisão se admite, na esfera penal e não-penal, assim como quanto aos prazos – o que, porém, significa somente uma regulamentação diversa, à vista das diferentes relações jurídicas materiais, mas não uma diversidade ontológica quanto à coisa julgada.”³

Analisaremos brevemente as ações impugnativas da coisa julgada civil e da coisa julgada penal previstas no ordenamento. Posteriormente, observaremos se alguma delas pode ser aplicada para rescindir decisão socioeducativa – e para tanto, iremos analisar sua natureza jurídica.

3 – Breve Análise sobre Ação Rescisória

Ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação de decisão de mérito imunizada pelo trânsito em julgado, quando inquinada por vícios rescisórios – aqueles previstos no art. 485, CPC. Ela busca desconstituir a coisa julgada material. Para ser manejada deve estar presente uma das hipóteses de cabimento do art. 485, CPC, respeitando-se o prazo em decadencial de 02 anos (seu início de dá com o trânsito em julgado).

Assim, a ação rescisória não busca anular a sentença, mas sim rescindi-la. Para que isso ocorra, ela deve estar transitada em julgado e possuir algum vício previsto em lei, mais precisamente no art. 485, do Código de Processo Civil, chamado, por alguns autores, como vício rescisório.

Vale lembrar que antes do trânsito em julgado da decisão não terminativa, ou seja, quando ainda não há coisa julgada, não existe possibilidade de rescindir a decisão, mas sim de anulá-la, ou até, mesmo de demonstrar a sua injustiça. Ora, somente com o trânsito em julgado, e antes de ocorrer o prazo decadencial de dois anos, a decisão, que não é mais anulável ou passível de reforma, é rescindível.

³ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de (em colaboração de GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCOS, Cândido Rangel). Teoria Geral do Processo. 24^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Ação rescisória não é recurso, mas ação autônoma de impugnação. Essa é sua natureza jurídica. E por ser uma nova ação, sua propositura provoca a instauração de um novo processo, com uma nova relação jurídica processual. Como ação que é, sua regulamentação, apesar de se referir a impugnação de sentença, não se encontra no capítulo do código que trata dos recursos.

Para que seja admitida a ação rescisória, devem estar presentes as condições da ação, os pressupostos processuais, ainda, uma decisão de mérito transitada em julgado, uma das hipóteses legais autorizadas – art. 485, incisos, do CPC – e o prazo decadencial de dois anos.

O trânsito em julgado é exigido para a propositura da ação rescisória. Não importa se houve ou não interposição de recurso. Tal entendimento é pacífico, existindo, inclusive, súmula a esse respeito – Súmula 514 do STF: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos”.

As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão previstas no art. 485, do Código de Processo Civil, que possui nove incisos. Portanto, somente se caracterizado um dos vícios previstos nesses nove incisos é que a ação poderá ser proposta, podendo ser rescindida a decisão de mérito, anterior, transitada em julgado.

São legitimados para propor a ação, qualquer das partes do processo cuja decisão se quer rescindir, o membro do Ministério Público e o terceiro juridicamente interessado (art. 487, CPC). Terceiro juridicamente interessado é aquele que poderia ter ingressado como assistente na ação anterior.

A ação rescisória só pode ser apreciada por Tribunais. Cada tribunal será competente para apreciar ação rescisória proposta contra decisão proferida por ele próprio.

Ela faz desaparecer a coisa julgada, possibilitando que seja rediscutido aquilo que não mais o era, e, em alguns casos, possibilitando o novo julgamento da matéria objeto da sentença rescindida.

Por conta desse duplo efeito que pode a ação rescisória gerar, há quem afirme que seu julgamento possui duas fases: o *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*. O primeiro deles se refere à rescisão da decisão atacada, possuindo, nesse caso, natureza constitutiva negativa ou desconstitutiva. Já o segundo, a um novo julgamento daquilo que fora apreciado pela decisão então rescindida, podendo ter natureza meramente declaratória, constitutiva ou condenatória. Assim, o juízo rescindente é preliminar ao rescisório.

É plenamente possível propor ação rescisória de decisão proferida em ação rescisória.

4 - Breve Análise sobre a Revisão Criminal

Apesar de estar disposta no capítulo referente aos recursos em geral, a revisão criminal é sem qualquer dúvida ação autônoma de impugnação de sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais.

Possui natureza jurídica de ação constitucional, e é considerada direito fundamental do condenado, sendo importante ressaltar que ela é remédio exclusivo da defesa. Isso porque nosso ordenamento é claro em proibir a *reformatio in pejus*.

A ação de revisão criminal, diferentemente da ação rescisória, não possui prazo decadencial, podendo ser proposta a qualquer tempo, antes ou após a extinção da pena. De acordo com Pacelli, trata-se de “(...) reconhecimento explícito da lei quanto aos efeitos deletérios de uma condenação judicial no patrimônio moral do condenado e de seus familiares”.⁴

Com a propositura da revisão criminal é instaurada uma nova relação processual, que visa desconstituir a sentença e substituí-la por outra (da mesma forma da ação rescisória). Ainda, como na ação rescisória, por ser, a revisão criminal, nova ação, devem estar presentes as condições da ação e os pressupostos processuais para que ela seja admitida.

O interesse de agir configura-se pela existência da coisa julgada. Na ação de revisão, de acordo com o texto legal, será possível o pedido com existência de uma sentença condenatória – veremos mais adiante que aqui se encontra o argumento para quem entende não ser cabível a revisão criminal de uma ação socioeducativa.

As hipóteses de cabimento da revisão criminal, descritas no art. 621, incisos, do Código de Processo Civil, devem ser consideradas possibilidade jurídica da causa de pedir. Isso quer dizer que para que a ação seja admitida, deverá ser afirmada qual é a hipótese de cabimento – aqui é adotada a teoria da afirmação, em que se afere a existência das condições da ação no momento do ajuizamento da demanda, apenas de forma provisória, por meio de uma cognição sumária.

Uma peculiaridade da revisão criminal é a possibilidade do peticionário ajuizar a ação independente de advogado – tal regra vem expressa no art. 623, CPP. Apesar, de haver discussão se essa regra ainda estaria vigente, haja vista o estatuto da OAB, que é lei federal posterior, só excepcionar o habeas corpus da indispensabilidade do advogado. No entanto, a jurisprudência já sinalizou no sentido de que o direito à revisão deve ser exercido da maneira mais ampla possível.

Ainda, por fim, o pedido revisional pode ser acompanhado de um pedido de indenização - que deve ser expresso, uma vez que não se trata de consequência natural da procedência da ação revisional. Nesse caso, considerando não ser a Fazenda Pública chamada para se defender, fará o Ministério Público esse papel.

5 – Ação Socioeducativa

Nesse momento analisaremos, de forma breve, a ação socioeducativa, a fim de chegarmos à sentença de procedência socioeducativa e suas consequências. Por fim, visualizaremos se é cabível uma das ações de impugnação descritas no seu bojo.

O Estatuto da Criança e Adolescente disciplina o procedimento de apuração da prática de ato infracional em seu Capítulo III, Seção V, “Da Apuração de Ato Infracional Atribuído à Adolescente”. Ato infracional é conduta descrita como crime ou contravenção penal (Art. 103, ECA).

À ação gerada pela pretensão do Ministério Público, ao representar o adolescente, dá-se o nome de ação socioeducativa, e é em seu bojo que será apurada a suposta prática infracional.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso Processo Penal. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Conforme já informado, essa ação socioeducativa possui um procedimento próprio, regulado pela lei 8069/90. Ela é regida por todos os princípios processuais fundamentais, como, por exemplo, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A legislação juvenil dispõe, no entanto, em seu artigo 152, norma de aplicação subsidiária, prevendo, possivelmente, que os procedimentos por ela regulados não englobem todas as situações. O mencionado art. 152 possui a redação que segue:

“Art. 152. Aos procedimentos regulados nessa Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Determina a lei estatutária, assim, a aplicação subsidiária das legislações processuais civis e penais, conforme o caso, como norma obrigatória, cuja inobservância acarretaria nulidade. Quanto à apuração de atos infracionais, é unânime o entendimento de que, subsidiariamente, serão aplicadas as normas gerais previstas na legislação processual penal.

Findo o procedimento de apuração de ato infracional, será prolatada uma sentença, que poderá ser de improcedência ou procedência. Esta última ensejará a aplicação de uma medida socioeducativa.

A sentença de improcedência é equivalente à sentença absolutória da justiça penal. Sobre ela deixaremos de falar, uma vez que não nos interessa nesse momento.

Já a sentença de procedência, apesar de não ser uma verdadeira sentença condenatória, uma vez que é proferida no bojo da ação socioeducativa e não de uma ação penal, possui verdadeiro caráter sancionatório. Com a procedência da ação socioeducativa, o Poder Judiciário emite um ato de império, fazendo prevalecer a vontade coercitiva da lei, impondo uma consequência jurídica ao adolescente autor de ato infracional.

A medida socioeducativa aplicada tem cumprimento obrigatório, sendo, inclusive, sancionado o adolescente que a descumpra – é o que prevê o art. 122, III, do ECA, quando regulamenta a internação-sanção.

A medida socioeducativa imposta não tem natureza de pena, possuindo caráter socializador, no entanto, obviamente, restringe direitos. Sobre o tema, importante lição de João Batista Costa Saraiva:

“Evidentemente que a medida socioeducativa não se constitui em uma pena no sentido expresso do Direito Criminal, mas é inegável que se caracteriza um sancionamento, de perfil penalizante e retributivo, inobstante seu conteúdo pedagógico, e na análise dos requisitos gerais do Direito Penal e as normas Constitucionais que hão de impregnar toda legislação infraconstitucional”.

Da sentença prolatada em sede de ação socioeducativa cabe recurso de apelação. De acordo com o Estatuto, em seu art. 198, “Nos procedimentos afetos à justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, (...)”.

“José Frederico Marques conceitua recurso como “um procedimento que se forma, para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória ou acórdão” (Marques, J. F., 1986, v. III/113). O insigne Barbosa Moreira complementa o conceito: “recurso, no Direito Processual Civil brasileiro, é como remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. O caso mais comum é aquele em que a interposição do recurso visa à reforma da decisão recorrida” (Barbosa Moreira, J. C., p. 265).”⁵

A legislação juvenil traz algumas adaptações às regras estabelecidas no Código de Processo Civil, principalmente visando dar celeridade aos meios recursais.

Não interposto recurso, ou mesmo interposto, findas as formas de rediscussão da decisão socioeducativa, o que ocorre com o trânsito em julgado, o conteúdo da decisão faz coisa julgada material, como já mencionamos.

Devemos, nesse momento, começar analisar qual a forma de impugnação cabível para discutir decisão socioeducativa transitada em julgada. Que deve ser cabível algum meio de impugnar tal decisão, acreditamos não ser dúvida. Isso porque indiscutível que uma decisão proferida em sede da Infância e Juventude, possa estar, após o trânsito em julgado, eivada de vícios insanáveis.

Argumentos há no sentido de não ser cabível qualquer das duas formas discutidas. Mas também, há quem entenda ser cabível a ação rescisória, e quem pense, posição a qual nos filiamos, ser adequada a Revisão Criminal.

Como já verificamos, a ação rescisória é forma de impugnação de decisão transitada em julgado, quando contaminadas com um dos vícios previstos no art. 485 do Código de Processo Civil. Ora, seria natural, para alguns, concluir que presentes um dos mencionados vícios na decisão socioeducativa, estando ela transitada em julgada, caberia ação rescisória para impugná-la.

Tal entendimento viria da leitura do estatuto, mais precisamente do seu artigo 198, que manda, expressamente, que seja aplicado o sistema recursal do Código de Processo Civil nos procedimentos previstos em seu texto.

No entanto, aqui, para nós, surgiria o primeiro argumento para o não cabimento da ação rescisória, qual seja, a sua natureza de ação, e não de recurso. Ainda, acrescentamos que a norma da lei juvenil é especial e, por isso, seus dispositivos devem ser analisados de forma estrita. Isso significa que ao dizer que se aplica aos procedimentos estatutários o “sistema recursal do Código de Processo Civil”, deve-se interpretar que se aplicam apenas os mecanismos previstos no Título X do Código de Processo Civil, que se denomina “Dos Recursos”.

⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A ação rescisória está disposta em título anterior, o qual se refere aos processos nos tribunais.

Ademais, o Estatuto expressa em seu art. 152 uma regra de aplicação subsidiária, a qual determina que seja aplicado, quando em seu texto não houver disposição expressa, regramento processual penal. Portanto, a análise de ambos os dispositivos, nos faz concluir que só será aplicado o Código de Processo Civil quando esse se referir aos recursos, sendo, em outras situações, o Código de Processo Penal o ponto de referência a ser buscado em procedimentos afetos à Infância e Juventude – e esclarecemos aqui que nesse artigo nos referimos apenas ao procedimento de apuração de ato infracional.

O argumento acima discutido, além de ser primordial para a conclusão do não cabimento da ação rescisória, é o primeiro que enseja o entendimento no sentido de ser cabível a revisão criminal.

É ela a forma de impugnação de sentença transitada em julgado em sede da Justiça Penal Comum.

A Justiça da Infância e Juventude, para muitos, nada mais é do que um Direito Penal Juvenil. Essa corrente, crescente entre quem lida com a justiça juvenil, entende que o microssistema estatutário é, também, um sistema sancionatório e retributivo, sendo, portanto, aplicáveis, amplamente, as garantias penais e processuais penais em seu contexto.

É o que menciona Karina Batista Sposato:

“Para alguns autores, como Claus Roxin, a ciência penal é composta por diversas disciplinas, entre as quais se destaca o direito penal juvenil. Segundo o autor: “Não pelo âmbito de incidência das normas tratadas, senão que pela especial classe do autor, o direito penal juvenil converte-se num campo autônomo de direito. Trata dos delitos dos jovens (...) e suas conseqüências (só parcialmente penais) (...) contêm preceitos especiais de direito material, processual, de dosimetria e de execução penitenciária para menores (...), e, portanto, aos efeitos de sistemática jurídica, deve enquadrar-se parcialmente em todas as disciplinas antes indicadas (...). O direito penal moderno não é imaginável sem uma constante e estreita colaboração de todas as disciplinas parciais da ‘ciência do direito penal’”⁶

No entanto, mesmo para quem não se filia a esse entendimento, a revisão criminal é o meio mais adequado de impugnação de decisão socioeducativa.

Há quem entenda não ser cabível a revisão criminal por haver impossibilidade jurídica do pedido. Melhor explicando, o Código de Processo Penal, ao descrever as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal, em seu art. 621, fala de sentença condenatória, a qual nunca será produzida na seara juvenil.

Já discorreremos sobre o tema, mas é importante frisar que na Justiça juvenil há sentença de procedência ou improcedência, e não condenatória ou absolutória.

⁶ SPOSATO, Karina Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: RT, 2006.

Assim, respeitável tal entendimento, no entanto, não podemos nos satisfazer com a conclusão de seria impossível impugnar decisão proferida em sede da infância e juventude, quando já transitada em julgado.

Isso porque a decisão de procedência de uma ação socioeducativa reconhece a pretensão do Ministério Público, declarando o adolescente autor de um ato infracional. Tal reconhecimento fere o *status dignitatis* do jovem tanto quanto a sentença condenatória fere do adulto.

Não podemos sequer considerar os argumentos de que a procedência da ação socioeducativa não gera antecedentes, não enseja pena, e ainda, principalmente, que pode beneficiar o jovem, que pode estar em situação de vulnerabilidade. Tais formas deletérias de uso da Doutrina da Proteção Integral devem ser veementemente rechaçadas, vez que herança da Doutrina da Situação Irregular.

O adolescente é sujeito de direitos, com peculiaridades por conta de sua condição especial de pessoa em processo em desenvolvimento, possuindo, portanto, todos os direitos que possui uma pessoa adulta, e mais alguns, graças às referidas peculiaridades. Claramente uma criança e adolescente têm de ter sua dignidade respeitada.

A dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, nunca deve ser esquecida, pois bem maior do ser humano, valor condicionante, que subordina todos os outros valores, esses substituíveis por outros equivalentes.

Portanto, por todos os argumentos expostos, concluímos ser cabível revisão criminal em sede da justiça da infância e juventude, para impugnar decisão de procedência transitada em julgada, quando presente uma, ou mais de uma, das hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do Código de Processo Penal.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de (em colaboração de GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCOS, Cândido Rangel). Teoria Geral do Processo. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Salvador: Editora Podivm, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, entre outros. Recursos no Processo Penal. 6ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção Constitucional de Criança e Adolescente e os Direitos Humanos. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso Processo Penal. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. Compendio de Direito Penal Juvenil. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SPOSATO, Karina Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: RT, 2006.

O PROCESSO JUSTO E O ATO INFRACIONAL: UM ENCONTRO A ACONTECER?

Eduardo Januário Newton⁸

I – Introdução

O presente texto tem como objetivo analisar a figura da responsabilização pelo cometimento do ato infracional à luz do processo justo. Para tanto, ainda no nível introdutório, mister se faz digressões preliminares, que se mostram relevantes, até mesmo porque este texto não se restringe ao estudo das normas positivadas no ordenamento pátrio.

Outrossim, recorrer a métodos distintos da análise positiva⁹, bem como a outros ramos científicos¹⁰ são iniciativas realizadas no decorrer deste texto.

Contudo, o estudo positivista não é desprezado, uma vez que não se discute a relação, em si, do processo justo e o ato infracional, mas sim como se estabelece a afinidade entre essas duas figuras na ordem jurídica brasileira.

De acordo com as lições do professor lusitano J. J. Gomes Canotilho¹¹, o estudo do Direito Comparado não se restringe à comparação de preceitos legais de diversos países, sendo ainda possível realizar a comparação na própria análise da História do Direito.

Para este estudo, apesar de doutrinariamente ser relegado a um plano secundário, visto que o grande prestígio do Direito Comparado reside no cotejamento de normas de diversos Estados, serão examinadas, no curso do ordenamento pátrio, em especial o Direito Constitucional, as formas de disciplina da criança e do adolescente com destaque para a figura daquele que se encontra em conflito com a lei.

O transcurso de mais de 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição de 05 de Outubro de 1988 merece aplausos pelos mais diversos motivos, visto que, no que se refere ao

⁷ Este texto é dedicado ao meu filho Guilherme, que não só me acompanhou na elaboração do texto, mas, desde seus primeiros dias de vida, foi capaz de demonstrar o amor em sua forma mais pura.

⁸ Defensor Público do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em História pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁹ “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.)

¹⁰ “Sabemos, por outro lado, que o objeto de estudo de um jurista não é nunca senão parte de um objeto muito mais vasto: o estudo das sociedades e das transformações na história.” (In: MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 64)

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 156.

adolescente chama à atenção o fato de, enfim, ter sido adotada a doutrina da proteção integral, fato inédito na história brasileira que até então convivía com a omissão parcial constitucional e a disciplina legal unicamente daqueles que representava o embaraço: os “pivetes”, os “trombadinhas” ou os “rejeitados”.

Com o recurso do Direito Comparado, verifica-se como avançou o caráter protetivo conferido aos adolescentes. Esse dado não pode ser desprezado quando da apreciação do cometimento do ato infracional, sob pena de violação da cláusula do processo justo.

Afora a previsão do ensino gratuito¹², típico direito de 2ª dimensão¹³, a Constituição do Império nada mais disciplinou sobre as crianças e adolescentes. A presença desse silêncio normativo não pode ser desprezada, ainda mais em uma sociedade patriarcal e hierarquizada, em que a figura do pai/chefe de família não admitiria a concessão de direitos que pudessem afrontar sua autoridade.

É importante refletir, ainda, sobre a contradição existente nesse único dispositivo atinente ao grupo vulnerável dos adolescentes¹⁴. Ora, como explicar a previsão de nítido direito fundamental de 2ª dimensão em um texto concebido com uma nítida influência liberal? Até que ponto àquela sociedade elitista se interessava em educar o povo, ainda mais quando existia grande parcela de população escrava, que não podia exercer o direito de votar? Essas questões que são melhor enfrentadas pelos historiadores permitem, ao menos, no plano da investigação jurídica, demonstrar o descompasso entre a realidade jurídica e o então mundo dos fatos.

Com o advento da República, a grande mudança ocorreu com o surgimento do constitucionalismo social de 1934. Mesmo que tardio se comparado com outros países, vide a situação mexicana e a alemã, ambas datadas da década de 1910, não se pode relegar importância da sensibilização e positivação de questões sociais¹⁵ na 2ª Constituição republicana.

¹² “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

(...)

XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.”(redação original)

¹³ “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.”(BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 571-572)

¹⁴ Não se pode desprezar, também, o fato de o direito à educação escapar à própria trilogia das gerações de direitos fundamentais. “Há, no entanto, uma exceção na seqüência de direitos, anotada pelo próprio Marshall. Trata-se da educação popular. Ela é definida como direito social mas tem sido historicamente um pré-requisito para a expansão dos outros direitos. Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, inclusive na Inglaterra, por uma razão ou outra a educação popular foi introduzida. Foi ela que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política.” (CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001. p. 11)

¹⁵ No decorrer da República Velha, famosa foi a frase de que “questão social é tema de polícia”. Ainda sobre o uso da força policial frente àqueles que reivindicavam por questões sociais nesse período é oportuno destacar o seguinte trecho: “O impacto da presença dos assalariados como atores políticos, com projetos antagônicos e/ou questionadores da ordem vigente, não pode ser negligenciado. Diante da organização e mobilização do movimento, o poder público, escudado na defesa da liberdade do exercício profissional, extrapolou a proclamada condição de espectador, colocando-se ao lado do **patronato, que sempre pôde contar com o decisivo apoio das forças policiais para proteger as fábricas, perseguir e prender a liderança, apreender jornais,**

Entretanto, diante do curto período de vigência do Texto de 1934¹⁶, que foi substituído por ciclo autoritário, não foi possível examinar até que ponto a preocupação com a temática social era verdadeira, bem como a potencialidade daquela Constituição. Logo, temas como proteção contra qualquer forma de exploração, amparo à infância e o exercício do direito à educação não puderam ser analisados quanto à efetividade, apesar de se encontrarem expressamente previstos.

Com a queda de Vargas em 1945, iniciou-se o primeiro período de ebulição democrática¹⁷ no país, quando até mesmo os setores comunistas, mesmo que por breve período, puderam participar do cenário político. É desse contexto que se deve compreender a Constituição de 1946, que teve forte influência do Texto de 1934.

No que se refere à proteção da criança e do adolescente, são destacados os seguintes pontos: a previsão do direito à educação e o amparo aos infantes e adolescentes.

Contudo, quer seja pelas instabilidades políticas¹⁸, quer seja pela bipolarização do mundo, pouco se avançou nesses temas. Ademais, o Golpe de Estado do dia 1º de Abril de 1964 sepultou qualquer probabilidade de desenvolvimento do Texto de 1946, já que, apesar de ainda em vigor, o Brasil se viu submetido à vontade máxima dos Atos Institucionais.

As Cartas outorgadas de 1967 e 1969¹⁹, a partir de uma análise estritamente legal, poderiam indicar um avanço na temática social, o que repercutiria no grupo vulnerável tratado neste texto; porém, a patente falta de sinceridade normativa²⁰, ou mesmo “vontade de Constituição”²¹, que

destruir gráficas.” (LUCA, Tânia Regina. *Direitos sociais no Brasil*. In: PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. São Paulo: 2005, Contexto. p. 472)

¹⁶ Antes mesmo da outorga da Carta Polaca, o estado de emergência já havia sido instaurado, o que representou na suspensão de diversos preceitos da Constituição de 1934.

¹⁷ Antes disso, ocorreram momentos efêmeros de euforia democrática, vide a Campanha Civilista levada a cabo por Rui Barbosa na campanha presidencial travada contra o general Hermes da Fonseca.

¹⁸ Alguns exemplos podem ser destacados: o atentado da Rua Tonelero, suicídio de Vargas, a dificuldade criada pela UDN para a posse de Juscelino Kubischek, a renúncia de Jânio, a “solução” parlamentarista, os questionamentos feitos em diversos momentos pelas praças das Forças Armadas no governo Jango e o golpe do 1º de Abril de 1964.

¹⁹ Apesar de se formalmente tratar-se de uma Emenda Constitucional, em razão das diversas alterações, não há como dissentir do posicionamento doutrinário de que 1969 a República brasileira conviveu com sua 6ª Constituição.

²⁰ Sobre esse dado, Luís Roberto Barroso chega a apontá-lo como responsável pelo ostracismo do Direito Constitucional no Brasil até o advento da Constituição de 05 de Outubro de 1988. Ver: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

²¹ “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua ‘práxis’. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

*Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade de Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático’. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será mais recuperado.’”(HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. pp. 21/22)*

tornava o direito constitucional mera roupagem que visava conceder legitimidade a usurpação do poder, impediu um avanço nessa temática.

Ao término da chamada “*abertura lenta e gradual*”, com o surgimento da Nova República, ocorreu a mobilização da sociedade para a elaboração de novo Texto Constitucional. Fruto de diversos embates entre os mais variados grupos e tendências políticas é que no dia 05 de Outubro de 1988 surge a atual Constituição²².

No que se refere ao grupo vulnerável da criança e do adolescente, não resta dúvida de que, se já não bastasse a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como principal pilar da nova ordem jurídica, o fato de ter sido adotada a teoria da proteção integral representou significativo avanço, posto que qualquer integrante deste grupo recebeu o olhar protetivo do Estado, superando, portanto, a disciplina jurídica restrita daqueles tidos como indesejáveis.

Outrossim, a potencialização do princípio isonômico, no âmbito da proteção da infância, explica a superação da disciplina jurídica exclusiva daqueles que se encontravam em situação irregular e mereciam, quando muito, a atenção pelo Código de Menores. A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente corroborou esse compromisso com o grupo vulnerável em questão.

Além da relevante adoção da teoria da proteção integral, que, apesar de ter sido somente positivada expressamente no artigo 1º, Estatuto da Criança e do Adolescente, já decorria da redação do artigo 227, Constituição da República, não se pode desprezar outras previsões específicas às crianças e adolescentes que densificam a teoria, sendo possível destacar o direito à educação, direito à saúde, direito de não ser explorado no ambiente do trabalho, direito à integridade psicofísica, entre outras.

Diga-se ainda mais. Em razão da cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, Constituição da República²³, bem como o fato de o Brasil ser signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – Decreto nº 99.710, o rol de direitos assegurados aos infantes é considerável, o que permite cravar, e sem receio, a assertiva de se tratam de pessoas portadoras de direitos.

O fato de o adolescente ser sujeito de direitos, sob pena de se esvaziar o princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia passar imune na aferição de sua responsabilidade pelo cometimento do ato infracional, tanto que não foi ignorada essa realidade pelo Constituinte.

Na verdade, essa repercussão, em sede de ato infracional, da sua condição de sujeito de direitos deve ser compreendida como consectário natural de um novo olhar legal às crianças e aos adolescentes. Contudo, até mesmo como forma de precaução, o texto constitucional de 1988 previu diversos direitos fundamentais de que goza o adolescente a quem é imputado o cometimento do ato infracional.

Superada essa introdução, resta examinar o que vem a ser o processo justo para enfim aproximá-lo do procedimento especial, que se encontra previsto no Estatuto da Criança e Adolescente e tem como objetivo apurar o cometimento, ou não, do ato infracional.

²² A convocação da última Assembléia Nacional Constituinte se deu por meio de Emenda Constitucional – nº 26/85; entretanto, apesar de existirem vozes doutrinárias que não vislumbram o exercício do Poder Constituinte Originário na elaboração da Constituição Cidadã diante das inovações trazidas no novel texto, bem como no caráter simbólico em superar a fase autoritária do regime militar, não há como concordar com esse posicionamento.

²³ O aprofundamento do tema pode ser feito no texto de Ingo W. Sarlet. *Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988*. In: AJURIS, ano XXXIII, nº 102, junho de 2006. pp. 177-208.

II – O Processo Justo

Sobre o processo justo, é possível se deparar com duas vias explicativas para esse conceito. De um lado, que se denomina subjetivo, o processo justo seria aquele em que o detentor da razão se saiu vencedor. Entretanto, nem sempre o simples fato de ter o direito ou crer que o possui permite se sair vencedor de um processo judicial, até mesmo porque há o caráter técnico do Direito que não pode ser desprezado. Logo, a adoção desse viés subjetivo do processo justo se demonstraria precário e de pouca, senão sem qualquer, relevância para um trabalho que buscasse se diferenciar do lugar comum. Daí, resta a possibilidade em se examinar o processo justo por meio de sua faceta objetiva.

Em linhas gerais, a adoção de um viés objetivo para o processo justo representaria o integral respeito a todos os direitos e garantias fundamentais, uma vez que a sua aferição independeria de quem se saiu vencedor da demanda. Em outras palavras, caso sejam observados os direitos fundamentais no decorrer do processo, o que inclui a relação processual que visa a apurar o cometimento de ato infracional por adolescente, mesmo que o resultado não agradasse a uma das partes do processo, não seria possível taxar de injusto o processo.

Um adendo se faz necessário, qual seja, apesar de se denominar objetivo, há incidência de valores na apreciação do processo justo. O diferencial existente entre as possibilidades de explicação do processo justo, no que se refere ao controle de valores, é que no viés subjetivo o controle depende exclusivamente do indivíduo, ao passo que na faceta objetiva essa tarefa decorre dos valores insculpidos na Constituição.

Continuando na análise. É oportuno perquirir sobre a importância do processo justo; para tanto, não é demais frisar que uma das conseqüências do Estado Nacional, evento típico da modernidade, foi a unificação da jurisdição. Logo, o cenário anterior onde cada senhor feudal era responsável por distribuir a justiça em seus domínios foi substituída pelo exercício uno da jurisdição pelo soberano.

Como forma de assegurar essa submissão uma, estabeleceu-se ainda a proibição da autotutela, tanto que no atual Código Penal – vide artigo 345, há previsão do tipo incriminador do exercício arbitrário das próprias razões. Assim, além de se submeter a uma só instância de poder, ao jurisdicionado ficou proibida a possibilidade de resolver suas questões litigiosas fora do domínio estatal, sob pena de incidir em figura delitiva.

Entretanto, não bastava estabelecer o Estado como local exclusivo de resolução de litígios, bem como proibir a realização da justiça por conta própria, pois, se não existisse qualquer diferença entre a atividade estatal e o sentimento de vendeta, estaria oficializado o sistema de vingança pública, regida, por via de conseqüência, pela Lei de Talião.

Diante desse cenário, imprescindível se mostra a fixação de limites para o exercício da função jurisdicional, posto que tais balizas, apesar de variar em cada ordenamento jurídico, são impostas pelos direitos e garantias fundamentais, até mesmo porque são eles caracterizados pela imposição de obstáculos ao exercício do poder estatal, o que inclui a jurisdição.

Apesar de historicamente a trajetória do processo justo ter se iniciado, mesmo que de forma restrita²⁴ a pequena parcela da população, na Inglaterra com o advento, em 1215, da *Carta Magna*, diante de sua capacidade de seduzir os mais diversos povos e motivar movimentos revolucionários, ao menos no Mundo Ocidental, não se pode deixar de falar que, atualmente, configura patrimônio da humanidade. Corroborar essa assertiva as diversas disposições contidas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁵ – Decreto nº 592, de 06 de Julho de 1992.

Em momentos de ebulição social em que o Direito Sancionador em geral, o que inclui o Direito Penal e para alguns a forma como deveria ser tratado o adolescente na sua responsabilização pelo cometimento do ato infracional, é manejado muito mais pelo seu aspecto simbólico, isto é, de grande panacéia para os problemas existentes, do que por sua função protetiva de bens, questiona-se o apego às formalidades que são inerentes ao processo justo e consideradas como excessivas.

Como resposta a esse entendimento, é de bom tom assinalar que o processo justo não configura dado supérfluo, ou mesmo penduricalho, que pode ser removido ao bel prazer do jurista imbuído de sentimento de realização da justiça.

Longe disso, o processo justo constitui segurança de todos os membros da sociedade, inclusive dos arautos da vingança a ser realizada pelo Estado. É graças a ele que sempre todos os integrantes de uma relação processual serão tratados como sujeitos de direitos. E como recordação das lutas e vidas perdidas para sua obtenção é que não se admite a renúncia do processo justo.

Valiosa, dessa maneira, se mostra a seguinte apropriação histórica. Na Roma Antiga, não se negava aos generais vitoriosos o seu triunfo; contudo, o homenageado dividia sua biga com um escravo que, a todo o momento, lembrava-o de sua condição de mortal, até mesmo como advertência necessária para não se deixar levar pela emoção instantânea. Utilizando-se do exemplo histórico, deverá todo aquele que defende o processo injusto lembrar-se dos torturados por regimes autoritários, da barbárie na 2ª Guerra Mundial, em especial o holocausto judeu, e outros tantos exemplos, que, infelizmente, são corriqueiros no descumprimento dos direitos e garantias fundamentais.

Uma outra desconstrução necessária reside na aproximação feita entre o processo justo e a impunidade. O preço a pagar pela proibição da autotutela e o surgimento do Estado de Direito foi a delimitação do exercício do poder estatal. Assim, diante dos preceitos vigentes, a falta de observância do processo justo como maneira de obter a rápida solução implicará na anulação do simulacro de processo, dando, dessa maneira, azo a possibilidade de perda do direito de se responsabilizar alguém em razão do transcurso do tempo. Por conseguinte, é o processo injusto, e não o justo, que poderá permitir que irresponsabilidade de alguém.

Por fim, e é dessa forma que se encerra este tópico, o processo justo é constituído por cláusula proibitória de retorno às conquistas obtidas, ou seja, só é possível pensar na sua

²⁴ “*Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a ‘Magna Carta’ constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais (...) a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que **beneficiavam portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.***” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 79)

²⁵ O artigo 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trata das garantias fundamentais.

expansão, nunca em diminuição de seu âmbito protetivo, o que, segundo a doutrina francesa se denomina efeito *cliquet*²⁶.

III – Como Possibilitar um Processo Justo na Análise do Ato Infracional

O objetivo deste capítulo é trazer alguns dados que permitam aferir, no âmbito do procedimento especial de responsabilização pelo ato infracional, o processo justo. Para tanto, além da discussão teórica, quando possível, serão utilizadas decisões oriundas dos Tribunais Superiores.

Desde já, é relevante frisar que a apresentação dos temas neste texto que compõem o processo justo não é exaustiva, sendo perfeitamente possível prosseguir nessa toada em outros horizontes, dentre as quais a execução da medida sócio-educativa, que não será objeto de análise.

A primeira característica do processo justo a ser analisada consiste no princípio do juiz natural, que se encontra previsto no artigo 5º, LIII, Constituição da República.

No decorrer do seu processo histórico, o princípio do juiz natural se desenvolveu sob dois pontos de vista. De um lado, entende-se o princípio em questão como proibição dos tribunais de exceção, isto é, ninguém pode ser julgado por órgão jurisdicional criado especificamente para apreciar caso já ocorrido. Por outro enfoque, o juiz natural impõe a existência anterior ao fato da regra de competência. Eugênio Pacelli de Oliveira²⁷ entende que a primeira manifestação descrita do juiz natural corresponde a sua faceta inglesa, enquanto que a outra apresenta sua versão norte-americana. Ainda de acordo com o referido doutrinador, o Brasil conseguiu extrair ao máximo a possibilidade de aplicação do princípio do juiz natural, uma vez que os dois aspectos encontram-se previstos no direito fundamental previsto no artigo 5º, LIII, Constituição da República.

Destarte, uma das etapas de comprovação do processo justo, no que se refere à observância do juiz natural, consiste em saber se antes do suposto cometimento do ato infracional o órgão jurisdicional já possuía competência para a matéria e se não foi criado exclusivamente para o fim de julgar dada situação. A depender das respostas obtidas, inicia-se um juízo positivo da existência do processo justo.

Mas, não se encerra neste instante a constatação do juiz natural, pois, em razão do artigo 228 da Constituição da República, afirma-se, sem qualquer melindre de se mostrar polêmico, que o juízo da infância e juventude ou quem possua competência sobre essa matéria, enquanto estiver em vigor o atual texto constitucional, será o único competente para conhecer, processar e julgar as ações sócio-educativas. O que se afirma é ser o artigo 228 da Constituição da República, por constituir limitação ao exercício do poder estatal, mais especificamente quanto ao marco inicial da persecução penal, direito fundamental protegido por cláusula pétrea, conforme o imposto pelo artigo

²⁶ “Na França, a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação do retrocesso se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. Os franceses chamam esse fenômeno de ‘efeito cliquet’ (*effect cliquet*) em alusão a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo, uma vez ultrapassado determinado estágio, simbolizado por um som de ‘clic’. É como uma chave fechando uma porta, que impede o retorno através dela.” (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 267)

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de direito processo penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 19.

60, § 4º, inciso IV da Constituição da República, que não pode ser suprimida sequer por obra do Poder Constituinte Derivado²⁸.

Logo, tentativas, que são calcadas no clamor público, que buscam a solução de problemas por hipotética via mais fácil, mas que não enfrentam as dificuldades em si, em reduzir a maioria penal não podem prosperar, sob pena de violação do princípio do juiz natural, o que repercutirá no exame do processo justo.

Um segundo elemento do processo justo consiste no papel esperado do Ministério Público e os desdobramentos de sua atuação.

Apesar de não existir consenso sobre sua existência^{29 30}, o princípio do promotor natural não pode ser olvidado no exame sobre a observância, ou não, do processo justo. O mesmo artigo

²⁸ Não se deve perder de vista que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93 – ADI nº 939-7, mais especificamente quanto à criação do IPMF, assinalou que o rol de proteção do artigo 60, § 4º, inciso IV, Constituição da República não se restringe aos direitos contidos no artigo 5º do Texto Magno.

²⁹ Contrariamente a existência do princípio do promotor natural, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 90277/DF julgado, em 17 de Junho de 2008, pela 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Eis a ementa do acórdão:
*“DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INEXISTÊNCIA (PRECEDENTES). AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO STJ. INQUÉRITO JUDICIAL DO TRF. DENEGAÇÃO. 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que recebeu denúncia contra o paciente como incurso nas sanções do art. 333, do Código Penal. 2. Tese de nulidade do procedimento que tramitou perante o TRF da 3ª Região sob o fundamento da violação do princípio do promotor natural, o que representaria. 3. O STF não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro (HC 67.759, Pleno, DJ 01.07.1993): “Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO: Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade de “interpositio legislatoris” para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição de princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SIDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES”. 4. Tal orientação foi mais recentemente confirmada no HC nº 84.468/ES (rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 20.02.2006). **Não há que se cogitar da existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro.** 5. Ainda que não fosse por tal fundamento, todo procedimento, desde a sua origem até a instauração da ação penal perante o Superior Tribunal de Justiça, ocorreu de forma transparente e com integral observância dos critérios previamente impostos de distribuição de processos na Procuradoria Regional da República da 3ª Região, não havendo qualquer tipo de manipulação ou burla na distribuição processual de modo a que se conduzisse, propositadamente, a este ou àquele membro do Ministério Público o feito em questão, em flagrante e inaceitável desrespeito ao princípio do devido processo legal 6. Deixou-se de adotar o critério numérico (referente ao finais dos algarismos lançados segundo a ordem de entrada dos feitos na Procuradoria Regional) para se considerar a ordem de entrada das representações junto ao Núcleo do Órgão Especial (NOE) em correspondência à ordem de ingresso dos Procuradores no referido Núcleo. 7. Na estreita via do habeas corpus, os impetrantes não conseguiram demonstrar a existência de qualquer vício ou mácula na atribuição do procedimento inquisitorial que tramitou perante o TRF da 3ª Região às Procuradoras Regionais da República. 8. Não houve, portanto, designação casuística, ou criação de “acusador de exceção”. 9. Habeas corpus denegado.”*

³⁰ Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 768.384/SC, em 02 de junho de 2008, 5ª Turma, manifestou-se favoravelmente a existência do princípio em questão. Eis a ementa:

5º, LIII, Constituição da República que fundamenta o juiz natural serve de lastro para o princípio do promotor natural, até mesmo porque a redação do dispositivo constitucional não restringe sua incidência à autoridade jurisdicional. Ora, considerando o preceito hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais, não haveria razão para limitar o âmbito de incidência do citado artigo constitucional à figura do juiz, ainda mais quando se institui impedimento ao acusador de plantão, o que, sem sombra de dúvidas, constitui limitação do poder do Estado, dado característico de um direito fundamental.

Ademais, não se deve perder de vista que também o Ministério Público encontra-se submetido ao rigor do princípio da legalidade administrativa; portanto, existindo qualquer ato normativo que estabeleça a atribuição de um de seus membros deverá ocorrer obediência ao preceito, sob pena de esvaziamento do *caput* do artigo 37 da Constituição vigente.

O professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro define o princípio do promotor natural nos termos descritos nas linhas que se seguem.

“Este princípio [do promotor natural], na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do ‘parquet’ e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros.

Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qual garantia que se poderia dar a alguém, à própria sociedade, de que a lei seria cumprida, na hipótese de ficar ao arbítrio de determinada autoridade a escolha do membro do Ministério Público para examinar a conveniência ou não de promover a ação penal em face de alta autoridade pública, para promover ou não, ação cível contra poderosa fábrica que polui o ar de determinada região pobre; para

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO CHEFE DA COORDENADORIA DE RECURSOS E PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. ARTS. 2.º E 29, CAPUT, DA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O princípio do Promotor Natural garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos representantes ministeriais para atuarem na persecução penal, almeja assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, repelindo do nosso ordenamento jurídico a figura do acusador de exceção.

2. Nos termos do art. 29, caput, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, é possível que a Lei Orgânica Estadual estabeleça outras atribuições ao Procurador-Geral de Justiça. No caso, a lei estadual possibilitou ao Procurador-Geral do Ministério Público do Estado de Santa Catarina recorrer, pessoalmente ou por membro designado, nos processos de sua atribuição e também nos demais processos.

3. Na hipótese em que, conforme previsão de lei estadual, a atuação do Ministério Público, para oposição de embargos de declaração, é atribuída ao Chefe da Coordenadoria de Recursos do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e não ao Procurador de Justiça que exarou parecer nos autos, não há violação ao princípio do Promotor Natural, já que não há lesão ao exercício pleno e independente das prerrogativas do representante ministerial.

4. Recurso provido.”

promover ação visando a apurar abusos e omissões de autoridade; para coibir abuso de autoridade ou poder econômico; para intervir, em geral, nos processos nos quais está em jogo direito social ou individual indisponível? Certamente nenhuma.”³¹

Assim, é direito de qualquer adolescente ser representado somente pelo integrante do Ministério Público que possua prévia atribuição para tanto, sob pena de vulneração do processo justo.

Todavia, a observância do princípio do promotor natural não esgota as possibilidades de análise da atuação ministerial em um processo justo.

Um outro dado importante e que se relaciona com a própria razão de ser do *parquet* não pode ser desprezada, qual seja, a necessidade em se respeitar integralmente o sistema acusatório. Da necessidade em separar o órgão julgador de quem exerce a função de acusar é que se concebe o sistema acusatório. Quando a acusação foi incumbida a um órgão público, viu-se a necessidade em se criar o Ministério Público.

Como decorrência da divisão de funções trazidas pelo sistema acusatório, não é permitido ao órgão jurisdicional suprir possíveis deficiências do Ministério Público em adimplir seus ônus processuais. Esse cenário ganha traço mais forte em ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, em que vigora o estado de inocência.

Não resta dúvida de que no processo penal, e mesmo com o conhecimento das diferenças existentes entre o processo penal e o processo instaurado pelo exercício da ação sócio-educativa deve ocorrer a aproximação entre ambos, a dinâmica probatória é totalmente distinta do processo civil em que o ônus da prova incumbe a quem alega, até mesmo porque os bens jurídicos são distintos. De um lado, a liberdade ambulatoria e, de outro, questões atinentes ao patrimônio. Portanto, a lógica deste não pode servir àquele.

E como forma de afastar possíveis alegações de que se trata de posição heterodoxa, recorre-se à seguinte lição doutrinária emanada de Antonio Magalhães Gomes Filho, que é transcrita abaixo.

“A discussão sobre a existência de um verdadeiro ônus probatório no processo penal tem-se revelado difícil, especialmente em razão das tentativas de transposição pura e simples de conceitos fixados para o processo civil (...) é preciso interpretar a cláusula inicial do art. 156 do CPP à luz da Constituição e do modelo acusatório de processo penal que ela consagra, entendendo-se que, ao dizer que ‘a prova da alegação incumbirá a quem fizer’, o legislador dispõe tão somente sobre a iniciativa das provas, sem atribuir qualquer encargo para as partes – muito menos

³¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 47-48.

para a defesa – nem estabelecer uma regra de julgamento diversa do in dúbio pro reo.”³²

Logo, para que seja observado o processo justo, em sede de procedimento de apuração de ato infracional, deve o Ministério Público, caso não queira ver julgada improcedente a sua pretensão, adimplir com seu ônus e provar em juízo que o adolescente foi, de fato, responsável pela conduta imputada. A transferência do ônus probatório, algo rotineiro no cotidiano forense e materializado nas alegações de que o adolescente não comprovou o que alegou, não pode ser admitida, salvo, o que seria absurdo, se for tolerado o estabelecimento do processo injusto.

Apesar de se tratar de julgado de imputável, não se deve perder de vista preciso e, ao que parece, única decisão do Superior Tribunal de Justiça, que soube resolver a equação formada pelo sistema acusatório, estado de inocência e ônus probatório.

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTO APRESENTADO PELA DEFESA IGNORADO PELO ÓRGÃO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL E INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.

2. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal.

4. ORDEM CONCEDIDA para anular a decisão condenatória, para que outro julgamento seja proferido, apreciando-se, inclusive, a prova documental ignorada.”³³ (grifei)

³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2009. pp. 256-257.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 27.684/AM julgado, em 15 de Março de 2007, pela 6ª Turma. Relator Ministro Paulo Medina.

O terceiro aspecto envolvendo a atuação ministerial reside na relação existente entre justa causa, que é uma condição da ação sócio-educativa, oitiva informal e o exercício do direito de representar o adolescente.

Não se desconhece o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a figura da oitiva informal – vide artigo 179. Todavia, o caráter singelo da previsão pode induzir, caso não realizada a correta exegese, a graves equívocos que malferem o processo justo.

Primeiramente, valendo-se da lógica, afirma-se ser contraditório formalizar algo que, segundo a lei, possui a natureza informal. Porém, não é no critério lógico que se encontra a maior crítica à formalização da oitiva informal, e sim na sua realização afrontosa aos direitos do adolescente. Logo, caso queira o integrante do Ministério Público formalizar a oitiva, ainda mais quando o material produzido representar a justa causa necessária para o oferecimento da representação, deverá, no mínimo, verificar se já ocorreu a entrevista prévia do adolescente com o profissional habilitado pela defesa técnica. Na hipótese negativa, deverá aguardar a realização desse contato.

A preocupação com o contato prévio do adolescente com seu defensor tem como intuito esclarecer o integrante do grupo vulnerável sobre seus direitos, inclusive o de não colaborar involuntariamente com o titular da ação sócio-educativa.

Na hipótese de não ocorrer o contato anterior ou ser realizada a oitiva informal sem a presença de Defensor Público ou advogado, não poderá o membro ministerial formalizar o ato extraprocessual como forma de obter a justa causa necessária para a provocação jurisdicional. Caso não seja observada essa dinâmica, por meio da aplicação analógica do Código de Processo Penal, que é possível, em nome da preservação do processo justo, deverá o magistrado rejeitar a petição inicial ministerial.

Faz-se necessário realizar importante comentário sobre o modo de ver a formalização da oitiva informal. Caso não constitua posição isolada, depara-se com entendimento minoritário, existindo tão-somente uma conhecida exceção, que são transcritos trechos da decisão nas linhas que se seguem.

“Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente que, durante a realização tanto da audiência de apresentação quanto da oitiva do adolescente – observados os princípios do contraditório e da ampla defesa –, seja o menor assistido por defensor, particular ou público, a teor do disposto no art. 111 daquele estatuto.

Acolhendo, pois, o parecer ministerial, concedo a ordem a fim de declarar nula a sentença (também o acórdão), devendo a instrução ser retomada; em conseqüência, determino que o adolescente aguarde, em liberdade assistida, o desfecho do processo.”³⁴

Um outro aspecto do processo justo que não pode ser desdenhado consiste na defesa técnica efetiva do adolescente, bem como na possibilidade deste sempre ter contato com o profissional responsável por essa faceta de sua defesa.

³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 94.717/SP. Decisão monocrática proferida, em 12 de Fevereiro de 2008, pelo Ministro Nilson Naves.

A falta de defesa técnica efetiva no decorrer da fase processual não só caracteriza a condição de indefeso do adolescente, mas também impõe a anulação de todo o processo. A fundamentação para esse radical agir encontra-se tanto na ampla defesa, quanto no contraditório que funda uma estrutura dialógica ao processo.

Porém, o contato contínuo com o profissional responsável pela defesa técnica, para fins de certificação do processo justo, não se restringe a fase processual em si, já que incide em momentos anteriores ao próprio ajuizamento da ação sócio-educativa. Duas situações ilustram bem o que ora se afirma. A primeira já foi objeto de menção no exame da oitiva informal. Por sua vez, em se tratando de adolescente que teve a sua liberdade ambulatoria cerceada sob o fundamento de estado de flagrância do ato infracional, mister se faz a aplicação, por analogia, do artigo 306, § 1º, Código de Processo Penal. A razão para invocar o citado preceito é simples. Não pode o adolescente, ser em desenvolvimento que goza de especial proteção do Estado por imperativo constitucional, ser submetido a tratamento mais rigoroso, caso ocorra comparação com a situação do adulto preso em flagrante. Dessa forma, na hipótese de o adolescente não declinar o nome de seu advogado, deverá a autoridade policial, no prazo de 24 horas, cientificar a custódia do adolescente ao órgão da Defensoria Pública, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal que poderá contaminar futura ação ministerial.

Neste momento, a apreciação sobre o processo justo tem como premissa o mandamento constitucional contido no artigo 93, inciso IX, 2ª parte, isto é, a regra que impõe o dever de motivar todas as decisões judiciais. Antes de enfrentar três questões específicas sobre esse dever no âmbito do processo justo de aferição do cometimento do ato infracional, é conveniente enfatizar o caráter de direito fundamental desse preceito, já que a sua titularidade não se resume a quem participa do processo, mas, em razão de constituir fulcral modo de controle do Poder Judiciário, de todo o jurisdicionado.

Por se tratar de verdadeiro mecanismo de controle popular, a observância do dever de motivar não deve ser associado à erudição do magistrado; ao contrário, deve o juiz utilizar a maneira mais clara possível para cumprir o referido mandamento, bem como basear-se exclusivamente em fatos concretos e existentes nos autos, sob pena de fragilizar, quando não frustrar, valioso instrumento de limitação do poder.

A decretação da internação provisória do adolescente é o primeiro ponto a ser articulado com o dever de fundamentação da decisão judicial, sendo importante assinalar que o aludido dever não se restringe à sentença, pois, como a própria redação do artigo 93, inciso IX, 2ª parte, Constituição da República, sua incidência se dá frente a toda decisão, o que inclui a decisão interlocutória que venha a atingir o *status libertatis* do adolescente.

A decretação da internação provisória, à luz do processo justo, somente poderá ocorrer se baseada em exposição clara e própria do caso submetido ao crivo judicial. Dessa forma, as decisões-padrão que podem ser invocadas para qualquer situação não podem ser toleradas como instrumento da decretação da internação provisória.

Todavia, a fundamentação da custódia provisória do adolescente não se restringe a sua articulação com o caso concreto, pois, em razão da vigência do estado de inocência, deverá o magistrado apresentar o seu exercício de ponderação que culminou com o cabimento da restrição da liberdade do adolescente.

Dito de outra maneira, deverá o juiz, caso queira decretar a internação provisória sob os cânones de um processo justo, expor de que maneira a observância do princípio da proporcionalidade permitiu a internação provisória.

Aqui não se discute temas como origem, nomenclatura ou possíveis distinções existentes entre razoabilidade e proporcionalidade, o que se deixa claro é que a restrição de um direito fundamental, a liberdade do adolescente, para que seja legítima, deverá ser submetida ao exame da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Um ponto nevrálgico não pode passar despercebido neste momento, a saber: a internação provisória possui a natureza de tutela cautelar; logo, não pode a medida ser mais gravosa do que àquela possível ao término do processo de conhecimento, a não ser que o instrumento acessório seja mais importante que o principal³⁵. Na aferição do processo justo a que é submetido o adolescente infrator, deve-se, ainda, conjugar com a natureza cautelar o âmbito restrito da medida sócio-educativa de internação, pois, caso se saiba, de antemão, a impossibilidade em se impor a medida mais gravosa, inviabilizada se mostra a decretação da internação provisória.

Toda essa linha de raciocínio tem como meta questionar a decretação de internação provisória aos adolescentes representados pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Se o ato infracional em questão não foi arrolado no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo que condenado, não poderá ao adolescente ser imposta a medida de internação³⁶. Ora, como então ser a medida cautelar mais gravosa que a permitida no

³⁵ “O processo [e também as medidas] cautelar visa à garantia do resultado futuro do processo principal, e daí se dizer que é instrumento de outro instrumento. Na verdade, o processo de conhecimento comum ou principal também é um instrumento, pois visa a realizar um direito preexistente, mas o que se quer dizer é que a instrumentalidade do processo cautelar é mais incisiva: assegurar a efetividade daquela tutela almejada em outro instrumento, e, destarte, é nesse sentido que Calamandrei afirma que o provimento cautelar seria dotado de uma instrumentalidade qualificada (...)”. (LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70)

³⁶ Eis alguns julgados que corroboram essa assertiva:

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NA EXTENSÃO, PELA CONCESSÃO DA ORDEM. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM CONCEDIDA, PARA ANULAR A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU NO TOCANTE À MEDIDA DE INTERNAÇÃO, A FIM DE QUE OUTRA DECISÃO SEJA PROLATADA, DEVENDO, ENQUANTO ISSO, PERMANECER O MENOR EM LIBERDADE ASSISTIDA, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER INTERNADO, TAL COMO DETERMINADO NA MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.

1. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação.

2. Parecer do MPF pelo conhecimento parcial do writ e, na extensão, pela concessão da ordem.

3. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem concedida, para anular a sentença de primeiro grau no tocante à medida de internação, a fim de que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado, tal como determinado na medida liminar anteriormente deferida.” (STJ. Habeas Corpus nº 103.974/SP julgado, em 10 de Março de 2009, pela 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. WRIT IMPETRADO PERANTE O E. TRIBUNAL A QUO AINDA NÃO APRECIADO. DENEGÇÃO DE LIMINAR. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

processo de cognitivo? Afora a violação do processo justo, a resposta para essa indagação encontra-se em pernicioso transbordamento do caráter da ação sócio-educativa, que adquire a função de castigo para o adolescente infrator.

Dessa forma, não é possível assentir com o posicionamento assumido por Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos, que fundamentam a possibilidade de internação pelo cometimento de ato infracional análogo ao crime de tráfico em suposta grave ameaça à sociedade³⁷. Ora, esse raciocínio possui equívoco visceral, qual seja, vale-se de analogia para agravar a situação de quem tem sua liberdade ambulatoria cerceada, o que é proibido.

Ademais, não é possível assentir com o argumento de que a custódia provisória, neste caso, serviria para proteger o adolescente. Esse raciocínio, além de desprovido de amparo legal, legitimaria o cerceamento da liberdade da quase totalidade dos adolescentes que vivem em meios violentos. De Simão Bacamarte basta a literatura machadiana, não sendo facultado ao juiz se inspirar no bruxo do Cosme Velho para supostamente tutelar o adolescente, mesmo que isso se dê ao arrepio da lei.

O segundo aspecto do dever de fundamentar as decisões judiciais relacionado com o processo justo encontra-se na forma como se deve realizar o juízo de confirmação da sentença, caso ocorra a interposição do recurso de apelação.

De maneira diversa do que ocorre na generalidade dos casos, ao juiz da infância e juventude é conferida a possibilidade de retratar sua decisão, vide o disposto no artigo 198, inciso VI, Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, basta que ocorra a interposição de apelação por uma das partes, já que esse juízo é realizado após a aferição da admissibilidade recursal.

I - Hipótese em que a impetração se volta contra r. decisão monocrática, por meio da qual foi indeferido pedido de medida liminar, ainda não tendo ocorrido o julgamento colegiado do mérito do writ no e. Tribunal a quo.

II - Em princípio, descabe o uso de habeas corpus para cassar indeferimento de liminar (Súmula 691/STF- Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Todavia, quando a decisão inobserva jurisprudência pacífica da Augusta Corte e do STJ, é cabível a concessão.

III - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA. (Precedentes).

IV - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de tráfico de entorpecentes não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA. (Precedentes).

Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 104020/SP julgado, em 05 de Agosto de 2008, pela 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer).

³⁷ *“De outro ângulo, não se contesta o fato de que o rol do art. 122 do ECA é taxativo, sendo certo, ao revés, que o ato infracional em tela está inserido tanto no inciso I quanto no inciso II.*

Explica-se: a) no inciso II não há qualquer dificuldade em avistar na infração de tráfico de entorpecentes a correspondente gravidade, o que enseja o reconhecimento de tal infracional como apto a caracterizar a reiteração nos termos em que a definiu o legislador; b) quanto ao inciso I é de se observar que existe, sim, grave ameaça e violência não só a pessoa, mas também à sociedade, neste tipo de ato infracional.

A própria Lei 6.368/76 considerou a questão como de grave ameaça à saúde pública, estabelecendo deveres tanto para o Poder Público, quanto para toda a sociedade, ao dispor sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, inclusive prevendo responsabilidade penal e administrativa (arts. 1º a 7º da Lei 6.368/76).” (MORAES, Bianca Mota & RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade – coordenadora. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 829.)

A despeito de não ser obrigatório o juízo de retratação, isto é, interposto o recurso de apelação deverá o magistrado alterar o teor decisório da sentença, não há isenção de demonstrar as razões que o levaram a confirmar sua decisão. O dever de motivar não se satisfaz com a utilização de sacramentais expressões³⁸ que se mostram passíveis de utilização em qualquer processo.

O terceiro enfoque a ser dado sobre o dever de motivar as decisões judiciais possui conexão com a imposição da medida sócio-educativa mais grave para o caso submetido à análise.

O simples fato de o ato infracional ser grave não afasta o dever de verificar se outra medida menos restritiva é idônea para o adolescente que integra o pólo passivo da ação sócio-educativa.

A prosperar a tese da gravidade, em si, como único elemento necessário para estabelecer a medida sócio-educativa, desnecessária seria não só a preocupação com o processo justo, mas com a existência da figura do juiz, que poderia ser facilmente substituída por programas capazes de proferir decisões de maneira automática.

Sobre esse ponto, é importante colacionar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, que se encontram nas linhas abaixo.

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO MENOR. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 88.862/PA (DJU de 29.09.06), o fato de o Tribunal de Justiça Paulista não ter conhecido do writ ali impetrado, não impede que esta Corte analise a questão de mérito nele posta, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do Habeas Corpus, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal ora apontado como coator.

2. O disposto no art. 120, § 2o. do ECA, não impede a adoção da medida sócio-educativa de semiliberdade, desde o início, quando esta for compatível com a gravidade e circunstâncias do delito, bem como com a capacidade do menor em cumpri-la, sendo descabida qualquer vinculação aos requisitos previstos no art. 122 do ECA, imperativa somente nos casos de internação.

3. A imposição da semiliberdade, todavia, deve estar pautada nas circunstâncias peculiares do caso concreto, quando o Julgador reputar imperiosa a adoção da medida para a proteção integral do adolescente, finalidade precípua da Lei 8.069/90.

³⁸ São destacadas algumas: “*Mantenho a decisão por seus próprios fundamentos*”, “*O alegado no recurso de apelação não foi suficiente para abalar a convicção judicial*”, etc..

4. A fundamentação utilizada pela Magistrada minorista no caso concreto, revelou-se genérica, sem a necessária individualização e particularização ao caso concreto. Arrimou-se a Julgadora apenas na gravidade abstrata do ato infracional cometido e na renitência do tráfico de drogas na comarca de Cotia/SP que, como é cediço, quando dissociados de qualquer outro elemento, não servem como critério para fixação da medida de semiliberdade. Precedentes do STJ.

5. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

6. Habeas Corpus concedido, para anular a sentença no tocante à medida de semiliberdade, a fim de que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida.³⁹(grifei)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEMILIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

I - Não se verifica constrangimento ilegal na imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, se aplicada em observância ao disposto no art. 112, § 1º, da Lei nº 8.069/90 e atentando para as peculiaridades do caso concreto.

II - In casu, **verifica-se que a decisão do Juízo de Primeiro Grau (confirmada pelo e. Tribunal de origem) não demonstrou a necessidade de imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, uma vez que não teceu quaisquer considerações acerca do caso concreto, ficando a medida imposta baseada apenas na gravidade da infração praticada.**Ordem concedida.⁴⁰ (grifei)

O último ponto a ser debatido consiste na incidência da cláusula da razoável duração do processo em matéria de responsabilização pelo cometimento de ato infracional.

A partir das lições de Leonardo Greco⁴¹, entende-se que antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 45/04 já seria possível falar em razoável duração do processo como direito fundamental implícito. E mesmo que não se considere como existente essa categoria jurídica – a dos direitos implícitos – por força do artigo 5º, § 2º, Constituição da República combinado com o

³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 92.035/SP julgado, em 28 de Agosto de 2008, pela 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 101.301/SP julgado, em 21 de Agosto de 2008, pela 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer.

⁴¹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. In: PEIXINHO, Manoel Messias *et all.* (coord.) *Os princípios da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 370.

artigo 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, deduz-se a vivência deste direito no ordenamento pátrio desde 1992.

A forma como se e encontra previsto o direito fundamental à razoável duração do processo no Pacto de San José não permite qualquer questionamento sobre a sua incidência no juízo da infância e juventude.

Dentre os diversos ângulos possíveis de análise do direito do adolescente ser julgado em prazo razoável, este estudo focará tão-somente naquela hipótese em que o legislador transfigurou um valor em regra jurídica, conforme se verifica no artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A imposição de limite temporal para o julgamento do processo em quarenta e cinco dias, por configurar regra jurídica, submete-se exclusivamente ao método hermenêutico da subsunção. Logo, possíveis alegações da complexidade do feito não se mostram capazes de superar, à luz do processo justo, o prazo legal já mencionado.

O prosseguimento, por mais de quarenta e cinco dias, da relação processual de adolescente custodiado cautelarmente sem a prolação de sentença configura indevida restrição da liberdade ambulatoria não admitida pelo processo justo, o que legitimará o seu imediato reingresso ao concerto comunitário.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores não destoia desse entendimento, conforme se verifica nos julgados que se seguem.

*“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PROVIMENTO CAUTELAR. SÚMULA 691/STF. ILEGALIDADE PERCEPTÍVEL DE PLANO. INTERNAÇÃO PREVENTIVA. BREVIDADE E EXCEPCIONALIDADE. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ILEGALIDADE DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É pacífica a jurisprudência deste STF no sentido da inadmissibilidade de impetração sucessiva de habeas corpus, sem o julgamento definitivo do writ anteriormente impetrado. Tal jurisprudência comporta relativização, quando de logo avulta que o cerceio à liberdade de locomoção dos pacientes decorre de ilegalidade ou de abuso de poder (inciso LXVIII do art. 5º da CF/88). 2. **No caso, a internação preventiva dos pacientes extrapola, em muito, o prazo assinado pelo art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ofensa à garantia da razoável duração do processo e ao amplo conjunto de direitos protetivos da juventude. Inteligência do inciso V do § 3º da Constituição Federal.** 3. Ordem conhecida e deferida.”⁴²
(grifei)*

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 94000/PI julgado, em 17 de Junho de 2008, pela 1ª Turma. Relator Ministro Carlos Ayres Brito.

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE AMEAA. EXCESSO DE PRAZO NA INTERNAÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO DOS 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS DETERMINADOS PELA LEI ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 122, DO ECA. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. A **internação provisória** do menor **não pode**, à luz dos arts. 108 e 183 da Lei n. 8.069/90 e da jurisprudência desta Corte Superior, **extrapolar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser reconhecida a coação ilegal a que o paciente é submetido.

2. Hipótese que não constitui caso previsto no rol taxativo do art. 122 do ECA para que a internação perdure por tempo indeterminado.

3. Ordem concedida.”⁴³

Este era o último ponto a ser destacado sobre as nuances do processo justo no âmbito de apuração do cometimento do ato infracional. Contudo, é relevante frisar que sempre o processo injusto em sentido objetivo não poderá ser tolerado, mesmo que o resultado final do processo, sob o viés subjetivo, seja justo, pois em um Estado comprometido com direitos fundamentais não há espaço para prosperar a máxima de que “os fins justificam os meios.”

IV – Das Conclusões

O presente texto tentou descrever os avanços nos marcos constitucionais da proteção da criança e do adolescente. O completo desprezo ficou para o passado, posto que a Constituição 1988 conseguiu, por meio da teoria da proteção integral, abarcar todos os integrantes desse grupo vulnerável.

Hodiernamente, não existe qualquer espaço para questionamento sobre a condição de sujeito de direito do adolescente, o que inclui àquele que se imputa, em juízo, a prática de um ato infracional.

Todo esse progresso protetivo deve ser inserido em fenômeno muito bem descrito por Norberto Bobbio, que considerou o pós 2ª Guerra Mundial como marco na proliferação dos direitos humanos, até mesmo como resposta aos horrores do conflito findo. Porém, o mesmo mestre peninsular prescreveu importante alerta, no que se refere à necessidade em efetivar o rol em expansão de direitos.

O presente texto poderia simplesmente analisar minuciosamente os direitos desse personagem até então desconhecido, o adolescente infrator; entretanto, a descrição desassociada da realidade fática poderia indicar o melhor dos mundos.

⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 99501/PI julgado, em 23 de Setembro de 2008, pela 5ª Turma. Relator Ministro Jorge Mussi.

Contudo, não foi essa a linha de estudo feita neste labor, uma vez que, para tanto, importante se mostra a influência de um dos últimos textos de J. J. Calmon de Passos, que assinalou, quando do exame das liberdades públicas, a necessidade em “*baixar à terra, enlamear os pés, fatigar o corpo e calejar as mãos.*”⁴⁴ O fato de terem sido selecionados somente julgados dos Tribunais Superiores não foi aleatório; ao contrário, buscou-se demonstrar, assim, a dificuldade dos juízes e tribunais estaduais em assegurar o processo justo ao eventual adolescente infrator, o que é preocupante quando se leva em conta o tempo necessário, mesmo que pela via do *habeas corpus*, para se ter acesso aos Tribunais de Brasília.

A imposição da internação para o adolescente representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, apesar de repudiada firmemente pelo Superior Tribunal de Justiça, é sintomática em revelar o desprezo das instâncias ordinárias ao processo justo.

As razões para a não-efetivação da condição de sujeito de direitos permitiria a elaboração de análise de fôlego, que não foi realizada neste trabalho. Contudo, o preconceito com a temática dos direitos fundamentais, quiçá fruto da pouca experiência democrática brasileira, que é associado à impunidade poderá desvendar esse problema.

Muito trabalho necessita ser feito e quando, enfim, o processo justo encontrar-se, não no mundo ideal, mas na realidade forense, com a apuração judicial do ato infracional, espera-se que este texto possa ser visto em anedotário ou em livros que narram realidades difíceis de acreditar e que sequer deixaram saudades.

Referências Bibliográficas

AMIN, Andréia Rodrigues. *Doutrina da proteção integral*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade – coordenadora. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 13-20.

ARENHART, Sérgio Cruz & MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed Coimbra: Almedina, 1993.

⁴⁴ PASSOS, J. J. Calmon de . *Tutela jurisdicional das liberdades*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 15 de Maio de 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

_____. *Pontos e bordados. Escritos de história e política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 8. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (coord.). *As reformas do processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2009. pp. 246- 297.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. In: PEIXINHO, Manoel Messias *et all.* (coord.) *Os princípios da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 369-406.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUCA, Tânia Regina. *Direitos sociais no Brasil*. In: PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. São Paulo: 2005, Contexto. PP. 470-493.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MORAES, Bianca Mota & RAMOS, Helane Vieira. *A prática do ato infracional*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade – coordenadora. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 773-853.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Tutela jurisdicional das liberdades*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 15 de Maio de 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo W. *Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988*. In: AJURIS, ano XXXIII, nº 102, junho de 2006. pp. 177-208.

SCARANCE, Antonio F. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SKIDMORE, Thomas. *Uma história do Brasil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

INTERNAÇÃO: MEDIDA SOCIOEDUCATIVA? REFLEXÕES SOBRE A SOCIOEDUCAÇÃO ASSOCIADA À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Fabiana Botelho Zapata
Defensora Pública do Estado de São Paulo

I. Introdução

Não se pode iniciar o estudo da privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei, sob a ótica da socioeducação, sem antes mencionarmos, de forma breve, os textos direcionados ao tratamento da criminalidade juvenil e que, por isso, devem embasar as ações socioeducativas aplicadas durante o período da medida de internação. Dentre eles, citamos: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (“Regras de Beijjing”, 1985), as Diretrizes para as Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (“Diretrizes de Riad”, 1990) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (“Regras de Tóquio”, 1990).

Melhor explicitando, a utilização de tal normatização segue uma escalada, acompanhando a questão da infância, desde a prevenção, até a repressão. As Diretrizes de Riad preveem que os Estados devem, em primeiro lugar, aplicar medidas visando a sua prevenção. Em seguida, se cometido o ato infracional por adolescente, a reação do Estado, e mesmo da sociedade, deve ser norteadas pelos tratados gerais de proteção dos direitos humanos. Aqui, nesta fase, importante a observância das orientações contidas nas Regras de Beijing e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Ao final, se em razão do ato infracional praticado houver a aplicação de uma medida privativa de liberdade, deverão ser então observadas as Regras de Tóquio (MARTIN-CHENUT, 2003:79)

Em âmbito regional, verifica-se a existência de textos e de recomendações na área da adolescência, mas o que se nota, de forma evidente, é que, em ambos os sistemas (europeu e americano), recorre-se costumeiramente aos próprios textos de proteção da Organização das Nações Unidas. Percebe-se que a coexistência de uma normatização regional tem o intuito de dar maior credibilidade às normas internacionais.

No caso do Brasil, comparando-o à normatização internacional, vamos observar que esta corre, muitas vezes, em mão contrária ao que aqui se verifica. Pouco se aplica na prevenção, quase nenhuma importância se dá ao acompanhamento em meio aberto daquele que infracionou e, por fim, muito se investe na construção de locais de contenção de jovens infratores, desconsiderando-se a excepcionalidade da privação de liberdade⁴⁵.

Olvida-se que muitos princípios norteadores da ação limitada do Estado-Juiz devem ser observados no âmbito da justiça juvenil. Dentre eles, citamos o princípio da intervenção mínima, a fim de que somente questões realmente relevantes, que se sobrepõem aos reflexos da

⁴⁵ A Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe em seu art.37, *b*, que os Estados-partes assegurarão que nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal, ou arbitrária. Dispõe, ainda, que a detenção, reclusão ou prisão de uma criança, será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

adolescência normal, e que verdadeiramente atinjam bens jurídicos fundamentais, sejam judicializados.

Ressaltamos, ademais, o princípio da proporcionalidade, previsto constitucionalmente através da análise conjunta do art. 5º., *caput* e seus incisos II, V, XXXV e LIV⁴⁶. A intervenção penal do Estado somente estará justificada quando houver uma relação correspondente entre o mal causado, no caso, pelo adolescente, por meio do ato infracional praticado, e o mal causado pela aplicação da sanção imposta.

A excepcionalidade, outro relevante princípio a ser observado na aplicação da medida socioeducativa de internação, não é respeitada, e este desrespeito fica evidenciado quando verificamos, muitas vezes, a ausência de qualquer fundamentação fática e jurídica nas decisões judiciais que impõem o cumprimento de tal medida extrema de privação de liberdade.

Analisarmos os motivos que levam os operadores do Direito a requerer e decidir pela aplicação da medida socioeducativa de internação poderia levar-nos a uma imensa discussão, que não se coaduna com a proposta deste texto. Contudo, não podemos deixar de ressaltar que o caráter pedagógico da medida acaba fornecendo-lhe um aspecto de benevolência para com o adolescente que infracionou, ocultando sua face punitiva, de resposta social.

As reflexões propostas neste texto tem como base a privação da liberdade na adolescência, os efeitos deletérios dessa privação, o aspecto pedagógico como condição de retorno à liberdade, a indeterminação do tempo de internação aplicado e a esperança de um processo socioeducativo harmônico.

II. A natureza das medidas – aspectos repressivos e socioeducativos

Muito já se discutiu a respeito da ambigüidade trazida pela natureza da medida socioeducativa. Repressão ou socioeducação? Não se pode negar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o próprio SINASE⁴⁷, já reconheceu esse duplo caráter. O que não se pode admitir, entretanto, é que o discurso pedagógico oculte, na realidade, um sistema altamente repressivo no tratamento do adolescente em conflito com a lei.

Sem querer retornar à antiga história de conflitos entre pedagogos e juristas, não há como discordar que a aplicação de uma medida socioeducativa deve carregar a responsabilização do agente autor de ato infracional, responsabilização, aqui, entendida como forma de punição.

⁴⁶ CF – Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito;

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁴⁷ SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, formulado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, fruto de reuniões com diversas áreas do governo, especialistas da área, representantes de entidades e debates com operadores do sistema de garantias de direitos, por todo o país.

A responsabilização é, ademais, pedagógica, não se pode negar. É pedagógico saber que, tornando-nos sujeitos, temos direitos e deveres, que existe uma relação de reciprocidade entre uns e outros. Quando um adolescente responde por um ato infracional cometido, tal resposta lhe causa um impacto pedagógico-social, desde que, certamente, a ele tenha sido assegurado o pleno conhecimento da acusação e as garantias materiais e processuais que lhe são inerentes. Aplicada a medida socioeducativa, essa passa a responder a duas ordens de exigência, é uma reação punitiva da sociedade, através do Estado-Juiz e, ao mesmo tempo, deve trazer benefícios à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. É isso exatamente o que ainda diferencia a pena da medida socioeducativa, ou seja, esse intuito de oferecer ao adolescente uma pedagogia voltada à formação da pessoa e do cidadão, colocá-lo não em contato com o seu passado, mas de forma responsável, com o seu presente e futuro (COSTA, 2009:198-203).

O caráter pedagógico da medida, entretanto, não a torna mais branda que a pena, ao contrário, quando consideramos que estamos privando de liberdade pessoa em desenvolvimento, no auge da conquista e do gozo dessa mesma liberdade. Em momento algum ela deixa de ser algo imposto por lei, como resposta jurídica a uma ação legalmente prevista e que também visa a proteção da sociedade daqueles indivíduos que se tornaram indesejados. É pior, por tempo indeterminado! Vale ressaltar aqui que a indeterminação temporal da internação, objeto de nossas reflexões, pode por em xeque o trabalho socioeducativo.

É certo que, ao julgar o ato infracional cometido e decidir pela aplicação de uma ou outra medida disposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o Juiz deve se atentar ao disposto pelo art. 112, parágrafo 1º., ou seja, para a capacidade do adolescente em cumpri-la, para as circunstâncias e gravidade da infração.⁴⁸No nosso entendimento, o Estatuto trouxe, de forma nítida, a opção do legislador pelo sistema do Direito Penal do Fato, ou seja, há a prevalência do fato praticado em detrimento da análise da personalidade do adolescente que o praticou. Adiciona-se a este dispositivo, a previsão do art. 121⁴⁹, que trata sobre a excepcionalidade e brevidade da medida de internação, não permitindo sua aplicação caso a exceção não esteja cabalmente fundamentada.

Contudo, em fase de execução da medida socioeducativa de internação o que se vê é uma nefasta indeterminação, que faz com que o que esteja em jogo para a conquista da liberdade acabe sendo a mudança da personalidade do adolescente, em frontal desrespeito à dignidade da pessoa humana e ao seu direito de ser aquilo que é.

Nesse aspecto, vale repensar até que ponto o Estatuto fixa como único limite da medida o prazo de três anos, e se não o fez justamente para tornar incontestes o final do tempo de privação de liberdade, sendo o julgador livre, desde que respeitando os princípios consagrados constitucional e estatutariamente, para definir o *quantum* da privação de liberdade, dentro do prazo máximo legal.

Somente quando alcançarmos essa harmonia entre socioeducação e privação de liberdade, poderemos pensar em um modelo de justiça juvenil verdadeiramente garantista.

III. A socioeducação como escopo da medida socioeducativa de internação

⁴⁸ ECA - Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

(...)

Par. 1º. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

⁴⁹ ECA - Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Podemos dizer que a ação socioeducativa tem como objetivo o preparo do adolescente para o convívio social, respeitando as normas sociais vigentes. As atividades que compõem a ação socioeducativa, dentre elas, a escolarização formal, as oficinas culturais, práticas esportivas, atendimento psicossocial, visam um objetivo comum, o de desenvolver o potencial do socioeducando para ser e conviver (COSTA, 2006: 449).

Qualquer um de nós pode ensinar, o que não deve ser levado no sentido de desmerecer o profissional pedagogo. O que se deve entender aqui é que todos os profissionais envolvidos nos estabelecimentos de privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei devem incorporar por completo sua figura de educador, desde o profissional pedagogo, assistentes sociais, psicólogos, até o agente de segurança local.

A missão é árdua, mas longe está do inatingível. Importante perceber que muitos adolescentes tiveram socialização insuficiente dentro do núcleo familiar para, logo de início, enfrentar com êxito a tarefa que lhe está sendo proposta, a de aprendizado. Novas e diversas demandas surgem, demandas essas esperadas dentro de tantas individualidades colocadas em coletividade forçada, e nem de perto se está preparado para elas. (SAVATER, 2005: 43).

O socioeducador deve estar preparado para as dificuldades e disposto a realizar um trabalho pedagógico diferenciado. Digo diferenciado, justamente porque, no campo em que estamos, está-se educando sob a imposição da privação de liberdade, o que já torna, por si só, incompatíveis, ao menos em princípio, os caminhos para se atingir tal desiderato.

Não podemos deixar de considerar que toda privação de liberdade, qualquer que seja ela, é deletéria a qualquer pessoa, o que não se dizer quando essa pessoa ainda está com sua personalidade em formação. Qualquer instituição total, definição compatível com aquelas de privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei, acaba por causar um descultramento que incapacita o sujeito, ao menos temporariamente, de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária. O sentido de estar institucionalizado, para aquele que está internado, não existe, independentemente da vida que o espera lá fora. A instituição, assim, acaba mantendo um tipo de tensão entre o mundo doméstico e o institucional, e essa tensão é usada como força estratégica no controle daqueles que ousaram interferir na paz social. Além disso, a institucionalização acompanha o indivíduo após sua liberação. A desculturação, o estigma, o baixo *status* proativo, são alguns dos fatores que perseguirão um ex-interno de uma instituição total, dificultando, sobremaneira, sua recolocação no ceio da sociedade (GOFFMAN, 2007: 23-24)

A permanência em uma instituição total por período considerável pode, assim, ocasionar a mortificação do “eu”, normalizando o indivíduo. Como, então, compatibilizar tais efeitos devastadores com o escopo pedagógico da medida?

Devemos admitir que o fim pedagógico visado pela medida, sobretudo a de internação, deve ser repensado. Não há socioeducação que se imponha sob a vara da Justiça, sob um verdadeiro sistema repressivo que se oculta atrás da meritória pedagogia. A medida socioeducativa possui, sim, caráter pedagógico, mas que não se confunde com a pedagogia proposta àqueles que fazem gozo de sua liberdade.

É preciso ensinar os usos responsáveis da liberdade, e não aconselhar à renúncia dessa mesma liberdade (SAVATER, 2005: 84). É preciso apresentar o programa socioeducativo proposto, e não condicionar a liberdade do adolescente ao seu aprendizado. A finalidade de qualquer educador é a de fazer com que seu educando prescindia de sua ajuda, que caminhe com suas próprias pernas, conhecendo o que a sociedade dele espera e tendo a autonomia de decidir

esquecer tudo aquilo que aprendeu, contestar quem o ensinou ou agir de acordo com tudo o que lhe foi ensinado. A finalidade não é a de normalizar. Nesse sentido, citamos:

“Onde um Estado com preocupação social não corrige os efeitos das escandalosas diferenças de fortuna, uns nascem para ser educados e os outros têm de se contentar com um adestramento sucinto que os capacite para as tarefas subsidiárias a que os superiores nunca se submetiriam a realizar. Desse modo, o ensino se transforma numa perpetuação da fatal hierarquia socioeconômica, em vez de oferecer possibilidades de mobilidade social e de um equilíbrio mais justo.”
(SAVATER, 2005:150)

Perguntamos, naturalmente, como, então, um adolescente ganharia sua liberdade se, apesar de cumprido o programa, demonstrasse claramente que não mudou sua personalidade? Para responder a esse questionamento, necessário retornarmos à questão da indeterminação do tempo da medida de internação.

Há tempo já se trata desse tema, sendo que vários autores já comentaram a possibilidade de determinação do tempo de internação na sentença que impõe ao adolescente o cumprimento de medida socioeducativa privativa de liberdade. Afinal, já discutimos seu caráter repressivo e sancionatório, afastando-se seu caráter puramente pedagógico e, por isso, tutelar. Vale citar:

“Esta função de privar, limitar, sempre será realizada em nome do poder, não se podendo cair na armadilha de exercitar o poder de impor de maneira ‘bondosa’. Nos casos de internamento, diante da brevidade, excepcionalidade e respeito da condição de ser em formação (ECA, art. 121), dêem ser certas, isto é, o período deve estar previamente indicado na decisão. Anote-se que a indeterminação faz parte do processo de manejo para adequação social, isto é, sua docilidade frente ao sistema. Por isso, as atuações escondem os interesses ideológicos que se esgueiram, vendendo a embalagem da preocupação com o sujeito, quando, no fundo, querem sua normalização. Enlace social não se confunde com docilidade subserviente” (DA ROSA, 2006: 292-293)

Assim, urge a fixação do tempo de internação quando da aplicação de tal medida socioeducativa. Através disso, o campo de trabalho altera-se por completo. Há a possibilidade de realmente elaborar-se um Plano Individual de Atendimento, há a disponibilidade do jovem em aprender e apreender naquele período determinado de privação de liberdade.

E para que, então, a socioeducação, se o tempo é determinado judicialmente e o adolescente sabe que estará livre naquele período previamente definido? Daí o duplo caráter da medida socioeducativa. Nesta linha, a socioeducação agirá como um “plus” à internação. Aquele que evidenciar o cumprimento do programa, com aproveitamento, deverá ter sua situação reanalisada pelo Juízo das Execuções e poder contar com a possibilidade de recuperar sua liberdade de ir e vir antes do prazo razoável e proporcionalmente definido pelo Juízo do Conhecimento.

IV. Considerações finais

Sem que tenhamos conhecimento de um estudo sobre a eficácia de todo o trabalho socioeducativo desenvolvido em medida extrema de internação, o que se tem visto é uma renovação, quase sempre relacionada à ocorrência de um caso de repercussão na mídia protagonizado por um adolescente que infraciona contra vítima de classe média ou alta, de discussões a respeito do recrudescimento do sistema punitivo. Uma breve análise dos projetos de lei em trâmite pelo Congresso Nacional revela, com clareza, esse quadro. São constantes as proposituras e os arquivamentos/retiradas de projetos de lei que visam o aumento do tempo de internação máxima legal, atualmente fixado em três anos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sem que se apresente um estudo que indique que essa é a medida mais eficaz no combate ao aumento do envolvimento de adolescentes no meio infracional.

O que se percebe é que, nas sociedades modernas, o espírito de vingança continua existindo, ainda que menos evidente. Mesmo que a sociedade atual se oponha à violência absurda e irracional, continua esta vivendo na alma da sanção (FALCÓN y TELLA, 2008: 60). A função do castigo, na antiguidade ou na atualidade, não é algo racional na busca do combate ao crime, mas algo irracional, ligada a paixões, que surgem quando se infringem sentimentos sociais assentados.

Por detrás do encarceramento do corpo (visando a “recuperação” entendida como a não reincidência) evidencia-se uma institucionalização, com seus conhecidos efeitos deletérios, sendo estes acentuados em razão de estar sendo imposta a pessoas ainda em desenvolvimento, em fase de descoberta de suas potencialidades, que passam a sofrer com o peso de suas próprias escolhas e das responsabilidades decorrentes dessas mesmas escolhas (início de um período de exercício de sua liberdade).

Por esse e por tantos outros motivos, ao menos devemos evitar que o sistema punitivo seja dominado pelo conhecido simbolismo penal, o qual se entende pelo recrudescimento cada vez mais intensivo do sistema jurídico repressivo, a fim de tão somente agradar a sociedade, calando seu clamor, sem que se tenha verificado a utilidade reabilitadora desse sistema, infringindo-se direitos e garantias individuais. A disseminação do simbolismo penal, que adquire forças pela retomada da cultura do castigo, da vingança e da intolerância, desconsidera as causas de um ato criminoso, suas circunstâncias, deixando de reconhecer a dignidade do mero suspeito, do seu sagrado direito de defesa e do respeito ao devido processo legal (OLIVEIRA, 2008).

No caso dos adolescentes, o simbolismo rechaça a observância dos princípios da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento e do melhor interesse da criança. A intolerância e o desconhecimento dos períodos de desequilíbrios e desestabilidades extremas na fase da adolescência, resultam em respostas desarrazoadas e maculadas pela paixão. Vale mencionar nesse sentido:

“A severidade e a violência com que, às vezes, se pretende reprimir os jovens só criam um distanciamento maior e uma agravação nos conflitos, com o desenvolvimento de personalidades e grupos sociais cada vez mais anormais, que em última instância implicam uma autodestruição suicida da sociedade.

Assim vemos o adolescente, de um e outro sexo, em conflito, em luta, em posição marginal frente ao mundo que limita e reprime. É este marginalizar-se do jovem o que pode levá-lo à psicopatia franca, à atividade delituosa, ou pode, também, ser um mecanismo de defesa pelo qual preserva os valores essenciais da espécie humana, a capacidade de adaptar-se modificando o meio, que tenta negar a satisfação instintiva e a possibilidade de chegar a uma vida adulta positiva e criativa.” (ABERASTURY & KNOBEL, 1981: 11)

Sabemos que muito ainda há que se ousar, antes de se pensar em qualquer alteração legislativa que imponha maior tempo de internação aos adolescentes em conflito com a lei, ou mesmo que decida pela redução da maioria penal.

Esse fatalismo obscurantista em evidência na atualidade faz crer em uma gene do crime, de marginalidade social. Ao contrário, os indivíduos nascem com tendências quase sempre construtivas. Em quaisquer dos casos, não se deixa de haver métodos pedagógicos capazes de compensar a ausência de tais tendências, deixando de condenar indivíduos ainda em formação ao ostracismo e à esterilidade irreversível (SAVATER, 2005: 153).

A pretensão da socioeducação é a de suprir as deficiências familiares e sociais, não as confirmando como causadoras de exclusão e, para isso, necessário que possibilitemos o real trabalho pedagógico na medida socioeducativa, antes de qualquer debate sobre alteração legislativa.

Referências Bibliográficas:

ABERASTURY, Arminda , KNOBEL, Maurício. *Adolescência Normal – um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Editora Artmed, 1981.

COSTA, Antonio Gomes da. *A Pedagogia Social e o Adolescente Autor de Ato Infracional*. In: SOUZA NETO, João Clemente de; SILVA, Roberto da; MOURA, Rogério Adolfo (orgs.). *Pedagogia social*. São Paulo: Editora Expressão e Arte, 2009.

_____. *Natureza e Essência da Ação Socioeducativa*. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

FALCÓN Y TELLA, Maria José, FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?*^{1ª} Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Coleção Debates 91. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.

MARTIN-CHENUT, Kathia Regina. *Adolescentes em conflito com a lei: o modelo de intervenção preconizado pelo direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: artigo publicado na Revista no. 24 do Ilanud, 2003.

OLIVEIRA, Antonio Mariz de. *Danos e ilusões do simbolismo penal*. Artigo publicado pelo jornal "O Estado de São Paulo", em 01.06.08. Fonte: www.estado.com.br/editoriais

ROSA, Alexandre Morais da. *Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do Homo Sacer (AGAMBEN)*. In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. São Paulo: Ed. Planeta, 2005.

SINASE. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo / Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

REFLEXÕES SOBRE O MOMENTO ADEQUADO PARA A OITIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INFRATOR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Genival Torres Dantas Junior
Defensor Público do Estado de São Paulo

As Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, que alteraram, respectivamente, os procedimentos processuais penais comuns ordinários e sumários e também o procedimento relativo aos processos de competência do tribunal do júri, tiveram como um dos seus principais aspectos a previsão de realização do interrogatório do réu, como o último ato processual, com a sua conseqüente consagração como meio de defesa.

É importante destacar que a previsão do interrogatório como o último ato processual, não é nenhuma novidade no direito brasileiro, pois o rito previsto para o julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, explicitado na Lei 9.099/1995, já assim o fazia.

Em última análise, as leis supramencionadas representam um efetivo respeito à garantia constitucional da ampla defesa, prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, já que somente sendo assegurado ao réu prévio conhecimento do teor das acusações que existem contra ele, inclusive das versões apresentadas pela vítima e pelas testemunhas, este a exercerá de forma plena.

Insta salientar que o direito à ampla defesa das pessoas acusadas da prática de um delito também está previsto no artigo 8º, 2, c e d da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969).

Noutro giro, o artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a oitiva do adolescente infrator como primeiro ato processual do procedimento de apuração da prática de atos infracionais.

Em nosso sentir, levando-se em consideração as alterações legislativas esse dispositivo pode ser considerado como contrário ao princípio constitucional da ampla defesa, da isonomia e proporcionalidade ou razoabilidade, senão vejamos:

O artigo 227, *caput* da Constituição Federal preceitua que é um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, diversos direitos, entre eles a liberdade e a dignidade.

Consoante o disposto no artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV da Constituição Federal, este direito a proteção especial abrangerá entre outros, a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional e a igualdade na relação processual.

Também o artigo 40, 2, 'b', II e IV da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, estabelece de maneira expressa a garantia ao adolescente infrator dos direitos à ampla defesa e à isonomia processual.

De início, é válido destacar que somente será garantida uma efetiva ampla defesa ao adolescente infrator, caso este tenha ciência prévia do inteiro teor da acusação que existe contra ele, inclusive do teor dos depoimentos da vítima e das testemunhas.

Outrossim, a previsão constitucional já anteriormente referida de “*garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional*”, quando faz alusão à expressão ‘pleno’ dá margem que se interprete esse dispositivo, no sentido de que o ‘conhecimento da atribuição de ato infracional’ englobe tanto o teor da denúncia, como dos depoimentos da vítima e das testemunhas.

Ademais, em consonância com o princípio hermenêutico da máxima efetividade da Constituição, a expressão “*igualdade na relação processual*”, deve ser interpretada não só no sentido da paridade de armas entre defesa e acusação na relação processual, mas também na isonomia em relação aos direitos assegurados aos réus maiores de 18 (dezoito anos).

No compasso do alegado, pode ser considerado manifestamente ofensivo ao princípio constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade, a garantia de um direito apenas aos réus maiores de 18 (dezoito) anos, em detrimento dos adolescentes infratores que, segundo prevê a Constituição Federal, devem ter os seus direitos fundamentais assegurados com prioridade absoluta pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Por derradeiro, é importante realizar algumas considerações a respeito do princípio da aplicação da norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*) que também pode incidir na situação retratada no presente texto.

Em princípio, vale citar um trecho de um texto dos consagrados doutrinadores Luiz Flávio Gomes⁵⁰ e Valério de Oliveira Mazzuoli que fazem importantes considerações a respeito do tema, *in verbis*:

(...) Há três critérios de solução das antinomias normativas (hierárquico – norma superior revoga a inferior-, especialidade – lei especial derroga a lei geral - e cronológico ou posterioridade – lei posterior revoga a anterior).

(...) Mas esse critério não é intransigente (não é absoluto). Porque em matérias de direitos humanos valem também outros critérios, destacando-se: (a) o da vedação do retrocesso, ou seja, uma norma nova não pode retroceder ou diminuir direitos conquistados em norma anterior (fala-se aqui em efeito clique da lei anterior mais protetiva); (b) princípio “pro homine” (que conduz ao diálogo entre as várias fontes normativas).

(...) No plano material, quando se analisa o Direito dos Direitos Humanos, os três ordenamentos jurídicos que o contempla (Constituição Federal, Direito Internacional dos Direitos Humanos e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam – eles “dialogam”).

Em outras palavras, no plano material devemos partir da hierarquia entre as normas de Direitos Humanos, mas ela não é inflexível (absoluta). Por quê? Porque por força do princípio ou regra ‘pro homine’ sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o ‘status’ ou posição hierárquica que vale sempre, sim, o

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 27 de maio. 2009.

seu conteúdo (porque irá preponderar a que mais amplia o exercício do direito ou da garantia) (...).

A ilustre internacionalista Flávia Piovesan⁵¹, com o brilhantismo que lhe é peculiar, explicita com clareza o significado do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano:

(...) no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito Interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.

Insta salientar que o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano é previsto expressamente nos artigos 5º, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos e 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, todos instrumentos normativos de índole internacional ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, é plenamente possível a aplicação do disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, ao procedimento adotado para a apuração dos atos infracionais, para que se garanta às crianças e adolescentes infratores o direito de serem ouvidos após a realização de todos os outros atos processuais, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa, isonomia e proporcionalidade ou razoabilidade e, ainda, ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano.

Referências Bibliográficas:

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 27 de maio. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

MUNICIPALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Giuliano D'Andrea

Noção de municipalização

A municipalização pode ser vista sob dois principais prismas. Um é o da atribuição aos Municípios de serviços normalmente executados por particulares visando seu barateamento e assegurando o fornecimento, atendendo assim a demanda de determinado setor da sociedade, como, por exemplo, uma empresa pública que fabrique e forneça merenda escolar. Outro, que mais nos interessa, é o da atribuição aos municípios de serviços normalmente prestados pelo Estado, tratando-se, assim, de descentralização administrativa. Compreende, nesse sentido, uma esfera de atividades com amplitude menor que a do Estado e União, voltadas aos problemas locais, o que não significa, entretanto, interesse privativo e exclusivo dos municípios.

A questão do interesse local (art. 30, I, da CF) é resultado da predominância dos interesses do Município sobre os da União e Estados e, portanto, não na exclusividade e sim na peculiaridade, que difere do caráter privativo. Aliás, a Constituição Federal anterior à vigente, em seu art. 16, II, dispunha que ao Município competiam os assuntos de *peculiar interesse*. A ideia de peculiar significa a tentativa de satisfação dos interesses e necessidades locais, que não são necessariamente os mesmos dos outros municípios. O atendimento desses interesses pode até repercutir em outras localidades, mas em princípio são característicos de determinado local. Em contrapartida, *privativo*, guarda caráter de exclusividade, afastando a possibilidade de repercussão. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles explica que o termo peculiar não significa, de maneira alguma, o interesse exclusivo, mas sim interesse predominante, porque não há assunto municipal que não ofereça também, de certo modo, interesse estadual e federal ('o que interessa a parte, interessa ao todo'). A diferença é, portanto, mais quantitativa, formal ou de grau, do que qualitativa, material ou de substância. É o aspecto formal, desse modo, e não o aspecto material, que revelará ao intérprete o campo exato do peculiar interesse do Município (Direito Municipal Brasileiro. V. 2. São Paulo: RT, 1957. p. 51).

Todos os municípios têm semelhantes necessidades (educação, saneamento, saúde etc.). Entretanto, cada um possui segmentos de maior interesse ou maior problemática, demandando ações específicas atinentes a sua realidade, que não equivalem obrigatoriamente à necessidade de outro. Alguns Municípios podem, por exemplo, demandar uma concentração de ações direcionadas à segurança pública, devido a altos índices de criminalidade, enquanto outros exigam melhorias imediatas no saneamento básico.

Entendido que o Município é responsável pela administração e execução daquilo que se encaixa na definição de interesse local, resta abstrair que as atividades que compreenderem este

interesse serão Serviços Públicos Municipais. Serviço Público é toda atividade constante no oferecimento de utilidade ou comodidade prestada direta ou indiretamente pela Administração, sob o regime de Direito Público, aos administrados. Podem ser classificados em serviços públicos propriamente ditos, que são os essenciais, indelegáveis, que a administração presta diretamente à comunidade; e podem ser serviços de utilidade pública, que não são de primeira necessidade e indispensáveis. Estes podem ser prestados pela própria administração ou por delegação a quem possa prestá-los, mediante remuneração. Aqueles, são indelegáveis e devem ser prestados pelo próprio pessoal da administração. Dentro dessa conceituação, *serviço público municipal é o próprio serviço público, desempenhado na esfera do Município, não diferindo, em essência, matéria ou substância do serviço público Federal ou serviço público Estadual (CRETELLA JÚNIOR, Jose. Direito Administrativo Municipal. Rio de Janeiro: Forense: 1988. P. 113).*

A municipalização das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente

Sendo o serviço público a atividade prestada, sob regime de Direito Público, em prol dos interesses da sociedade pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, e a execução das medidas socioeducativas o atendimento visando, da mesma forma, o interesse social através do acompanhamento e ressocialização dos adolescentes autores de atos infracionais, pode-se entender que a execução de tais medidas encaixa-se na definição de serviço público.

O adolescente infrator, julgado, terá que cumprir a medida socioeducativa mais eficaz e adequada diante da gravidade do ato infracional que praticou. Algumas delas dispensam seu contínuo acompanhamento (reparação de danos e advertência). As demais, ensejam acompanhamento do adolescente durante certo período de tempo (internação, semiliberdade, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade). Esse acompanhamento é feito através de medidas subsidiárias à medida principal, isto é, às medidas socioeducativas em sentido estrito, previstas no Cap. IV do Título III do ECA. São executadas, no mais das vezes, pelo Poder Público, embora nada impeça que sejam prestadas por entidades não-governamentais, conforme dispõe o art. 90, do ECA.

A execução compreende a aplicação da medida socioeducativa em sentido estrito, e de providências complementares, como aplicação de medidas de proteção, integração operacional dos órgãos do judiciário, mobilização da opinião pública, criação de conselhos deliberativos, aplicação eficaz dos valores revertidos ao Fundo de Direitos, estruturação adequada dos conselhos tutelares e outras ações, dispostas especialmente no art. 88, do ECA. A execução também compreende, ainda que indiretamente, a adoção de políticas sociais básicas, programas de assistência social, criação de serviços especiais que atendam às necessidades do adolescente infrator e outras ações dispostas nos arts. 86 e 87 do ECA.

A descentralização administrativa, como visto, poder ser admitida quando o serviço a ser prestado é de interesse particularmente local, como o serviço de preservação e planejamento da

infraestrutura física dos municípios através das obras, urbanização, do plano diretor da cidade etc. O Município também pode administrar mercados, feiras, matadouros, segurança pública, serviço funerário, de saúde e higiene, coleta de lixo, esporte. Há três serviços, entretanto, que merecem atenção especial: a educação, o ensino e assistência social.

A educação e o ensino ocupam lugar de extrema relevância, pois, por deficiência deles, podem resultar males que ameaçam a sociedade. Se analisadas profundamente, chegar-se-ia à conclusão de que da deficiência deles é que viriam as causas de todos os problemas sociais. A educação e o ensino geram o conhecimento necessário para todas as atividades da vida, assim como possibilitam uma análise crítica e consciente do mundo exterior, permitindo a reflexão e o encontro de soluções razoáveis e inteligentes para problemática social, em quaisquer de seus setores.

A Constituição Federal dispõe os principais aspectos sobre educação e ensino no art. 206. À União compete privativamente a edição de normas de diretrizes e bases para a educação (art. 22, XXIV, da CF). À União, aos Estados e ao Distrito Federal compete de maneira concorrente a matéria de educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, IV, da CF). Ao Município, pela sua proximidade direta com a comunidade compete a criação de escolas e cursos de qualquer espécie, mas prioritariamente as de ensino fundamental (art. 211, §2º, da CF) e também cursos profissionalizantes necessários à instrução da população local.

A assistência social compreende o amparo material, moral e jurídico aos necessitados e sua família. Visa à proteção do indivíduo, em especial o menos favorecido, no meio social onde vive. O Município deve proporcionar o atendimento aos necessitados, através de serviços de prestação de apoio e recuperação dos desajustados, mas fará isso por sua livre escolha, conforme explica Hely Lopes Meirelles: *o Município tem o dever de assistir os necessitados, as famílias de prole numerosa, à maternidade, mas o modo, forma e limites dessa assistência são de sua exclusiva escolha (op. Cit, p. 325).*

Há problemas sociais que podem ser melhor resolvidos pelo governo Federal ou Estadual, outros pelo Município, dependendo da adequação da ação de cada um deles. Sobre isso, Alcides Greca, citado por Hely Lopes, afirma que *o governo municipal, que se encontra em constante e íntima relação com o núcleo da população urbana, está em condições de conhecer com exatidão suas necessidades e, por isso, é chamado a remediá-las com eficácia (cit, p. 325).*

Definidos a educação, ensino e a assistência social no rol dos principais serviços prestados pelo Município, resta o confronto com as medidas socioeducativas em relação aos mesmos.

Pela interpretação literal da lei, as medidas socioeducativas comportam duas características principais: social e educativa. Sustentamos e reiteramos que tais medidas, ao menos como são executadas hoje, possuem caráter também retributivo-punitivo, o que não afasta, é claro, seu teor relevantemente pedagógico, social e educativo.

No contexto social, as medidas são prestadas mediante amparo do menor desfavorecido e desagregado perante a coletividade com a qual convive. Sua má adaptação dentro de sua

comunidade pode ter sido o motivo do comportamento anti-social, ensejando aplicação de medida cujo fim maior é desvendar os motivos que determinaram seu desvio e encontrar fórmulas corretivas.

Não muito diferente acontece com a educação, que se relaciona intimamente com a assistência social, pois a ofensa que o adolescente infrator cometeu pode decorrer de deficiência educacional, que lhe privou da compreensão de seu verdadeiro papel perante sua comunidade.

O fato de a educação e a assistência social serem serviços que podem ser melhor desempenhados pelo Município, e fazendo parte do núcleo das medidas socioeducativas, nos faz concluir que têm melhor resultado quando executadas pela Administração Municipal.

A municipalização das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente é possível e preferível, conforme entendemos, e encontram amparo legal, tanto na Constituição Federal (art. 204) quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 88). Opinião que também encontra respaldo na doutrina de direito da criança e do adolescente, assim como na de direito administrativo e constitucional. Já é realidade em alguns Estados e possibilita o atendimento compatível com as particularidades de cada região.

Viabilizar a municipalização da execução das medidas socioeducativas significa unificar procedimentos indispensáveis aos programas de atendimento ao adolescente infrator, já que as medidas subsidiárias (medidas de proteção, por exemplo), bem como as entidades de atendimento (Conselho Tutelar e Conselho Municipal de Direitos) já são atribuições do Município. Investir na oferta de programas socioeducativos que possibilitem a efetiva interação do adolescente com a comunidade local, demonstra a prevalência do caráter educativo sobre o punitivo, sustentando um entendimento confiante na capacidade de incorporação de valores ético-sociais pelo adolescente, tratando-o como alguém capaz de transformar-se, modificando seu comportamento outrora nocivo a si mesmo e àquela comunidade.

A atribuição ao Município dos programas e execução de medidas socioeducativas ainda se justifica por outros fatores: maior facilidade no acompanhamento pela família no processo de cumprimento da medida judicialmente imposta; envolvimento e participação da comunidade residente no mesmo local onde reside o adolescente na busca de soluções dos problemas que o levaram à prática de ato infracional; adoção de políticas próprias pelo Poder Executivo local que, juntamente com o Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselho Municipal, Rede de Atendimento e iniciativa privada, definirá quais as medidas pertinentes à realidade local; a otimização de recursos financeiros e materiais; a criação de ouvidorias municipais que aproximariam a Administração da população e, principalmente, das famílias dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa; a possibilidade de maior transparência na execução e gerenciamento dos programas.

A política que deve ser aplicada à realidade local e o aperfeiçoamento do processo de municipalização da execução das medidas socioeducativas devem ter constante mobilização da comunidade, permitindo a discussão de projetos, planos municipais e criação de novos programas socioeducativos, intensificando a relação entre a sociedade local e os Conselhos de Direitos e

Tutelares (que são municipais por excelência), Segurança Pública, entidades de atendimento, Justiça e Poder Executivo, possibilitando uma harmonia entre a aplicação das medidas e a satisfação dos munícipes, assim como efetivo resultado perante os adolescentes infratores, que é o principal objetivo a ser alcançado.

A busca deste perfeito consenso e harmonia tem um papel muito importante especialmente na criação de programas socioeducativos que tornem realmente eficaz o cumprimento da medida socioeducativa pelo infrator. Assim, os conselhos municipais de direitos da criança e do adolescente e de assistência social, que administram os fundos financeiros, podem priorizar a aplicação dos recursos para implantação deste ou daquele programa, articulados com as políticas setoriais de educação, formação profissional, saúde, cultura, esportes e lazer.

O Município pode implementar o atendimento recebendo recursos dos conselhos estaduais (que também contam com fundos para estruturação de programas) e o auxílio da população, de empresários, de fundações etc., que podem contribuir diretamente com recursos financeiros ou com subsídios para melhor realização dos programas que complementem as medidas socioeducativas, como o oferecimento de transporte gratuito para adolescentes inseridos nas medidas, doação de material para prática do ensino profissionalizante, oferecimento de estágio em empresas etc. O Município pode ir além, incentivando maior participação da iniciativa privada, principalmente dos empresários, oferecendo benefícios, como a diminuição ou isenção tributária (IPTU e ISS) àqueles que contribuírem, por exemplo, com a criação de vagas especialmente destinadas ao emprego dos adolescentes ou financiarem projetos que visem à recuperação e profissionalização de adolescentes infratores.

É mais fácil pensar no alcance dos benéficos efeitos da municipalização da aplicação das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. Isto porque elas são prestadas integralmente em meio aberto e, sendo assim, pode o adolescente cumpri-las das mais diversas formas. No caso da prestação de serviços à comunidade, por exemplo, em um posto de saúde, um asilo para idosos ou qualquer repartição pública. No da liberdade assistida, cujo acompanhamento pode ensejar a assistência da família e do infrator através de tratamentos psicológicos, cursos profissionalizantes, entre outros, que podem ser oferecidos por diversos órgãos ou entidades situadas no Município.

Questão mais delicada é a municipalização das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, dada a necessidade de um ou mais estabelecimentos específicos para sua aplicação.

No caso das medidas em meio aberto, grande parte dos municípios já possuem uma estrutura física suficiente para imediata execução, na hipótese municipalização. O que poderá faltar é estruturação administrativa, orçamentária e política específica para este fim. Já nas medidas em que se aplica o regime fechado, poderá faltar justamente a estrutura física, que é obstáculo à sua aplicação. Além disso, adotada a municipalização, cada Município será responsável pela execução das medidas socioeducativas aplicadas por atos infracionais cometidos na localidade e, para tanto, todos deverão estar simultaneamente equipados com a estrutura necessária para efetivá-las,

evitando, desta forma, que um Município que tenha conseguido estruturar-se tenha que suprir e falta de estruturação de outro, acarretando um efeito inverso do pretendido com a municipalização.

Ainda em relação às medidas restritivas de liberdade, o ideal seria adotar sistemas opostos aos de estabelecimentos hoje existentes (como a FEBEM, CASA etc.) A maioria desses estabelecimentos possuem grande estrutura física, estão localizados na periferia das cidades e abrigam centenas de adolescentes infratores, deixando-as com um aspecto próprio de cadeias e penitenciárias.

Para atender aos adolescentes infratores adequadamente, conseguindo progresso em sua recuperação, deve-se adotar uma estruturação diferente para internação de semiliberdade. O correto seria a construção de estabelecimentos menores, nos bairros de maior incidência de atos infracionais e com localização de fácil acesso aos adolescentes e família. Isso porque a ressocialização do infrator muito depende do meio comum onde vive e da maior proximidade e apoio familiar. Além disso, o cumprimento da medida socioeducativa no mesmo meio onde tem sua vida cotidiana, facilita a constatação do efetivo alcance de seus objetivos.

A construção dos estabelecimentos, nesses moldes, acolheria número menor de adolescentes em cada uma delas. Questão de suma importância, pois melhor será o atendimento quanto menor for o número de adolescentes atendidos, possibilitando atenção individualizada e geradora de melhores resultados. E, de fato, a causa motivadora da prática do ato infracional não é a mesma para todos os adolescentes. A família violenta e desestruturada de um adolescente pode ter sido a causa de seu comportamento delinqüente; o desenvolvimento mental retardado a de outro; uma psicose a de um terceiro. O atendimento para cada um deverá ser diferente, e muitas vezes o profissional apto não será o mesmo. Assim, um pedagogo poderá ser suficiente para o que tenha desenvolvimento mental incompleto, mas impróprio ao psicótico. Dessa forma, de nada adianta um programa padronizado, excelente na sua organização e louvável na sua intenção, mas que seja aplicado à pessoa errada. Um programa de profissionalização em oficina mecânica de automóveis, oferecido a adolescentes infratores, é entusiasmante, mas inútil a um infrator que sequer saiba ler e escrever. E na prática o que acontece normalmente é a aplicação de programas padronizados por profissionais disponíveis na ocasião. Um auxiliar de atendimento de internos que, eventualmente, por exemplo, foi aprovado em concurso que exigiu tão-somente conclusão de ensino médio, pode acabar desempenhado, na prática, função que deveria ser de psiquiatra e assistente social. Descentralizando a execução para o âmbito municipal, é mais fácil e rápido a detecção das necessidades e contratação dos profissionais adequados para o atendimento e desempenho do importante papel de reeducação e ressocialização do adolescente infrator.

Outra questão de grande relevância é promover uma medida em regime de internação ou semiliberdade que atinja a finalidade verdadeiramente socioeducativa. Absurdo pensar em uma medida deste caráter em que o adolescente fique impedido de prosseguir seu aprendizado educacional de ensino fundamental ou médio ou que não seja inserido em atividades, ainda que internado integralmente, para sua interação social. Seguindo esse raciocínio, o Município deverá estruturar seus estabelecimentos de cumprimento das medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade vinculadas aos estabelecimentos de ensino e outros de caráter social da cidade,

possibilitando que o cumprimento da medida traga os resultados realmente previstos pelo estatuto, isto é, que se revistam de caráter socioeducativo.

Daí sim deixaremos de lado a insistência de que as medidas, hoje em dia, também abarcam um teor retributivo-punitivo.

É, enfim, com base nessas ponderações que a municipalização pode tornar o atendimento socioeducativo realmente eficaz ao adolescente infrator, atingindo fielmente o ideal do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto no que tange às medidas socioeducativas em meio aberto, quanto naquelas que impliquem no cumprimento, total ou parcial, em meio fechado.

A PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES SOCIOEDUCATIVAS

Leila Sponton
Defensora Pública do Estado de São Paulo

1 - Introdução

Desde que o Estatuto da Criança e do Adolescente entrou em vigor, em 13 de julho de 1990, uma das grandes discussões travadas perante os Tribunais é a incidência ou não do instituto da prescrição.

Antes da introdução do Estatuto, que inaugurou, no Brasil, a Doutrina da Proteção Integral, vigorava o Estatuto de Menores que, calcado na Doutrina da Situação Irregular, ignorava por completo o instituto da prescrição. Tal Doutrina, aliás, alijava crianças e adolescentes a garantia dos mais básicos direitos processuais e penais. Assim discorre Karina Sposato acerca da Etapa Tutelar:

“Caracterizada basicamente pelo despojamento de todas as garantias formais do processo penal em nome da proteção-repressão, a etapa tutelar promove por meio da união do direito com assistência social uma **nova justiça** e o saneamento moral de nossa sociedade (...). O biótipo, a vestimenta, a cor davam margem a internações sumárias e arbitrárias, fundamentadas na situação de perigo, na situação irregular” (K. B. Sposato, o direito penal juvenil, São Paulo, RT, 2006, PP. 36-37).

O Código de menores de 1979 (Lei 6697/79), em que pese afastar a aplicação da lei penal aos adolescentes em conflito com a lei, tinha como escopo o exercício do poder discricionário do juiz em nome da proteção da ordem social. Essa Etapa do Direito Menorista era caracterizada pelo trinômio periculosidade-menoridade-pobreza, em que a atuação repressiva do Estado não esbarrava em praticamente nenhum marco garantista que protegesse os direitos do adolescente em conflito com a lei.

Essa Doutrina excluía quase que por completo as garantias processuais do “*menor*”. Não se cogitava, portanto, a aplicação do instituto da prescrição aos feitos da Infância em Juventude.

Com a introdução do Estatuto da Criança e do Adolescente em nossa legislação, as discussões acerca da aplicação e efetivação das garantias processuais aos adolescentes ganha força, principalmente porque o próprio Estatuto, amparado pela Doutrina da Proteção Integral e em conformidade com os diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Infância e da Juventude, também conhecida como Regras de Beijing, de maio de 1984; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecida como Diretrizes de Riad, de dezembro de 1990 e as Regras

Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade – resolução 45/113, de abril de 1991), garante a incidência de referidos direitos. Porém, em relação à prescrição, pouco ou quase nada se discutiu, haja vista o Estatuto ter ficado silente quanto a sua aplicação.

O que se dizia, à época da entrada em vigor do Estatuto, é que a prescrição não fora por ele incorporada, e que a única disposição sobre o tema residiria na disposição de seu art. 2º, parágrafo único, que estabelece a idade de vinte e um anos como limite para aplicação da medida socioeducativa. Não haveria menção, portanto, a uma eventual “prescrição da pretensão socioeducativa”.

O argumento dessa visão é o de que a punição não é da natureza da medida socioeducativa, razão pela qual não há que se falar em prescrição, instituto típico do Direito Penal que estabelece limites temporais à resposta punitiva estatal contra práticas criminosas. Há também quem afirme que o caráter breve da medida socioeducativa estabelecido pelo Estatuto não comporta a incidência de novas reduções temporais.

Referidos argumentos, apesar de pregarem o contrário, fundam-se em uma visão punitiva do Direito Menorista, buscando manter espaços temporais amplos o bastante para suportar possíveis demoras na prestação jurisdicional. A título de exemplificação, a um adolescente de doze anos que cometa ato infracional equiparado a furto, segundo este entendimento, poderia ser aplicada medida socioeducativa até que complete vinte e um anos de idade, ainda que não tenha voltado a infracionar, esteja casado e empregado. Este exemplo demonstra a inadequação do entendimento pela não aplicação da prescrição aos feitos da Infância e Juventude aos princípios norteadores do ECA.

A necessidade de estabelecimento de parâmetros temporais para a incidência de respostas punitivas demonstra-se não somente no meio jurídico, mas em todas as formas de relações sociais. Assim afirma J. F. EGER:

“Se a carga mais acentuada das medidas correspondem à sua função pedagógica e não retributiva, não será menos correto o emprego da prescrição. Até mesmo a modesta aplicação, pelo genitor de uma criança ou adolescente, do *animus corrigendi* ou *disciplinandi* num determinado tempo por demais extenso a partir da data da indisciplina, não lhe alcançaria o êxito pretendido” (J.F. EGER, *Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplacamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional*, disponível no sítio virtual da ABMPD –<http://abmp.org.br/textos/2513>).

A prescrição da pretensão socioeducativa representa, nesse sentido, um marco regulatório fundamental à preservação das garantias processuais do adolescente em conflito com a lei. A recente adoção do instituto da prescrição por diversas cortes de caráter nitidamente progressista intensificou a discussão sobre o assunto. Consciente da necessidade da pacificação desta discussão, o STJ editou, em 2006, a Súmula 338, que determina que a prescrição penal é aplicável à medida socioeducativa. Tal orientação jurisprudencial, consolidada nesta Súmula, superou a discussão a respeito da natureza da medida socioeducativa,

vez que afirma sim, que a resposta estatal ao ato infracional praticado pelo adolescente possui caráter retributivo, apesar de possuir preponderante caráter pedagógico.

No entanto, a edição da Súmula 338 não foi suficiente para que se superassem as divergências sobre o tema. Se por um lado, claro está que a prescrição é aplicada às medidas socioeducativas, por outro, surge uma nova discussão: quais seriam então, os parâmetros para a aplicação da prescrição em sede da infância e juventude?

2 – Dos Prazos Prescricionais para o Cálculo da Prescrição da Pretensão Socioeducativa em Abstrato

Esta nova discussão surge exatamente porque, diferentemente do Direito Penal, que apresenta parâmetros fixos para a punição do autor de um delito, a resposta estatal para o cometimento de ato infracional não conta com parâmetros determinados, tendo o magistrado ampla discricionariedade na aplicação das medidas socioeducativas e na determinação da extinção de seu cumprimento.

Sobre essa nova discussão, três respostas têm se apresentado. A primeira aponta como único parâmetro temporal o prazo mais extenso do Estatuto, qual seja, o prazo máximo a ser aplicado à medida de internação por prazo indeterminado, três anos. A segunda, que tem ganhado força nos tribunais superiores, reforça o paralelo com o Direito Penal, utilizando como parâmetro o prazo máximo abstrato previsto para a pena. A terceira corrente trabalha com os limites temporais do ECA, de acordo com a medida socioeducativa a ser aplicada caso a caso.

Antes, no entanto, da análise detalhada de cada uma das vertentes acerca do prazo prescricional, cumpre fazer menção à forma de cálculo prescricional quando há, na sentença, determinação do prazo de medida a ser aplicada. Nestes casos, existindo sentença apontando a medida socioeducativa a ser aplicada, bem como o período de cumprimento, este prazo, como não poderia deixar de ser, referencia-se nas linhas da decisão. A título de exemplificação, caso uma sentença aplique, para um caso de furto primário, a medida de Liberdade Assistida pelo prazo de seis meses, o prazo prescricional, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal é de dois anos. Observada a disposição do art. 115, também do Código Penal (que, conforme pacífica jurisprudência do STJ também é aplicado à Infância e Juventude), temos que o prazo prescricional é de um ano.

Esta forma de cálculo, em que a sentença determina a medida e seu prazo de cumprimento é de entendimento pacífico, fundamentando-se na disposição do art. 110 do Código Penal, conforme demonstra a seguinte decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO SIMPLES TENTADO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ACÓRDÃO PROLATADO POR MAIORIA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 207/STJ. PRESCRIÇÃO. CRITÉRIOS. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO

I – O exaurimento da instância ordinária, por meio de interposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime, constitui requisito indispensável para que possa ser submetido o recurso especial ao crivo desta c. Corte Superior. Incidência da Súmula 207/STJ.

II – As medidas sócio-educativas perdem a razão de ser com o decurso do tempo. Conseqüentemente, a fortiori, no caso de adolescentes, é de ser aplicado o instituto da prescrição. (Precedentes).

III – O disposto no art. 115 do CP é aplicável ao cálculo prescricional da medida socioeducativa. (Precedentes).

IV – O ato infracional foi praticado em 25/04/2005. a representação foi recebida em 06/05/2005. a decisão foi prolatada em 25/04/2007, aplicando-se a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade por 1 (um) mês. O prazo prescricional seria, na hipótese, de 1 (um) ano (artigos 109, inciso VI e 115 do CP). Assim, resta claro que ocorreu a prescrição.

Recurso especial não conhecido.

Habeas Corpus concedido de ofício para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão educativa.

(REsp 1008373/RS, Rel. Ministro FELIZ FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008).

É, portanto, na ausência de determinação da medida e de seu tempo de cumprimento que prospera a discussão sobre a forma de cálculo do prazo prescricional. Significa dizer, portanto, que a discussão ainda não se encontra pacificada em relação à aplicação da prescrição a atos infracionais ainda na fase de conhecimento do procedimento judicial.

2.1 Considerar como Lapso Prescricional Abstrato o Prazo Máximo da Medida de Internação Independentemente do Ato Infracional Imputado, Levando à Prescrição de Qualquer Ato Infracional em 04 Anos

Tratemos agora da primeira posição sobre o cálculo prescricional, ou seja, aquele que leva em consideração apenas o prazo máximo constante no Estatuto, qual seja, o de internação. Por esta posição, até pouco tempo hegemônica no STJ, uma vez que a medida de internação tem como prazo máximo estabelecido três anos, aplicadas as regras dos artigos 109, inciso IV, e 115, ambos do Código Penal, o prazo prescricional, para qualquer caso, seria de quatro anos.

A principal justificativa para esta forma de contagem é, em linhas gerais, a dúvida. Sendo incerta a medida que será aplicada como consequência da ação socioeducativa, ou seja, havendo dúvida quanto a determinação da medida, opta-se por referenciar-se no limite máximo previsto pelo ECA para uma medida socioeducativa – três anos.

A tendência de generalização que esta corrente de compreensão imprime à aplicação da prescrição na Justiça da Infância e Juventude, nos parece, vai contra o ideal de individualização no tratamento de adolescentes em conflito com a lei, princípio consagrado pelo Estatuto e por legislações internacionais que versam sobre o tema. Utilizar o mesmo prazo prescricional independentemente da gravidade do ato infracional apurado representa, em nossa visão, nítido constrangimento ilegal.

A aplicação desta posição gera situações no mínimo injustas, uma vez que os mais diferentes casos, de gravidades diversas recebem, ao final, o mesmo tratamento. Por exemplo: um jovem que praticou ato infracional equiparado a vias de fato, delito previsto no art. 21 da Lei de Contravenções Penais, teria o reconhecimento da prescrição de seu ato em quatro anos, mesmo tempo previsto para um adolescente que tivesse praticado ato infracional equiparado a homicídio duplamente qualificado.

Este mesmo exemplo, se transferido para a esfera penal comum, teria para a contravenção penal, o prazo prescricional de dois anos, e para o homicídio, prescrição de vinte anos. Essa transposição demonstra, portanto, que o tratamento dispensado a um adulto que comete crimes cuja pena abstrata máxima é inferior a um ano é absolutamente mais benéfico do que aquele dirigido a um adolescente que comete ato de mesma natureza. Tal situação infringe a determinação do art. 54 das Diretrizes de Riad, tornando-se, ao nosso ver, ilegal.

“Art. 54 Com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem.”

A fim de evitar possíveis e recorrentes distorções da aplicação do instituto da prescrição aos feitos da Infância e Juventude, esta chave interpretativa, que até então tem sido tendência predominante nos Tribunais de Justiça e em decisões do STJ, tem perdido espaço e vem sendo superada em casos específicos. Esse novo entendimento, o qual verificaremos a seguir, surge quando se mostrar mais benéfico ao adolescente.

2.2 Considerar os Mesmos Prazos Prescricionais Abstratos da Lei Penal

De acordo com esta segunda compreensão, o prazo prescricional deve se referenciar na pena máxima em abstrato apontada pelo Código Penal para cada crime. A aplicação da prescrição fundamenta-se, de acordo com este entendimento, na natureza do ato infracional apurado. Assim, tomando os mesmos exemplos que utilizamos acima, os prazos prescricionais seriam, para autores adolescentes, a metade daquele previstos para os adultos, vez que seria também observada a regra do art. 115 do Código Penal – respectivamente dez e um ano.

Certo é que esta forma de contagem tem se apresentado como subsidiária à primeira, somente ocupando espaço quando representar encaminhamento menos afilivo. Neste sentido, para o exemplo de ato infracional análogo ao crime de homicídio, a forma de contagem do lapso temporal se daria pela primeira vertente, e não pela segunda. Isso porque, por aquela, a prescrição dar-se-ia em quatro anos. Apresentamos uma decisão recente que aponta esta nova forma de pensar do Judiciário:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE RIXA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SÓCIO-EDUCATIVA. CÁLCULO A PARTIR DO LIMITE MÁXIMO DE 03 (TRÊS) ANOS PREVISTO NO ART. 121, § 3º DO ECA. CONSEQÜÊNCIA MAIS GRAVOSA AO INIMPUTÁVEL QUE PRÁTICA A MESMA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUE SE VERIFICA A PARTIR DA PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA AO CRIME EQUIVALENTE AO ATO INFRACIONAL PRATICADO, COM A REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL À METADE COM BASE NO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”, enunciado da Súmula nº 338 do Superior Tribunal de Justiça.

2. É cediço que em inúmeros precedentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que à míngua de fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º da Lei 8069/90.

3. Entretanto, o caso concreto sugere a necessidade de este Tribunal reexaminar a matéria, em face da sua relevância, inclusive social, considerando a precípua destinação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Além da injustiça de se aplicar à espécie, onde o Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de rixa, o mesmo prazo prescricional previsto para um menor infrator representado pela prática de ato equivalente a crimes muito mais graves, nunca o menor infrator poderá ficar sujeito à consequência mais rigorosa do que a que sofreria um imputável que praticasse a mesma conduta.

5. à míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

6. O juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos

prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

7. Diante da pena máxima cominada em abstrato ao crime de rixa, 02 (dois) meses de detenção, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano. No caso, o lapso temporal transcorreu sem que sequer a representação tenha sido recebida.

8. Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão sócio-educativa em relação ao Paciente.

(HC 117.611/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, Dje 09/02/2009).

Esta nova compreensão, ainda não consolidada entre as cadeiras do STJ, representa, sem sombra de dúvidas, um avanço significativo quando comparada àquela generalizante, que se referencia indiscriminadamente no prazo máximo previsto para medidas socioeducativas. Por outro lado, tal saída apresenta-se demasiadamente limitada, uma vez que apenas atos infracionais análogos a crimes que prevêem penas máximas inferiores a um ano seriam incluídos em seu rol de possíveis usos.

Ficariam de fora, portanto, atos infracionais análogos a crimes de escasso potencial lesivo e que não possuem as elementares de grave ameaça ou violência previstas pelo ECA, em seu art. 122, como delimitadores da especial gravidade autorizadora da imposição de medidas restritivas e privativas de liberdade. É, por exemplo, o caso de atos infracionais análogos aos crimes de furto e tráfico de entorpecentes.

Para estes casos, em que o lapso prescricional, levando-se em consideração a pena máxima em abstrato, é mais prejudicial ao adolescente se considerado lapso temporal da medida de internação, a primeira corrente apresentada é a utilizada para o caso concreto. A prescrição ocorreria, portanto, em quatro anos.

Assim, ainda que não se verifique no caso concreto nenhuma das hipóteses autorizadas previstas pelo art. 122 do ECA para a imposição da medida de internação, o adolescente sindicado – primário, portador de boa estrutura familiar, estudante assíduo, que desenvolve atividade laborativa e que é representado pela prática de ato infracional equiparado a delito que não inclui em seu tipo penal as elementares da violência ou grave ameaça – estaria à mercê daquele mesmo prazo prescricional aplicado a um adolescente a quem se imputa a quinta prática de ato infracional análogo a crime de roubo qualificado.

Reitera-se que, ainda que ao ato praticado não possa ser aplicada medida socioeducativa de internação, por não se enquadrar nas hipóteses previstas pelo art. 122 do Estatuto é o lapso temporal em que se leva em consideração o prazo de internação o utilizado, e não o prazo para as medidas em meio aberto.

A grande justificativa para a não utilização dos prazos das medidas socioeducativas em meio aberto seria porque uma dessas medidas – a Liberdade Assistida – não possui prazo máximo estabelecido pelo Estatuto, mas apenas prazo mínimo, e por isso não haveria como delimitar um prazo limite para a sua aplicação.

Observa-se, portanto, que mesmo a utilização combinada das duas vertentes de pensamento sobre a aplicação da prescrição aos feitos desta Justiça deixa lacunas que representam recorrentemente atentados aos direitos do adolescente em conflito com a lei – principalmente aqueles com passagens infracionais episódicas e isoladas em seu histórico de vida.

2.3 Considerar a Medida Abstratamente Aplicável ao Ato Infracional e, Sendo Esta em Meio Aberto, o Lapso Prescricional Abstrato de 06 Meses

Defendemos, assim, como forma de suprir esta lacuna, uma terceira e subsidiária forma de compreensão sobre a aplicação da prescrição nesta sede. Segundo nosso entendimento, rejeitado até então pelo STJ, porém acolhido, como demonstraremos a seguir por alguns Tribunais de Justiça estaduais, referencia-se, quando for o caso, no prazo de seis meses apontado como parâmetro temporal para as medidas em meio aberto.

Assim, quando tanto a primeira quanto a segunda forma de análise acima apresentadas representarem encaminhamento prejudicial ao adolescente sindicado, utilizar-se-ia esta terceira e inovadora vertente. Certo é que, tanto quanto a segunda vertente, o uso desta também é limitado. Restringe-se, no mais das vezes, a casos que versem sobre atos infracionais análogos a delitos que, apesar de possuírem penas máximas superiores a um ano, não possuem em seu tipo as elementares da grave ameaça e da violência, apontados pelo ECA como delimitadores da especial gravidade autorizadora da medida extrema. Além disso, exige a primariedade do adolescente, ou seja, a não configuração das hipóteses autorizadoras do art. 122, incisos II e III, do ECA.

Além dessa restrição objetiva – que se referencia na natureza do ato infracional apurado e na condição de primariedade do adolescente sindicado – outras restrições subjetivas impõem-se como limitadoras do uso desta terceira vertente. São elas as condições pessoais, familiares e comunitárias apresentadas pelo adolescente. Certo é que, para a prevalência desta forma de contagem do lapso temporal, tais elementos subjetivos devem apontar para a possibilidade inequívoca de aplicação de medidas em meio aberto.

Sendo assim, tendo o adolescente reunido as condições pessoais necessárias para a concessão de medida em meio aberto e sendo vedada a aplicação das medidas restritivas de liberdade pela cumulação entre a primariedade do suposto autor e a escassa gravidade do ato infracional apurado, seria possível a contagem da prescrição referenciada abstratamente no lapso temporal de seis meses. É o que demonstram as seguintes decisões oriundas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que este entendimento tem vindo à baila recorrentemente:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. PORTE LEGAL DE ARMA.

PRESCRIÇÃO. A aplicabilidade dos prazos prescricionais às medidas socioeducativas se impõe, tendo em vista o enunciado da Súmula 32, deste Tribunal e, na mesma linha, do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que assim também decidiu, a teor da Súmula 338. No caso concreto, recebida a representação em 15 de maio de 2007, nos termos do artigo 109, inciso VI, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal, aliado ao fato de que o porte ilegal de arma não admitiria, em projeção, a aplicação de medida privativa da liberdade nem medida restritiva de direitos por tempo igual ou superior a um ano, inarredável a conclusão da extinção da pretensão socioeducativa do Estado. Apelo não provido. (Apelação Cível Nº 70026683078, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 18/12/2008)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. ATO INFRACIONAL. PRESCRIÇÃO. A medida sócio-educativa possui, além do caráter punitivo, a finalidade de reeducar o infrator, visando sua reabilitação social e, diante disso, deve ser fixada atentando-se às peculiaridades do caso concreto. Embora o grau de reprovabilidade do ato praticado pelo representado, deve-se levar em conta a ausência de antecedentes infracionais, bem como os termos do relatório avaliativo, mostrando-se adequada a cumulação das medidas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. Segundo a Súmula nº 338 do STJ, as medidas sócio-educativas se submetem à prescrição. Tendo decorrido mais de um ano entre a data do fato e o recebimento da representação, operou-se a prescrição, nos termos dos arts. 109, VI, 115 e 117, do Código Penal. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. (Apelação Cível Nº 70026131615, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 17/12/2008).

É importante ressaltar que a aplicação desta nova forma de contagem do lapso temporal para incidência da prescrição não é de todo abstrata, como têm acusado alguns juristas contrários a esta inovação. De fato, ela se fundamenta abstratamente em um prazo tido como previsível, dado que baseado nas vedações legais e diretrizes de aplicação das medidas socioeducativas previstas pelo ECA.

Note-se, também, que ela guarda profunda relação com aquela forma de contagem prescricional pacífica, referenciada no tempo já determinado por sentença para cumprimento de medida. A inovação que esta nova interpretação traz à luz é que, ainda no processo de conhecimento, afirma ser possível, observando as restrições legais estabelecidas pelo ECA, antever as disposições da sentença definitiva no que se refere à medida aplicável e ao tempo de cumprimento para ela.

Cabe ressaltar que a crítica a esta tese por parte daqueles que se filiam a outros entendimentos, ou seja, a de que o cômputo do prazo prescricional referenciado no parâmetro de seis meses é abstrata, virtual, antecipada pode refletir-se à tese hegemônica. Isso porque, se apontarmos o parâmetro de três anos, aquele apontado como limite máximo para a medida de internação, deixamos de considerar que para a medida de liberdade assistida não possui máximo legal.

Em outras palavras, se a justificativa apresentada por aqueles contrários à terceira corrente funda-se na busca do parâmetro temporal máximo para cumprimento de medida estabelecido pelo ECA, também ela é virtual, na medida em que o prazo de três anos não representa o rigor afilitivo temporal máximo que, na verdade, também é indefinido, uma vez que a medida de liberdade assistida pode se estender por mais do que três anos.

No entanto, o inconveniente em questão não é exclusiva da liberdade assistida, e verifica-se, na verdade, em relação a qualquer medida socioeducativa, uma vez que, por terem todas elas caráter pedagógico, podem, por força do art. 112, §1º, art. 118, §2º, ou do art. 120, §2º, e art. 122, § 2º, todos do ECA, sofrer substituição ou prorrogação.

Ocorre, porém, que a dilação ou a prorrogação da medida é mera possibilidade e depende de ato jurídico que não possui relação com o tempo.

Dessa forma, como afirma o magistrado Luiz Fernando de Barros Vidal em sentença prolatada perante a 1ª Vara Especial da Infância e da Juventude, “até o limite de seis meses definido na lei, o que se tem é um dos termos do cálculo da prescrição, e além dele o que se tem é mera condição, por definição legal evento futuro e incerto dependente de vontade (art. 121 do Código Civil), sem qualquer interesse para tal fim.

A prescrição, conforme seus traços característicos, não se subordina a qualquer condição, mas tão somente os termos legalmente previstos e encontrados no ordenamento jurídico. Daí a relevância da possibilidade de prorrogação de qualquer medida. Anotamos, antes, que nela atua a razão calculante, e não ato de vontade.”

Assim, ao se considerar a possibilidade de prorrogação das medidas, temos que o resultado seria a conclusão de que a prescrição só poderia ocorrer aos 21 anos. Pela crítica apresentada, chegaríamos então à conclusão de que até mesmo o limite sancionatório de 03 anos de privação de liberdade não deveria ser utilizado, vez que esse marco temporal diz respeito somente à cessação da internação, mas não implica cessação da intervenção socioeducativa, visto que outra medida, sem o mesmo rigor afilitivo pode ser impingido ao jovem até que ele complete vinte e um anos de idade.

Conclui-se que a crítica a essa terceira vertente, pautada na virtualidade do prazo a ser aplicado e na possibilidade de prorrogação da medida de liberdade assistida não procede, visto que se parte de argumentos objetivos (o prazo de 06 meses de Liberdade Assistida e máximo de 06 meses para a medida de prestação de serviços à comunidade) para a análise do cálculo prescricional para atos em que a aplicação do art. 122 do ECA é inaplicável e que a possibilidade de prorrogação das medidas socioeducativas, por se tratarem de meras possibilidades, essas sim abstratas, não podem ser consideradas quando se trata de um instituto que precisa, para a sua delimitação, de aspectos objetivos.

III - Conclusão

Neste texto tratamos de apresentar a discussão acerca da prescrição, seu histórico, e as diversas formas de interpretação quanto à sua aplicação no âmbito da Infância e da Juventude.

Após o estudo da matéria, entendemos que o cálculo prescricional não possui um único modo de aplicação, devendo ser analisado o caso concreto a fim de que se verifique qual das três formas de aplicação da prescrição melhor se adéqua a situação verificada, de modo a não incorrerem em abusos, ilegalidades e desrespeito às garantias processuais.

Referência Bibliográfica:

COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2006

EGER, Joubert Farley. *Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplacamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional – <http://abmp.org.br/textos/2513>*

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2005

JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em Conflito com a Lei Prevenção e Proteção Integral*. Campinas: Servanda, 2006

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional da Criança e do adolescente e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003

MENESES, Elcio Resmini. *Medidas Socioeducativas uma reflexão jurídico-pedagógica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato infracional – 3ª ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006

PEDAGOGIA DA JUSTIÇA JUVENIL

Lucio Mota do Nascimento⁵²

I- Introdução

Este minúsculo trabalho tem como finalidade discutir a assaz importância pedagógica que o processo e o respeito às suas garantias têm para o adolescente em conflito com a lei enquanto pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Para enfrentar o tema, na fase introdutória, ligeiramente, registrarei alguns conceitos sobre a teoria geral do processo.

O Direito Processual está estruturado em três elementos fundamentais. Festejado autor argentino denominou-a “Trilogia Estrutural do processo”. Esses três conceitos básicos da Ciência Processual são a jurisdição, a ação e o processo (Podetti apud Câmara).

Alguns autores brasileiros, tal qual Dinamarco, falam em um quarto elemento, qual seja, a defesa. Todavia, essa, é um elemento integrante do processo, sendo compreensível restringir, portanto, a teoria em três elementos.

Para se fincar o conceito de jurisdição no Direito Pátrio, é inevitável não passar pelo famigerado duelo de teorias entre Francisco Carnelutti (teoria unitária) e Giuseppe Chiovenda (teoria dualista). No Brasil, na briga dos gigantes, preferiu-se o conceito de Chiovenda ao de Carnelutti. Sendo assim, a Jurisdição, para nós, tem efetivamente uma função declaratória. Nas palavras do príncipe de Novara: “a função jurisdicional limita o Estado a declarar direitos preexistentes e a atuar na prática os comandos da lei”. Essa atividade caracteriza-se, ontologicamente, pelo seu caráter substitutivo (Chiovenda apud Câmara).

A ação, segundo elemento da trilogia sobredita, constitui uma posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício da função jurisdicional, ainda que inexistam direitos materiais.

Ora, mas é preciso existir um instrumento por meio do qual o Estado-juiz estabeleça sua vontade. Essa importante ferramenta, objeto de nosso estudo, é o processo. Assim como ocorre com a ação, o processo é um instituto sobre o qual diversas teorias foram criadas. De acordo com as lições do professor Alexandre Freitas Câmara, o “processo pode ser definido como um procedimento em contraditório, animado pela relação jurídica processual” (Câmara, 2002: 140).

Essa definição precisa ficar bem sedimentada, todavia, para que possamos tornar cristalino nosso entendimento sobre um tema tão relevante da seara Infância Juventude Infracional.

⁵² Defensor Público do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando no Curso Mestrado Profissional “Adolescente em Conflito com a Lei” pela Universidade Bandeirante.

Em primeiro lugar, como diz Fazzalari, procedimento em contraditório, é imanente a qualquer tipo de processo, seja jurisdicional, administrativo, legislativo etc. Portanto, este é o conceito macro, de todo e qualquer processo. Por outro lado, contudo, o processo jurisdicional preserva idiosincrasias se comparado com os demais tipos de processo. A grande diferença do processo jurisdicional para os demais processos é a relação jurídica de direito público travada entre as partes e o Estado-juiz, quando este exerce o poder guardando uma posição imparcial e equidistante das partes (Fazzalari apud Câmara).

Assim, didaticamente, podemos dizer que o contraditório no processo é o seu elemento extrínseco, ao passo que a relação jurídica de direito público, seu elemento intrínseco.

Outrossim, característica distintiva do processo é sua instrumentalidade frente ao Direito Material, sob pena de o guindarmos a uma posição acima do que lhe é devido. Processo é um meio, e não um fim em si mesmo. Essa visão tradicional sobre o processo lhe confere uma instrumentalidade negativa. Ocorre, porém, que há um aspecto positivo da instrumentalidade do processo, pois, é, instrumento imprescindível para que o Estado possa atingir os escopos da Jurisdição.

Não se pode, em função dos fins a que se propõe essa reflexão, chegar aos abissais que esse tema merece, no entanto, como o voo de um pássaro, abordaremos a instrumentalidade positiva. Dinamarco, trata com maestria este tema.

Os escopos da jurisdição são de três naturezas: social, jurídico e político. Essa classificação, registrada pela mais abalizada doutrina sobre o tema, deixa evidente que o processo não é uma entidade exclusivamente jurídica. O Estado, por intermédio do processo, exerce fins sociopolíticos. Em outros dizeres, o Estado é um ente político voltado para uma finalidade social da busca pelo bem comum (Dinamarco, 2002: 273-274).

Por entender que esse viés social incrustado no processo, tem o condão de ser a porta de entrada para, mais na proa, lançarmos escólios sobre dimensão pedagógica das garantias processuais para adolescentes autores de ato infracional, é missão institucional trazer à baila seu escopo social, vale dizer, educação da sociedade.

O mencionado escopo diz que, pelo processo, a jurisdição pode ser pedagógica. Pelo escopo social o Estado-juiz dá duas lições: concomitantemente, ensina aos jurisdicionados como fazer para obter a certeza para a satisfação de seu interesse e, o que nos interessa mais, ensina o que as pessoas podem e não podem fazer, com a conseqüência de serem punidos por violarem o ordenamento pátrio.

É nessa segunda lição que o processo infracional, se bem conduzido pelos agentes estatais que o utilizam, pode ser verdadeiramente educativo.

Tal assertiva, porém, vai de encontro com o que acostumamos a nos deparar pelos corredores do fórum. Em alguns lugares, um carpete mal cheiroso. Nesse espaço o que identificamos e, por sua vez, duelamos, diariamente, são as violações aos direitos humanos e as garantias legais, perpetradas pelos operadores jurídicos, impingindo no adolescente, sujeito de direitos, o laivo do desrespeito. Sabe-se que os Direitos Humanos, notadamente depois da segunda guerra mundial, sofreram uma especialização. Esta serviu para melhor proteger seus sujeitos de direito (no caso os adolescentes), entretanto sem se descuidar das regras basilares do gênero (Direitos Humanos). Quando especializa, JAMAIS o objetivo é prejudicar o sujeito de direitos, tal interpretação fere toda a normativa internacional sobre o tema. Regras especiais (no caso de infância e juventude) vêm para proteger.

II – De Menor a Sujeito

O objetivo deste capítulo é fazer uma viagem em outrora, a fim de observar a relação do adolescente em conflito com a lei e os direitos humanos. O destino é chegar até os dias de hoje.

Durante séculos foi negado ao adolescente autor de ato infracional o reconhecimento como sujeito de direitos e obrigações. A elaboração desse status e dos princípios fundamentais incorporados ao constitucionalismo moderno, remete a uma grande caminhada. Para se alcançar essa evolução, faz-se necessário percorrer uma trajetória de afirmação de Direitos Humanos.

No início da linha do tempo, que podemos chamar de “De Menor a Sujeito”, o adolescente, foi completamente olvidado. No séc. XVII, as primeiras legislações não faziam distinção entre o jovem e o adulto. Vigia, nessa época, o caráter tutelar penal indiferenciado. A punição que o adulto recebia era a mesma a que o adolescente sofria. Não existia qualquer documento que olhasse para o adolescente com o mínimo de dignidade, como uma pessoa humana em condição especial de desenvolvimento. Essa figura encantadora, infelizmente, nesse período, foi tratada de forma pior que um animal. Não havia distinção entre uma criança e um cachorro. Era nítida a “coisificação” do ser humano.

A título de curiosidade, para se ter noção do tipo de tratamento que era destinado à criança, a primeira intervenção, já quase no séc. XX, com um olhar mais humano para o adolescente foi da Sociedade Protetora dos Animais, o chamado caso Marie Anne, sob a justificativa de que nem um animal era tão vilipendiado como um adolescente.

Como decorrência do caso Marie Anie⁵³, foi criado em 1899, no Estado americano de Illinois, o Primeiro Tribunal de Menores do mundo. Outros países seguiram o modelo americano, como o Brasil, criando em 1923 o seu juizado especial de menores. A primeira experiência ocorreu justamente no Rio de Janeiro sob a condução do juiz Mello Mattos. Não foi por outro motivo que o primeiro código de menores era chamado “Código Mello Mattos”.

Nessa época, reconheceu-se que até certa idade, dever-se-ia tratar o adolescente com menos rigor do que um adulto. Contudo, a cultura que predominou nesse período foi a tutelar, sob o rótulo da doutrina da situação irregular. Nessa doutrina, o adolescente passou a ser encarado como objeto de investigação do Estado. Se não mais se confundia adulto com criança, desta nova concepção, resultou outro mal: a conseqüente criminalização da pobreza. Permitiu-se fazer das medidas socioeducativas instrumentos de políticas de bem-estar de menores. Como resultado da ineficácia ou inexistência de políticas públicas, a segregação. Em nome do amor, estava sendo criada a doutrina situação irregular, consagrando o binômio carência/delinqüência. A política era a de supressão de garantias (como o princípio da legalidade), em face da suposta figura de um juiz investido de todas as prerrogativas do bom pai de família. Para combater um mal, a indistinção de tratamentos de adultos e crianças, criou-se o monstro: o caráter tutelar da justiça de menores (Saraiva, 2005: 39).

⁵³ No final do séc. XIX, em 1896, na cidade de Nova Iorque, Marie Anne sofria de maus-tratos praticados pelos pais. A situação se tornou tão insuportável que chegou ao conhecimento do Tribunal. Foi a Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque que ajuizou a ação. Argumentou que se Marie Anne fosse uma cadela, e estivesse recebendo o mesmo tratamento, a entidade teria legitimidade para ingressar com a ação, com muito mais razão, tratando-se de um ser humano

Em nosso país, no ano de 1927, foi publicado o já citado Código de Mello Matos, que também seguiu a concepção da doutrina da situação irregular, assim como o Código de Menores de 1979 (Alínio Cavalieri).

Relembremos as características básicas da doutrina da situação irregular colocadas por Antônio Carlos Gomes da Costa⁵⁴:

- a) “não se dirige ao conjunto da população infanto-juvenil, mas apenas aos menores em situação irregular;
- b) considera menores em situação irregular os carentes, abandonados, inadaptados e infratores
- c) não se preocupa com os direitos humanos da população infanto-juvenil em sua integridade. Limita-se a assegurar a proteção, para os carentes, abandonados e a vigilância, para os inadaptados e infratores;
- d) funcionando com base no binômio compaixão/repressão, a justiça dos menores chamava à sua esfera de decisão, tanto os casos puramente sociais, como aqueles que envolviam conflitos de natureza jurídica;
- e) o conjunto de medidas aplicáveis pelo juiz de menores (advertência, liberdade assistida, semiliberdade e internação) era o mesmo, tanto para os casos sociais, tanto para aqueles que envolviam conflitos de natureza jurídica. A internação, por exemplo, podia ser aplicada indistintamente a menores carentes, abandonados, inadaptados e infratores;
- f) a inimputabilidade penal do menor de 18 anos significava, na prática, a inexistência de garantias processuais, quando se lhe atribuía a autoria de infração penal.”

Já na metade do séc. XX, com o surgimento de importantes documentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas, a doutrina da situação irregular começa a ser erradicada. Mais tarde, com a chegada da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, inaugura-se a doutrina da proteção integral (cuja normativa está nos citados tratados internacionais), que se estriba em bases conceituais diametralmente opostas àquela. Senão, vejamos⁵⁵:

- a) “a legislação deve dirigir-se ao conjunto da população infanto-juvenil, abrangendo todas crianças e adolescentes, sem exceção alguma

⁵⁴ **COSTA.** Antônio Carlos Gomes. Pedagogia e Justiça, disponível em www.abmp.org.br/textos/2522.htm. Acessado em 21/06/09 às 17:00 hs

⁵⁵ **COSTA.** Antônio Carlos Gomes. Pedagogia e Justiça, disponível em www.abmp.org.br/textos/2522.htm. Acessado em 22/06/09 às 18:00 hs

b) não se limita à proteção e vigilância, buscando promover e defender todos os direitos de todas as crianças, abrangendo a sobrevivência (vida, saúde, alimentação), o desenvolvimento pessoal e social (educação, cultura, lazer e profissionalização) e a integridade física, psicológica e moral (respeito, dignidade, liberdade, convivência familiar e comunitária). Além de colocá-las a salvo de todas as formas de situação de risco pessoal e social (negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão);

c) superar o binômio compaixão/repressão, passando a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos exigíveis com base na lei;

d) os casos sociais e psicopedagógicos, como a pobreza e a inadaptação, passam a ser resolvidos na esfera administrativa, mediante o encaminhamento e a vigilância do Conselho Tutelar, um órgão encarregado de receber, estudar e encaminhar casos, requerendo serviços e quando necessário, peticionando o Ministério Público, visando por as conquistas do Estado de direito para funcionar em favor da criança ou do adolescente. O Conselho Tutelar aplica as medidas de proteção às crianças violadas em seus direitos.

e) em relação ao adolescente autor de ato infracional, o Estatuto prevê em primeiro lugar, a extensão às pessoas entre 121 e 18 anos, das garantias processuais básicas do direito penal de adultos, estabelecendo ainda as medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente considerado responsável pela autoria de um determinado ato infracional”.

Com o surgimento de uma nova ordem legislativa nacional e por reboque a doutrina da proteção integral, não se pode negar que, no país, emergiu um novo recorte na Justiça da Infância e Juventude, que pode ser definido como processo penal juvenil.

Não se considera mais o adolescente autor de ato infracional portador de uma patologia social. A nova ordem estabelece o reconhecimento de direitos e deveres disciplinados pela lei, onde a quebra do sistema deve ser apurada e corrigida dentro da legalidade, em consonância com a constituição e dentro dos parâmetros da especialidade, ou seja, respeitada a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em seu conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma.

Com o Estatuto, fixa-se um novo modelo de responsabilidade juvenil, qual seja, um modelo de justiça e garantias. Cabe aqui listarmos algumas conquistas processuais:

a) pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional

b) igualdade na relação processual e tratamento igualitário dos sujeitos do processo penal;

c) defesa técnica por advogado;

d) assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

e) medida socioeducativa é pena, muito embora tenha conteúdo pedagógico;

f) o acesso à justiça como garantia de efetividade do processo de execução da medida socioeducativa;

g) busca nortear a privação de liberdade internação por princípios como a brevidade e excepcionalidade(Liberati, 2006: 89-136)

Com essas garantias processuais fincadas pelo Soberano Pergaminho e pelo Estatuto, fica patente o novo status do adolescente em conflito com a lei. Portanto, senhores, usufruindo de todas as garantias processuais de que goza um adulto em um Estado Social e Democrático de Direito, adolescente autor de ato infracional é um cidadão e, como tal, efetivo sujeito de direitos humanos.

Todavia, todo o esclarecimento desse novo modelo no plano jurídico-legal, é dependente de uma clara operação hermenêutica e de um aparato institucional consciente e capaz de pôr em prática os novos conceitos dessa transformação.

Nós, atores do cenário jurídico, estamos prontos para sermos coadjuvantes do protagonista? Qual é de fato nosso papel nessa seara de direitos onde jamais se pode descuidar do panorama social?

III - Juristas Pedagogos

Ocorridas essas transformações, verdadeira mudança de paradigma jurídico-legal, é preciso que as instituições Ministério Público, Defensoria Pública e Magistratura da infância e juventude, façam uma releitura do papel de cada uma frente à responsabilização do adolescente em conflito com a lei. É neste capítulo, que a meu ver, pulsa o coração de nossa reflexão.

Nós, juristas, podemos ser educadores?

No primeiro momento é preciso estar inofismável na atuação de cada um que, quando entendemos o adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, percebemos que, fisicamente, intelectualmente moralmente, emocionalmente e espiritualmente, ele não é mais uma criança. Ao mesmo tempo, também não é uma pessoa adulta. Com essas ponderações, podemos afirmar que, em todos os seus aspectos, ele se encontra numa zona cinzenta, porque não colorida, de formação.

Por outro lado, quando encaramos o adolescente como sujeito de direitos com base na lei, necessariamente, esses direitos estão a cavaleiro de deveres. De fato, existe uma relação de reciprocidade entre direitos e deveres. Pegando como premissa essa assertiva, não responsabilizar o adolescente, é negá-lo a condição de sujeito de direitos. Numa democracia que se propõe madura, quando se pensa em direitos, seu contraponto é necessariamente os deveres. É isso que estatui esse novo paradigma.

Mas, afinal, o tema de nosso estudo é interdisciplinar. Portanto, o que é um sujeito pedagogicamente? Não há como responder essa pergunta, senão banhando-se nas lições do professor Paulo Freire.

Diz o grande mestre que temos que pensar nas duas formas em que se apresenta a educação. Em outras palavras, são duas, as maneiras com as quais o educador se relaciona com o educando.

A primeira, parte da perspectiva de que o educando é um receptáculo, no qual o educador deve introduzir conhecimentos, habilidades, valores e atitudes. A esse tipo de educação, Paulo Freire denominou de Educação Bancária. É uma relação de fora para dentro. A segunda concepção de educação é enxergar o educando como sujeito do processo educativo, isto é, o educando como fonte de iniciativa, de compromisso e de liberdade (Freire. 1996: 09-141).

Como bem registra Antônio Carlos Gomes da Costa⁵⁶, fonte de iniciativa, no sentido de ele ser o protagonista de ações, gestos e atitudes no contexto de vida familiar, escolar ou comunitária. Fonte de compromisso, em decorrência de ele já ser responsável pelas conseqüências de seus atos. Fonte de liberdade, desde o momento em que seus atos vão sendo, em medida cada vez maior, conseqüência de suas próprias escolhas. É verdade, porém, que essas fontes devem ser iluminadas pelo princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Como se observa, há, efetivamente, um enlace entre às dimensões jurídica e pedagógica na responsabilização do adolescente e, por conseguinte, uma relação com processo de socialização do ser humano e, ao mesmo tempo, de humanização da sociedade.

Eu e você leitor, quando criança, fizemos molequices, quebrando regras da vida familiar. Como punição de nossos pais, recebemos uma cara feia, um pito, um puxão de orelha, uma palmada. Hoje, como punição contra violação da boa convivência familiar, existe o cantinho do pensamento. Esse novo castigo, parece-me melhor. Não foi diferente, tenho certeza, no ambiente escolar, quando, por mau comportamento em sala de aula, recebemos advertência, suspensão ou até expulsão.

Como se evidencia, existe responsabilização na vida familiar e na vida escolar. Ora, e quando o adolescente quebra uma regra social mais ampla do que o lar e os muros escolares? Nesse caso, ele comete um ato, que, se cometido pelo adulto seria crime ou contravenção penal. Como conseqüência, recebe uma medida socioeducativa de conteúdo pedagógico e forma retributiva/punitiva.

É aqui, dentro do espaço paladino, que o jurista, desde que respeite às garantias legais-constitucionais, pode ser pedagogo. Pois, o processo, ganha ares de um verdadeiro educador.

Fazer com que o adolescente responda pelo seu ato é uma atitude de elevado teor pedagógico-social, contanto que lhe seja assegurado o devido processo legal formal e material, com todas as garantias previstas em lei, tais como: ter direito ao pelo e formal conhecimento do ato que lhe é imputado, o direito à defesa com todos os recursos a ela inerentes, à presunção de inocência, enfim, as garantias processuais.

Responder a um processo infracional, é uma experiência marcante na vida de qualquer um e, se bem conduzida, pode ser verdadeiramente pedagógica. A responsabilização pelo cometimento de um ato infracional é bem distinta das faltas cometidas nos seio familiar ou escolar, pois a sociedade espera que a Justiça responda com severidade a quebra do pacto social.

⁵⁶ **COSTA.** Antônio Carlos Gomes. Pedagogia e Justiça, disponível em www.abmp.org.br/textos/2522.htm. Acessado em 20/06/09 às 15:30 hs.

O sistema processual Juvenil estará sendo educativo quando for capaz de respeitar o adolescente como sujeito de direitos com base em toda documentação legislativa e, sem perder de vista, que é uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Como assevera grande pedagogo brasileiro, o processo permite ao adolescente responder, no sentido mais pleno da palavra, pelas conseqüências de seus atos. Embora as circunstâncias sejam, em si mesmas, notoriamente difíceis, o fato é que a relação ato/conseqüência se apresenta diante dele com a nitidez e a concretude que os discursos pedagógicos, normalmente, não conseguem alcançar.

As garantias processuais têm uma irrefutável natureza pedagógica. Ela se revela por um conjunto de práticas e vivências que lhe permite ter percepção da gravidade de seus atos.

Esse conjunto de práticas e vivências, no processo penal juvenil, se expressa no rigoroso cumprimento dos prazos, ritos e etapas. A lei deve estar acima de todos, inclusive, por incrível que pareça, dos magistrados.

Aqui, cabe um parêntese, pois, quando falamos de sistema de garantias devemos nos preocupar com essa figura humana. A figura humana do julgador deve ser independente. Todavia, de nada adianta essa independência, se o “do meio” é totalmente dependente do pai-tribunal, sendo incapaz de ir além do que ele diz. Segundo os ensinamentos professor Aury Lopes Jr., “quando uma decisão vale por este ou aquele Tribunal, e não porque é uma boa decisão, passa-se a ser um mero repetidor acrítico e autofágico, impedindo qualquer espécie de evolução”(Jr, 2007: 120).

Sobre a relação do juiz com a jurisprudência é sugestiva a análise de Bueno de Carvalho, quando na judicatura se troca a lei pela jurisprudência, além de inibir a criatividade, o julgador cria no (in) consciente da sociedade a figura do pai e às vezes de Deus, pois é aquele, no processo penal juvenil, que pune, repreende e interna.

Na mesma linha, Alexandre Morais Rosa aborda a questão, ao dizer que o Direito age em nome do pai e por mandato, atuando na subjetividade humana. Imaginam os togados, que podem ditar a lei como se fossem capazes de manter o laço social, sob a promessa de felicidade. Para o autor, não raro os juízes assumem o papel de cavaleiros da prometida plenitude, carregando a crença do poder de dizer o que é bom para os demais mortais, brotando daí um objeto de amor capaz de amar o chefe censorador (Jr. apud Rosa).

Um juiz que encara o processo como um instrumento pedagógico, ao contrário, deve estar consciente de seu ofício, não podendo deixar-se despir de sua natureza humana pela toga. Deve ter como norte em sua judicatura a função democrática-garantidora que se lhe atribui a Constituição, especialmente no processo penal juvenil, jamais assumindo o papel de justiceiro, de responsável pelo sistema imunológico da sociedade ou uma posição mais policialesca que a própria polícia. O educador-juiz deve ter como atributos a tolerância, a humanidade e o fiel cumprimento às garantias processuais.

Não basta apenas combater a repressão da polícia e a mentalidade de que medida socioeducativa não é pena, o intérprete, para garantir a elevação do adolescente em conflito com a lei à condição de cidadão, deve considerar o conjunto de valores presente na Constituição e nos Tratados e Convenções de que nosso país se faz signatário, interpretando-o da forma mais ampla que puder.

Destarte, à luz dessa nova perspectiva de processo penal juvenil pedagógico, cabe aos integrantes do Sistema de Justiça da Infância e Juventude, “bradar” e fazer valer os direitos e garantias legal e constitucional asseguradas aos adolescentes que, pelas mais diversas razões, tiveram a desventura de se envolver com a prática de atos infracionais.

É DEVER FUNCIONAL dos integrantes do Sistema de Justiça Juvenil estarem abertos ao entendimento pleno da dimensão educativa das garantias processuais, o espírito rigoroso e de orientação estritamente garantista, sob pena de deixarmos a população, mais especificamente adolescentes em conflito com a lei, serem manipulados pelos viúvos do autoritarismo, que a todo instante, insurgem contra os Direitos Humanos e contra a documentação legislativa nacional e internacional.

Sejamos diferentes, lancemos um novo olhar !!!

Referências Bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. Pedagogia da Presença. Belo horizonte: Modus Faciend, 1997.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. Pedagogia e Justiça. www.abmp.org.br/textos

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

LOPES JR., Aury. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Processo Penal Juvenil a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em Conflito com a Lei da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DA MEDIDA DE SEGURANÇA E DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA: AS SEMELHANÇAS ENTRE OS DESTINOS CONFERIDOS AOS ADOLESCENTES E LOUCOS AUTORES DE DELITOS

Maria Fernanda dos Santos Elias Maglio
Defensora Pública do Estado de São Paulo

O Título III da Parte Geral do Código Penal trata da imputabilidade penal. De acordo com o artigo 26 “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Já de acordo com o artigo 27 do mesmo código, localizado no mesmo Título III (“Da imputabilidade penal”), “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Observa-se da leitura desses dois dispositivos legais que adolescentes e loucos ocupam a mesma posição jurídica no que diz respeito à imputabilidade penal, ambos são inimputáveis, irresponsáveis, pois, do ponto de vista penal, por seus atos.

Essa semelhança de tratamento entre jovens e loucos infratores é histórica. Desde o direito romano eram considerados penalmente inimputáveis os *infants* (crianças menores de sete anos) e o *améns* ou *furiosi* (loucos), os quais eram submetidos a medidas de prevenção para preservação da segurança social. (COHEN, 2006, p. 126). Sobre a semelhança histórica entre o tratamento de adolescentes e loucos autores de crimes, vale transcrever o que preleciona Daniel Martins de Barros:

“... códigos já muito antigos como a Lei da Doze Tábuas do Direito Romano, por exemplo, passaram a incluir menção às pessoas que, por suas condições especiais, deveriam ser encaradas de forma particular pela Justiça: basicamente as crianças e os que estivessem com o estado mental alterado” (BARROS, 2008, p. 16).

Robert Castel, ao dispor sobre os grupos que causavam desordem social, necessitando de controle, inclui na mesma categoria crianças e loucos. Aponta que ambos necessitam de tutela. Afirma que: “(...) o controle da criança não coloca questões jurídicas agudas pelo fato dela já estar sob tutela (familiar) ao passo que o louco é *como* uma criança (cf. *infra*), porém, ele ainda não encontrou seu tutor legal. Que será o médico” (CASTEL, 1991, p. 39).

A proximidade persiste hodiernamente. Conforme já afirmado, adolescentes e loucos são considerados, pelo Código Penal vigente, inimputáveis do ponto de vista penal. De acordo com Delmanto (2007, p. 101), imputabilidade é a capacidade de o indivíduo entender o caráter ilícito do fato e de agir de acordo com esse entendimento. A inimputabilidade impede a aplicação de pena, uma vez que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade. Não havendo imputabilidade, não há o que se falar em culpabilidade, e, por conseguinte, em aplicação de pena (Id, *Ibid*).

Segundo Mirabete, a culpabilidade penal é o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito que poderia ter agido em conformidade com a lei penal (MIRABETE, 2000, p. 209). Desta feita, conclui-se que, sobre adolescentes e loucos, sob a ótica da legislação penal vigor, não recai juízo de reprovação, vez que não se poderia exigir que tivessem agido conforme a lei penal.

Ocorre que a coincidência de etiquetagem jurídica (inimputáveis) não é a única coisa que aproxima as figuras dos adolescentes e dos loucos no direito penal. Conforme se observa, além de ocuparem o mesmíssimo lugar no ordenamento jurídico (Título III – Imputabilidade Penal), menores de idade e pessoas portadoras de doença mental guardam outras semelhanças que vão além do tratamento penal a elas conferido.

O destino conferido a loucos que cometem crimes, de acordo com o artigo 97 do Código Penal, é a medida de segurança. As medidas de segurança são sanções penais, à semelhança das penas aos imputáveis, que delas se diferenciam por ter caráter preventivo e não repressivo e por se fundamentar na periculosidade do agente e não em sua culpabilidade (DELMANTO, 2007, p. 272). Em outras palavras, a medida de segurança não possui o escopo de retribuir ao criminoso o mal cometido e nem de ressocializá-lo, mas sim de prevenir o cometimento de novos crimes, controlando o indivíduo, através de medida de segurança detentiva ou ambulatorial. De acordo com Mirabete, a medida de segurança visa precipuamente à prevenção, na medida em que pretende preservar a sociedade de novas investidas do delinquente insano. (MIRABETE, 2000, p.361). Desta feita, a medida de segurança é instituto penal que volta seus olhos para o futuro. Muito mais do que o agente fez, importa o que poderá fazer, qual o risco de voltar a delinquir se tiver sua liberdade devolvida. A medida de segurança tem, pois, inequívoco escopo de controle social, preocupando-se com a segurança futura da sociedade. De acordo com Cláudio Cohen, “a medida de segurança, como providência preventiva, tem lugar após o crime, mas não em razão dele, pois não visa atribuir culpa ao doente mental infrator da lei, mas impedir um novo perigo social” (COHEN, 2006, p. 123).

A aplicação da medida de segurança, como já dito, se funda na idéia de periculosidade, ou seja, no potencial de perigo que determinado indivíduo representa para o corpo social. Pode ser entendida como a potencialidade para a prática de novos delitos (JUNQUEIRA; FULLER, 2008, p. 180). Nas palavras de Cláudio Cohen, “perigoso é um adjetivo que se atribui a alguém a que se pode prenunciar alguma circunstância danificante; é o sentimento oposto à confiança” (COHEN, 2006, p. 123). De acordo com o mesmo autor, a periculosidade não está vinculada ao ato cometido pelo sujeito, mas à sua falta de compreensão da proibição legal (Id. Idib). Desta feita, a noção de periculosidade está atrelada não ao fato criminoso, mas ao agente que perpetrou a conduta. Refere-se ao autor do fato, e não ao fato em si.

Em se tratando de imputável, qualidade do sujeito a quem se aplica pena no caso de cometimento do crime, pouco importa suas características individuais, como o indivíduo se comporta, o que faz. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, a aplicação da pena, cujo pressuposto é a culpabilidade do ato e não do autor, se fundamenta na análise do fato praticado, em como se deu a ação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 523). A fim de melhor esclarecer a questão, vale transcrever a distinção feita pelos autores sobre culpabilidade do autor e do fato:

“Na culpabilidade do ato entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade da autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez. Na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é” (Id. Ibid).

Não se trata meramente de vocábulos distintos. A adoção da teoria do direito penal do fato e da culpabilidade do fato, em detrimento da teoria do direito penal do autor e culpabilidade do autor são consequências de importantes conquistas e profundas reflexões no campo do direito penal. É a adoção de um determinado pensamento ideológico em prejuízo de outro.

Ao adotar o conceito de direito penal do fato como embasamento do próprio direito penal, almeja-se diminuir os estigmas, criando-se um direito penal mais igualitário, que, desprezando as características individuais de quem praticou o crime, se debruça sobre o próprio ato praticado. Pune-se o sujeito não pelo o que ele é, mas pelo o que ele fez. Sanciona-se não o homicida, mas o homicídio, não o roubador, mas o roubo. Para o direito penal do fato, não importa quem é sujeito violador da norma penal, quais suas características, seu estilo de vida. Importa o que ele fez. A maneira com que o indivíduo vive sua vida só passa a importar caso isso se traduza em um ato concreto violador da lei penal. O indivíduo que pratique uma conduta que contraria o mandamento legal será responsabilizado por isso, pelo o que ele fez, nunca pelo que ele é. A culpabilidade, em contraposição à periculosidade, é a reprovação da conduta praticada pelo autor (Id. Idib, p. 104). O autor do delito, em decorrência do ato praticado, cumprirá uma pena, determinada, dentro de limites pré-estabelecidos e proporcional à gravidade do seu delito. Resgatará sua liberdade após o cumprimento dessa reprimenda, independente de qualquer condição. Pouco importa se houve alcance da finalidade da pena, o de ressocializar o indivíduo. Indiferente se há maiores ou menores chances de o sujeito voltar a delinquir. Caso cometa novo crime, será novamente responsabilizado. Mais uma vez receberá uma pena determinada, cujos limites são sempre pré-estabelecidos.

Ademais, a idéia de culpabilidade no direito penal pressupõe a autodeterminação do homem, a possibilidade de escolha, do livre arbítrio. A censura da conduta se fundamenta no fato de ser exigível do homem, autor do crime, uma conduta diversa da prática criminosa. Tal afirmação está umbilicalmente ligada à concepção antropológica de homem. O direito penal da culpabilidade pressupõe a concepção do homem como pessoa (Id. Ibid).

Completamente diverso é o enfoque dado pelo direito penal do autor. Para o direito penal do autor, muito mais do que o fato praticado, importa quem o praticou. O cometimento de um delito é apenas um sintoma, uma tradução de algum aspecto relevante e preocupante da personalidade do indivíduo. O crime é apenas um indício de algo muito maior. (Id. Ibid, p. 107). É sinalizador de algo que necessita ser tratado, de uma personalidade criminosa que precisa ser contida, moldada, docilizada, para que não volte a incomodar o corpo social com seus rompantes criminosos. No entanto, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, o direito penal do autor não despreza o ato, voltando seus olhos tão-somente para quem o praticou. O que o sujeito fez, o crime praticado é de fundamental importância na medida em que se configura a própria tradução de quem ele é. Não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma forma de ser de seu autor (Id. Ibid). O homicídio é a tradução do homicida, o roubo do roubador. Nesse compasso, o que o indivíduo fez é de suma relevância, na medida em que indica quem ele é. Aqui, diferentemente do direito penal do fato, onde se sanciona o ato, o que se pune é o próprio criminoso, suas características pessoais que se manifestaram na prática de um delito. É a personalidade do agente que vai a julgamento.

É justamente por essa razão que o direito penal do autor despreza penas pré-estabelecidas. Ora, se a pena é a reprovação do próprio sujeito e não do que ele fez, e se cada homem (cada autor de crime) é um ser único, dotado de características que o particularizam, como pode haver regras estabelecidas com antecedência? O que se almeja é tratar o indivíduo criminoso, moldar sua personalidade, adequar seu comportamento às regras sociais, evitando novas recidivas

criminais. O tempo de duração da sanção será, pois, variável, diferente para cada indivíduo, considerando suas características particulares. Cada indivíduo terá seu próprio tempo de cura.

Antagonicamente ao direito penal do ato, o direito penal do autor pressupõe uma idéia de determinismo do homem. O autor do ato não goza de possibilidades de escolha, não possui capacidade de autodeterminação, pelo contrário, possui um grau, maior ou menor, de determinação para o delito. É o que se denomina periculosidade (Ib. Ibid, p. 104).

O direito penal do autor foi extirpado do ordenamento jurídico penal brasileiro. O legislador penal pátrio, optando pelo seguro caminho da legalidade em matéria de direito penal, elegeu a culpabilidade em detrimento da periculosidade, reafirmando a opção pelo direito penal do fato. No entanto, em se tratando de medida de segurança, prevalece o famigerado direito penal do autor. Como já dito, diferentemente da pena, cujo fundamento é a culpabilidade do agente, a medida de segurança está lastreada na concepção de periculosidade, conceito atinente ao direito penal do autor. Pode-se dizer, pois, que o direito penal do autor subsiste no direito pátrio no tocante às medidas de segurança.

Conforme já se afirmou, a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis cuja limitação da capacidade de compreensão advenha de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. No entanto, como já dito inicialmente, nem toda a inimputabilidade é resultado de moléstia mental. São também considerados penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos de idade. (artigo 27 do Código Penal e artigo 104, ECA). Aqui se adotou um critério puramente objetivo, biológico, que não admite qualquer exceção (LIBERATI, 2008, p. 116). É inimputável todo e qualquer indivíduo com dezoito anos incompletos, independente do grau de maturidade ou desenvolvimento mental (ELIAS, 2009, p. 111).

Desta forma, enquanto o destino reservado aos inimputáveis doentes mentais é a medida de segurança, os menores de dezoito anos estão sujeitos à legislação especial e às regras nela estabelecidas. Trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da coincidente denominação jurídica no que diz respeito à imputabilidade penal, inimputáveis, existem outros aspectos que aproximam adolescentes e loucos autores de delito. É o que se demonstrará a seguir.

O ranço do direito penal do autor, presente com toda força no campo das medidas de segurança, também pode ser encontrado, em certa medida, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no campo das medidas sócio-educativas, mormente na maneira com que elas são executadas.

Assim como as medidas de segurança, as medidas sócio-educativas, com exceção da prestação de serviços à comunidade, não estão sujeitas a prazo pré-estabelecido.

Especificamente em relação à medida de internação, a mais restritiva de direitos e, portanto, a mais gravosa das medidas sócio-educativas, vale dizer que não há prazo pré-estabelecido e que sua manutenção será reavaliada no máximo a cada seis meses (artigo 121, § 2º do ECA). Há um prazo máximo de três anos de duração que deve ser respeitado (artigo 121, § 3º do ECA), mas não há prazo mínimo e tão-pouco prazo pré-estipulado. Aplicada a medida de internação o que determinará seu período de duração? O tempo será proporcional à gravidade do delito? As características pessoais do infrator, a velocidade de sua recuperação, a potencialidade de reincidência prevalecerão em detrimento da gravidade do ato infracional cometido? A resposta para estas indagações não poderão ser encontradas na legislação pertinente. O Estatuto da Criança e do Adolescente não diz exatamente quais os critérios a serem considerados para fins de análise da possibilidade de desinternação. A execução das medidas sócio-educativas não está regrada pela legislação pertinente (Estatuto da Criança e do Adolescente) e não existe nenhuma outra legislação

que a regulamente. A única coisa que o Estatuto dispõe a este respeito é que haverá reavaliação da necessidade de manutenção da internação no máximo a cada seis meses.

A reavaliação referida no artigo 121, § 2º será feita pelo juiz, autoridade competente para autorizar qualquer desinternação (artigo 121, § 6º do ECA). Referida decisão será subsidiada por avaliação técnica dos profissionais que acompanhem o jovem na unidade de privação de liberdade (leia-se, educadores, assistentes sociais e psicólogos). São os denominados por Foucault de elementos extra-jurídicos ocupando a cena na execução da medida sócio-educativa de internação (FOUCAULT, 2008). Esta avaliação técnica também não se submete a regramento específico, uma vez que inexistem dispositivos na legislação que a regulamente. No entanto, percebe-se que tais avaliações levam em conta a evolução pessoal do jovem privado de liberdade, suas características próprias, a capacidade de desenvolvimento de crítica frente ao ato infracional praticado (com o objetivo de verificar a probabilidade de reincidência), dentre outras variantes.

Percebe-se que muito mais do que ele fez (a gravidade do ato infracional praticado), tais relatórios técnicos levam em conta a figura do próprio jovem. É ele, e não seu ato, que está sendo submetido a julgamento. Não que o ato infracional praticado, sua gravidade e seus pormenores não sejam importantes no momento da análise da possível desinternação. O que o jovem fez, o ato praticado é extremamente importante na medida em que reflete sua própria personalidade, o que ele é. Trata-se de evidentes características próprias do direito penal do autor.

Não só a avaliação da necessidade de manutenção da internação leva em conta as características pessoais do infrator. A escolha da medida sócio-educativa mais adequada, além de levar em conta a gravidade da infração (louvável tentativa do Estatuto de rechaçar o direito penal do autor – artigo 122 do ECA), também considera, na prática, os aspectos pessoais do adolescente infrator. Quando da escolha da medida mais adequada, o magistrado poderá lançar mão de avaliação técnica, estudo realizado por equipe multidisciplinar (psicólogo, pedagogo, assistente social) objetivando eleger a medida mais adequada ao caso concreto (ELIAS, 2009, p. 128). Observa-se que o objeto de análise é mais uma vez o próprio sujeito, suas características, seu histórico de vida, sua maneira de ser, e não tão-somente o ato infracional praticado. Mais um exemplo de como as características pessoais do infrator são aspectos importantes, tanto na escolha da medida mais adequada, quanto no tempo de duração da privação de liberdade.

A medida sócio-educativa, em sua aplicação prática, possui o inegável condão de modificar o sujeito, seu comportamento, sua maneira de ser. Tanto é que, a esse respeito, dispõe Roberto João Elias que “das medidas que visam adequar o comportamento do menor, a mais adequada é a liberdade assistida (...)” (Id. Ibid, p. 121).

Em última análise, assim como a medida de segurança almeja prevenir o cometimento de novos crimes, através do controle da periculosidade, a medida sócio-educativa também objetiva evitar novas recidivas criminais. Tanto que há quem afirme que comprovada a ineficácia da medida menos gravosa (mensurada através da verificação do cometimento de novo ato infracional, após o término da medida mais branda), recomenda-se a aplicação de medida mais drástica, como a semiliberdade e a internação (Id. Ibid, p. 128). É evidente que entre os objetivos da medida sócio-educativa está o de evitar novo cometimento de prática criminosa, objetivo este que se harmoniza com o conceito de periculosidade.

Paulo Lúcio Nogueira afirma que a medida de liberdade assistida deve ser aplicada a adolescentes reincidentes ou delinquentes habituais e que assim demonstrem tendência à reincidência (NOGUEIRA apud LIBERATI, 2008, p.108). Trata-se de evidente demonstração do objetivo de controle social da medida sócio-educativa.

Os conceitos de periculosidade, de recuperação do criminoso, de modificação do sujeito estão presentes, por mais que se tente negar, na esfera penal juvenil. Discorrendo sobre as hipóteses de aplicação da medida de liberdade assistida, Roberto João Elias afirma que "(...) outras vezes aplica-se àqueles que, anteriormente, estavam colocados em regime de semiliberdade ou de internação, quando se verifica que os mesmos já se recuperaram em parte e não representam um perigo à sociedade" (ELIAS, 2009, p. 127).

Por muitos autores é negado o escopo punitivo da medida sócio-educativa, atribuindo-lhe um caráter estritamente pedagógico (Id. Ibid, p. 132). Ora, a negativa do caráter sancionatório também é um ponto de aproximação da medida sócio-educativa com a medida de segurança. Conforme já afirmado, as medidas de segurança possuem finalidade não punitiva, tendo caráter nitidamente curativo, uma vez que impõe ao agente o dever de submissão a tratamento para fazer cessar sua periculosidade (JUNQUEIRA; FULLER, 2008, p. 178)

No entanto, ainda que assim não se entenda, ainda que se admita o evidente caráter penalizador das medidas sócio-educativas, o fato é que ainda assim sobram evidências das semelhanças entre ambos os institutos, principalmente ao se analisar como se implementa, no campo prático, a execução das medidas sócio-educativas.

Além de todos os referidos aspectos que de alguma forma aproximam a medida sócio-educativa de internação da medida de segurança, ambos os institutos também se assemelham pela forte presença do saber psiquiátrico.

A idéia da periculosidade, conceito jurídico, e não médico, cujo significado está ligado ao potencial perigo que determinada pessoa representa à sociedade, está presente no campo do ato infracional e das medidas sócio-educativas. Basta lembrar que muitas vezes a medida extrema de internação é aplicada ou sua manutenção é justificada com base em um potencial, abstrato e duvidoso perigo que um determinado jovem represente para a sociedade ou para si mesmo. De acordo com Joel Birman, historicamente o conceito de periculosidade social serviu para embasar a privação de liberdade. A liberdade do sujeito era mantida ou restringida a depender da periculosidade social apresentada (BIRMAN, 1978, p. 265).

Ademais, é comum, ao longo da internação, que sejam pedidas avaliações e perícias psiquiátricas antes de decidir-se sobre eventual desinternação. Em muitos dos casos, não há sequer qualquer indício de que o jovem privado de liberdade padeça de algum tipo de sofrimento mental. Muitas vezes o pedido ou a determinação de avaliação psiquiátrica se justificam tão-somente pela gravidade em abstrato do ato infracional praticado. Na verdade, as avaliações psiquiátricas nesses casos não passam de mecanismos de controle social, de verificação de periculosidade, evitando-se a recolocação temerária do indivíduo perigoso no seio social.

Essa relação umbilical entre a psiquiatria e o direito, no entanto, não é exclusiva da seara da responsabilização juvenil e muito menos fruto da realidade atual. A aproximação simbiótica entre crime e loucura é histórica, melhor evidenciada a partir do final do século XIX, tendo sempre o evidente escopo de controle social.

A partir do final do século XIX, segundo Ruth Harris, em sua obra *Assassinato e Loucura, Medicina, leis e sociedade no "fin de siècle"*, a medicina, mais especificamente a psiquiatria, passou a exercer um forte papel de controle social dos indesejados, daqueles que desafinavam a ordem, comprometendo a precária paz social (HARRIS, 1993, p. 14). O coro dos indesejáveis, dos párias sociais, era composto especialmente por criminosos, vagabundos, loucos, crianças abandonadas (em perigo de tornarem-se perigosas) e crianças infratoras (já efetivamente perigosas). Grupo formado essencialmente por violadores. Ora violadores da lei penal, desafiando os rigores da justiça com suas insubordinações, ora da normalidade, rompendo os estreitos limites do normal.

De acordo com Ruth Harris, o início do debate da relação entre crime e loucura está contextualizado na segunda metade do século XIX, quando um grupo de médicos defendeu vários réus acusados de crimes brutais, tais como homicídio, canibalismo, estupro e mutilação. Nenhum dos acusados apresentava nenhum sintoma aparente de loucura. Embora não configurassem casos clássicos de loucura, de loucos delirantes, os médicos os qualificaram de insanos, alegando serem eles portadores de monomania instintiva (HARRIS, 1993, p. 14).

Outro inequívoco exemplo de como a psiquiatria interfere na seara sócio-educativa é a Unidade Experimental de Saúde. Equipamento de custódia sem qualquer amparo legal, a Unidade Experimental de Saúde abriga jovens adultos que, após cometerem um ato infracional, enfrentaram três anos ininterruptos de privação de liberdade em unidade da Fundação Casa.

Após o esgotamento da competência da Justiça da Infância em razão do decurso do prazo peremptório de três anos de custódia (artigo 121, §3º do ECA), ao invés de proceder-se à compulsória liberação, o jovem dito perigoso (dotado, pois, de periculosidade), diagnosticado por um psiquiatra como sendo portador de transtorno de personalidade social, é enviado à Unidade Experimental de Saúde.

Ao contrário da medida de internação, esse novo encarceramento não foi precedido do cometimento de um crime, cuja apuração tenha passado pelo crivo do contraditório e do devido processo legal. O adolescente é para lá enviado sem que tenha praticado ato algum e pior, após ter sido exaustivamente responsabilizado (por três ininterruptos anos) pelo ato infracional cometido outrora.

Além disso, essa espécie de custódia não comporta prazo de duração. A privação da liberdade durará enquanto conveniente for. O jovem permanecerá enclausurado até segunda ordem judicial.

Trata-se claramente de medida de segurança na seara penal juvenil que, ao contrário da modalidade destinada a adultos, não encontra guarida legal. Há ainda outro gravame. Além de não encontrar respaldo na lei, o que por si só torna a custódia na Unidade Experimental de Saúde violadora do Estado Democrático e Social de Direito, trata-se de hipótese de medida de segurança que ressuscita o malfadado sistema duplo binário (extirpado de nosso ordenamento jurídico pela Reforma Penal de 1984), o qual permitia a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança.

Os jovens custodiados na Unidade Experimental de Saúde já foram responsabilizados exaustivamente pelos delitos praticados. Amargaram três anos ininterruptos de privação de liberdade em unidade destinada ao cumprimento de medida sócio-educativa de internação. Suportaram o rigor máximo legal, permanecendo encarcerados durante todo o tempo permitido pela legislação pertinente. Esgotada a competência do Juízo da Infância e Juventude, não podendo haver prolongamento da custódia em virtude de redação claríssima do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 121, § 3º do ECA), o jovem é enviado para a Unidade Experimental de Saúde, com embasamento em um diagnóstico psiquiátrico que recomenda cuidado e controle. Após a responsabilização na seara competente (Justiça da Infância e Juventude) ao jovem é aplicada uma medida de segurança, cujo ponto de partida é o mesmíssimo ato infracional pelo qual já foi exaustivamente responsabilizado anteriormente. É o saber psiquiátrico exercendo o controle social dos indesejáveis, dos perigosos, daqueles que ameaçam desafiar a paz social.

É evidente, pois, a relação umbilical existente entre as medidas sócio-educativas, em especial a mais gravosa de internação (em razão de sua inerente característica de privação de liberdade), e a medida de segurança. Nas duas formas de custódia percebe-se claramente a intervenção do saber psiquiátrico na esfera legal, como forma de inequívoco controle social. Essa proximidade entre os dois saberes científicos (jurídico e psiquiátrico), além de evidenciar

características próprias do direito penal do autor, exercendo controle sobre os indivíduos ditos perigosos, possibilita a criação de espaços de custódia ao arpejo da lei, sob a justificativa da prevenção, da manutenção da paz social. O maior exemplo atualmente, na seara sócio-educativa, desses equipamentos de custódia que margeiam a legalidade é, sem dúvidas, a Unidade Experimental de Saúde, Guantánamo tupiniquim, forma de privação de liberdade que contraria os princípios mais comezinhos de um Estado que se intitule Democrático e Social de Direito.

Referências Bibliográficas:

- BARROS, Daniel Martins de. *O que é Psiquiatria Forense*. São Paulo: Brasiliense, 2008
- BIRMAN, Joel. *A Psiquiatria como Discurso da Moralidade*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.
- CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: A Idade de Ouro do Alienismo*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1991.
- COHEN, Claudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. *Saúde Mental, Crime e Justiça*. São Paulo: Edusp, 2006.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2008
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008
- HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura, Medicina, leis e sociedade no "fin de siècle"*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2008
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2001
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ADOLESCENTES INTERNADOS E O DIREITO AO VOTO

**Mariane Vinche Zampar,
Defensora Pública do Estado de São Paulo em exercício na Regional Criminal -
Unidade Infância e Juventude - Brás.**

(i) Estado Democrático

A idéia moderna da criação de um Estado Democrático surgiu no século XVIII, das lutas contra o absolutismo, com a conseqüente afirmação de certos valores naturais e inerentes à pessoa humana.

O Estado Democrático está calcado no princípio da soberania popular, que estabelece a participação efetiva do povo na formação da vontade estatal. Além disso, busca promover a justiça social, baseado na dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 afirma, no art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*.

Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva⁵⁷, os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito são:

- (a) princípio da constitucionalidade – com a conseqüente edição de uma Constituição emanada da vontade popular, que vincule todos os poderes;
- (b) princípio democrático – baseia-se na democracia representativa e participativa;
- (c) sistema de direitos fundamentais – o que engloba os direitos individuais, coletivos, sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos;
- (d) princípio da justiça social – voltado para a realização da democracia social e cultural;
- (e) princípio da igualdade – compreendido como a proibição de distinções no gozo de direitos, por motivos econômicos ou sociais.
- (f) princípio da divisão dos poderes e da independência do juiz – previstos no art. 2º e 95 da CF, respectivamente;
- (g) princípio da legalidade – nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, senão por meio da lei, expressão da vontade geral. Além disso, a lei deve buscar realizar os princípios da igualdade e da justiça;
- (h) princípio da segurança jurídica - previsto no art. 5º, XXXVI a LXXIII.

Pois bem. A Constituição Federal vigente instituiu o Estado Democrático de Direito, visando assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores primordiais de uma sociedade.

⁵⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 122. Malheiros Editores. 2009.

Logo, o regime político brasileiro adotado pela Carta Maior funda-se no princípio democrático.

A palavra *democracia* vem do grego (*demos*, povo; *kratos*, poder) e significa poder do povo. A idéia fundamental é no sentido de que o povo escolhe o indivíduo ou grupo que governa e controla como ele governa.

Consoante os ensinamentos de Sahid Maluf⁵⁸, democracia, em sentido formal: “é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo”.

E completa, dizendo que no sentido material “(...) democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

As primeiras manifestações de um governo democrático remontam à Grécia antiga, especialmente Atenas, no século 5 a.C. Em Atenas, o povo exercia o poder de forma direta, em assembléias gerais realizadas periodicamente nas praças públicas. Tal sistema somente foi possível porque a população era demasiada restrita.

No mundo moderno, porém, a democracia surgiu sob a forma indireta ou representativa, outorgando-se o exercício das funções governamentais aos representantes eleitos pelo povo.

Assim, ante a impossibilidade prática de se confiar a todos a prática direta dos atos de governo, os cidadãos devem proceder à escolha de seus representantes e, mais, devem possuir meios de fiscalizar o exercício do governo.

De sorte que o povo, através do voto, concede um mandato a algumas pessoas para, atuando como verdadeiros representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em nome dos cidadãos.

Assim é que o exercício do direito ao voto é considerado um dos pontos primordiais da democracia representativa.

No concernente a natureza do voto, a posição majoritária é no sentido de que o voto constitui em um direito e em uma função. Nesse sentido:

“O voto é um direito público subjetivo, sem, contudo, deixar de ser uma função política e social de soberania popular na democracia representativa”.⁵⁹

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari⁶⁰:

“(...) E como o direito de sufrágio, que cabe ao indivíduo, se exerce na esfera pública, para a consecução de fins públicos, tem-se que ele configura um *direito público subjetivo*. Por outro lado, como é

⁵⁸ Teoria Geral do Estado, pág. 291. Editora Saraiva. 2009.

⁵⁹ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, pág. 219. Editora Atlas S.A. 1999.

⁶⁰ Elementos da Teoria Geral do Estado. Editora Saraiva. 1995.

necessária a escolha de governantes para que se complete a formação da vontade do Estado e tenha meios de expressão, não há dúvidas de que o sufrágio corresponde também a uma *função social*, o que justifica a sua imposição como um dever”.

O voto é, pois, um direito público subjetivo e também uma função social, que encontra o seu fundamento na soberania popular e no princípio representativo. É o modo, por excelência, de exercício da soberania popular⁶¹.

É através do voto que os cidadãos elegem as pessoas que irão representá-los.

E, por este motivo, José Afonso da Silva⁶² afirma que o voto deve revestir-se de dois caracteres básicos, para que a manifestação de vontade seja autêntica, quais sejam, personalidade e liberdade.

Assim, o voto deve ser sincero e autêntico, não se admitindo o voto por correspondência ou procuração. Ademais, deve-se assegurar a liberdade do eleitor na emissão do seu voto e, para tanto, não se admite qualquer fator de coação, viciando a vontade do eleitor.

Todas as precauções devem existir para que o voto possa expressar fielmente a vontade do povo na escolha daqueles que irão gerenciar a coisa pública.

(ii) Direito positivo e as restrições ao direito de votar

A Constituição Federal vigente, em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em cinco espécies:

- (a) Direitos individuais;
- (b) Direitos coletivos;
- (c) Direitos sociais;
- (d) Direitos à nacionalidade; e
- (e) Direitos políticos.

Os direitos fundamentais constituem um “conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente do credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”⁶³.

Nesse momento, versaremos a respeito dos direitos políticos.

Os direitos políticos, de acordo com Pedro Lenza⁶⁴, “nada mais são do que instrumentos por meio dos quais a CF garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta seja indiretamente.

⁶¹ Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. 2007.

⁶² Ob. Cit.

⁶³ Bulos, Uadi Lammêgo. Ob. Cit..

⁶⁴ Direito Constitucional Esquematizado. Editora Saraiva. 2008.

Como vemos, os direitos políticos são desmembramento do princípio democrático previsto no art. 1º, parágrafo único, da CF, que afirma “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”.

Os direitos políticos compreendem o direito de sufrágio, que se caracteriza tanto pela capacidade eleitoral ativa (direito de votar) como pela capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado).

Assim, através do sufrágio, “o conjunto de cidadãos de determinado Estado escolherá as pessoas que irão exercer as funções estatais, mediante o sistema representativo existente em um regime democrático”⁶⁵.

O exercício do sufrágio ativo dá-se através do voto, que no Brasil é universal. Dizer que o voto é universal, significa afirmar que o seu exercício não está vinculado a condições sociais, econômicas ou culturais preestabelecidas.

Ocorre que a própria Carta Maior previu hipóteses excepcionais restritivas ou impeditivas do direito ao voto. São normas que dispõem sobre a perda e suspensão dos direitos políticos, previstas no art. 15:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I- cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II- incapacidade civil absoluta;
- III- condenação criminal transitada em julgado;
- IV- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V- improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.”

O voto é um dos alicerces fundamentais da democracia representativa e a restrição dos direitos políticos é uma sanção extremamente grave. Desta forma, as hipóteses previstas no texto constitucional são taxativas e devem ser interpretadas de forma restritiva. Nesse sentido:

“Tanto a perda quanto a suspensão dos direitos políticos, como já ressaltado, somente poderão ocorrer nos casos taxativamente previstos na Constituição Federal”⁶⁶. (grifei).

Da análise da norma constitucional em estudo, percebemos que a CF prevê expressamente a possibilidade de suspensão dos direitos políticos em virtude de uma condenação criminal da qual não caiba mais recurso. Vamos nos ater ao estudo do tema.

⁶⁵ Moraes, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. Editora Atlas. 2007.

⁶⁶ Moraes, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. Editora Atlas. 2007.

A *priori*, o direito positivo prevê duas modalidades distintas de prisão: (i) a prisão penal, decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado; e (ii) a prisão cautelar, determinada em caráter provisório até sentença penal definitiva.

A prisão cautelar, também chamada de “prisão provisória”, é utilizada apenas para fins processuais, ou seja, como instrumento de garantia do processo penal. Tem, pois, caráter essencialmente processual, já que decretada antes mesmo que se tenha um juízo definitivo sobre a culpa do acusado.

Desta forma, a restrição da liberdade no curso da persecução penal somente poderá ocorrer em casos excepcionais, obedecendo aos critérios estritos previstos em lei, segundo regra de tratamento inspirada no princípio da presunção de inocência.

Logo, no curso do processo penal, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o acusado não pode ser tratado como se culpado fosse, devendo prevalecer a presunção de sua inocência, garantia constitucional prevista no art. 5º, LVII.

Portanto, como ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o preso provisório conserva direitos que possuem estatura constitucional, como por exemplo, o direito ao voto.

Assim, antes de uma condenação “definitiva”, a regra prevista no inciso III, do art. 15, da CF, não terá incidência, sendo que o preso provisório pode e deve participar nas eleições.

No mesmo sentido, quanto a manutenção da capacidade eleitoral ativa e passiva daquele que não conta com sentença penal condenatória transitada em julgado, é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal (TSE – Pleno – REsp. nº 129/SP-61; REsp. nº 1368/SP; STF – Pleno – REextr. nº 225.019/GO).

Apesar dos presos provisórios conservarem seus direitos políticos, percebemos que o Estado é negligente neste aspecto e, por vezes, não assegura a estes indivíduos o direito constitucional que lhes é garantido, já que não disponibiliza condições para colher estes votos.

O fato de o Estado não proporcionar aos presos provisórios o exercício do direito ao voto reflete verdadeiro descaso de algumas autoridades do país com próprio princípio da presunção da inocência.

(iii) A medida socioeducativa de internação e o direito ao voto dos adolescentes internados

No Brasil, a aquisição do direito de votar dá-se mediante o alistamento, perante o órgão da Justiça Eleitoral, o que garante ao cidadão do direito de escolha de seus representantes.

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos, e facultativos para os maiores de 70 anos e maiores de 16 e menores de 18 anos.

Pois bem. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê duas modalidades de privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei: (i) a internação cautelar ou provisória, que consiste no acautelamento do jovem no curso do procedimento para apuração da prática de ato infracional; e (ii) a medida socioeducativa de internação, imposta por sentença do magistrado, após processo que garanta a ampla defesa do adolescente.

O internamento cautelar, semelhante ao que ocorre nas prisões cautelares, é medida excepcional e deve obedecer ao prazo máximo estabelecido no Estatuto, o qual não poderá exceder

a 45 dias⁶⁷. Neste caso, a decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Além disso, a custódia cautelar só é devida quando estiver em consonância com o art. 312 do Código de Processo Penal, que estabelece os critérios para a fixação da prisão cautelar, e quando for o caso de aplicação da medida de internação (art. 122 do ECA).

Já no tocante a medida socioeducativa privativa de liberdade, imposta pelo juiz após cumprimento do devido processo legal, esta não possui prazo determinado, observado o período máximo de três anos e o limite de 21 anos de idade do jovem, quando deverá ocorrer a sua desinternação compulsória.

A medida socioeducativa de internação é providência extrema e destina-se, evidentemente, a casos excepcionais. Só é possível a sua aplicação quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Sendo assim, vislumbramos a possibilidade de um adolescente vir a ser internado, provisória ou definitivamente, quando já contar com a idade mínima para o exercício do direito ao voto, seja ele facultativo ou obrigatório.

Da mesma forma que o adulto, ao adolescente internado provisoriamente aplica-se o princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência, segundo o qual o jovem não poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Assim, se ao imputável preso provisoriamente garante-se o direito ao voto, conclui-se que ao adolescente internado provisoriamente também deve ser assegurado o mesmo direito.

Por outro lado, o adolescente internado através de sentença condenatória definitiva também goza do direito ao voto, pois o rol do art. 15, III, CF, não lhe subtrai este direito.

Como dito alhures, a fruição dos direitos políticos é demasiada importante e a participação no governo somente poderá ser tolhida dos cidadãos nos casos expressos e taxativos previstos na Constituição Federal. E a Carta Maior nada dispõe acerca da perda ou suspensão dos direitos políticos relativos aos adolescentes internados, provisória ou definitivamente.

Neste prisma, o que deve prevalecer é a plenitude do gozo dos direitos políticos, devendo qualquer interpretação em sentido contrário ser restritiva. Isto porque o direito ao voto é direito fundamental e qualquer restrição ao seu exercício deve estar prevista expressamente na Constituição Federal.

Assim, os adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação ou custódia cautelar têm o direito de votar e, em relação a eles, não há previsão restritiva no texto constitucional.

Os adolescentes internados não podem, pura e simplesmente, ser equiparados aos condenados em definitivo, sendo que o impedimento constitucional referente ao direito ao voto dos presos condenados não lhes alcança.

No entanto, o que presenciemos, mais uma vez, é um Estado omissivo e que não garante aos adolescentes internados provisoriamente, ou mesmo àqueles que cumprem a medida de internação, o direito ao voto.

O exercício da cidadania, através do voto, vem sendo reiteradamente tolhido destes jovens, pois as autoridades competentes não disponibilizam os meios através dos quais o exercício deste direito pode ser implementado nas unidades de internação da Fundação CASA (ex FEBEM).

⁶⁷ No mesmo sentido: HC 591078282, TJRS, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 03/01/91.

É certo que os adolescentes internados possuem deveres enquanto custodiados, porém também é patente que os internos são detentores de direitos que, na maior parte das vezes, não são respeitados.

As conseqüências da subtração do direito ao voto dos adolescentes internados são funestas, acarretando na marginalização social destes cidadãos. Impedidos de participarem da vida pública, mais uma vez os sentenciamos à exclusão social.

Há diversos doutrinadores que afirmam o caráter ressocializador das medidas socioeducativas, como mecanismo de tratamento e reeducação dos adolescentes que praticam ato infracional, de modo a possibilitar a sua reinserção ao meio social. No entanto, para a concretização destes preceitos, mostra-se fundamental o resgate dos valores do adolescente internado, como pessoa humana.

Destituídos da cidadania, os adolescentes que infracionam ficam limitados ao, já escasso, espaço das unidades de internação da Fundação CASA. A marginalização social faz com que os internos encontrem na rebelião e na reincidência a única forma de se fazerem ouvir.

Referências Bibliográficas

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, 1995.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord). *Código de Processo Penal e a sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 1, Parte Constitucional. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Código de Processo Penal e a sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 3, Parte Processual Penal. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Editora Saraiva, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Malheiros Editores, 2006.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Editora Atlas S.A., 1999.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada*. Editora Atlas, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. Livraria do Advogado Editora, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros

AVALIAÇÕES PSIQUIÁTRICAS E PSICOSSOCIAIS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Renata Flores Tibyriçá
Defensora Pública do Estado de São Paulo

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe, no parágrafo 2.º do art. 121, que a manutenção da medida de internação será reavaliada no máximo a cada seis meses por decisão judicial fundamentada.

Além disso, conforme o art. 94, inc. XIV do ECA, cabe à entidade que desenvolve a internação reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, e dar ciência dos resultados à autoridade competente.

A interpretação que se extrai de ambos artigos é que, embora com prazo indeterminado, no máximo a cada seis meses a entidade que acompanha a medida de internação deve fazer uma reavaliação do caso e encaminhar a autoridade competente. A autoridade com base nessa reavaliação deve decidir fundamentadamente se altera a medida ou a mantém.

Em São Paulo, quando a equipe multidisciplinar da unidade de internação da Fundação Casa, que acompanha o adolescente, entende que os objetivos da medida foram atingidos encaminha ao juiz um relatório técnico denominado conclusivo.

Este relatório conclusivo, em geral, sugere a inserção em medida mais branda, como semiliberdade ou liberdade assistida, ainda que pudesse também sugerir a extinção da medida.

O juiz, com base neste relatório, abre vista as partes, Ministério Público e Defesa, para se manifestarem sobre seu teor e a sugestão de inserção na medida mais branda.

Porém, em algumas situações, Promotores de Justiça que atuam no Departamento de Execuções da Infância e Juventude (DEIJ) de São Paulo solicitam outras avaliações.

Em geral, com base na “reincidência” pedem a realização de avaliação pela Equipe Técnica do Juízo, integrada por psicólogos e assistentes sociais, e com base na “gravidade do ato infracional”, principalmente, nos casos de homicídio e latrocínio, pedem avaliação psiquiátrica do adolescente.

Estas avaliações não estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas fazem parte da prática do Departamento.

Os Juízes, a despeito da manifestação da defesa para acolhimento do parecer dos técnicos da Unidade de Internação, normalmente endossam os argumentos do Promotor e determinam a realização da avaliação requerida⁶⁸.

⁶⁸ A.I.S foi internado em fevereiro de 2004 em razão da prática de ato infracional equiparado a roubo consumado. Essa era a segunda internação de A. Em fevereiro de 2005, após 1 ano de internação os técnicos da ex-Febem encaminharam relatório conclusivo, atestando que A. poderia ser beneficiado com a substituição da medida internação pela de liberdade assistida. A Promotora de Justiça, que atuava na época no DEIJ, pediu avaliação pela Equipe Técnica do Juízo “considerando que o jovem cumpriu uma internação, recebeu L.A. e voltou a infracionar, recebendo nova internação”. A Juíza manteve a internação e determinou a avaliação solicitada

Ambos os fundamentos considerados, para pedir a nova avaliação, baseiam-se na mesma razão: a preocupação que o adolescente seja portador de um transtorno de personalidade ou que irá reincidir na prática infracional ou, ainda, que não teria condições de cumprir uma medida em meio aberto.

Há dois pontos a serem analisados.

O primeiro é que há uma desconsideração do relatório conclusivo dos técnicos da unidade de internação com base em circunstâncias que já foram analisadas quando da aplicação da medida socioeducativa.

As hipóteses que permitem a aplicação da medida de internação por tempo indeterminado são, de acordo com o ECA, duas. Quando o ato infracional é praticado com violência ou grave ameaça à pessoa e quando há reiteração na prática de atos infracionais graves.

Assim, a “reincidência”, ou melhor, a reiteração, e o fato de o ato ter sido praticado com violência ou grave ameaça já são considerados quando da aplicação da medida de internação. Aliás, é justamente por essas razões que a medida de internação pode ser aplicada.

A consideração novamente da reiteração e da violência ou grave ameaça à pessoa para indeferir a substituição por medida mais branda acarreta um *bis in idem*. O adolescente é internado porque praticou reiteradamente ato grave ou porque praticou ato com violência ou grave ameaça à pessoa e não pode ser desinternado, embora o relatório conclusivo afirme estar apto, exatamente pelas mesmas razões.

Mas, não só.

Como dissemos acima, o pedido do Ministério Público baseia-se, claramente, na preocupação com uma provável reincidência do adolescente ou, pior, num “possível e terrível” transtorno de personalidade, pois ele foi capaz de praticar um homicídio ou um latrocínio.

A preocupação, evidentemente, não é com o adolescente, mas com a sociedade que não poderia ter em seu seio um “indivíduo anormal”.

São prognósticos, muitas vezes infundados, frutos de um preconceito de que a pessoa que pratica um crime, adolescente ou adulto, pode ser alguém incorrigível e que deve ser segregado ou quando não excluído da sociedade.

Essa forma de avaliar o adolescente se assemelha ao que Luigi Ferrajoli denominou “*doutrinas terapêuticas da defesa social*”⁶⁹. Essas doutrinas “*representam o resultado de uma infeliz mistura das idéias de LOMBROSO, acerca do ‘delinquente nato’ ou ‘natural’ e sobre a natural desigualdade dos homens, daquelas de Spencer sobre a sociedade enquanto ‘organismo social’ e*

com a seguinte decisão: “O jovem é reincidente na prática de atos infracionais. Observo, inclusive que já esteve anteriormente inserido em medida de liberdade assistida, a qual não surtiu o efeito desejado eis que voltou a infracionar. Tais comportamentos, têm sido sistematicamente investigado com maior profundidade pelo DEIJ, que não pode colocar em risco a sociedade patrocinando desinternações temerárias. Assim, diante da gravidade dos atos infracionais, bem como da reiteração de condutas considero indispensável a realização de avaliação pela equipe técnica do Juízo, a fim de verificar a situação do jovem. Somente uma avaliação pela equipe técnica do Juízo poderá trazer os elementos necessários para uma eventual liberação com menor margem de erro. Assim, não obstante os argumentos apresentados pela defesa fls. 75/75verso, mantenho, por ora, a medida de internação, e determino a realização de avaliação pela equipe técnica do Juízo, com apresentação de relatório no prazo de 60 (sessenta) dias” (Proc. DEIJ 52.866/02).

69 Direito e Razão: Teoria do Garantismo penal. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.248.

daquelas de DARWIN acerca da seleção e da luta pela existência, que se aplicadas a tal 'organismo', legitimam-no a defender-se das agressões externas e internas por meio de práticas socialmente profiláticas”⁷⁰.

O diagnóstico de reincidência, segundo Aury Lopes Jr., “além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal) é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência”⁷¹.

Se não bastasse, após a realização da avaliação pela Equipe Técnica do Juízo ou pelo psiquiatra, o laudo é encaminhado ao Juiz, que abre novamente vista as partes.

Em regra, sendo o laudo desfavorável à alteração da medida socioeducativa por outra mais branda, o Ministério Público do Estado de São Paulo pede a manutenção da internação, o que é deferido pelo Juiz do DEIJ.

A manutenção da medida de internação dificilmente aborda a situação específica do adolescente e se baseia no binômio senso crítico e respaldo familiar, aliás, como os relatórios multidisciplinares da Fundação Casa.

Porém, a questão é que simplesmente se ignora a existência de uma avaliação favorável da Fundação para inserção do jovem em medida mais branda e se mantém a medida com base na avaliação da Equipe Técnica do Juízo ou na avaliação psiquiátrica que é desfavorável.

Como no processo penal, “o princípio do *in dubio pro reo* é perfeitamente invocável no processo de execução, especialmente em momentos críticos de valoração, como ocorrem nos exames criminológicos. Se não houver consenso na equipe de observação ou houverem laudos divergentes, está criada a dúvida, que necessariamente deve ser resolvida em benefício do apenado, reconhecendo-se o direito pleiteado (progressão, livramento condicional, etc.)”⁷²

Não haveria razão para não se aplicar também no processo de execução de medida socioeducativa de internação o princípio do *in dubio pro reo*, decidindo-se pela avaliação favorável e inserindo-se o adolescente em medida mais branda.

Outra questão que pode ser colocada é que quando o Juiz se baseia em um laudo psiquiátrico ou da Equipe Técnica do Juízo desfavorável, sem esclarecer as razões que levaram a considerar esse laudo e não o favorável ao adolescente, não haveria fundamentação suficiente da decisão.

De fato, segundo Antonio Scarance Fernandes⁷³ para haver fundamentação é necessário que alguns pontos sejam considerados na decisão:

“um primeiro ponto é o de que todas as teses levantadas pelas partes em suas alegações devem, necessariamente, ser analisadas” e “outro ponto será o de verificar se a análise da questão foi feita na profundidade exigível, levando-se em conta, aí, a maior ou menor complexidade da matéria apreciada”.

70 Direito e razão... p. 249.

71 A instrumentalidade garantista *do processo de execução penal* in Crítica à Execução Penal. CARVALHO, Salo (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.469.

72 Aury Lopes Jr. A instrumentalidade... p. 467.

73 Processo Penal Constitucional. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

Quando o Juiz decide com base nos argumentos da avaliação desfavorável, dificilmente considera as alegações levantadas pela Defesa e analisa profundamente aquela avaliação com a outra favorável. Segundo Aury Lopes Jr.⁷⁴, *“a função do juiz fica reduzida a acolher os laudos e com isso há a perigosa fundição do modelo jurídico com o discurso psiquiatra. E o perigo está no excesso de subjetivismo, pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não. É a ditadura do modelo clínico. Para os juízes, o papel de mero homologador de laudos técnicos é muito cômodo. Eles acabam substituindo o discurso jurídico pelo discurso da psiquiatria, tornando sua decisão impessoal, inverificável e impossível de ser contestada”*.

Sobre impossibilidade de fundamentação genérica para embasar a medida de internação já se manifestou, por diversas vezes, o Superior Tribunal de Justiça⁷⁵.

Assim, os pedidos de avaliação psiquiátrica e pela Equipe Técnica do Juízo e a manutenção da medida de internação com base nestas avaliações violam direitos que são garantidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal.

O projeto de lei 1627/2007, que regulamenta a execução da medida socioeducativa de internação e está em trâmite no Congresso Nacional, busca pôr fim a discussão e dispõe que *“a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justificam a não substituição da medida por outra menos grave”* (art. 42, § 2.º)⁷⁶.

Referências Bibliográficas:

⁷⁴ A instrumentalidade... p.471

⁷⁵ *“O decisum foi baseado na gravidade do fato praticado e no inadequado perfil de um jovem de 14 anos, bem como no argumento de que a segregação do menor tem por objetivo a implantação de um “processo ressocializador mais eficiente”, motivação genérica, que não se presta para fundamentar a medida de internação”* (HC 24047/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26.11.2002, DJ 03.02.2003 p. 338). *“A decisão foi baseada na avaliação feita por técnicos, os quais concluíram pela falta de juízo crítico satisfatório do paciente relativamente à conduta por ele praticada, bem como pela necessidade deste receber tratamento psicológico sistemático e anti-drogas, antes de sua reinserção social, ressaltando-se a falta de respaldo familiar (fls. 18/19). Entretanto, tal motivação é genérica e não se presta para fundamentar a medida de internação, pois não encontra guarida no art. 122 da Lei n.º 8.069/90”* (HC 41059/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07.04.2005, DJ 02.05.2005 p. 393). *“O decisum foi baseado na avaliação feita por técnicos que concluíram pela imaturidade, influenciabilidade e agressividade do adolescente, o qual não teria condições de retornar ao convívio social, tampouco diante da falta de respaldo familiar (fl. 20). Nota-se que tal motivação é genérica, que não se presta para fundamentar a medida de internação, pois não encontra guarida no art. 122 da Lei n.º 8.069/90”*. (HC 36748/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28.09.2004, DJ 03.11.2004 p. 221) *“A personalidade do menor, por si só, não pode fundamentar a medida extrema de internação por prazo indeterminado, o alcance da imposição da internação/sanção deve cingir a situações excepcionais e previstas em lei”* (HC 34594/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 16.12.2004, DJ 18.04.2005 p. 395).

⁷⁶ Conforme redação final assinada pela relatora Deputada Rita Camata aprovada em 02/06/2009 na Câmara dos Deputados <http://www.camara.gov.br/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=667535>

CARVALHO, Salo de (coord.). Crítica à Execução Penal - Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo penal. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA NOVA FORMA DE SE PENSAR A JUSTIÇA. DA TEORIA À REALIDADE

Tatiana Belons Vieira
Defensora Pública do Estado de São Paulo

SUMÁRIO:

- 01 – Conceito filosófico de justiça;
- 02 – Uma forma diferente de justiça;
- 03 – O que é Justiça Restaurativa (conceito, comparação com o sistema retributivo, valores e base ética) ;
- 04 – Breve relato da Justiça Restaurativa no mundo e no Brasil;
- 05 – O projeto de Justiça Restaurativa em São Paulo – Capital;
- 06 – Justiça Restaurativa como política pública;
- 07 – Conclusão

1 Conceito Filosófico de Justiça

O tema Justiça é algo que inquieta a humanidade desde seus primórdios. Como defini-la? Quem detém esse poder? Como é aplicada? Muitos já refletiram sobre esse tema para o qual não há uma única resposta ou consenso. A humanidade ainda procura respostas para essas questões fundamentais e isso é da própria natureza humana, das idéias, do mundo em que vivemos.

Começemos por explicar sinteticamente o que Platão dizia em “A República” sobre o conceito de justiça.

Para este filósofo grego pós socrático que viveu no período clássico da filosofia grega (01), a justiça do mundo sensível era uma cópia mal feita do conceito de justiça do mundo inteligível. O mundo inteligível é o mundo das idéias onde os conceitos são puros. Vivemos no mundo sensível, quando aqui chegamos, temos uma visão deturpada de tudo e as coisas deste mundo são reflexo imperfeito do inteligível. Assim é com a Justiça, sua forma perfeita é o mais alto ideal de justiça existente no mundo inteligível. Aqui, no mundo sensível, ela é deturpada e o homem deve buscar ao máximo se aproximar daquele ideal de justiça que ele teve contato no mundo inteligível e do qual guarda reminiscências.

O conceito de justiça em Aristóteles é muito mais ligado ao mundo concreto, ele busca aproximar e dar certa concretude às idéias platônicas. Desenvolveu o que talvez seja justiça em “Ética a Nicômaco” notadamente no Livro V explicando justamente o que não é justiça.

Este Livro V é um discurso argumentativo no qual fictamente Sócrates figura como interlocutor. O primeiro conceito de justiça é aquela popular dada por um meteco que era comerciante no porto. Seria pagar o que se deve, agir com os outros como gostaria que agissem

consigo. O segundo conceito de justiça é que devemos bem proceder com os amigos e mal com os inimigos. Seria mais ou menos: “aos amigos tudo e aos inimigos nada” (03). O terceiro traz a “Justiça do mais forte”. Quem debate com Sócrates é um sofista de nome Trasímaco (04). Para ele justiça é aquela de quem tem o poder de subjugar o outro.

Aristóteles refuta todos estes falsos conceitos e explica que a Justiça está no meio, como uma régua de Lesbos (05) e a injustiça nas extremidades. É injusto tanto o excessivo rigor como a permissividade exacerbada. Deve-se procurar a proporção. Encontra-se a Justiça entre o que é legal (06) e equânime e entre o proporcional e isonômico. A busca de um ideal de justiça se dá na lei e não sua fria aplicação; isso deve ser feito de modo proporcional guardando as peculiaridades de cada caso.

Dando um salto no tempo e chegando a Königsberg na Alemanha do século XVIII, encontramos Kant, o verdadeiro divisor de águas da filosofia (07). Em sua conhecida obra da maturidade, “A Metafísica dos Costumes” (08), Kant elabora os conceitos de imperativo hipotético e categórico como máximas do proceder humano. O hipotético seria agir determinado por um fim certo, visando algum objetivo ou temeroso de punição. O categórico é agir pela consciência pura e simples do dever de agir, sem esperar algo em troca, por saber que isso é correto pela mais pura máxima de justiça.

Para Kant o homem é um fim em si mesmo que não pode ser usado como meio para obtenção de objetivos outros. O meu proceder justo tende a ser universalista e tem como premissa básica o respeito ao ser humano que não pode ser vilipendiado sob qualquer justificativa que seja. O bem maior é o ser humano, simplesmente por ser humano.

Mais um salto na história do pensamento ocidental e temos contato com Marx na Prússia que ainda não compunha o Estado Alemão (09). Ele faz um desdobramento do conceito de alienação de Feuerbach e trabalha a superestrutura como sendo os instrumentos mantenedores da dominação e perpetuação da infra-estrutura. Nesta daqui há a economia, propulsora da sociedade qualquer que seja ela e como elementos da superestrutura as artes, a Filosofia, o Direito (a justiça).

A justiça que Marx vê na Prússia é a justiça burguesa, que no mundo concreto é excludente, onde os que desfrutam dos direitos civis e políticos são muito poucos na sociedade, os burgueses. Para ele a verdadeira justiça é a que se encontra na sociedade comunista, que vem depois da revolução proletária e do estágio socialista. Justiça de uma sociedade igual onde não há luta de classes.

Estamos agora em 1970 nos Estados Unidos da América quando John Rawls publica “Uma Teoria da Justiça”, extremamente impactado pela posição discordante da cultura do vencedor (o “Winner”) que, numa visão utilitarista do ser humano, coloca como possível e até se incentiva punir para dar o exemplo. O homem como meio e não fim, contrapondo-se a Kant. Justiça para Rawls é sinônimo de equidade. Resgate de Aristóteles sobre a justa medida e a proporção isonômica. Busca fundamento em Kant ao dizer que o ser humano deve ser capaz de desenvolver todas as suas potencialidades sendo um fim em si mesmo, oposição ferrenha à teoria utilitarista (10).

Para Rawls justiça é sinônimo de equidade buscando uma harmonia entre justiça distributiva e comutativa, o formal e o materialmente justo. Dar a cada um proporcionalmente o que necessita não significa igualar todos (nunca foi esse o propósito de Rawls), quer dizer garantir um mínimo existencial onde o ser humano pode desenvolver suas potencialidades, seu projeto de vida. Objetiva-se igualar no caso concreto porém respeitando as diferenças e peculiaridades de cada um.

2 Uma Forma Diferente de Justiça

Pela síntese feita acima do significado de justiça, vê-se que ela foi produto do pensamento ocidental, talvez como diria Marx, instrumento de dominação econômica. Fato é que nós, enquanto seres humanos, vindos do ocidente, queiramos ou não, somos produto desse pensamento e temos isso introjetado na nossa forma de agir e ver o mundo.

É inegável, e desnecessário justificar usando Marx, que a expansão européia das Grandes Navegações, da busca por mercados consumidores levou a disseminação do pensamento ocidental para as mais diversas partes do mundo, muitas vezes impondo-se sobre as culturas locais. A justiça passou a ser aplicada nos moldes ocidentais, como se fazia na metrópole, desaparecendo as práticas consuetudinárias de composição de conflitos. Justiça da metrópole na colônia como instrumento de dominação (11).

Houve a descolonização nas Américas no século XIX e na Ásia e África no século XX depois da Segunda Guerra Mundial. Os países recém independentes queriam ser aceitos no cenário internacional e ser encarados com simpatia pelos seus cidadãos, para isso mais uma vez reproduziram os conceitos de justiça das antigas metrópoles. Vê-se inclusive que os sistemas regionais de Direitos Humanos foram feitos na esteira do modelo europeu, estamos falando do americano e africano. Uma peculiaridade interessante deste último é que embora com influência européia, houve uma ênfase no coletivo por ser notadamente importante para tais sociedades o conceito de pertencimento a determinado grupo, aldeia. Na cultura africana o ser humano tem mais a dimensão coletiva do que individual. Ele é o que é porque pertence ao grupo.

A justiça nos moldes ocidentais demonstrou-se incapaz de solucionar os problemas efetivos da comunidade, notadamente em locais onde a presença de minorias era muito grande, causando um certo choque cultural. Cite-se como exemplo o caso relatado no Seminário Internacional de Justiça Restaurativa – sua aplicabilidade no Brasil – por Adolfo Ceretti, juiz da Infância e Juventude de Milão (12) sobre a compreensão do furto na cultura italiana e na cigana onde até certa medida é admitido (13).

Esse choque cultural se deu também na Nova Zelândia onde prisioneiros de origem inglesa conviviam com os aborígenes maoris. Nesta comunidade quando havia um conflito, era costume sentarem em círculo para tentar resolvê-lo abordando suas raízes. Não saíam de lá enquanto isso não fosse feito. A prática de resolução de conflitos maori foi sendo perdida com a ocidentalização da justiça neozelandesa, como aliás se deu em todo mundo. Ela foi resgatada para que se pudesse pensar melhor numa solução ante a ineficácia (por que não falar falência?) do sistema ocidental. Começou-se a imaginar uma forma diferente de justiça.

Visando uma composição de conflitos diversa do modelo ocidental com o resgate das experiências milenares de como fazer justiça, pensou-se então na JUSTIÇA RESTAURATIVA.

3 O Que é Justiça Restaurativa (Conceito, Comparação com o Sistema Retributivo, Valores e Base Ética)

De acordo com a 2012/02 do Conselho Econômico e Social da ONU, Justiça Restaurativa seria:

“Um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro”.

Há uma recomendação para que os Estados participantes da ONU adequem sua legislação interna a fim de incluir em seus ordenamentos jurídicos esta forma diferente de se fazer justiça.

Por que diferente? Em quê termos isso se dá? Quais as mudanças necessárias para a implantação com qualidade?

Do próprio conceito acima mostrado já se pode antever as diferenças.

Se o ato praticado por alguém (14) causou ofensa, significa que de alguma forma houve uma desestrutura que levou a esta conduta. Algo não estava bem e por isso gerou a ofensa. A abordagem restaurativa não leva em conta apenas o ato mas porque ele foi praticado. Isso é trabalhado com um olhar no futuro de todos os agentes envolvidos e não no passado. Sua função é recompor com qualidade e não punir, estigmatizar. Fala-se sobre o ato com todos que foram afetados por ele e não com elementos totalmente alheios ao conflito (15). Pensa-se junto sem qualquer relação de hierarquia uma solução voltada para o futuro, para que isso não mais aconteça. Restauram-se relações, mas com qualidade, abordando as causas da desestrutura.

O sistema tradicional de justiça, aquele ocidental que se propagou pelo mundo e se demonstrou ineficaz, como acima dito, tem as seguintes características:

- a) tratamento isolado do autor do ato e sua estigmatização como inimigo da sociedade;
- b) punição como resposta;
- c) posição antagonista do processo com atuantes estranhos a ele;
- d) função intimidatória;
- e) ato visto de maneira linear por um complexo e custoso aparato institucional.

Diante de todo conceito de Justiça trabalhado no início do texto, não fica difícil de concluir que esse sistema retributivo não produz justiça, trazendo muitas vezes mera retaliação. É celebre a frase de Gandhi que diz ser “violência todo ato que frustra um projeto de vida”. Muitas vezes uma decisão nos moldes tradicionais com todos os vícios apontados acima representa uma violência.

Na abordagem restaurativa:

a) As pessoas são vistas como redes de relacionamentos e não como meros indivíduos. São seres humanos que atuam e interagem numa determinada sociedade, a qual eles têm uma relação de pertencimento e não estigmatização. Afinal, não é apartando do convívio social alguém que foge às regras que a questão estará solucionada;

b) Os atos praticados são sinais de desarmonia em relacionamento entre pessoas; então são analisadas as dimensões física, mental e emocional de cada indivíduo. O foco está nas causas do ato, nele propriamente dito e principalmente nas suas conseqüências. A resposta é um acordo elaborado onde cada um dos participantes tem uma função. Isso reforça a noção de pertencimento falada no item anterior e também a restauração com qualidade;

c) Na abordagem restaurativa não há antagonismos. Senta-se em círculo para conversar sobre o ocorrido. Não é um debate tipicamente sofista, todos estão ali em relação de igualdade e têm a chance de dizer ao outro de que maneira o ato o afetou, o que causou a prática da conduta. Estão ali os que foram afetados, procuram neste encontro conversar e pensar juntos uma solução que parte do grupo. Vê-se o resgate das técnicas ditas primitivas de solução de conflitos onde se

sentava em círculo para resolvê-lo com todos os membros do grupo afetados e não se saía dali até que fosse solucionado porque isso acabava afetando a coletividade como um todo;

d) A função é restaurativa. Busca-se uma reflexão acerca da responsabilidade de cada um com a desestrutura ocorrida. Não visa intimidar, dar lição de moral. Através de um facilitador devidamente capacitado para a função, as responsabilidades são trabalhadas e é pensada uma restauração das relações sociais com os olhos no futuro. Como dito acima, é elaborado um acordo e depois há a verificação de seu cumprimento;

e) O ato é visto como resultado de diversos fatores de ordem social, psicológica, econômica, física, mental, entre outros. Se a desestrutura surgiu na sociedade, nada melhor do que ela mesma para tratar disso com seus próprios agentes. O que se exige como estrutura mínima é muito mais barato do que todo aparato judicial.

Pode-se dizer que a justiça restaurativa é um meio alternativo de solução de conflitos, assim como a mediação. O que as difere? Na mediação o enfoque é nos sujeitos diretos envolvidos. Na Justiça Restaurativa além dos diretos (chamemos didaticamente de autor/réu) agem também os indiretos, ou seja, os que se sentiram de alguma forma afetados pelo ato. Amplia-se o foco, o campo de atuação justamente para, como dito acima, recompor com qualidade a desestrutura causada.

Uma indagação inquietante é como ficam todas as garantias constantes dos tratados internacionais de Direitos Humanos e da grande maioria dos ordenamentos jurídicos?

Tais garantias são devidamente observadas, não poderia ser diverso, já que refletem as conquistas de uma civilização frente ao arbítrio e desrespeito à dignidade humana. Não se pode desprezar o que foi reflexo de muita luta pela positivação de direitos. A Justiça Restaurativa, forma alternativa de solução de conflitos, congrega todos esses valores positivados nos tratados internacionais de Direitos Humanos e nos ordenamentos jurídicos nacionais com as técnicas “primitivas” de composição das sociedades aborígenes. Portanto, observam-se os preceitos básicos constantes nos citados documentos com o ganho da aplicabilidade dessa experiência tão válida e engrandecedora das sociedades aborígenes. É um exemplo de multiculturalismo onde ocorre a junção acima mostrada.

Há valores que regem a Justiça Restaurativa:

- a) Empoderamento de todos os envolvidos e sua participação na solução do conflito;
- b) Igualdade e respeito nas relações humanas;
- c) Busca de sentido e pertencimento na responsabilização dos danos causados;
- d) Satisfação das necessidades a partir da solução do conflito.

A base ética da Justiça Restaurativa está na:

- a) Horizontalidade entre os envolvidos;
- b) Cooperação voluntária no processo;
- c) Reconhecimento da humanidade de todos;
- d) Reconhecimento dos anseios dos envolvidos por valores que todos têm em comum;
- e) Respeito pelas fortes emoções que pessoas vítimas de transgressões podem experimentar;
- f) Ênfase no contexto social do fato;

- g) Responsabilidade de todos pelas futuras conseqüências das transgressões;
- h) Ações que buscam curar e restaurar o valor simbólico e real do que foi perdido e quebrado.

Além dos valores e da base ética, a Justiça Restaurativa não é algo do plano abstrato, este novo conceito de como fazer justiça já vem sendo aplicado em diversos países, inclusive no Brasil.

4 Breve Relato da Justiça Restaurativa no Mundo e no Brasil

Citar-se-á aqui alguns exemplos ilustrativos de aplicação da Justiça Restaurativa ao redor do mundo e no Brasil que, entretanto, guardam suas peculiaridades. Não há fórmula pré-concebida e engessada de como colocar em prática esta idéia sob pena da sua perda de eficácia por não respeitar as culturas desses diversos locais, como fez muitas vezes a já aludida justiça tradicional (ocidental).

A Justiça Restaurativa vem sendo colocada em prática na Nova Zelândia há mais de 30 anos. Tudo começou quando a população Maori, diante do grande número membros de sua comunidade no sistema tradicional de justiça, resolveu reclamar o direito de exercer sua própria justiça garantido pelo tratado de Waitangi de 1840. De acordo com os valores da cultura Maori quando um adolescente comete um ilícito, o seu grupo familiar tem muito a dizer sobre o ocorrido. O governo neozelandês autorizou expressamente a Justiça Restaurativa em casos envolvendo adolescentes através do “Children Young Person and Their Family Act” de 1989. Gabrielle Maxwell (16) relatou que há muitos efeitos positivos na aplicação das práticas restaurativas, um deles é a conquista do respeito de todos os envolvidos mudando a forma de pensar das pessoas porque no “processo restaurativo nós lidamos com emoções e é diferente do sistema tradicional de justiça” (17). Na vertente neozelandesa do projeto entende-se que ele é válido também para os crimes de grande potencial ofensivo porque suas causas são bem trabalhadas nos círculos restaurativos.

O Canadá apresentava uma taxa de encarceramento muito alta se comparada a países europeus. A grande maioria dos jovens que estavam em prisões era em decorrência de furtos simples e não feitos violentos. Quando se tratava de casos graves a pena recebida era maior do que se fossem adultos e ainda mais altas se aborígenes. A discriminação contra os aborígenes no sistema de justiça canadense é há muito estudada. Optou-se então pelo “Legal Pluralism” que seria uma relação justa entre o sistema indígena e não indígena de justiça. Em 1999 houve uma reforma no sistema de justiça destinado aos adolescentes (18) tendo como objetivos básicos: promover uma resposta objetiva e oportuna à conduta do ofensor; incentivar o ofensor a reconhecer e reparar o dano causado; incentivar o envolvimento das famílias com o ocorrido; proporcionar à vítima a oportunidade participar das decisões a serem tomadas e receber uma reparação; respeitar os direitos e liberdades dos jovens de modo que a resposta seja proporcional à ofensa.

Na Itália a experiência de Justiça Restaurativa começou com um grupo de Magistrados em Turim no ano de 1994, tendo foco na mediação vítima-ofensor. Há projetos em Trento, Catanzaro, Roma, Bari, Milão, Sassari, Cagliari e Foggia. Notadamente o de Milão é interessante por trabalhar com a diversidade cultural em decorrência do grande número de ciganos provenientes principalmente da Romênia (19). Lá os capacitadores passam por um treinamento de 200 horas que os habilita a lidar com os casos que lhes são colocados. Um encontro restaurativo pode durar até 07 horas e é norteado pelos seguintes princípios: Gestão pacífica do conflito e dirigida à reconstrução

dos laços familiares; atenção à vítima do delito; fazer com que o autor enxergue suas responsabilidades; educação do autor tendo em conta ser ele pessoa em desenvolvimento (adolescente); preocupação com a dimensão emotiva e humana da conduta; importância de um espaço livre de encontro onde a palavra é franqueada a todos para a afirmação de um conceito distinto de responsabilidade; respeito e observação às garantias contidas nos tratados internacionais de Direitos Humanos e no ordenamento jurídico italiano; ideia restaurativa como um instrumento fecundo para superar a tradicional concepção de pena.

A experiência da África do Sul com Justiça Restaurativa é dotada de uma conotação filosófica, política e social muito peculiar. Se a expressão Justiça Restaurativa passou a ser usada somente após 1992, seu espírito, conceito, noções já estavam contidos há tempos imemoráveis na cultura sul-africana. Para eles, “Ubuntu” é o espírito da humanidade e se acredita que a educação de uma criança é responsabilidade de toda comunidade. “Ubuntu” é também uma filosofia de vida e encerra a noção de que “a pessoa assim o é porque há outros com os quais ela convive”(20). Nesse conceito encontra-se também a ideia de reconciliação, restauração e harmonia. Essa cultura foi perdendo espaço com o Apartheid. Para que as violações aos Direitos Humanos ocorridas nesse tão triste período da história sul-africana não ficassem impunes como aconteceu com as ditaduras da América Latina, buscou-se na cultura local as bases dessa restauração no que talvez tenha sido a mais famosa experiência de Justiça Restaurativa. A “Comissão da Verdade e Reconciliação” (21) procurou entender os atos políticos que tantas violações aos Direitos Humanos causaram. Sendo assim, “deu às vítimas que sofreram violações em seus direitos elementares a possibilidade de falar e perguntar aos perpetradores destes atos. Este tipo de justiça de alto conteúdo político, devolveu o poder às vítimas, trabalhou a responsabilidade dos autores e pretendeu reparar os danos causados às vítimas” (22). No que se refere à aplicação da Justiça Restaurativa aos adolescentes, resgatando a noção de “Ubuntu”, foram capacitadas pessoas da comunidade local tendo em vista suas peculiaridades, vivência e necessidades.

No Brasil o projeto vem sendo aplicado desde 2004 tendo origem na secretaria de Reforma do Judiciário e sendo encampado pelo PNUD (23). Foi feita inicialmente uma experiência em Porto Alegre onde as práticas restaurativas são aplicadas na execução de medidas sócio-educativas justamente para preparar o adolescente para reinserção na sociedade. Em Brasília a aplicação se dá nos crimes submetidos ao JECRIM (24). Em São Caetano do Sul, Guarulhos e São Paulo – Capital a Justiça Restaurativa é aplicada na fase de conhecimento do ato infracional.

Por que no Brasil esta vertente judicial do projeto? Por que primeiramente com adolescentes e nos crimes submetidos à L. 9099/95?

O projeto foi implantado no Brasil pelas mãos do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública porque nesta Comissão para Reforma do Judiciário de 2004 havia membros dessas carreiras que se interessaram por ele, decidiram levar a idéia adiante impressionados sobretudo pela experiência neozelandesa mostrada no seminário “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”.

Escolheu-se a atuação com adolescentes porque o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe do instituto da remissão que dá maior maleabilidade ao sistema permitindo uma atuação onde se privilegia o melhor interesse do adolescente em atenção à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esses princípios estão contidos no artigo 227 da Constituição da República de 1988, norteiam o ECA e a atuação de todos os agentes que trabalham com Infância e Juventude no Brasil. Adequam-se perfeitamente às idéias restaurativas e podem ser aplicados sem necessidade premente de mudança legislativa. Seria, portanto uma atuação apoiada na flexibilidade proporcionada pelo instituto da remissão e nos princípios citados. É perfeitamente compatível com a

Constituição da República de 1998 e com o ECA, não se podendo falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil no campo da Infância e Juventude.

Quanto ao projeto de Brasília, a atuação nos crimes submetidos à L. 9099/95 se deu pela facilidade do instituto da transação penal e também, como explicado na observação de número 24, o magistrado que se interessou em colocar em prática a idéia tem competência funcional para atuar no JECRIM. Aliou-se, portanto a faculdade legal da transação com a competência funcional do magistrado (25).

Uma peculiaridade interessante do projeto de São Caetano do Sul é que atualmente além de ser estendido também aos crimes submetidos à L. 9099/95, abarca de modo experimental os casos de violência doméstica e também na área cível (26).

5 O Projeto de Justiça Restaurativa em São Paulo – Capital

Este projeto está em vigor desde setembro de 2006 quando o juiz que se interessou por ele recebeu uma designação especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para seu desenvolvimento (27). Assim também foi feito com a promotora que nele atua (28). E em maio de 2007 a Defensoria Pública designou uma defensora para atuar no projeto (29).

Resulta de uma parceria com a Secretaria da Educação porque se acredita que a escola é um microcosmo onde as desestruturas aparecem e podem ser lá trabalhadas.

Baseai-se no seguinte tripé:

- a) Mudança estrutural da concepção hierárquica escolar;
- b) Trabalho conjunto com uma rede de apoio organizada;
- c) Locais adequados onde são realizados os pré-círculos, círculos e pós-círculos restaurativos.

Como visto acima, de acordo com as ideias restaurativas, não há preponderância de funções. Todos num encontro restaurativo têm igual valor, o de seres humanos, despem-se dos papéis que normalmente representam na sociedade. Busca-se compreender o outro na sua integralidade sem preconceitos, hierarquia para que o outro aja da mesma forma. Diagnosticada a desestrutura, pensa-se junto uma solução. Não significa ausência de punição ou responsabilização, de acordo com os próprios ensinamentos restaurativos, trata-se de uma outra forma de responsabilização, aquela na qual a dor do outro é compreendida e significa elemento de mudança.

O trabalho em equipe se faz com a rede de apoio devidamente organizada onde cada agente tem consciência da sua função e as soluções são pensadas conjuntamente visando o melhor interesse do adolescente. Para isso, são feitas reuniões semanais e mensais de acompanhamento onde os casos são trabalhos sem qualquer relação de hierarquia nas sugestões de encaminhamento. A rede de apoio consiste por exemplo nos Conselhos Tutelares, postos de cumprimento de liberdade assistida, centros comunitários de apoio à criança e ao jovem, dirigentes de abrigos ou entidades de proteção, diretores e professores das escolas participantes, membros de ONGs que se dedicam a proteção da criança e do adolescente na região, entre outros.

Locais adequados aos círculos restaurativos são locais onde as pessoas convidadas a participar dos encontros se sintam acolhidas e à vontade para expor sem receio seus pontos de vista. O pré-círculo é uma abordagem explicativa do círculo que se faz separadamente com cada

envolvido no conflito. O círculo propriamente dito é o encontro onde a desestrutura é trabalhada. Nele se elabora um acordo onde cabe a cada um a execução de determinadas tarefas. No pós-círculo é verificado o cumprimento desse acordo. Os relatórios vêm ao processo para que sejam analisados pelo magistrado, promotora e defensora.

Inicialmente foi escolhida a região de Heliópolis por ser mais próxima da de São Caetano do Sul onde o projeto já estava dando certo. Em dezembro de 2007 decidiu-se expandi-lo para toda região centro-sul da Capital. Agora em 2009 há algumas escolas da região leste que também adotaram a Justiça Restaurativa. Já se pensa na aplicação na área de família do projeto, para tanto estão envolvidos na efetivação da ideia os fóruns regionais de São Amaro e Ipiranga.

São feitas também reuniões na comunidade em escolas, centros comunitários, locais de convivência social para explicar e elucidar as pessoas sobre o que é Justiça Restaurativa.

6 Justiça Restaurativa como Política Pública

Visando a difusão do projeto por todo município e Estado de São Paulo são feitas reuniões para mostrar de forma crítica os erros e acertos do que já foi implantado de Justiça Restaurativa no nosso Estado, expandindo-o com a observância dos preceitos, valores, base ética.

O reconhecimento pelo Poder Público da Justiça Restaurativa como política pública significa maior atenção e apoio do Executivo para implementação do projeto em larga escala, mas com qualidade. Como a Justiça Restaurativa é uma mudança de mentalidade, de conceitos hierarquizados de poder, de mentes muitas vezes estigmatizantes e preconceituosas, essa ideia não deve ser imposta, sob pena de estar fadada ao insucesso.

Busca-se por certo a adoção pelo Executivo da Justiça Restaurativa como política pública para sua difusão, mas com consciência da responsabilidade de quem se dispõe a atuar no projeto para que ele seja implementado com qualidade e não seja apenas mais uma boa ideia esquecida.

7 Conclusão

Do mais puro ideal de justiça colocado por Platão, aquela do mundo inteligível, à concretude aristotélica onde a justiça está no que é legal e equânime, ao mesmo tempo isonômico e proporcional, a justiça das peculiaridades do caso concreto; o ser humano visto como um fim em si mesmo sem preconceitos e estigmatizações observando-se a equidade de Rawls (30); o que propõe a Justiça Restaurativa (31) é repensar o próprio conceito de justiça e a quem cabe esse mister.

Fusão do pensamento filosófico ocidental que orientou toda doutrina moderna de Direitos Humanos, a elaboração dos tratados internacionais em consonância com as garantias adquiridas num incessante processo histórico de luta e das técnicas de solução de conflito das comunidades aborígenes; a Justiça Restaurativa se coloca como um meio alternativo de solução de conflitos resultado do mais puro multiculturalismo, verdadeiro intercâmbio de experiências.

Seus princípios, valores, base ética, peculiaridades não são absolutamente idênticos, como se pôde notar dos exemplos apresentados, em todos os lugares onde é aplicada. Isso não

significa arbítrio ou total desregulamentação, é resultado de um princípio sociológico básico segundo o qual qualquer que seja o projeto a ser implementado em dada sociedade, deve ser adequado às peculiaridades locais, sob pena de insucesso. Não é por outra razão que o projeto de São Paulo – Capital que começou em Heliópolis, ao lado de São Caetano, difere deste em muitos aspectos.

O ideal de Justiça Restaurativa é devolver à comunidade o poder de compor seus conflitos, mas com todas as garantias adquiridas ao longo da história dos Direitos Humanos.

Se grandes passos já foram dados, muito ainda falta para se atingir o ideal porque uma nova concepção de justiça deve ser assimilada pela comunidade, sobretudo se lidamos diretamente com valores hierárquicos muito arraigados no seu tecido social.

Uma mudança consciente de mentalidade não se faz de uma hora para outra, são necessários muitos ajustes. Incontáveis erros e acertos são computados nas histórias dos citados projetos.

Fazer Justiça é algo que se aprende dia-a-dia e que está ao alcance de toda comunidade, com seriedade, regras básicas, consciência da mudança. A Justiça Restaurativa se propõe ser uma nova forma de fazer Justiça.

Notas:

01 – o período clássico da filosofia grega foi o Século V Ac, no governo de Péricles em Atenas. Platão era discípulo de Sócrates que não deixou nada escrito.

02 – Aristóteles era discípulo de Platão e Plotino, seu viés é muito mais racionalista. Lança as bases do racionalismo filosófico trabalhado depois por Immanuel Kant. É bom frisar que há uma predominância do racionalismo em Aristóteles, seria simplista demais encará-lo apenas como tal. Assim como a preponderância do pensamento platônico está no mundo das idéias, mas ele também nos deixou lições sobre materialismo.

03 – esta visão de justiça se explica porque Atenas viva em guerra e a sociedade era fragmentada em grupos de interesse, muitas vezes a “justiça” diferia dependendo do grupo ao qual se pertencia.

04 – os sofistas usavam o idioma como arma, a esgrima da palavra, são os tidos “Pais da Retórica”, ganhavam para defender as pessoas.

05 – régua utilizada para mensurar terrenos porque era maleável.

06 – vontade do legislador.

07 – Antes de Kant o objeto da filosofia a era o que chamamos de “as grandes questões da humanidade”, depois dele passou a ser o sujeito.

08 – Kant a escreveu aos 65 anos e foi resultado de muita reflexão.

09 – a unificação alemã deu-se em 1871 e estamos falando do Marx jovem nos anos de 1840.

10 – a política de cotas estadunidense dos anos 70 se baseou na teoria de Rawls.

11 – justiça entendida aqui tanto como produto do pensamento filosófico ocidental e também ordenamento jurídico.

12 – em italiano se diz “dei minorelli” (dos menores) como ele mesmo falou.

13 – Prof. Ceretti relatou que os ciganos que habitam a Itália em geral são provenientes da Romênia e da ex- Iugoslávia.

14 – pode ser na esfera cível ou criminal, a aplicação é extremamente ampla.

15 – juiz, promotor, defensor.

16 – Gabrielle Maxwell é uma das maiores estudiosas sobre o tema de Justiça Restaurativa na atualidade. Trabalha com as práticas restaurativas na Nova Zelândia e deu uma palestra no Seminário Internacional sobre Justiça Restaurativa em Belo Horizonte.

17 – “In restorative process we deal with emotions. It’s different in traditional justice”.

18 – Young Criminal Justice Act.

19 – Relato do Prof. Ceretti no Seminário Internacional de Justiça Restaurativa em Belo Horizonte.

20 – A noção de “Ubuntu” liga-se àquela noção de pertencimento à comunidade muito presente na cultura africana e que orientou inclusive a criação do Sistema Regional de Direitos Humanos Africano.

21 – Truth and Reconciliation Commission

22 – Tradução livre de um trecho contido na página 539 da obra “Justicia Restaurativa – possibilile respuesta para el delito cometido por personas menores de edad – “.

23 – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - Secretaria Especial de Direitos Humanos.

24 – Esta opção foi feita porque o juiz que se dispôs a trabalhar no projeto tinha competência para atuar no JECRIM.

25 – Asiel Henrique de Sousa.

26 – Isto foi possível diante da competência funcional do juiz de São Caetano do Sul. A ampliação do projeto nos foi apresentada pelo Eduardo Rezende Melo numa reunião de acompanhamento dos projetos em andamento no Estado de São Paulo em dezembro de 2007 na Escola Paulista da Magistratura.

27 – Egberto de Almeida Penido.

28 – Luciana Bergamo Tchordadjian.

29 – Tatiana Belons Vieira

30 – Rawls nesse sentido resgata Aristóteles

31 – não necessariamente apoiada de modo explícito nos citados filósofos. Baseando-se porém no pensamento filosófico ocidental do conceito de justiça e de garantias.

Referências Bibliográficas:

PLATÃO. A República. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Bauru. Edipro. 2ª ed. 2007.

- KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Bauru. Edipro. 2003.
- MARX, Karl Henrich. A Questão Judaica. São Paulo. Centauro Editora. 5ª Ed. 2005.
- MARX, Karl Henrich. O Manifesto Comunista. São Paulo. Centauro Editora. 2005.
- MARX, Karl Henrich. O Capital. São Paulo. Centauro Editora. 2003.
- MARX, Karl Henrich. A Ideologia Alemã. São Paulo. Centauro Editora. 2001.
- RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo. Martins Fontes. 2002.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo. Editora Saraiva. 8ª Ed. 2007.
- DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos - Brasília. Secretaria de Reforma do Judiciário. 2005.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni. 2004.
- BRANCHER, Leoberto. Iniciação em Justiça Restaurativa: subsídios de práticas restaurativas para a transformação de conflitos. Porto Alegre. Escola Superior da Magistratura. 2005.
- MADZA, Ednir. Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania. São Paulo. CECIP. 2007.
- Seminário Internacional de Justiça Restaurativa – sua aplicabilidade no Brasil – realizado em Belo Horizonte – MG nos dias 05,06 e 07 de novembro de 2007.

O DIREITO AO PERDÃO JUDICIAL: A REMISSÃO COMO DIREITO SUBJETIVO FUNDAMENTAL DO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL.

Thiago Santos de Souza⁷⁷

Rodrigo Farah Reis⁷⁸

Resumo:

Com o advento da Normativa Internacional, da Constituição Federal de 1988 e do ECA, crianças e adolescentes, inclusive adolescentes infratores, tornaram-se sujeitos de direitos, com base na *Doutrina da Proteção Integral*. Nesse prisma, a característica peculiar de crianças e adolescentes serem **peças em desenvolvimento** levou a normativa juvenil, principalmente a internacional, a considerar a *Justiça da Infância e Juventude*, necessariamente, **mais benéfica** do que a aplicada aos adultos em conflito com a lei. Nesse contexto, de acordo com as diretrizes internacionais de proteção aos direitos humanos juvenis ratificadas pelo Brasil, o instituto da remissão é direito materialmente fundamental dos adolescentes infratores, quando preenchidos os requisitos legais estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo parte do Bloco de Constitucionalidade a que alude o artigo 5º, § 2º, da CF.

Palavras-Chave:

Adolescente em conflito com a lei - Normativa Internacional e Doméstica - Bloco de Constitucionalidade – Doutrina da Proteção Integral – Princípio da Prioridade Absoluta - Característica peculiar de crianças e adolescentes serem pessoas em desenvolvimento – Justiça da Infância e Juventude especializada e mais benéfica da aplicada aos adultos - O direito ao perdão – a remissão como direito subjetivo fundamental do adolescente acusado da prática de ato infracional.

Os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8069/90), quando analisados conjuntamente, permitem verificar que crianças e adolescentes deixaram de ser objeto de intervenção Estatal e passaram a ser sujeitos de direitos, com poder de invocar toda a proteção pertinente a um adulto, sem prejuízo de *uma proteção especial*, que encontra fundamento na *Doutrina da Proteção Integral*, aceita nos dias atuais.

Com efeito, graças às modificações no cenário normativo internacional, sobretudo com o advento da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, os diversos países signatários, inclusive o Brasil, transformaram suas legislações internas, visando a adaptá-las às novas

⁷⁷ Defensor Público do Estado de São Paulo, lotado na Regional de Santos, responsável pela Seção da Infância e Juventude;

⁷⁸ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos – UNISANTOS e Estagiário de Direito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

concepções de proteção aos direitos infanto-juvenis, que foram enfim reconhecidos sob o signo da prioridade, em razão da difusão da idéia de que há efetivo interesse das nações em proporcionar às crianças e aos adolescentes de todo o mundo o desenvolvimento sadio e equilibrado da sua personalidade.

É que a comunidade internacional, seguindo a filosofia da Proteção Integral, tornou crianças e adolescentes em sujeitos de direitos que, em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, merecem respeito e proteção familiar, social e estatal, assegurando-lhes não só os direitos e garantias conferidos aos adultos, como também direitos específicos, voltados ao cabal atendimento das necessidades e dos interesses próprios da fase infanto-juvenil da vida humana.

Flávia Piovesan endossa esse raciocínio, ensinando que:

“A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade” (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Saraiva. 2006. 7ª Ed. P. 199)

Por conseguinte, as legislações domésticas dos países signatários tiveram que se adaptar à mudança de paradigma, abandonando velhas concepções segundo as quais crianças e adolescentes eram considerados objetos de intervenção estatal.

No Brasil, por exemplo, a já revogada legislação menorista, capitaneada pelo famigerado Código de Menores, era direcionada à tutela apenas das crianças e dos adolescentes que se encontravam em “situação irregular”, por causa da miserabilidade familiar ou da prática delitiva.

Em consequência dessa legislação, crianças e adolescentes carentes e infratores recebiam exatamente o mesmo tratamento, e suas necessidades basilares não eram atendidas de forma adequada, até mesmo porque não existia a efetiva preocupação com a concretização de direitos fundamentais, que sequer eram reconhecidos pelo Estado Brasileiro.

Para os adeptos dessa teoria, a situação irregular levava o “menor” ao estado pré-delinqüencial, e a privação da liberdade em internatos era a única solução para esse problema. O Estado, então, intervia para tutelar o “menor”, retirando-o da irregularidade.

Ocorre que, em nome do bem-estar do “menor”, verdadeiras atrocidades foram cometidas pelo Estado Brasileiro, que, de forma indiscriminada, restringia o direito de liberdade de crianças e adolescentes desamparados. Em última análise, punia-se com segregação e afastamento do convívio familiar a criança ou o adolescente pobre, e pouco ou nada se investia na família natural, que permanecia desorganizada.

Karyna Batista Sposato, com pena de ouro, assevera que, à época do Código de Menores:

“Se de um lado a minoridade estava resguardada da aplicação da lei penal comum, de outro sua situação como objeto de estudo e intervenção favoreceu o exercício do poder e do arbítrio sob o nome da doutrina da situação irregular [...] O modelo tutelar da intervenção

sociopenal destinado aos adolescentes permitia não só a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais na imposição das medidas, como também a continuidade da institucionalização desses jovens no sistema destinado aos adultos.” (O Direito Penal Juvenil. Revista dos Tribunais, 2006. P. 47/49)

Ao aderir aos tratados internacionais que versavam sobre os direitos humanos do público infante-juvenil, o Brasil, em caráter definitivo, assumiu o compromisso internacional de abandonar a visão menorista que até então vigia, elevando as crianças e os adolescentes à condição de sujeitos de direitos merecedores de Proteção Integral, independentemente da análise de regularidade de sua situação.

Por essa razão, a Constituição Federal de 1988, assentada nas idéias oriundas dos tratados internacionais, consagrou a Doutrina da Proteção Integral em seu artigo 227, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar a todas as crianças e adolescentes seus direitos fundamentais, com prioridade absoluta.

Nessa esteira, editou-se também a Lei Federal 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamentou o dispositivo constitucional em comento, revogando a legislação menorista e exorcizando os ranços tutelares da doutrina da situação irregular.

De acordo com o artigo 3º do ECA, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, que foi alçada à condição de pressuposto essencial ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do público infante-juvenil.

Dessa forma, o ECA reconheceu que as crianças e os adolescentes têm direitos inerentes à sua condição humana, impondo ao Estado, à família e à sociedade o dever de protegê-los, com prioridade absoluta.

Sobre a adoção da Doutrina da Proteção Integral no Brasil, valem ser transcritas as palavras de Martha de Toledo Machado, “in verbis”:

“Ancorada no paradigma da proteção integral, a Constituição brasileira de 1988 inaugurou novo tratamento jurídico a crianças e adolescentes, fundado na concepção central de que eles vivem peculiar situação (pessoas em processo de desenvolvimento físico, psíquico, cognitivo, social etc). Condição que demanda respeito e especial proteção jurídica, também pela maior vulnerabilidade deles na fruição, reivindicação e defesa de seus direitos, quando comparados aos adultos. Condição especial que demanda o reconhecimento de direitos especiais [...] para que a dignidade da criança e do adolescente seja efetivamente resguardada. E condição que impõe [...] proteção integral e prioritária” (Manual de Direitos Difusos. Verbatim, 2009. P. 147/148)

É imprescindível repisar que, em todos esses instrumentos normativos, procurou-se afirmar a criança e o adolescente como sujeitos de direito merecedores de proteção. Para que essa proteção almejada pelo legislador seja integral, deve englobar não somente a necessária concretização dos direitos conferidos aos adultos, como também o reconhecimento de direitos específicos do público infanto-juvenil, decorrentes da peculiar situação de pessoa em desenvolvimento.

Em outras palavras, a doutrina da proteção integral advinda dos textos normativos internacionais e adotada pela Constituição Federal e pelo ECA preconiza o respeito à situação da criança e do adolescente, que merecem proteção integral, especializada e prioritária, o que se faz através da efetivação de todos os direitos fundamentais genéricos e específicos que lhes são conferidos pelas diversas normas que tratam do assunto.

É de se ver, ainda, que a doutrina da proteção integral reconhece a criança e o adolescente como pessoas em peculiar situação de desenvolvimento, o que autoriza a concessão de tratamento especializado ao público infanto-juvenil, com vistas ao atendimento cabal de suas necessidades basilares e interesses fundamentais.

Nesse prisma, em sendo as crianças e os adolescentes pessoas em peculiar situação de desenvolvimento, a normativa juvenil, principalmente a internacional, tratou de idealizar a implementação de uma *Justiça Especializada da Infância e Juventude*.

Aliás, forçoso ressaltar, por oportuno, que a necessidade de uma Justiça Especializada atende às diretrizes constantes do artigo 228 da CF, atinente à inimputabilidade penal.

Por força desse dispositivo constitucional, todas as pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos, ainda que cometam crimes ou contravenções penais, não podem ser responsabilizadas perante a Justiça Penal Comum, pois a elas não se aplicará pena de qualquer espécie.

Wilson Donizete Liberati, comentando o assunto, ensina que a inimputabilidade:

“considerada causa legal de excludente de culpabilidade, ou seja, de exclusão da responsabilidade penal, significa uma absoluta irresponsabilidade pessoal diante do crime ou contravenção penal (ato infracional) praticado, tendo como base apenas a idade cronológica [...] Entretanto, a segunda parte da mesma norma conduz o intérprete a reconhecer que uma legislação especial determinará regras e mecanismos de responsabilização para autores de ato infracional com idade inferior a 18 anos. Isso significa que esses sujeitos não ficarão impunes, mas deverão ser submetidos ao procedimento definido pela legislação especial” (Processo Penal Juvenil. Malheiros, 2006. P. 65/66)

Assim, por causa de expressa disposição constitucional, a responsabilização penal de crianças e adolescentes precisou ser regulamentada por lei específica, orientada pelos princípios regentes da proteção integral, notadamente pelo princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Essa legislação específica, atualmente, é o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que dedica parte de seus dispositivos não somente à elaboração de um procedimento para

apuração do ato infracional, como também à descrição das medidas sócio-educativas, que são aplicadas àqueles que, após o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, forem definitivamente condenados pela prática de delito definido em lei (artigo 103 do ECA).

E o ECA foi mais longe para concretizar o teor do artigo 228 da CF, pois, além de assegurar a especificidade do procedimento e das medidas aplicadas ao adolescente condenado, previu a criação de varas judiciais especializadas e exclusivas da infância e da juventude (artigo 145 do ECA), com competência para conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis.

Inaugurou-se, assim, a Justiça Especializada Infante-Juvenil, que aplica ao caso concreto o procedimento especial de apuração da ocorrência de ato infracional, cercado de todas as garantias penais-constitucionais, com vistas a aplicar a medida sócio-educativa mais adequada ao adolescente, se for hipótese de condenação, após o trânsito em julgado.

Essa Justiça Especializada deve ser mais benéfica do que a Justiça Penal destinada aos adultos, em homenagem à idéia de que os adolescentes são pessoas em situação de desenvolvimento da personalidade e de adaptação ao contexto social em que estão inseridos.

Assim, por ser mais benéfica, a Justiça Infante-Juvenil deve concretizar os ideais de Proteção Integral do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que ocorrerá, por exemplo, se for mantida a excepcionalidade da aplicação de medidas sócio-educativas privativas da liberdade, cujo cabimento se restringe à comprovação da efetiva ocorrência de uma das hipóteses taxativamente arroladas na própria lei, no artigo 122.

É que as medidas de semiliberdade e de internação são aplicadas ao adolescente infrator apenas nos casos em que o ato infracional for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, ou na hipótese de reiteração na prática de atos graves. A internação poderá, ainda, ser decretada, pelo prazo máximo de três meses, como forma de sanção pelo descumprimento de outra medida anteriormente aplicada.

Não há outras situações que permitam a restrição da liberdade do adolescente, sendo vedada, inclusive, a interpretação ampliativa das hipóteses legais, porque representa analogia maléfica, proscrita pelo ordenamento jurídico nacional.

Verifica-se, pois, que os atos infracionais brandos (furto, apropriação indébita, receptação etc) não podem sujeitar o adolescente às medidas sócio-educativas extremas, por ausência de previsão legal.

Entretanto, a verdade é que até mesmo algumas infrações graves, equiparadas a crimes hediondos, não podem dar ensejo à restrição da liberdade. É o que ocorre, por exemplo, com o tráfico de drogas praticado por adolescente.

Nesses casos, a segregação somente será possível quando houver reiteração, conforme dicção do artigo 122, II, do ECA. Se não estiver configurada essa hipótese legal, pela inexistência de condenações anteriores, ou até mesmo pela evidente primariedade absoluta, com ausência de maus antecedentes, descabida será a internação ou a semiliberdade aplicada ao adolescente, que, por estar em situação peculiar de desenvolvimento pessoal, tem o direito de ser responsabilizado por seus atos de forma especial, com manutenção da liberdade, através das medidas sócio-educativas em meio aberto, notadamente a liberdade assistida, prevista no artigo 118 do ECA.

Comentando o assunto, Juarez Cirino dos Santos afirma que:

“o comportamento anti-social do adolescente parece ser aspecto necessário do desenvolvimento pessoal, que exige *tolerância da comunidade e ações de proteção do Estado*. A tolerância da comunidade e a proteção do Estado são indicadas pela psicologia do desenvolvimento humano, que mostra a necessidade de aprendizagem dos limites normativos, e pela criminologia contemporânea, que afirma o desaparecimento espontâneo *desse comportamento*. Ao contrário, a *intervenção segregante do Estado* produz todos os efeitos negativos da prisão: *rotulação, estigmatização, distância social e maior criminalidade*. A teoria da normalidade do desvio na adolescência tem os seguintes desdobramentos: *se o desvio é fenômeno natural da juventude, então a ausência desse comportamento seria um sintoma neurótico e sua punição uma reação anormal que infringe, no setor das infrações de bagatela e de conflito, um dos mais fundamentais de todos os direitos humanos: o direito constitucional da liberdade*” (Juarez Cirino dos Santos, Adolescente Infrator e os Direitos Humanos, pág. 04, artigo extraído do acervo operacional dos Direitos da Criança e do Adolescente: WWW.abmp.org.br/acervo.php)

Mas a excepcionalidade das medidas em meio fechado e a regra de manutenção da liberdade do adolescente condenado pela prática de ato infracional não são suficientes para a caracterização do efetivo respeito da Justiça Infanto-Juvenil aos princípios fundamentais decorrentes da doutrina da proteção integral.

Com efeito, para ser efetivamente mais benéfico, o sistema infanto-juvenil de responsabilização pela prática de atos infracionais deve adotar institutos despenalizantes, que têm o condão de ressocializar o indivíduo independentemente do processo e da condenação em juízo.

Segundo Luiz Flávio Gomes, despenalizar

“Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza)” (Lei de Drogas Comentada. 3º Ed. Revista dos Tribunais. 2008. P. 120/121)

No Brasil, a era despenalização, amparada pela Constituição Federal de 1988, teve início concreto com a implementação dos dispositivos da Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais.

A referida lei, além de transportar a composição dos danos civis à esfera da responsabilização criminal, trouxe a lume institutos interessantes, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Esses institutos jurídicos, verdadeiros benefícios penais, afastam a condenação e o cumprimento de pena privativa de liberdade, mantendo a primariedade do acusado, desde que cumpridas condições ou tarefas impostas pela lei ou pelo juiz, em sentença.

Oras, se o adulto, que está com sua personalidade plenamente formada, tem direito à despenalização, o adolescente, que se encontra em fase de desenvolvimento pessoal, também deve ser contemplado com benefícios de igual natureza, para abrandar as formas de responsabilização infracional, como verdadeiras alternativas às medidas sócio-educativas de qualquer natureza

A criação de institutos despenalizantes na seara infanto-juvenil, nesse passo, atende à doutrina da proteção integral consagrada nos textos normativos internacionais, pois se coaduna com o princípio do respeito à peculiar situação de pessoa em desenvolvimento e com a teoria da normalidade do desvio juvenil, comentada anteriormente pelo eminente jurista Juarez Cirino dos Santos.

É nesse contexto que se pretende demonstrar que a remissão é direito subjetivo do adolescente, desde que preenchidos os pressupostos legais.

Os artigos 126 e 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente tratam da remissão, que, durante a sindicância para apuração da ocorrência de ato infracional, após recebimento da representação do Ministério Público, pode ser concedida pelo juiz, a qualquer tempo, como forma de extinção ou de suspensão do processo, cumulada ou não com medida sócio-educativa em meio aberto.

Antes da instauração do procedimento judicial, a concessão da remissão é incumbência do Promotor de Justiça, que, após a realização da oitiva informal do adolescente, tem subsídios suficientes para verificar a existência dos pressupostos legais que autorizam o perdão, com conseqüente exclusão do processo.

Frise-se que, nesse caso de remissão ministerial, não se pode aplicar medida sócio-educativa em meio aberto, sob pena de infração aos princípios do devido processo legal e do juiz natural, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 108.

Nesse passo, homologada a remissão ministerial, a conseqüência única é a exclusão do processo sócio-educativo, que sequer terá início, pela ausência de representação. Caso contrário, se o juiz rejeitar a remissão concedida, deve encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que resolverá a pendência, reformando ou não a opinião do Promotor que primeiro funcionou no feito.

Sobre o instituto da remissão em geral, Roberto B. Dias da Silva ensina que:

“No campo do direito dos adolescentes, a remissão foi uma inovação introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao antigo Código de Menores, de 1979, e tem sido entendida pela doutrina como o perdão concedido ao adolescente acusado da prática de ato infracional, visando à exclusão, suspensão ou extinção do processo”
(A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003. P.113).

Uma vez concedido o perdão, o processo judicial instaurado para a responsabilização do adolescente será excluído, extinto ou suspenso, o que demonstra a impossibilidade de convivência entre a remissão e o trâmite processual da sindicância para apuração de ato infracional.

A remissão, portanto, afasta a possibilidade de adoção de medidas judiciais para resolver o problema do jovem em conflito com a lei, estando em perfeita sintonia com as diretrizes internacionais de proteção aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, estabelecidas não só na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, assinada e ratificada pelo Brasil, como também em outros instrumentos normativos do sistema global de salvaguarda dos direitos infanto-juvenis.

Com efeito, nos termos do artigo 40.3, “b”, da referida Convenção:

“Os Estados-partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: ...B) a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais”.

Nessa esteira, o artigo 11 das Regras de Beijing determina que:

“Sempre que possível tentar-se-á tratar o caso dos delinqüentes juvenis evitando o recurso a um processo judicial perante a autoridade competente referida na regra 14.1”

É que a comunidade internacional adota o Princípio da Intervenção Mínima, que encontra aplicação na seara da infância e da juventude, inclusive.

De acordo com esse princípio, a intervenção punitiva, denominada sócio-educativa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8069/90), deve ser excepcional, cabível apenas quando extremamente necessária, em sendo inexistentes outros métodos de readaptação social infanto-juvenil.

Karyna Batista Sposato, complementando esse raciocínio, esclarece que, graças ao princípio em comento:

“O direito penal juvenil, nesse sentido, situa-se como ‘ultima ratio’ do sistema de justiça da infância e da juventude. [...] Sua feição subsidiária é reforçada pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas. As últimas só têm lugar quando as demais falharem em seus objetivos” (Direito Penal Juvenil. RT. 2006. P. 94).

Por esse raciocínio, o Estado somente punirá o adolescente, aplicando judicialmente a medida sócio-educativa, quando forem inexistentes outros métodos igualmente eficazes de ressocialização individual.

Deseja-se evitar, pois, a judicialização dos casos de delinqüência juvenil e a banalização da aplicação das medidas sócio-educativas, que, importante frisar, possuem, também, caráter retributivo, servindo como sanção ao adolescente infrator.

Nesse sentido, Kathia Martin-Chenut explica que:

“As regras de Beijing estendem aos menores de idade garantias processuais tradicionalmente asseguradas aos maiores de idade. Este texto internacional prega também o desenvolvimento da especialização e da profissionalização da justiça de menores, assim como o recurso preferencial a *procedimentos extrajudiciais* e a *medidas educativas* diversas da privação de liberdade”. (A internacionalização dos direitos humanos e as resposta à delinqüência juvenil, página 02).

Ainda, a supracitada autora ensina:

“A entrada da criança no sistema judiciário deve ser evitada sempre que possível. Pode ser constatada uma grande ruptura com o modelo que prevaleceu durante muitos anos em diversos países e que privilegiava uma intervenção judiciária com o intuito de proteção. A concepção de uma justiça protetora, agindo sempre de acordo com o interesse de jovem delinqüente passa a ser questionada e surge a idéia de que a entrada no circuito judiciário, mesmo especializado, pode ser nefasta à infância e à adolescência”.

E mais adiante:

“A educação deve constituir uma prioridade em detrimento à repressão. A repressão não é descartada, mas deve ser evitada. Aliás, a prevalência da educação, não deve ser interpretada como favorecimento da impunidade. Um modelo de intervenção baseado na Doutrina da Proteção Integral funda-se, por sua vez, sobre a noção de responsabilização. Contudo, a responsabilização não é necessariamente penal, apesar de os textos internacionais não proibirem esse tipo de responsabilização”

É nítido, por conseguinte, que a normativa internacional juvenil tem como um dos principais objetivos a retirada de crianças e adolescentes, inclusive infratores juvenis, do sistema judicial penal, redirecionando-os à família e aos serviços de apoio à comunidade sempre que possível.

Nesse contexto, sem sombra de dúvidas, observa-se que as normas de administração da justiça juvenil priorizam a prevenção à reincidência *ao invés da punição por um ato infracional cometido* (artigo 11 das regras de Beijing).

E, importante destacar, essas regras internacionais, que ingressaram no ordenamento jurídico nacional com “status” de normas *materialmente constitucionais*, compondo o bloco de constitucionalidade a que alude o artigo 5º, § 2º, da CF, expressam direitos fundamentais do adolescente, que não podem ser ignorados, na órbita interna, pelo legislador ou pelo aplicador do direito ao caso concreto.

Por essa razão, em atenção às diretrizes internacionais acima mencionadas, a Lei Federal 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, adotando a doutrina da Proteção Integral, criou o instituto da remissão, como forma de exclusão, extinção ou suspensão do feito em que se procura apurar a ocorrência de ato infracional.

Karyna Batista Sposato conclui que o instituto da remissão:

“tem o potencial de concretizar a limitação da intervenção formal aos casos de inequívoca necessidade, na medida em que funciona como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo sócio-educativo, sem prejuízo da adoção de uma medida sócio-educativa, desde que não privativa de liberdade, de outras medidas de proteção conforme as condições pessoais do adolescente” (Direito Penal Juvenil. RT. 2006. P. 95)

Veja-se que o magistrado, durante o processo, ao conceder a remissão, acaba por conferir ao adolescente uma nova oportunidade de ressocialização, independentemente do efetivo cumprimento de medida sócio-educativa ou de condenação por sentença.

Para a correta aplicação do instituto, a lei traz requisitos que, se presentes, autorizam o perdão, acompanhado ou não de medida sócio-educativa em meio aberto, evitando a condenação, com conseqüente manutenção da primariedade.

Desde que preenchidos os requisitos da remissão, deve o juiz concedê-la, em homenagem ao princípio da intervenção mínima, nos termos do que foi explicado anteriormente.

O artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz os elementos a serem observados pelo magistrado para a concessão da remissão, a saber *as circunstâncias e as conseqüências do fato, a personalidade do adolescente, sua menor ou maior participação no ato infracional e seu contexto social*.

Se favoráveis, esses fatores conferem ao adolescente o direito à segunda chance, o direito ao perdão, como forma de concretização dos direitos fundamentais do adolescente, expostos nas Convenções Internacionais que integram o bloco de constitucionalidade, por serem normas materialmente constitucionais.

Há evidente sintonia entre a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e as disposições da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pois o perdão, cumulado ou não com a medida sócio-educativa em meio aberto, *sem condenação judicial*, impede o prosseguimento processual, concretizando, no âmbito doméstico, os direitos internacionalmente positivados, que possuem “status” de norma *constitucional*, pelo menos no *aspecto material*.

Logo, se, no caso concreto, o magistrado verificar que estão preenchidos os requisitos autorizadores da remissão, enumerados nos artigos 126 e 127 do Estatuto, *deverá concedê-la*, obrigatoriamente, afastando a continuidade do trâmite processual e a possibilidade de aplicação de medidas judiciais, como concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente constantes dos documentos internacionais anteriormente invocados.

Conceder a remissão, nesse aspecto, significa *satisfazer um direito fundamental* dos adolescentes, qual seja o de ser responsabilizado por seus atos independentemente de processos judiciais, por meio de acompanhamentos familiares e comunitários, a depender da espécie de remissão concedida, com ou sem aplicação de medida sócio-educativa em meio aberto, em atenção à sua peculiar situação de *pessoa em desenvolvimento*.

Veja-se que o ECA, seguindo as orientações das convenções internacionais, ao estabelecer os requisitos para a remissão, detalhou situações e circunstâncias de cunho objetivo e subjetivo que, se presentes no caso concreto, tornam desnecessária a intervenção judicial condenatória, de natureza sócio-educativa, porque possível a responsabilização infracional extrajudicial.

Júlio Fabbrini Mirabete, ao comentar sobre a remissão, afirmava que:

“Com tal prática procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na Administração da Justiça de Menores, como p.ex., o estigma da sentença. No confronto dos interesses sociais e individuais tutelados pelas normas do Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator), o instituto da remissão, tal como o princípio da oportunidade do processo penal, é forma de evitar a instauração do procedimento, suspendê-lo ou extingui-lo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional” (Estatuto da Criança e Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais – Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando Amaral e Silva e Emília Garcia Mendez, páginas 411)

Ainda que o ato infracional praticado seja grave em abstrato, verifica-se cabível a remissão se a personalidade do adolescente, seus antecedentes, o contexto social em que está inserido e as conseqüências leves do delito indicarem a possibilidade de ressocialização e reeducação extrajudiciais.

É que fatores como a primariedade (principalmente quando associada à inexistência de maus antecedentes), a confissão e o laudo psicossocial favorável, com constatação de existência

de vínculos familiares sadios e personalidade juvenil não corrompida pelas práticas criminosas, são robustos indícios de que o adolescente, provavelmente, não irá reincidir na prática de atos infracionais, sendo merecedor de uma segunda oportunidade.

Importante destacar que a confissão, para os adultos, é circunstância que sempre atenua a pena, nos termos do artigo 65, III, “d”, do CP. Para os adolescentes, como não é possível o trabalho de dosimetria de pena, a confissão, para beneficiar o agente, deve ser utilizada como baliza da personalidade, indicando a possibilidade de remissão, se associada a outros fatores, como a primariedade, por exemplo.

A primariedade, por sua vez, é considerada como causa de diminuição da pena para o acusado de tráfico de drogas, conforme dicção do artigo 33, §4º, da Lei 11343/06. Logo, em sendo a primariedade benefício penal para o adulto, deve ser também utilizada como parâmetro razoável para a concessão da remissão.

Veja-se que a aplicação extensiva do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06 a todos os processos em que se apura a ocorrência de ato infracional é perfeitamente cabível, por ser mais benéfica ao adolescente.

Ademais, a existência de vínculos familiares sadios, percebida pelos expertos responsáveis pelo estudo psicossocial, demonstra que o adolescente possui o amparo necessário a seu desenvolvimento adequado, sendo dispensável a aplicação de medida sócio-educativa, haja vista o fato de que a ressocialização já foi (ou pode ser) obtida sem intervenção judicial.

Importante frisar que, em muitas ocasiões, podem ser constatados vínculos familiares que se encontram fragilizados pela desestrutura econômico-financeira de seus integrantes, mas essa situação de miserabilidade familiar não pode ser utilizada como argumento impeditivo da remissão, sob pena de retrocesso ao famigerado esquema do Código de Menores, que tratava “menores” carentes e infratores da mesma maneira, por estarem em situação irregular.

O Estado, como guardião da família (artigo 226 da CF), ao perceber a vulnerabilidade econômica do núcleo familiar, deve adotar as medidas de proteção previstas nos artigos 101 e 129 do ECA, pois a situação de risco (artigo 98 do ECA) demanda proteção, não intervenção sócio-educativa.

Nesse aspecto, considerada a sistemática do ECA, diz-se que o fato do adolescente estar em situação de pobreza não é excludente da aplicação de remissão, podendo o juiz, juntamente com o perdão, aplicar medidas protetivas ao adolescente e a seus genitores e/ou responsáveis, visando à reestruturação da entidade familiar.

Em relação à natureza e às circunstâncias do delito, curial consignar que a prática de atos infracionais análogos a delitos de pequeno potencial ofensivo (crimes cuja pena máxima em abstrato não é superior a dois anos e as contravenções penais, nos termos do artigo 61 da Lei 9099/95) conduz o adolescente à remissão, porque estes tipos penais, se cometidos por adultos, não dão ensejo à punição efetiva, em razão da aplicação de benefícios despenalizantes ao caso concreto.

Se o adulto pode ser beneficiado com a suspensão condicional do processo ou com a transação penal, então o adolescente também pode gozar da remissão, ainda que cumulada com medida sócio-educativa em meio aberto, por critério de justiça, igualdade e proporcionalidade.

Por derradeiro, levando-se em consideração o grau de envolvimento do adolescente com o ato infracional apurado, conclui-se que, quando houver concurso de agentes, a participação de menor importância (artigo 29, § 1º, CP), que é causa de diminuição significativa da pena do adulto, deve ser considerada para efeitos de remissão, por expressa disposição do artigo 126 do ECA, que

autoriza o juiz a avaliar no caso concreto se o adolescente teve maior ou menor participação no delito.

Nesse passo, quando presentes os requisitos legais, como nas situações acima alinhavadas, a remissão *deve ser concedida pelo Judiciário*, por ser direito subjetivo fundamental do adolescente, que pode ser responsabilizado em contexto familiar e comunitário, *independentemente da condenação sócio-educativa*.

Torna-se inaceitável, diante de todo o exposto, que a concessão da remissão esteja dentro do âmbito da discricionariedade do magistrado, a quem incumbiria decidir, após juízo de conveniência e oportunidade, se é cabível ou não a aplicação do perdão, mesmo estando presentes os requisitos previstos nos artigos 126 e 127 do Estatuto.

Nesse diapasão, João da Costa Batista Saraiva, afirma que:

“A discricionariedade e o subjetivismo são sempre um mal, não existem discricionariedade e subjetivismo bons... Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista. Faz-se impositivo o reconhecimento de tal situação, sob pena de uma suposta autonomia do direito da criança a vir justificar o não reconhecimento de todas as garantias constitucionais e penais asseguradas ao adolescente quando se lhe atribui a prática de ato infracional. Não é admissível que se lhe negue, por exemplo, os benefícios introduzidos no Sistema Penal dos adultos pela Lei 9.099 e mais recentemente pela Lei dos Juizados Especiais Federais, todos diplomas legais posteriores ao Estatuto... Ainda, não é possível que seja o adolescente, na mesma situação de um imputável, tratado com desfavor, em flagrante violação a Normativa Internacional”. (João da Costa Batista Saraiva: Adolescente em conflito com a lei e sua Responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal Máximo)

Por conseguinte, se o adolescente pode ser ressocializado extrajudicialmente, em ambiente familiar e comunitário, a remissão deve ser elevada à categoria de direito subjetivo fundamental, devendo ser concedida pelas autoridades que protagonizam a ação sócio-educativa, notadamente por Promotores de Justiça e por Juízes de Direito, como forma de evitar a inserção do adolescente no circuito judicial.

Isso tudo porque a remissão vem reforçar a idéia da dispensabilidade da intervenção judicial sócio-educativa, principalmente quando há indicadores de que ressocialização já foi obtida de forma satisfatória.

Assim, da mesma forma que a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas nos artigos 76 e 89 da Lei 9099/95, são vistas, hodiernamente, como direitos subjetivos do acusado adulto, a remissão, para o adolescente, também deve ser encarada sob o mesmo enfoque, em razão do princípio da peculiar situação de pessoa em desenvolvimento e da teoria da normalidade do desvio dos adolescentes, que tornam a Justiça Juvenil mais benéfica em essência.

De outra banda, apenas a título de argumentação, curial consignar que, além de ser direito subjetivo do adolescente em conflito com a lei, a remissão é conveniente para Economia Processual.

Deveras, conforme ensinamento de Paulo Afonso Garrido de Paula,

“A remissão por exclusão do processo justifica-se “quando o interesse de defesa social assume valor inferior àquele representado pelo custo, viabilidade e eficácia do processo” (Paulo Afonso Garrido de Paula, Direitos de infrator exigem respeito, o Estado de São Paulo de 24.04.91, p. 14)

É que o artigo 126 do ECA, ao abordar os requisitos a serem preenchidos para a concessão da remissão, traz à baila situações que, uma vez existentes, tornam inócua a intervenção judicial sócio-educativa, cujo objetivo primordial é a reeducação e a ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

Nesse passo, se se reconhece que o adolescente acusado da prática de ato infracional atende aos pressupostos legais para a concessão da remissão, é porque desapareceu o interesse estatal ressocializante, que funciona como mola propulsora do processo sócio-educativo.

Em suma, a presença concreta de elementos suficientes para a concessão da remissão faz desaparecer o interesse de agir do Estado, que não mais necessita do processo sócio-educativo para aplicar a medida necessária à reeducação e readaptação social do adolescente infrator.

Por conseguinte, desaparecendo o interesse estatal, em razão da efetiva demonstração da ressocialização do adolescente – ou da mera possibilidade de ressocialização em meio comunitário e/ou familiar, independentemente da condenação em juízo -, o que se afere por meio da constatação de existência concreta dos requisitos da remissão, deve o processo sócio-educativo ser excluído, extinto ou suspenso, evitando-se a prolação de sentença condenatória que, em última análise, venha macular o histórico do adolescente acusado.

O ideal seria que o próprio Promotor de Justiça, por ocasião da oitiva informal, ao avaliar as condições psicológicas e sociais do adolescente, bem como sua versão a respeito dos fatos que lhe são imputados, conceda a remissão, se presentes os requisitos legais, excluindo o processo sócio-educativo, em atenção aos direitos fundamentais infanto-juvenis e ao efetivo reconhecimento da falta de interesse de agir do Estado, que não deve condenar e aplicar medida sócio-educativa indiscriminadamente, até mesmo porque a adoção dessas medidas é excepcional, consoante diretriz estabelecida pelo ECA.

Entretanto, se não houver a devida exclusão do processo, em razão da insistência do Ministério Público em apresentar representação, deve o juiz corrigir essa distorção do sistema, aplicando a remissão no momento oportuno, para extinguir o feito ou suspendê-lo, se for o caso de conceder o benefício juntamente com a imposição de medida sócio-educativa em meio aberto.

Diante de todo o exposto, conclui-se que qualquer modalidade de remissão, concedida pelo Ministério Público, antes da instauração do procedimento para apuração de ato infracional, ou pelo próprio juiz natural da causa, durante o trâmite do feito, deve ser vista como direito subjetivo fundamental do adolescente a quem está sendo imputada a prática de delito, desde que preenchidos, no caso concreto, os pressupostos constantes do artigo 126 da Lei Federal 8069/90, pois, nessa hipótese, estarão presentes fortes indicadores de que a sócio-educação foi ou pode ser atingida extrajudicialmente, em meio familiar e comunitário, conforme previsão dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes, adotados pelo ordenamento jurídico pátrio como normas constitucionais fundamentais.

Se adequadamente aplicada, após análise global das circunstâncias subjetivas e objetivas que constarem dos autos da ação sócio-educativa, a remissão permitirá a proteção integral do adolescente, pelo efetivo respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento, sem prejuízo da responsabilização especial preconizada pelo constituinte (artigo 228), que afasta, por completo, o sentimento de impunidade.

Referências Bibliográficas

PIOVESAN, Flávia - Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Saraiva. 2006. 7ª Ed. P. 199

BATISTA SPOSATO, Karyna - O Direito Penal Juvenil. Revista dos Tribunais, 2006. P. 47/49

MACHADO, Martha de Toledo - Manual de Direitos Difusos. Verbatim, 2009. P. 147/148

LIBERATI, Wilson Donizete - Processo Penal Juvenil. Malheiros, 2006. P. 65/66

SANTOS, Juarez Cirino dos - Adolescente Infrator e os Direitos Humanos, pág. 04, artigo extraído do acervo operacional dos Direitos da Criança e do Adolescente: WWW.abmp.org.br/acervo.php

GOMES, Luiz Flávio - Lei de Drogas Comentada. 3º Ed. Revista dos Tribunais. 2008. P. 120/121

SILVA, Roberto B. Dias da - A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003. P.113

MARTIN-CHENUT, Kathia - A internacionalização dos direitos humanos e as resposta à delinquência juvenil, página 02 (XIII Congresso Mundial de Criminologia)

MIRABETE, Júlio Fabbrini – em Estatuto da Criança e Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais – Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando Amaral e Silva e Emília Garcia Mendez, página 411.

SARAIVA, João da Costa Batista - Adolescente em conflito com a lei e sua Responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal Máximo

PAULA, Paulo Afonso Garrido de - Direitos de infrator exigem respeito, o Estado de São Paulo de 24.04.91, p. 14

CULPABILIDADE: O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DA INIMPUTABILIDADE OU DA SEMI-IMPUTABILIDADE BIOPSIOLÓGICA DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Thiago Santos de Souza⁷⁹

Danielle Rinaldi Barbosa⁸⁰

“O adolescente, pelo simples fato de ser adolescente, não deixa de atuar livre e conscientemente” (Rocio Cantarero).

Resumo:

Com o advento da Normativa Internacional, da Constituição Federal de 1988 e do estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes, inclusive adolescentes infratores, tornaram-se, com base na Doutrina da Proteção Integral, sujeitos de direitos. Em razão dessa grandiosa modificação de paradigma, passou-se a garantir ao público infanto-juvenil, sem prejuízo da observância das garantias especiais que atendem à sua situação particular de vulnerabilidade e fragilidade, a totalidade dos direitos destinados originariamente aos adultos, que também são sujeitos de direitos. Nesse contexto, de acordo com as diretrizes de proteção aos direitos humanos juvenis, a análise da culpabilidade, assim como é direito do adulto para fins de imputação de crime e de cominação de pena, revela-se imprescindível para a constituição do ato infracional e, conseqüentemente, para gerar a responsabilização socioeducativa, nos termos do Estatuto da Criança e do adolescente.

Palavras-Chave:

Adolescente em conflito com a lei - Normativa Doméstica e Internacional – Doutrina da Proteção Integral – Princípio da Prioridade Absoluta - Característica peculiar de pessoas em desenvolvimento – Culpabilidade – inimputabilidade ou semi-imputabilidade biopsicológica do adolescente autor de atos infracionais – não responsabilização socioeducativa ou responsabilização diminuída com a aplicação de medida em meio aberto cumulada ou não com medidas protetivas, especialmente de tratamento psiquiátrico e psicológico.

Culpabilidade: O Reconhecimento da Existência da Inimputabilidade ou da Semi-Imputabilidade Biopsicológica de Adolescentes em Conflito com a Lei

⁷⁹ Defensor Público do Estado de São Paulo, lotado na Regional de Santos, responsável pela Seção da Infância e Juventude;

⁸⁰ Advogada, ex-estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na seção da Infância e Juventude e mestranda pela Universidade Bandeirante de São Paulo na área Adolescente em Conflito com a Lei.

Os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8069/90), quando analisados conjuntamente, permitem verificar que crianças e adolescentes deixaram de ser objeto de intervenção Estatal e passaram a ser sujeitos de direitos, com poder de invocar toda a proteção pertinente a um adulto, sem prejuízo de uma proteção especial, que encontra fundamento na Doutrina da Proteção Integral, aceita nos dias atuais.

Nesse contexto, a Justiça Especializada Juvenil deve garantir a aplicabilidade de todos os direitos destinados originariamente a adultos aos adolescentes em conflito com a lei, já que estes últimos também correspondem indiscutivelmente a sujeitos de direitos.

E, diante dessa constatação, se pretende demonstrar que a culpabilidade, da mesma forma que para os adultos, é imprescindível para gerar a responsabilização socioeducativa de adolescentes em conflito com a lei.

O artigo 2º, caput, da Lei nº. 8069/90 é pontual ao estampar que se considera criança toda pessoa de até doze anos de idade incompletos, ao passo que é adolescente todo indivíduo que possui entre doze e dezoito anos de idade.

Há quem critique esta conceituação, por entendê-la arbitrária, desprovida de alicerce científico. Alguns doutrinadores defendem que a essência da criança e do adolescente apenas pode ser captada quando da análise de cada caso concreto, não se admitindo a estipulação de um marco divisor etário genérico e, conseqüentemente, que esse marco genérico seja utilizado para fins de estipulação de critérios legais para a fixação dos limites da responsabilidade penal dos adultos e da responsabilidade especial dos adolescentes. Ocorre que o Código Penal, no que concerne aos adolescentes em conflito com a lei e em consonância com a Doutrina da Proteção Integral e a característica de serem estes jovens pessoas em desenvolvimento, adota excepcionalmente o sistema puramente biológico na aferição da inimputabilidade, que traz presunção absoluta de inimputabilidade biológica e implica, frente à prática de um ato infracional, o reconhecimento de uma responsabilização especial, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Posto isso, não há dificuldades na conceituação de ato infracional trazida pelo artigo 103 da Lei nº. 8069/90. Realmente, ato infracional corresponde à conduta da criança ou do adolescente revestida de tipicidade e antijuridicidade. Trata-se, em outras palavras, do ato típico praticado por pessoa menor de dezoito anos e em contrariedade ao ordenamento jurídico vigente.

Tradicionalmente, conceitua-se crime como um fato típico e antijurídico. A culpabilidade ora é entendida como elementar de crime, ora como pressuposto para a aplicação da pena.

Fato típico é aquele delineado na lei como infração penal. Antijurídico, por sua vez, corresponde ao fato típico ilícito, não acobertado pelas excludentes previstas no artigo 23 ou na parte especial do Código Penal. Culpabilidade, finalmente, é a reprovabilidade da conduta humana típica e ilícita, correspondendo ao nexos causal entre a conduta e o sujeito necessário à incidência de uma consequência prevista na lei, seja ela uma pena ou uma medida de segurança.

Dito isto, note-se que o artigo 228 da Constituição Federal atribui à criança e ao adolescente a garantia constitucional da inimputabilidade penal. Este dispositivo constitucional assegura a não aplicação das leis penais ao menor de dezoito anos, operando como maior alicerce da argumentação esdrúxula de muitos no sentido de absoluta impossibilidade de se proceder à redução do marco de imputabilidade penal.

Wilson Donizeti Liberati, comentando o assunto, ensina que a inimputabilidade, considerada causa legal de excludente de culpabilidade, ou seja, de exclusão da responsabilidade penal, significa uma absoluta irresponsabilidade pessoal diante do crime ou contravenção penal (ato

infracional) praticado, tendo como base apenas a idade cronológica (Processo Penal Juvenil. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65/66).

Sobre o assunto, Karina Batista Sposato acrescenta que

em face da inimputabilidade dos adolescentes, muitas vezes a culpabilidade sequer é discutida, como se o adolescente por ser inimputável não fosse capaz de compreensão e escolha, mas tal raciocínio é falacioso. A inimputabilidade dos menores de 18 anos, como vimos, é fundada única e exclusivamente no critério etário ou biológico, não excluindo a capacidade de compreensão da ilicitude, mas tão-somente significando o fundamento legal para uma opção diferenciada de resposta penal. Assim, denomina-se o modelo de responsabilidade, no qual a imposição da medida sócio educativa exige a inequívoca demonstração de reprovabilidade e de culpabilidade do adolescente a quem a medida é imposta, em estreita semelhança com as exigências para a aplicação da pena criminal” (O Direito Penal Juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 102).

Nesse diapasão, por expressa interdição constitucional, jamais poderia a criança ou o adolescente praticar crime. Tampouco sobre eles poderiam incidir as penas previstas no Código Penal. Independentemente disso, por força do artigo 228 da Constituição Federal, as pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos que cometam crimes ou contravenções penais, embora não possam ser responsabilizadas perante a Justiça Penal Comum, poderão ser responsabilizadas por normas especiais, nos termos do que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, toda criança que pratica ato infracional poderá estar sujeita à responsabilização por sua conduta típica, ilícita e culpável, mediante o cumprimento das chamadas medidas socioeducativas.

Feitas estas observações, não restam dúvidas de que, para a caracterização do ato infracional, este deve constituir-se em fato típico, antijurídico e culpável, nos mesmos moldes do que acontece com os adultos acusados em processos criminais, independentemente da divergência doutrinária sobre a natureza jurídica da culpabilidade, se consiste em pressuposto de aplicação de medida socioeducativa ou se em terceiro elemento do conceito de ato infracional.

A tipicidade e a antijuridicidade são analisadas no direito penal juvenil da mesma forma que no direito penal comum. A culpabilidade, no entanto, possui contornos diversos.

Culpabilidade é o juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Noutros termos, em se tratando de adolescentes em conflito com a lei, a culpabilidade corresponde ao juízo de valor sobre o autor de uma infração penal e/ou sobre o ato infracional praticado.

Veja-se que a culpabilidade, no âmbito do direito penal comum, é aferida por meio de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Nestes termos, o Código Penal, no corpo do seu art. 26, exige, como um dos requisitos de caracterização da culpabilidade, que seja o acusado imputável, ou seja, que possua, à época de sua ação ou omissão proibida, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se autodeterminar de acordo com esse entendimento.

Posto isso, importante é destacar que não se pode confundir inimputabilidade presumida pela menoridade com inimputabilidade biopsicológica, uma vez que a primeira está contida na segunda.

Note-se que a imputabilidade biopsicológica pode ser constatada em três situações: nos casos de desenvolvimento mental incompleto, de desenvolvimento mental retardado e de doença mental.

O desenvolvimento mental incompleto é identificado nas hipóteses em que o cérebro do indivíduo não se encontra completamente desenvolvido, o que ocorre (1) em razão da presunção de incompletude do seu desenvolvimento psicológico, ou seja, quando se trata de pessoa menor de dezoito anos, (2) nos casos de pessoas com deficiência auditiva e de fala, isto é, dos surdomudos e (3) nos casos dos apedeutas, ou seja, de silvícolas não aculturados ou de pessoas completamente ignorantes, que não possuam identidade social.

O desenvolvimento mental retardado, por sua vez, ocorre nos casos em que, embora o cérebro já tenha completado o seu desenvolvimento, existe um distúrbio quantitativo da mente do indivíduo. Trata-se dos casos de pessoas clinicamente enquadradas como débeis mentais, imbecis ou idiotas.

Já a doença mental, por fim, é diagnosticada nos casos de anomalia qualitativa da mente, correspondendo às situações de demência, de psicose, de toxicomania grave e de alcoolismo crônico grave.

Diante desse quadro, percebe-se que, afora da hipótese de inimputabilidade biológica presumida pela menoridade, há muitos outros casos de inimputabilidade biopsicológica. Lógico é que só se pode arguir inimputabilidade biológica por desenvolvimento mental incompleto causado pela menoridade nos processos que investigam adultos que cometem crimes. Excetuada essa situação, contudo, todas as demais hipóteses de inimputabilidade biopsicológica são aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, pessoas que, ainda que menores de dezoito anos, podem ser imputáveis em razão de possuírem alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (por apedeutismo ou surdomudez) ou retardado, ocasiões em que apresentarão dificuldade em entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminarem diante dele.

Feitas essas considerações, reitera-se que a imputabilidade biopsicológica corresponde, juntamente com a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, a um dos elementos da culpabilidade e consiste na capacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito do fato e de se autodeterminar de acordo com esse entendimento.

A culpabilidade possui um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a capacidade de controlar e comandar a própria vontade, não podendo ser desconsiderada no campo juvenil na apreciação da configuração do ato infracional. Na falta de um desses aspectos da imputabilidade (intelectivo e volitivo), o adolescente não será responsável por seus atos, por faltar imputabilidade, um dos elementos da culpabilidade.

Nesse sentido, Karyna Batista Sposato é clara ao demonstrar que o princípio da culpabilidade é aplicável aos processos socioeducativos:

O princípio da culpabilidade pode ser visto como decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sua formulação equivale

à máxima *nullum crime sine culpa*, ou seja, não há crime sem culpabilidade e por consequência não há pena sem culpabilidade: *nulla poena sine culpa* (Direito Penal Juvenil. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 101).

Para o direito penal juvenil, a culpabilidade e a responsabilidade representam que as medidas socioeducativas tenham como pressuposto o agir infracional do adolescente, que deve ser um agir típico, antijurídico e culpável. Em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere a reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida sócio educativa. Portanto, como é no direito penal, no direito penal juvenil não pode haver sanção nenhuma sem prévia demonstração da culpabilidade. Evidente que os elementos integradores da culpabilidade não podem passar à margem da demonstração de existência do ato infracional. Reprovabilidade da conduta e consciência da ilicitude devem ser demonstradas sob pena de inexistir o ato infracional (op. cit. p.102).

E no mesmo sentido caminha a nossa jurisprudência:

Ato Infracional. Adolescente com indícios de Incapacidade mental. Internação. Descabimento. Havendo indícios nos autos de que o representado apresenta incapacidade de entender o caráter ilícito do fato, não pode receber medida socioeducativa sem antes ser realizada avaliação psiquiátrica. Se demonstrado a incapacidade, é cabível medida de proteção. Sentença desconstituída para reabrir a instrução. (AC nº. 70004795159, 8ª Câmara Cível, TJRS. 05 de setembro de 2002, Rel. Des. José S. Trindade).

Portanto, perfeitamente possível o reconhecimento da inimizabilidade biopsicológica do adolescente durante o processo, que acarretará (1) a sua não responsabilização socioeducativa, no caso de total incapacidade de compreensão de seus atos (inimizabilidade), ou (2) a sua responsabilidade diminuída com a aplicação de medida socioeducativa menos gravosa, no caso de perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação em consequência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (semi-inimizabilidade), mesmo sendo típico e antijurídico o ato praticado.

Assim, se no curso do processo socioeducativo houver indícios de que o adolescente apresenta doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é imprescindível a sua avaliação psiquiátrica, sob pena de violação à garantia processual da ampla defesa.

Nessa esteira, o reconhecimento da inimizabilidade biopsicológica do réu portador de doença ou de retardo mental configura verdadeiro direito do adolescente, direito este que apenas pode ser totalmente concretizado quando da participação plena e efetiva do advogado/defensor no transcorrer da Ação Socioeducativa.

Veja-se que não só o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 111, inciso III), mas também a Constituição Federal (art. 227, §3º, inciso IV) e a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (art. 40, item "2", alínea "b", ii) asseguram, como forma de reforço à garantia processual da ampla defesa, o exercício de defesa técnica por advogado no transladar da Ação

Socioeducativa. Nesse sentido, a defesa técnica do defensor/advogado apenas pode ser exercida de maneira plena se o profissional que atua em prol dos interesses do adolescente identifica que os sujeitos intervenientes no Processo respeitam as garantias penais e processuais do acusado, mormente aquelas ligadas ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Postas essas colocações, é de se observar que, se a defesa pleiteia, no curso do processo, a realização de avaliação psiquiátrica do adolescente diante da suspeita ou indícios deste não se encontrar em perfeitas faculdades mentais, não pode o juiz afastar a realização da perícia, principalmente sob o argumento de que nos processos que apuram a prática de ato infracional a inimputabilidade não é apreciada.

Equivocam-se os que pensam que não é possível o reconhecimento da inimputabilidade biopsicológica nas ações socioeducativas. Os que assim pensam ainda não conseguiram se desprender do famigerado código de menores, que vislumbravam todos adolescentes como objeto de intervenção Estatal e não como sujeitos de direitos.

Atualmente, aos adolescentes, inclusive aos que estão em conflito com a lei, são assegurados todos os direitos materiais e processuais que possuem os adultos durante o processo, sem prejuízo da necessidade de uma proteção especial, com a previsão de uma justiça penal juvenil mais benéfica, tendo em vista a característica especial de estarem em processo de desenvolvimento e formação de sua personalidade.

Posto isso, vê-se que em nenhum momento a Constituição Federal e o Código Penal excluem a possibilidade do reconhecimento da inimputabilidade ou a semi-imputabilidade biopsicológica do adolescente, que, se reconhecida durante o processo infracional, impedirá que se proceda à responsabilização socioeducativa, podendo ensejar, no máximo, a diminuição de sua responsabilidade com a aplicação de medida em meio aberto, viabilizando-se, por conseguinte, o acompanhamento médico e psicológico do adolescente simultaneamente ao cumprimento da sanção estabelecida.

Nesse sentido:

ADOLESCENTE. CONDIÇÃO ESPECIAL. LIBERDADE ASSISTIDA. O ato infracional cometido por adolescente equipara-se ao crime de homicídio qualificado (art. 121, §2º, III e IV, do CP). A defesa, em habeas corpus, busca cessar definitivamente a medida socioeducativa de internação e a inclusão do paciente em medidas de proteção pertinentes porque, segundo o laudo técnico, ele é portador de distúrbios mentais [...]. Sendo assim, no caso concreto, como o adolescente apresenta distúrbios mentais, deve ser encaminhado a um atendimento individual e especializado compatível com a sua limitação mental (§3º do mesmo artigo citado). Ante o exposto, a turma concedeu a ordem para determinar que o paciente seja inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida, associada ao acompanhamento ambulatorial psiquiátrico, psicopedagógico e familiar. Precedentes citados: HC 54.964-SP, DJ 22.05.08 e HC 45.564-SP, DJ 06.02.06 (HC 88.043-SP, Rel. Min. Org. Fernandes, DJ 14.04.09).

Sem sombra de dúvidas, se ao adulto, que está com sua personalidade plenamente formada, é reconhecida a inimputabilidade biopsicológica, total ou parcial, como forma de exclusão

ou redução de culpabilidade, ao adolescente, que se encontra em fase ímpar de desenvolvimento pessoal, também se deve destinar o mesmo tratamento, abrandando-se as formas de sua responsabilização como verdadeira alternativa às medidas socioeducativas de qualquer natureza.

Certamente, o reconhecimento de algum problema psiquiátrico do adolescente levará à absolvição imprópria do jovem, a qual obstará a imposição de medida socioeducativa e garantirá a aplicação de medidas protetivas, especialmente a de tratamento psiquiátrico e psicológico.

Dessa feita, embora seja aplicável ao direito brasileiro o princípio da persuasão racional para fins decisórios, o juiz não pode suprir a necessidade de realização de perícia psiquiátrica requerida pela defesa ou pelo Ministério Público quando há indícios de perturbação mental.

Assim, se a defesa entender necessária a realização de exame médico no adolescente, por haver indícios de anomalia psiquiátrica, este exame deverá ser feito, sob pena de haver violação ao direito constitucional à ampla defesa.

Dessa forma, em sendo flagrante a necessidade de o jovem passar por exame médico antes de ser sentenciado, torna-se necessária a realização desta diligência como única forma de garantia da higidez do processo. Feito o exame médico, poder-se-á discutir a respeito da imputabilidade biopsicológica do adolescente (cuja presunção é relativa, e não absoluta).

Nota-se, pois, que, embora possa parecer estranho se falar em “culpa” dentro de um segmento do ordenamento jurídico que tecnicamente não prevê “penas”, mas sim medidas que visam a “socioeducar” adolescentes, a noção de reprovabilidade da conduta é imperiosa para a configuração de ato infracional. A uma, porque essas medidas socioeducativas carregam uma carga punitivo-retributiva incontestável, tornando-se assemelhadas, por isso, às penas destinadas aos adultos. A duas, porque o reconhecimento da inimputabilidade como forma de excludente da culpabilidade é direito dos adultos e, por isso, deve, por extensão, ser destinado também aos adolescentes, que, assim como os adultos, são sujeitos de direitos.

De fato, se os critérios de reprovabilidade para atribuição de responsabilidade penal juvenil fossem ignorados, qualquer resultado danoso causado por adolescente poderia dar ensejo a uma condenação, mesmo nos casos de jovens envolvidos com problemas psiquiátricos graves. Tal situação faria emergir uma inadmissível situação de responsabilidade penal objetiva, que implicaria a imposição de responsabilização especial sem a análise dos requisitos da culpabilidade.

Lógico que esta não corresponde à intenção da legislação, principalmente, em um Estado Democrático de Direito, que deve respeitar os direitos especiais da parcela vulnerável de sua população com base nas diretrizes da prioridade absoluta e da proteção constitucional integral.

Nesse diapasão, a reprovação de um ato infracional depende não apenas do desvalor do resultado, mas, principalmente, do desvalor da ação ou omissão do adolescente, ou seja, do comportamento consciente ou negligente, em consonância com um direito penal juvenil democrático.

Assim, deve-se considerar a situação do adolescente (assim como se consideraria a situação de um adulto que responde processo crime) para a identificação da sua capacidade de compreensão de que a prática voluntária de determinado ato típico e antijurídico acarreta violação aos interesses sociais.

Nesse sentido, para identificação dos níveis de culpabilidade, necessária se torna a investigação, com auxílio de uma equipe interdisciplinar preparada, das circunstâncias do ato ilícito e dos reais motivos que levaram o jovem a delinquir. E, no caso de suspeita de doença mental, imprescindível se torna para o alcance dos objetivos do Estatuto que um médico psiquiatra participe

da Ação Socioeducativa, viabilizando a emissão de laudos médicos que identifiquem precisamente a existência ou não de condições de o jovem responder pelos atos que praticar.

Sobre o tema, Karyna Batista Sposato faz a seguinte observação:

Lamentavelmente, não é comum a pesquisa sobre o grau de participação interna que um adolescente possui quando da prática do ato infracional. Em regra, imposição da medida socioeducativa se dá apenas com referência à natureza do ato infracional, pois, sendo grave, a despeito dos princípios da excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento, ocasiona a privação da liberdade. Daí a necessária reiteração de que a culpabilidade, assim como ocorre com os adultos, também deve ser analisada quando se tratar de adolescentes (Direito Penal Juvenil. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 103).

Diante dessas colocações, reafirma-se que o ato infracional deve ser típico, antijurídico e culpável para gerar responsabilização socioeducativa.

Nesse sentido, João da Costa Batista Saraiva manifesta o seu ensinamento:

O adolescente autor de ato infracional, insuscetível às penas aplicáveis aos adultos, penalmente inimputáveis, submete-se às sanções que estabelece o sistema juvenil, fazendo-se sujeito de uma medida socioeducativa. Ocorre que este adolescente, a quem se atribua a prática de ato infracional, poderá não fazer sujeito da medida socioeducativa, por padecer de sofrimento psíquico que o incapacite [...].

Decorre do reconhecimento do Direito Penal Juvenil, é que, embora o adolescente se faça inimputável, insuscetível às penas aplicadas aos adultos; faz-se responsável, submetendo-se às sanções que estabelece o sistema juvenil, chamadas na ordem jurídica brasileira de medidas socioeducativas. Poderá não se fazer sujeito à medida socioeducativa este adolescente, quando padecer de sofrimento psíquico que o incapacite. Tal jovem, mesmo ao atingir a idade de imputabilidade penal permanecerá inimputável nos termos do artigo 26 do CP. Neste caso, sequer responsabilidade juvenil terá, por não possuir capacidade para cumprir medida socioeducativa (artigo 112, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Faz-se insuscetível de aplicação de medida socioeducativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá ser submetido a uma medida de proteção, nos termos do artigo 101, V do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial, sem submissão de medida socioeducativa. Não é possível que se permaneça a tratar igualmente os desiguais, supondo um adolescente portador de sofrimento psíquico, incapaz de discernir e neste caso sem responsabilidade juvenil submeta-se a medida socioeducativa. (O adolescente em conflito com a lei e sua

responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal máximo. Disponível em: [http:// www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id475.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id475.htm). Acesso em: 20.05.09).

Por todo o exposto, pode-se concluir por inconstitucional a decisão que condena o adolescente em conflito com a lei sem a realização de exame psiquiátrico nos casos em que há indícios claros de anomalia psíquica. Isso porque a não realização de exame médico que ateste se na época dos fatos o adolescente possuía ou não condições de compreender as consequências dos seus atos poderá implicar, ao adolescente, uma condenação pela qual nenhum adulto em idêntica situação seria submetido, gerando uma situação de tratamento legal diferenciado completamente contrária aos objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tem, pois, o adolescente em conflito com a lei o DIREITO subjetivo de ser absolvido impropriamente no caso de inimputabilidade biopsicológica ou de, ao menos, ser submetido a uma medida menos gravosa no caso de reconhecimento da semi-imputabilidade.

Referências Bibliográficas:

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARAIVA, João da Costa Batista. *Adolescente em conflito com a lei e sua Responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal Máximo*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id475.htm>. Acesso em: 20.05.09

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O ADOLESCENTE INFRATOR E OS DIREITOS HUMANOS

Vívian Monsef de Castro
Defensora Pública do Estado de São Paulo

Nos dias atuais, tem sido bastante comum o discurso que separa os cidadãos de uma sociedade em duas classes distintas, quais sejam, os cidadãos do bem e os marginais, que seriam aqueles que, por terem conduzido sua vida de maneira reprovável, não seriam merecedores de quaisquer direitos ou garantias.

Tal posição faz-nos lembrar da idéia do Direito Penal do autor, defendida por Mezger e desenvolvida na ocasião em que nazismo estava no auge, cuja idéia central consiste em punir o agente não pelo que eventualmente tenha feito, mas pelo que ele é. Nesse modelo, o que se tipifica não é o fato, mas sim perfis psicológicos de autor. Assim, o objeto do juízo de culpabilidade é o modo de ser do agente, sua conduta de vida, sua personalidade.

Não é difícil perceber tal Direito contraria, de maneira contundente, o conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil, visto que vai de encontro aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Democrático de Direito.

Segundo Francisco de Assis Toledo, um exemplo do mencionado Direito Penal seria aquele proposto por certos positivistas, os quais, supondo ser possível identificar no homem as causas mecânicas do crime, catalogaram alguns tipos de delinquentes e, abstraindo o fato, pretenderam substituir a imputabilidade pela noção de periculosidade, e a pena retributiva pela medida de segurança ou pela terapêutica do criminoso.

Nesse contexto, cabe, ainda, lembrar que o discurso dicotômico em questão também nos remete à idéia lançada por Cesare Lombroso (1835-1909), médico psiquiatra italiano. Segundo a teoria Lombrosiana, a delinquência seria um fenômeno atávico, na medida em que o delinquente já nasceria com um retardamento do desenvolvimento embrionário que o tornaria portador de caracteres próprios de uma condição subumana na escala zoológica. Portanto, o delinquente consistiria em uma espécie diferente do gênero humano.

De se observar que tal discurso é perigoso e preconceituoso, na medida em que, ao se adotá-lo, tanto o adolescente que comete um ato infracional quanto um maior que pratica um crime passam a ser meros objetos, deixando, assim, de ocupar a sua posição constitucionalmente consagrada de sujeitos de direitos. Mas, a despeito do mencionado perigo, o discurso vem ganhando força, fato que tem gerado a intensificação do processo “coisificação” dos adolescentes infratores e dos réus.

A título exemplificativo, cabe citar o artigo de autoria de Sérgio Salomão Shecaira, publicado no encarte da AIDP no Boletim do IBCCRIM, no qual ele conta que, certa vez, defendeu um jovem de poucas posses, que, no entanto, possuía residência fixa, família estruturada, trabalho. Era réu primário, sem passagem anterior pela Fundação C.A.S.A. e tinha praticado um crime contra o patrimônio. Informa Shecaira que o jovem havia sido preso em flagrante e, dessa forma, foi para um distrito policial, o qual, projetado para acolher 30 pessoas e por breve período, abrigava 130 por tempo indeterminado. Decidiu, então, formular pedido de liberdade provisória, que, contudo, foi indeferido. Quanto voltou para comunicar ao jovem o ocorrido, já não eram mais 130 presos, mas 165, em condições subumanas: sem espaço físico para que todos dormissem durante à noite, sem

higiene, sem assistência médica. Conta, ainda, que, na audiência de interrogatório do réu, reiterou, verbalmente, o pedido de liberdade, tendo invocado razões jurídicas (ausência dos requisitos que legitimam a prisão cautelar), pragmáticas (ainda que condenado à pena máxima, teria direito à pena substitutiva), e humanas (ponderou as circunstâncias existenciais que o acusado vivenciava, a situação de desespero da mãe). Todavia, a magistrada ignorou todas as razões, principalmente as últimas, sob a argumentação de que era essa a realidade carcerária do país, bem como que isso acontecia com todos os filhos de pessoas presas em nossa cidade. Shecaira encerra, então, sua narrativa, afirmando que, na verdade, nem todos vivenciariam a mencionada situação, uma vez que, se fosse o filho da magistrada a pessoa que estivesse passando por tais circunstâncias, certamente não haveria tanta indiferença e nem tanta distância.

Fazendo uma análise simples do caso relatado, podemos perceber que a Juíza só agiu com tamanha empáfia e frieza porque acreditava, e provavelmente ainda acredita, que jamais ela ou qualquer de seus parentes cometerão algum crime. Pensa que é diferente do réu e do adolescente que praticam um crime ou um ato infracional. Justamente por crer nessa idéia, não se importa com as péssimas condições carcerárias existentes nos presídios, cadeias e centros de detenção provisórias do Brasil. Ora, por que deveria se incomodar com isso, se nenhum dos seus passará por lá, não é mesmo?

Nesse contexto, cabe dizer que a atuação na Defensoria Pública nas Varas da Infância e Juventude, amenizando a distância entre nós, profissionais, e realidade social, leva-nos a adotar uma visão mais humana dos fatos, o que nos faz perceber que, muitas vezes, os réus e, mais especificamente, os adolescentes cometem crimes por fatores alheios à própria vontade, porquanto grande parte deles não tem família, ou, se tem, elas não possuem um mínimo de estrutura para ampará-los e orientá-los. São, na verdade, vítimas da sociedade.

É certo que existem aqueles que, embora enfrentem as mesmas condições adversas, acabam conseguindo superar os fatores sociais e levar uma vida digna, razão pela qual certas pessoas defendem que tais fatores não justificariam o cometimento de atos infracionais, seja lá quais sejam as circunstâncias enfrentadas pelo adolescente. Porém, se considerarmos que vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual deve imperar a flexibilidade, a pluralidade, o debate e a aceitação do diferente, não é possível se exigir que todos os adolescentes reajam de uma mesma maneira aos mesmos estímulos. Em outras palavras, não é porque um consegue que o outro também conseguirá.

Além disso, os que adotam esse discurso falacioso esquecem-se de que não são "imunes", estando, também, sujeitos a cometer crimes. Veja, por exemplo, a quantidade de jovens de "boa família" que, ao sair com os amigos, bate o carro e acaba matando os passageiros. Trata-se de homicídio culposo, cuja pena vai de 2 a 4 anos. Há também o caso do uso e do tráfico de drogas, que têm assombrado e tirado o sossego de muitas famílias da classe mais abastada.

De qualquer maneira, o que pretendemos aqui não é eximir aqueles que violam a lei da obrigação que lhes cabe. Devem, sim, receber a medida adequada, porém, esta deve ser fixada de maneira proporcional e dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis. Além disso, a imposição de tal medida não pode significar uma marca indelével na vida do adolescente, o qual possui o direito de se redimir do erro cometido e, dessa maneira, construir para si uma vida digna.

Na verdade, o que almejamos é chamar a atenção para o fato de que somos todos seres humanos e, embora alguns, infelizmente, desconheçam o conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil, das Declarações Internacionais de Direitos Humanos e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo Brasil, é de se lembrar aqui que, independentemente de sexo, cor, idade, origem, classe social, religião, possuímos os mesmos direitos. Aliás, um dos fundamentos de nossa República é a dignidade da pessoa humana, que

significa que todos têm valor, não em razão de suas posses ou de outros fatores, mas sim pelo simples fato de serem pessoas humanas.

Com efeito, assim dispõem os artigos I, II, 1, III e VI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948:

“I – 1. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

II - todo homem tem capacidade para gozar dos direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

III – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

VI – Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

Já a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, diz, em seus artigos I, II e XVII que:

I -“Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

II - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.”

XVII – Toda pessoa tem direito de ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais”.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina, em seu artigo 3º, que:

“Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto”.

Ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, dispõe, no artigo 3º, que:

“Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto”.

Por fim, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1969, determina, em seu artigo 1º, I, o seguinte:

“Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

A nossa Constituição está em perfeita harmonia com tais disposições, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º, inciso III, 3º e 5º, os quais mencionam, em apertada síntese, a dignidade da pessoa humana como o cerne do ordenamento jurídico, os objetivos fundamentais da República, e, dentre eles, a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e, por fim, estabelecem, também, o direito de todos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Em suma, diante de tudo o que foi exposto, fica claro que, se queremos ter uma sociedade melhor e mais justa, temos que lutar contra o empobrecimento gerado pelo pensamento dicotômico e maniqueísta, já que a vida encerra uma complexidade e uma pluralidade que não devem ser esquecidas jamais. Há de ser erradicado o discurso falacioso daquelas pessoas que teimam em acreditar que têm um diferencial em relação aos infratores. Todos nós somos humanos e, como tais, somos passíveis de erro. Contudo, ainda que erremos, sempre existe a possibilidade de mudança. Mesmo que erremos, os direitos continuam sendo garantidos, porque assim quer a nossa Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1) TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. Editora Saraiva, 5ª Ed., 11ª tiragem. 2002.
- 2) ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1. Editora RT, 6ª Ed., 2006.
- 3) SHECAIRA, Sérgio Salomão. Artigo: A lei e o outro. Disponível em http://www.aidpbrasil.org.br/p_leioutro.htm
- 4) NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Editora Método, 3ª Ed., 2009.
- 5) GOMES, Luiz Flávio. Artigo: Munõz Conde e o Direito Penal do Inimigo. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/Munõz%20conde%20e%20o%20DP%20do%20Inimigo.pdf>
- 6) MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Coletânea de direito internacional. Editora RT. 5ª Ed. 2007.
- 7) PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1. Editora RT, 7ª Ed., 2007.

CIVIL

DEVE SER ASSEGURADA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO

Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes
Defensora Pública do Estado de São Paulo

1- Introdução

Muito se discutiu e ainda se discute sobre a constitucionalidade do artigo 153⁸¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade da Autoridade Judiciária da Infância e da Juventude determinar processamento como procedimentos verificatórios para "identificar" eventual situação de risco de crianças e adolescentes, prevista no artigo 98⁸², decidindo pela aplicação de medidas protetivas, como as previstas pelos artigos 101⁸³ e 129⁸⁴ da Lei 8.069/90.

⁸¹ Artigo 153- *“Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”.*

⁸² Artigo 98- *“As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado. II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.*

⁸³ Artigo 101- *“Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta. Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”.*

⁸⁴ Artigo 129- *“São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do pátrio poder. Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24”*

Tal medida ressuscita a providência extinta junto com o antigo Código de Menores, que permitia ao Juiz Menorista agir “*ex officio*”, investigando fatos não determinados para aplicar de medidas tutelares, ora substituídas pelas medidas protetivas, a serem adotadas nos casos de situação de risco, expressa no artigo 98 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Entretanto, ainda nos dias de hoje, boa parte dos Juízes da Vara da Infância e Juventude ainda atuam através do procedimento verificatório e por supostamente se tratar de um procedimento administrativo, cuja medida judicial a ser adotada não corresponde a nenhum outro procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito ao devido processo legal, decorrente de mandamento Constitucional não é observado, causando um incomensurável prejuízo às partes interessadas e ao próprio direito de defesa.

Não há dúvidas sobre a necessidade de observância do princípio do devido processo legal, que assegura o contraditório e a ampla defesa em toda espécie de processo, seja judicial ou administrativo, sob pena de todos os atos processuais inverterem valores consagrados no Estatuto da Criança e Adolescente, especialmente no que diz respeito ao direito da criança e adolescente de serem criados no seio de sua família e tão somente, de maneira excepcional em família substituta⁸⁵.

2- A falta de observância ao Devido Processo legal e ao direito a ampla defesa e contraditório conduzem a um desfecho previsível.

Em que pese vir assegurado na Constituição Federal o direito ao devido processo legal⁸⁶, bem como o direito ao contraditório e a ampla defesa à qualquer acusado em processo judicial ou administrativo com todos os meios e recursos a ela inerente, sobre o manto de processo verificatório, formou-se uma espécie de processo blindado a qualquer regramento mínimo.

Ainda que se trate de um procedimento *sui generis*, tendo sua natureza de procedimento administrativo para uns e natureza variada para outros, o tal procedimento verificatório não pode deixar de lado um rito procedimental mínimo - com a citação dos requeridos (artigos 213 e 214 do Código de Processo Civil), oportunidade de auto defesa e defesa técnica, produção de provas, audiência de conciliação e de instrução e julgamento. Isto porque tal procedimento visa, via de regra, à aplicação de medidas, sejam as previstas no artigo 101 ou ainda as do artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em se confirmando a situação de risco social ou pessoal da criança ou do adolescente ou situação anômala dos pais ou responsáveis.

Na maior parte das vezes os requeridos não concordam com a aplicação da medida. Em não havendo concordância por parte de um dos destinatários da medida a ser aplicada, haverá contraposição de pretensões. Em geral a do Estado que pretende limitar parcela do poder familiar dos pais, retirando a criança ou adolescente da companhia dos mesmos, que por sua vez resistem

⁸⁵ Artigo. 19- “*Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*”.

⁸⁶ artigo 5º- “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”

a tal providência. Se há pretensão resistida, há lide e, portanto, é necessária a observância de todo o rito previsto no Código de Processo Civil.

E a não observância destas regras mínima previstas no nosso ordenamento jurídico vicia todo o procedimento e inicia um ciclo de rompimento dos vínculos afetivos, terminando na destituição do poder familiar dos pais, com a conseqüente colocação da criança em família substituta para eventual adoção, em total desrespeito ao direito fundamental da criança em ser criada e educada no seio de sua família natural e de não servir objeto de interferências ilegais e arbitrárias⁸⁷, sem mencionar novamente a violação do direito de defesa dos requeridos.

A observância das regras de um procedimento contencioso iniciado com a citação⁸⁸ garante aos genitores a possibilidade de defesa, especialmente quando há acesso a Defensoria Pública para contrapor-se imediatamente a pretensão Estatal. Já a ausência de citação formal e o fato da ordem vir de uma autoridade representativa do poder estatal; o juiz, a destinatária, desprovida de recursos financeiros e da ciência de seus direitos, acaba se submetendo ao procedimento não por aderir ao pedido, mas por não ter conhecimento de que pode vir a opor-se a ele.

Ocorre que o direito de defesa é assegurado na Constituição Federal e não se trata de benevolência do magistrado, cabendo àquele que conduz o procedimento verificatório o dever de garantir o direito a ampla defesa e ao contraditório aos envolvidos, com todos os meios e recursos a ele inerentes.

De certo modo, a lição de Ada Pellegrini Grinover⁸⁹ continua moderna, já que *“as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal”*.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente já não persiste a máxima de que magistrado deve buscar *“o melhor interesse da criança e do adolescente”* de maneira isolada, sobrepondo-se aos princípios e garantias constitucionais. Sobre o tema, manifestou-se Edson Sêda⁹⁰, *“O segundo aspecto alterativo é que, na apreciação das causas em que estejam em jogo a ameaça ou violação de direitos de ou por crianças e adolescentes, não cabe ao juiz, de forma discricionária, dizer qual é o melhor interesse da criança ou do adolescente. A lei vinculou a vontade do juiz a critérios rígidos presentes na lei para evitar arbitrariedades”*

⁸⁷ Artigo 16 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança: *“1 - nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e reputação. 2 - A criança tem direito à proteção da lei contra estes atentados ou interferências.”*

⁸⁸ Artigo 213 do Código de Processo Civil *“ é ato pelo qual se chama em juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.”*

⁸⁹ *“Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, 6ª edição, Ed. RT, p. 23, destaques nossos.*

⁹⁰ *A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina. São Paulo, Adês, 1997. pp. 126-127.*

3- Dos Relatórios Psicossociais e da Inobservância do direito de contraditá-los

Não se questiona a importância da elaboração de relatórios psicossociais em processos da Infância e Juventude, cuja autoria é atribuída à profissionais capacitados; dentre psicólogos e assistentes sociais, que deveriam, de forma imparcial, realizar estudo sobre as condições psicológicas das partes envolvidas (criança ou adolescente e seus pais), fornecendo elementos necessários para eventual aplicação de medidas protetivas, especialmente àquelas destinadas ao fortalecimento dos vínculos familiares.

Ocorre que a estes relatórios de acompanhamento, tem se dado extrema importância, a ponto de considerá-los como verdade absoluta, não sendo permitido à parte a ele sujeito apresentar quesitos, contraditá-los, requerer esclarecimentos no momento de sua apresentação, pois todos são elaborados durante o procedimento verificatório, quando a priori, não existe possibilidade de defesa. Sobre o assunto, vale citar Pitombo, nas palavras de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "*O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República*"⁹¹

Na prática, salvo raras exceções, os relatórios denominados de "parecer psicossocial" trazem uma narrativa mais que objetiva, com conceitos depreciativos sobre a personalidade dos genitores e termina por concluir sobre a ausência de condições psicológicas e financeiras para manutenção da criança ou adolescente no seio da família, devendo haver encaminhamento ou manutenção em família substituta.

As informações contidas no procedimento verificatório servem para ensejar a propositura da Ação de Destituição de Poder Familiar, quando passa a se observar o procedimento do devido processo legal.

4- Da impossibilidade de se realizar Defesa Plena na Fase Judicial

Formalmente, quando se garante aos genitores a possibilidade de contestar a ação através de profissional habilitado, o princípio do devido processo legal, que assegura a ampla defesa e o contraditório teria sido respeitado, substancialmente, entretanto, a defesa não pode ser realizada, por existirem vícios anteriores capazes de macular todo o processo.

Primeiramente há inúmeros questionamentos acerca das reais condições em que se deu o abrigo da criança e sobre a existência ou não da situação de risco a demandar a medida de abrigo, não obstante haja decorrido longos meses ou até anos entre a data do abrigo e a contestação.

As provas de que o abrigo se realizou de maneira irregular e que a criança não corria risco algum, apenas vivia em condições semelhantes à tantas outras famílias Brasileiras não são suficientes para assegurar aos genitores o direito de conviver com a criança ou adolescente, pois o rompimento dos laços afetivos e a institucionalização acabam sendo preponderantes na prolação da sentença.

⁹¹ PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP, edição n. 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.*

Desta forma, não resta outra alternativa que não a declaração de nulidade de todo o processo e neste sentido poucas jurisprudências foram encontradas.

“Menor. Perda da Guarda do Genitor da criança, decretada em procedimento meramente verificatório. Inadmissibilidade. Nulidade da Sentença Reconhecida. Recurso Provido⁹²”

“Estatuto da Criança e do Adolescente - Procedimento Investigatório instaurado visando a apuração de eventual risco pessoal envolvendo crianças - Aplicação de medida protetiva de encaminhamento das infantes ao genitor - Competência da Vara da Infância e da Juventude para o processamento e julgamento da causa - Decisão, na prática, que modificou guarda anteriormente estabelecida em processo de separação judicial - Inobservância, no procedimento imprimido, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa - Nulidade absoluta do processo, a partir da sentença, inclusive, para assegurar à apelante o direito de produzir as provas necessárias à solução do litígio, com o restabelecimento da guarda das infantes à genitora - Recurso provido⁹³”

5- Da Promulgação da Lei 12.010/2009

A Lei 12.010/09 promulgada recentemente⁹⁴ trouxe mudanças significativas em relação ao procedimento a ser observado pelo Juiz, quando houver necessidade de afastar a criança ou adolescente do convívio familiar.

Ao bem da verdade, a ausência de regras específicas a serem aplicadas nos procedimentos verificatórios tornava submetida o direito de defesa dos genitores a discricionariedade de cada Magistrado, que ora o permitia, ora o indeferia, conforme sua livre convicção.

Com a acréscimo de um segundo parágrafo⁹⁵ ao artigo 101 do Estatuto da Criança e Adolescente, o legislador explicitou a necessidade de instauração de procedimento judicial contencioso em qualquer procedimento em que haja o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, garantindo aos genitores o exercício do contraditório e ampla defesa.

A partir de então, deve ser observado o procedimento contencioso toda vez que houver afastamento de criança ou adolescente de sua família natural, sob pena de todos os atos serem declarados nulos, assim como ocorre em todos os demais campos do direito. E a inserção deste

⁹² *Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n° 24.754-0/6, São José do Rio Preto, Câmara Especial, Relator: Dirceu de Melo- 29/02/96*

⁹³ *Acórdão 7912, do Conselho da Magistratura do TJPR, decidindo o Recurso de Apelação 318-3-Ponta Grossa*

⁹⁴ *Lei 12.010, publicada em 3 de agosto de 2009.*

⁹⁵ *§2º “Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa”.*

segundo parágrafo consagrou plenamente a Doutrina da Proteção Integral, deixando de lado o Menorismo que ainda perdura em boa parte do nosso Poder Judiciário.

O Magistrado pode aplicar a medida extrema de afastamento da criança ou adolescente de sua família natural, mas seus genitores e responsáveis devem ser ouvidos, defendidos tecnicamente por um profissional capacitado, com possibilidade de arrolar testemunhas, produzir provas para enfim terem o direito de influenciar na decisão, que deve ser técnica e não baseada exclusivamente no “melhor interesse da criança”.

Não obstante tenha havido uma verdadeira inovação no campo legislativo, ainda não se observa a aplicação desta normativa em seus exatos termos, deixando a critério de cada cidadão a opção por procurar uma defesa técnica ou não, o que contraria a idéia principal da Lei 12.010/90 que dispõe sobre a sistemática para garantia à convivência familiar de criança e adolescentes em sua família natural.

6- Conclusão

A instauração do procedimento verificatório tem como finalidade a aplicação das mais diversas medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente a de abrigo. Via de regra, os destinatários de tais medidas discordam em submeter-se a elas, pois limitadoras do seu poder familiar. Havendo duas pretensões distintas, é necessária a observância ao direito de defesa e ao contraditório, previstos na Constituição Federal.

Além de gerar nulidade absoluta de todo o processo, a não observância ao devido processo legal no procedimento verificatório conduz a um desfecho previsível, que é a propositura da ação de destituição do poder familiar. Durante todo o procedimento os genitores são acompanhados pelo Setor Técnico, responsável pela análise de suas condições psicológicas e econômicas, que produzem laudos psicossociais a serem enviados ao magistrado.

Os laudos, apesar de unilaterais fazem análise depreciativa sobre a personalidade dos genitores e não se garante a estes o direito de contraditá-los, o que só pode vir a ocorrer na fase judicial, quando em geral, já se passaram muitos meses ou até anos.

Ocorre que desde a Promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente que encerrou a Doutrina da Situação Irregular, inaugurando a Doutrina da Proteção Integral, não é possível aceitar que o magistrado, sob o pretexto de definir o que venha a ser o melhor interesse da criança e do adolescente deixe de lado o direito de defesa dos seus genitores, para que junto da equipe técnica defina o melhor para criança e adolescente.

E neste sentido, houve promulgação da Lei 12.010/90 que tornou obrigatória a observância de todos os trâmites processuais previstos no procedimento contencioso, quando houver afastamento da criança e adolescente de sua família natural.

Referências Bibliográficas

GRINOVER, Ada Pellegrini. SCARANCE, Fernandes Antonio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. "As Nulidades no Processo Penal". 6ª edição. Ed. RT.

A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina. São Paulo, Adês, 1997. pp. 126-127.

PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP. Edição n. 22, jun-jul-ago/2003.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS AÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diego Vale de Medeiros
Defensor Público Do Estado De São Paulo
Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado da Infancia e Juventude

I Introdução

Através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, vem a presente tese sustentar o entendimento da necessária prioridade de atuação institucional das Defensorias Públicas na área da infância e juventude. Forçoso, portanto, desenvolver estratégias de ações que garantam um serviço de assistência jurídica gratuita e integral prioritário à infância e juventude, enaltecendo os princípios internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos das crianças e adolescente, norteando as ações dentro da proposta do Sistema de Garantia dos Direitos infanto-juvenis.

II A Previsão Constitucional do Princípio da Prioridade Absoluta

De forma vanguardista na legislação brasileira, o Constituinte de 1988 fez inserir, no art. 227, o princípio da prioridade absoluta, determinando ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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.

Destaca-se que o art. 227 da CF decorreu de uma imensa pressão popular que incluiu o princípio da prioridade absoluta à hierarquia de norma constitucional, "lex superior". Nesta seqüência, a norma infraconstitucional que lhe seguiu – Estatuto da Criança e Adolescente, objetivou, através de uma série de preceitos e mecanismos de gestão democrática participativa, instrumentalizar a devida PRIORIDADE ABSOLUTA nas políticas públicas destinadas à infância e juventude.

É necessário destacar que o presente diferencial em relação a outros campos de atuação das políticas públicas traduz o real intuito das forças políticas e sociais, tornando-se incontroverso quanto à aplicabilidade do preceito constitucional.

Especificando ainda o artigo 227 da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e Adolescente, preconiza no artigo 4º, parágrafo único, o entendimento do legislador no tocante ao conceito da PRIORIDADE ABSOLUTA, vejamos:

Parágrafo Único - A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude"

Em análise etimológica, constata-se que "prioridade", segundo AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, é "1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia. 2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia. 3. Qualidade dum coisa que é posta em primeiro lugar, numa série ou ordem" ; E ABSOLUTA, significa ilimitada, irrestrita, plena, incondicional.

Coadunando os vocábulos em tela, infere-se o sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos com primazia sobre quaisquer outros.

Possíveis contra-argumentos podem defender que há também na legislação pátria a prioridade para outros públicos, tais como aos idosos e /ou mulher. Todavia, a única PRIORIDADE com escopo constitucional é para as crianças e adolescente, como bem prevê o artigo 227 da Constituição Federal, descabendo, portanto, qualquer justificativa plausível para que se exima a responsabilidade do Estado à infância e juventude.

III O exercício da prioridade absoluta no serviço público.

Ao analisar a função do Estado na formulação, execução e avaliação das políticas públicas, coadunado ainda com a compreensão que o Estado de Direito é um Estado Constitucional, torna-se implícita a existência de uma Constituição que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental, vinculando a todos os poderes públicos.

Todos os poderes públicos estão inseridos e subordinados ao conceito *lato sensu* de administração pública, e é em razão exatamente disso que o princípio da prioridade absoluta deve ser observado e respeitado em todas as esferas de intervenção do Estado. Indubitável que o disposto no citado art.4º, caput e par. único, estatutário, bem como nos arts.87, incisos I e II e 259, par. único, também da Lei nº 8.069/90, devem priorizar – e repita-se: em regime de prioridade absoluta – a criança e o adolescente em seus planos, projetos e ações.

Tal compreensão recebeu, recentemente (08 de julho de 2008) brilhante precedência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, através do seu atual Presidente, Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, que ao analisar um pedido de suspensão de segurança promovido pelo Estado de Tocantins, PROCESSO NUMERO 235-0, apresentou em sua decisão a adequada compreensão constitucional do princípio da prioridade absoluta:

(...) Nesse sentido, destaca-se a **determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente**. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente. (grifo do autor)

Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito. Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos.

Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (*Annäherungstheorie*) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente.

Diante dos argumentos supramencionados conclui-se não ter ficado ao alvedrio do poder público decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes, a exigência de absoluta prioridade deve ser entendida como uma regra direcionada e não meramente retórica e/ou programática.

Segundo o art.259, par. único, do ECA, Estados e municípios têm o dever de adaptar seus órgãos e programas aos princípios e diretrizes estabelecidas na Lei nº 8.069/90, sendo que o não oferecimento ou a oferta irregular de serviços públicos e programas de atendimento previstos em seus arts.87, 90, 101, 112 e 129, além colocar em situação de risco crianças e adolescentes (cf. art.98, inciso I, da Lei nº 8.069/90) e autorizar a propositura de demanda judicial no sentido de

obrigar o ente público a cumprir seu dever elementar de assim proceder (cf. arts. 212 e 213, da Lei nº 8.069/90), pode acarretar a responsabilidade do agente público omissor.

I- A Responsabilidade Institucional da Defensoria Pública na Garantia da Prioridade Absoluta das Crianças e Adolescentes

Assumindo-se a interpretação sistemática dos artigos 134 e 227 da Constituição Federal além dos demais preceitos da política pública de proteção aos direitos humanos das crianças e adolescentes, infere-se a responsabilidade do Estado em garantir a devida prioridade na prestação de serviço público à infância e juventude, inclusive na assistência jurídica gratuita e integral prestado pela Defensoria Pública.

Ademais, as leis de Organização das Defensorias Públicas enaltecem o respeito aos princípios preconizados pela Constituição Federal, inclusive com previsão expressa que garante atenção institucional à infância e juventude, de acordo com a lógica internacional e nacional esculpidas no Sistema de Garantia dos Direitos Humanos das Crianças e Adolescente, como se observa, por exemplo, na Lei Complementar do Estado de São Paulo 988/06.

O formato do Sistema de Garantia dos Direitos das Crianças e Adolescente apresenta uma proposta de integração e interdependência dos órgãos envolvidos na rede de proteção dos direitos humanos infante-juvenis, nos três eixos: promoção, controle e defesa, como bem preceitua o artigo 86 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Nesta lógica, são necessárias as devidas adaptações institucionais para que se atribua a instrumentalização e execução do princípio da prioridade absoluta às crianças e adolescentes.

IV Propostas de Ações para Instrumentalizar a Prioridade Absoluta na Defensoria Pública

Diante do exposto, apresenta-se a seguir propostas de iniciativas e ações a serem assumidas na gestão das Defensorias Públicas com intuito de instrumentalizar a presente determinação constitucional na prestação do serviço público de assistência jurídica gratuita e integral com prioridade à infância e juventude.

Atenta-se que houve a preocupação que a prioridade absoluta não se limite à atividade fim, mas também seja incorporada nas práticas institucionais de gestão e decisões políticas, vejamos:

a) Concurso de Defensores Públicos: que a Disciplina Direito da Criança e Adolescente assumira a devida autonomia com as mesmas exigências e peso que as demais matérias.

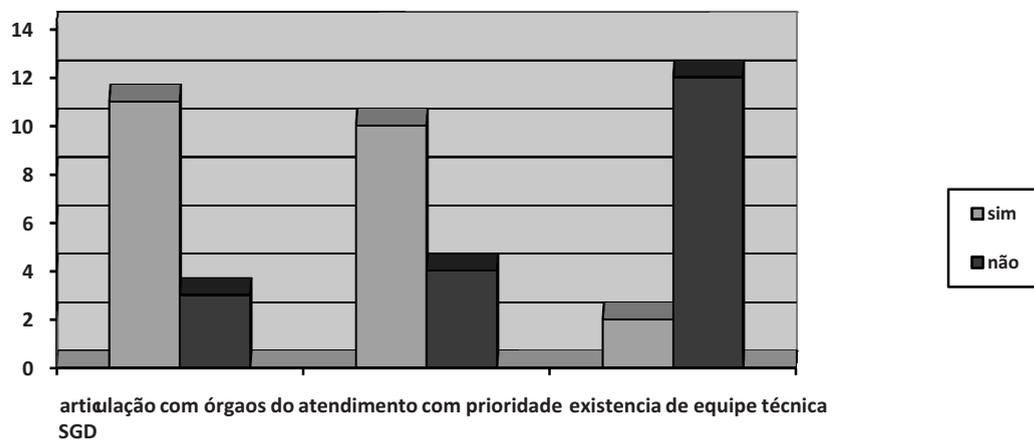
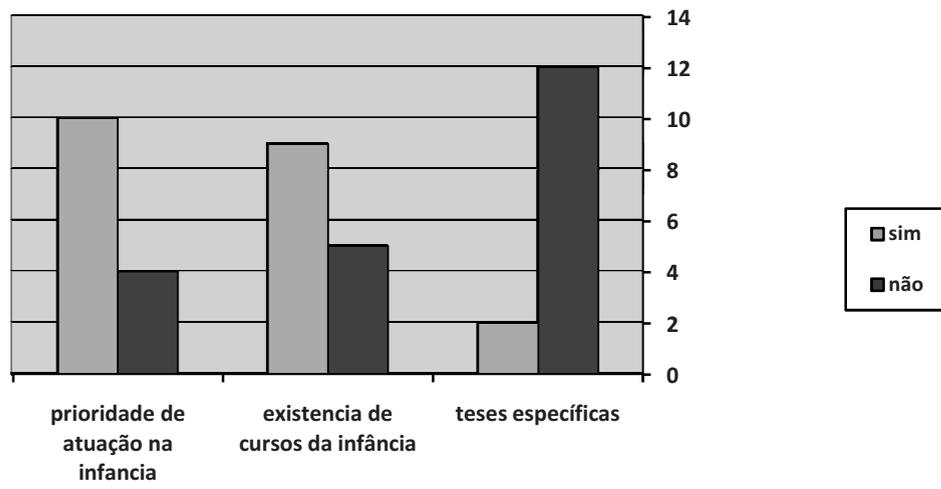
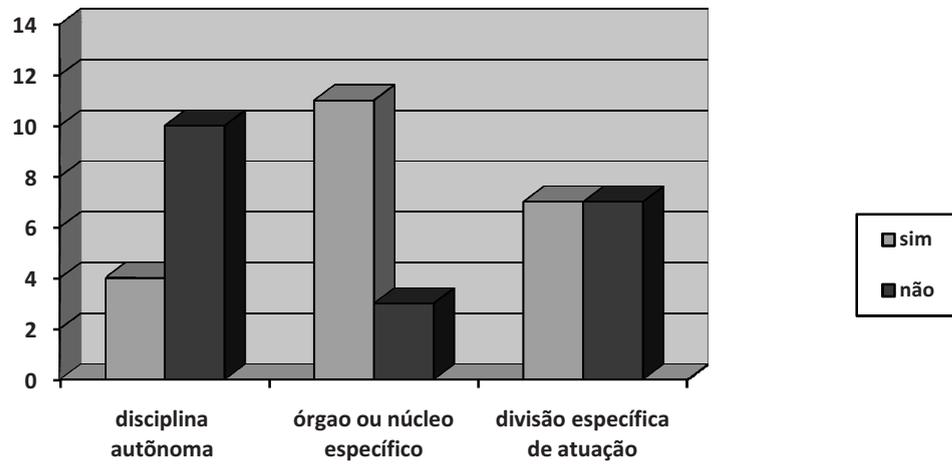
b) Sejam instituídos órgãos/núcleos autônomos especializados da infância e juventude, destinando-se recursos humanos e materiais necessários para o funcionamento.

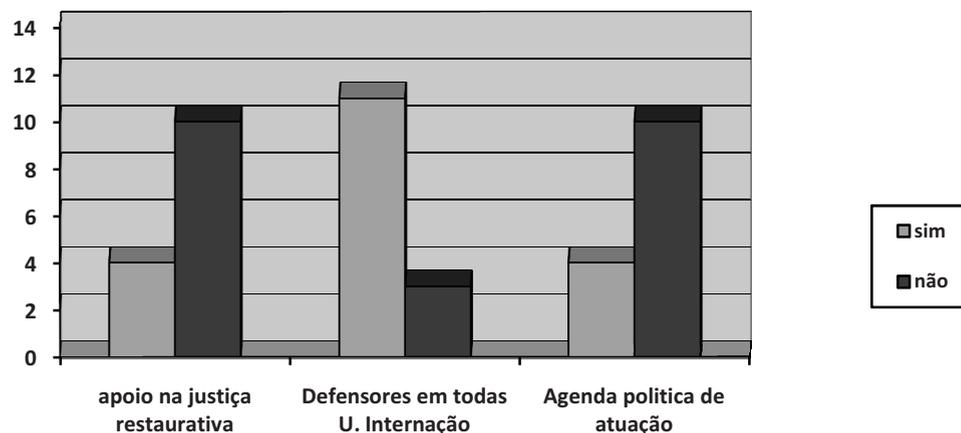
c) Em comarcas que atuem mais de um Defensor(a) Público(a) seja instituída divisão específica de atuação na infância e juventude na área civil e infracional.

- d) A desvinculação e autonomia funcional e administrativa dos Defensores Públicos que atuam na área infracional em relação à área criminal.
- e) Prioridade de atuação jurídico/processual dos Defensores Públicos na área da infância e juventude, incluindo-se a fase de conhecimento, execução de medidas sócio-educativas e área civil. Registra-se que, não obstante a devida atenção das demais áreas, defende-se que se envolve de desrespeito à prioridade absoluta direcionar Defensores Públicos em demais áreas quando ainda não exaurida a atuação na justiça de infância e juventude.
- f) Estímulo ao aperfeiçoamento funcional em cursos/encontros de formação periódicos/permanentes de direito da criança e adolescente e produção de publicações institucionais.
- g) Elaboração de teses institucionais de atuação na área da infância e juventude.
- h) Ampliação de atuação político institucional da Defensoria Pública juntamente aos Conselhos Tutelares, Conselhos dos Direitos das Crianças e Adolescentes, Secretarias governamentais, ONGs, Programas de Execução de Medidas Sócio-Educativas em meio-aberto (recebendo adolescentes para cumprimento da medida na instituição).
- i) Desenvolver meios de instrumentalizar proficuamente o atendimento prioritário às demandas judiciais à infância e juventude, evitando processos de vitimização, assumindo medidas para que casos envolvendo crianças e adolescentes não se submetam aos procedimentos ordinários de triagem e acompanhamento processual.
- j) Disponibilizar equipe técnica multidisciplinar juntamente aos Defensores Públicos da infância e juventude assessorando e desenvolvendo práticas de conciliação/mediação de conflitos.
- k) Estímulo na implantação da Justiça Restaurativa.
- l) Garantir a presença de Defensores Públicos em todas as comarcas/regionais que possuem unidades de internação de adolescentes.
- m) Destinação privilegiada de recursos orçamentários em projetos e ações institucionais direcionadas à infância e juventude.
- n) Construção de agenda política de mobilização institucional referente às discussões de temáticas envolvendo direito da criança e adolescente.

V Diagnóstico das Defensorias Brasileiras na área da infância e juventude:

Na I Reunião Nacional dos Defensores Públicos da Infância e Juventude, Cuiabá/novembro/2008, aplicou-se um questionário sobre as propostas apresentadas com fins de mapear um sumário diagnóstico sobre a devida prioridade institucional na área da infância. 14 Defensorias Estaduais responderam o questionário. Segue abaixo o resultado:





Em análise, destacam-se como pontos necessários de convergência de esforços:

- a) Existência de equipe técnica de apoio aos Defensores Públicos da Infância.
- b) Apoio na elaboração de teses institucionais na área da infância e juventude.
- c) Estímulo na implantação de projetos da Justiça Restaurativa.
- d) Existência de agenda política de atuação na infância e juventude.
- e) Incluir a disciplina Direito da Criança e Adolescente no concurso de ingresso de Defensores Públicos, enquadrando-a como matéria autônoma e com o mesmo prestígio de pesos.
- f) A unificação dos núcleos da criança e adolescente para que sejam assumidas integralmente as atuações na área de proteção e sócio-educativa.
- g) Fortalecimento dos núcleos infância e juventude através de compromissos firmados pelos Defensores Públicos Gerais, Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais e Conselhos Superiores das Defensorias Públicas.

VI Considerações Finais:

Como demonstrado, um serviço público de assistência jurídica gratuita e integral com prioridade de atuação na área da infância e juventude torna-se forçoso para atuação dos Defensores Públicos, evidenciando a busca necessária em inserir a instituição na Rede de Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

Todavia, a convergência de apoio político institucional das Defensorias Públicas deve ser assumida nos planejamentos estruturais por força do ordenamento constitucional que determina a priorização da garantia dos direitos humanos infanto-juvenis, sendo DEVER DE TODOS O COMPROMISSO COM A PRIORIDADE ABSOLUTA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

É preciso romper com o vetusto paradigma menorista que se desenvolveu na sociedade brasileira que visualizava ou ainda mantém a cegueira social que as crianças e adolescentes são meros objetos de intervenção sem direito e sem direito a ter direito. Indubitável é reconhecer que a Defensoria Pública é por excelência a instituição que deve reconhecer o público infanto-juvenil como prioritário ao acesso à justiça.

Referências Bibliográficas

COSTA, Antonio Carlos G. da. *É Possível Mudar. A criança, o adolescente e a Família na Política Social do Município*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, São Paulo, Saraiva. 1990.

MOTTA, ELIAS DE OLIVEIRA. *Direito Educacional e Educação no Século XXI*. Unesco, Una. 1997

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. Cap. 8, Editora Renovar, RJ, 1996.

VERONESE, Josiane R. Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ltr, 1999.

WERTHEIN, Jorge. Representante da UNESCO no Brasil. Coordenador do Programa UNESCO/Mercosul. In: *Direitos Humanos no Cotidiano*. Manual. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, UNESCO e U

A VISÃO DA DEFESA SOBRE A UTILIZAÇÃO DO TERMO DE RESPONSABILIDADE CONCEDIDO PELO CONSELHO TUTELAR.

Diego Vale De Medeiros

Defensor Público do Estado de São Paulo

Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado da Infância e Juventude

1-INTRODUÇÃO

Defende-se neste breve estudo o entendimento de que a entrega da criança e adolescente para pai e/ou responsável através de termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar não se reveste da mesma natureza e efeitos jurídicos do termo de guarda concedido pelo Poder Judiciário.

Diante de uma possível semelhança entre os termos de guarda e de responsabilidade, vislumbram-se, hodiernamente, alguns equívocos, sendo necessário determinar diferenças e providências em prol do respeito ao princípio da proteção integral ao público infanto-juvenil, uma vez que a insegurança jurídica vindoura da mau utilização do termo de responsabilidade ocasiona grandes transtornos às famílias e principalmente à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes.

2-FUNDAMENTO JURÍDICO

O ordenamento pátrio de proteção aos direitos das crianças e adolescentes regulamenta o instituto da guarda, tutela e adoção, atribuindo competência exclusiva do Poder Judiciário na concessão dos pedidos de colocação em família substituta, seja através da Vara da Infância e Juventude ou Varas de Família.

Em análise perfunctória do instituto da guarda, não obstante o seu caráter de provisoriedade por excelência (Art. 35 do ECA: A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.), reputa-se que através da concessão do termo de guarda, este obriga ao guardião a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

No tocante às atribuições dos conselhos tutelares, o Estatuto da Criança e Adolescente atribui em solidariedade com o Poder Judiciário a competência em determinar medidas de proteção às crianças e adolescentes como também aos pais e responsáveis. Vejamos:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Em análise ao inciso I do artigo 101, explica-se que o termo de responsabilidade assume uma medida de natureza precária, devendo ser utilizado para resguardar o referencial familiar/comunitário das crianças e adolescentes que por motivos diversos se encontram em situação de vulnerabilidade ou de risco. O(a) conselheiro(a) tutelar através de uma análise sumária e parcial da situação fática exposta, sem obedecer o procedimento do contraditório, pode fazer uso da presente medida de proteção para prevenir ameaças e/ou violações de direitos, cabendo-lhe a partir da aplicação, providenciar outras ações de acompanhamento, inclusive assumir os encaminhamentos para possível regularização da guarda de fato.

Exemplifica-se na prática, quando criança e adolescente é encontrada em situação de risco desacompanhada de pai ou responsável e através de diligências se identifica um referencial familiar ou comunitário (tio, avô, vizinho, amigo da família etc), o(a) conselheiro(a) tutelar pode fazer uso do termo de responsabilidade para qualquer um que demonstre o vínculo familiar/comunitário, evitando-se as providências e medidas de abrigamento.

Para efetivar a presente medida, o Conselho Tutelar comunica-os para comparecer a sua sede onde tomam conhecimento oficial da ameaça ou violação que atingem a criança ou o adolescente e assinam termo de responsabilidade através do qual se comprometem a zelarem cumprimento de seus deveres no caso.

Regularizar guarda de fato foge e excede a competência em instância administrativa do Conselho Tutelar, ensejando a imprescindível atuação judicial.

3- CONSTATAÇÕES NO DIA-A-DIA

Não obstante, cotidianamente, observam-se alguns exemplos necessários de reflexões, tais como:

- a) A mãe que assina um termo passando a guarda da criança, junto ao Conselho Tutelar, sem a anuência do genitor.

b) Secretaria de Assistência Social concedendo ao responsável, ora identificado no termo de responsabilidade determinado pelo Conselho Tutelar, a incumbência de administrar benefícios da política pública da assistência social (Bolsa Família, BPC, etc).

c) Responsável, não genitor, viajando com criança apresentando tão-somente o termo de responsabilidade ora assinado no Conselho Tutelar.

d) Conselho Tutelar proibindo direito de visita dos pais ou responsáveis por meio com fundamento no instituto em tela.

Diante de uma possível semelhança entre os termos de guarda e de responsabilidade, vislumbram-se, hodiernamente, alguns equívocos, sendo necessário determinar diferenças e providências em prol do respeito ao princípio da proteção integral ao público infanto-juvenil, uma vez que a insegurança jurídica vindoura da mau utilização do termo de responsabilidade ocasiona grandes transtornos às famílias e principalmente à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes.

4- OS PREJUÍZOS DA MAU UTILIZAÇÃO DO TERMO DE RESPONSABILIDADE E AS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR

Força destacar que o presente instituto vem sendo utilizado arbitrariamente no âmbito de procedimentos que podem culminar em possível ação de destituição de poder familiar. Observa-se, comumente, o equívoco de se utilizar o termo de responsabilidade como instrumento capaz de suspender o poder familiar quando se constata uma violação suscetível de aplicação de medida de proteção prevista no artigo 101 do ECA. Tal postura viola decisivamente os princípios constitucionais de contraditório e ampla defesa e se reveste de arbitrariedade e desvio/excesso de poder.

Tal providência coadunada do desconhecimento das famílias, estas por sua vez em sua maioria assistidas pela Defensoria Pública, ocasiona um cenário de violação de direitos e distancia as providências administrativas e judiciais para fortalecimento da convivência familiar e comunitária de origem. Podendo deflagrar uma ação de destituição de poder familiar.

Por tais fundamentos, defende-se que a entrega da criança e adolescente para pai e/ou responsável através de termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar não se reveste da mesma natureza e efeitos jurídicos do termo de guarda concedido pelo poder judiciário.

5-PROPOSTAS DE UTILIZAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO TERMO DE RESPONSABILIDADE

Neste entendimento, urge destacar algumas medidas extrajudiciais e judiciais para utilização do presente instituto, tais como:

a) Em se constatando violação ou ameaça de direito infanto-juvenil, ao aplicar a medida protetiva (termo de responsabilidade) o Conselho Tutelar deve orientar os responsáveis em procurar o serviço da Defensoria Pública para a regularização da guarda de fato. Ademais, o termo de responsabilidade não possibilita que o responsável, que não seja genitor, assumam a legitimidade de administrar os recursos de benefícios assistenciais cabíveis para a criança e/ou adolescente.

b) O termo de responsabilidade não é suficiente para impedir o direito dos genitores em requerer busca e apreensão em desfavor dos que estão exercendo a guarda de fato.

As duas reflexões supramencionadas se fundamentam pela precariedade que o termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar se reveste no universo jurídico, uma vez que não se assume os mesmos procedimentos que o processo judicial de guarda obedece. Por se tratar de uma medida de proteção aplicada, em grande parte em conjunto com outras providências, é salutar

a preocupação em não estimular práticas observáveis comumente sobre o “valor popular” que está se atribuindo ao termo de responsabilidade.

Diante da ausência do contraditório e ampla defesa, todavia não colocando em pauta os fundamentos que ensejam a decisão do Conselho Tutelar em aplicar alusiva medida de proteção, o termo de responsabilidade não é suficiente para regularizar/proteger uma guarda de fato, tornando-se forçoso providências judiciais para regularização da guarda, sob pena de ser questionado em possível ação de busca e apreensão. Logo, urge a necessária atenção dos ilustres Conselheiros Tutelares em acionar a Defensoria Pública com intuito que seja ofertado a assistência jurídica gratuita e integral à população que não apresenta condições financeiras de custear advogado particular.

Ademais, por todo o exposto, o termo de responsabilidade não deve ser aceito como instrumento suficiente a ser apresentado nos de programas da assistência social ou previdência social com intuito de ser atribuída ao responsável a possibilidade de gerir recursos e identificá-lo como representante legal da criança e/ou adolescente.

Apesar do termo de responsabilidade não possuir eficácia de regulamentar guarda judicial, é elemento probatório convincente quando analisado a harmonia das provas de futuro processo de colocação em família substituta, podendo inclusive fundamentar um pedido e concessão de guarda liminar inaudita altera parte.

Não obstante a precariedade da medida protetiva prevista no inciso I do artigo 101 do Estatuto da Criança e Adolescente, não se pode olvidar que o mesmo advêm de uma possível violação ou ameaça de direitos de crianças e adolescente constatado, *ab initio*, pelo conselho tutelar. Diante dos fortes indícios, o presente documento coadunado com as demais provas a serem colecionadas nos autos de processo de colocação de família substituta (guarda, tutela e adoção) representa elemento probatório convincente, podendo inclusive fundamentar um pedido e concessão de guarda liminar inaudita altera parte.

REFERÊNCIAS

COSTA, Antonio Carlos G. da. É Possível Mudar. A criança, o adolescente e a Família na Política Social do Município. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, São Paulo, Saraiva. 1990.

MOTTA, ELIAS DE OLIVEIRA. Direito Educacional e Educação no Século XXI. Unesco, Una.1997

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar. Cap. 8, Editora Renovar, RJ, 1996.

VERONESE, Josiane R. Petry. Os direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Ltr, 1999.

O SER E O DEVER-SER DO PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO: TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E ADMINISTRATIVA NO SISTEMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.

José Moacyr Doretto Nascimento⁹⁶

Palavras chaves: Estatuto da Criança e Adolescente. Proteção integral. Procedimento investigatório e verificatório. Função administrativa e jurisdicional. Conselho Tutelar. Medidas protetivas. Abrigamento.

1. Introdução

Colima-se nesse bosquejo analisar o denominado procedimento verificatório que grassa nas Varas da Infância e Juventude, realizando descrição fenomenológica, isto é, daquilo que efetivamente ele é, como ele é. Analisar-se-á seu esteio jurídico, manifestação empírica e sua aptidão para alcançar legitimamente os fins aos quais se propõe.

Numa segunda plana, enceta-se realizar juízo de valor incidente no procedimento prejacente, a fim de delimitar, à luz dos direitos fundamentais instrumentais e materiais, aquilo que exatamente deveria sê-lo para manter-se legal e constitucional.

Por fim, assentada as duas premissas indicadas, apresentar-se-á sistematização e acomodação da última análise (o “dever ser” do procedimento) com o corpo normativo do Estatuto da Criança e Adolescente, almejando perfeita sintonia entre o princípio da proteção integral, os poderes da autoridade judiciária e Conselho tutelar e as garantias e direitos dos pais e responsáveis.

2. Descrição fenomenológica do procedimento verificatório

Tendo a autoridade judiciária do Juizado Infanto-juvenil conhecimento de violação dos direitos da criança e adolescentes, quer por ação\omissão do Estado, quer por abuso, falta dos pais responsáveis ou mesmo por conduta da própria criança\adolescente, determinará – na grande maioria dos Estados da Federação- a instauração daquilo que se convencionou chamar de procedimento verificatório, que tenciona a operacionalização dos artigos 101 e 129 do Estatuto da Criança e Adolescente em sede judicial.

⁹⁶ Defensor Público do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito Privado. Pós-graduando em Processo Civil.

Instaurado, de ofício pela autoridade, por meio de portaria descrevendo a eventual violação de direitos da criança e adolescente ou apenas os termos da delação, determinará o magistrado medidas destinadas a fazer cessar os abusos, as omissões e ações malsãs, ouvido sempre o Ministério Público.

Nos casos em que os pais ou responsáveis são os violadores do sistema de proteção – objeto preponderante dos procedimentos verificatórios -, determina-se o abrigo⁹⁷ e afastamento da pessoa infanto-juvenil de sua família natural, rompendo com o direito de convivência familiar para se garantir, presume-se, direito mais meritoso e imprescindível.

Por outro vértice, espelhando pela óptica do suposto violador (responsáveis e pais), há perspicua mitigação, relativização e restrição de seus direitos (*rectius* poder-dever) dimanados do poder familiar.

Infere-se, assim, que se trata de procedimento cujo concatenamento de atos não está previsto em lei, permitindo que a autoridade formule, ao seu líbido, o *iter*, no qual direitos relevantes, tanto do suposto violado, quanto do eventual violador, são coarctados. O contraditório, ampla defesa, participação bilateral, ciência prévia, possibilidade de reação, poder de influenciar no *animus* judicante, defesa técnica são elementos acidentais e não essenciais, que incidem a depender da vontade daquele que determina o procedimento.

Materializada a restrição judicial, o procedimento é propulsionado pelo Ministério Público, sob a superintendência da autoridade judiciária. Inicia-se, se pode assim acoimar, a fase probatória do procedimento. Perícias sócio-econômica-cultural-psicológica-antropológicas são postuladas, deferidas e realizadas pela equipe multidisciplinar do Juizado da Infância e Juventude. Os pais, crianças e seus laços emocionais-afetivos, afora a formal e longínqua possibilidade de intervenção e participação real nos autos, são meros objetos de análise do Juízo e de sua equipe

Não há prazo para o deslinde do verificatório, porquanto sequer a amarração dos atos uns nos outros é indicado na lei, protraindo-se as restrições de direitos no tempo.

Findo o procedimento, porque exaurido suas capacidades de prova, servirá para embasar e instruir ação de destituição ou suspensão do poder familiar, a ser intentada pelo Ministério Público e julgada pela autoridade judiciária que determinou a sua instauração e dirigiu-se um caminho e objetivo a ser buscado.

⁹⁷ “Em recente levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, com apoio do Unicef, foram investigados um total de 589 programas de abrigos (88% das instituições atendidas pela Rede SAC). A pesquisa constata que a maioria absoluta dos abrigados tem família (86,7%); 46% dessas crianças estão nos abrigos sem o conhecimento da Justiça, e apenas 11% estão aptas para a adoção” (DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães, **A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso**. Edição especial da revista da AASP, dezembro de 2008.)

2.1 Da suposta fundamentação legal da atipicidade procedimental.

Tudo isso com espeque no art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite ao magistrado a investigação de fatos e *ex officio* a tomada de medidas necessárias, ouvido o Ministério Público, desde que a medida judicial a ser adotada não corresponda a procedimento previsto nesta ou noutra lei.

Frise-se que o suporte fático do dispositivo, dentre outros elementos, é formado pela fórmula “inexistência de procedimento previsto em lei” que enseje a medida necessária, sem o que não haverá a incidência da norma. É dizer que a deflagração da consequência jurídica (=autorizar a autoridade judiciária a investigar fatos e ordenar de ofício medidas) está inexoravelmente jungida à inexistência de procedimento legal previsto abstratamente para aquela hipótese.

Não só. A medida a ser aplicada deverá integrar o feixe de atribuições da autoridade judiciária, como obviamente deve ser, uma vez que competência⁹⁸ é pressuposto para validade de todo ato público dentro do (E)estado de legalidade.

Será demonstrada avante a impossibilidade de se invocar o art. 153 como fundamento do procedimento verificatório, porquanto há instrumentos fixados em lei para a consecução fitada. Além disso, se evidenciará que a autoridade judicial não é competente para tanto.

Ademais, a Lei Federal nº 12.010, de 29 de julho de 2009, com vigência em 90 dias da data de sua publicação, parece por termo a essa discussão, inserindo parágrafo único ao art. 153 para bloquear a incidência do *caput* nos casos em que se fita o afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.

3. Reminiscência psíquico-ideológica do Código de Menores.

Os procedimentos investigatórios e verificatórios possuem raiz no Código de Menores (Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), urdido em pleno estado de exceção, consubstanciando o pináculo, na seara do direito infanto-juvenil, do princípio da situação irregular.

Não se cuidava de sistematização normativa voltada para a infância e juventude nacional, mas apenas para crianças e adolescentes situados na irregularidade e, assim, potencialmente nocivos à segurança interna⁹⁹, traduzindo-

⁹⁸ “No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência” (PIETRO, 2003, p.197). Ainda, segundo Caio Tácito, “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a de Direito” (O abuso do poder administrativo no Brasil, p.27).

⁹⁹ Tania Pereira (2008, p. 14) cita Paulo Lúcio Nogueira que conceituou as hipóteses de situação irregular de forma geral, fixando-a “como situação de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade

se na inserção no mesmo cadinho de infrator e desamparado, de pobreza e marginalidade criminosa, fundindo conceitualmente imunização, repressão penal e assistencialismo¹⁰⁰.

Não é sem razão que Machado relembra (2003, p. 27) “que, antes da CF de 1988 e da vigência do ECA, a grande maioria, da ordem de 80 a 90%, das crianças e dos jovens internados nas Febens não era autora de fato definido como crime”.

Na legislação menorista¹⁰¹, o art. 94, §1º permitia ao juiz de menores a instauração de procedimentos verificatórios, oficiosamente, por portaria, visando providência em relação aos menores em “situação irregular”.

Tonial, com argúcia, pontua que:

o inusitado dessa situação pretérita quando em comparação com a situação atual (refere-se o autor ao ECA) é que ela paradoxalmente se mostrava mais democrática do que as práticas que tem sido adotadas em muitos juizados da infância e da juventude.

Deveras, esclarece o estudioso que no Código de Menores os procedimentos verificatórios cindiam-se em duas modalidades: verificatório simples e verificatório contraditório. Aquele, previsto no art. 94, §2º voltava-se para medidas tão-só cautelares. Já o contraditório, desenhado no art. 95, aplicava-se quando houvesse resistência dos responsáveis legais, incidindo nesse caso procedimento definido no Código, com citação, prazo para resposta, estudo social, produção de prova testemunhal e sentença.

Por fim, destaca o autor que nessas hipóteses, sublinha-se, o procedimento não poderia ser açulado de ofício pelo magistrado, porquanto o art. 97, *caput*, preceituava que seu nascimento dependia de provocação de interessado ou do Ministério Público.

Percebe-se, então, que o juiz menorista tinha competência plena em matéria administrativa e jurisdicional naquilo que se relacionava com os menores em situação irregular, mas mesmo assim se houvesse pretensão resistida advinda da atividade administrativa, afastava-se o magistrado a fim de blindar sua imparcialidade e instaurava-se o contraditório e ampla defesa.

Assim, cumulada no magistrado a função administrativa e jurisdicional¹⁰², regulamentava o Código de Menores os dois procedimentos: uma para aplicação

(...) A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação.”

¹⁰⁰ Para um conhecimento mais detalhado sobre as diversas correntes doutrinárias sobre a proteção da infância no Brasil confira *Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta multidisciplinar*, p. 13 (Pereira, 2008).

¹⁰¹ Por mais que o tempo passe, o vocábulo “menor” não se esmaece nos meios judiciais e forenses. Reproduz-se em si mesmo, alimentando-se do vezo arraigado, na omissão dos meios acadêmicos e técnicos, nos quais o Estatuto da Criança e Adolescente é um apêndice remoto do Código Civil, relegado à repressão de “menores” infratores.

¹⁰² Sobre a divisão de funções e a retirada do juiz do centro do sistema após a adoção da proteção integral: “A adoção da Doutrina de Proteção Integral na visão de Antônio Carlos Gomes da Costa

administrativa de medidas semelhantes às atuais medidas protetivas e outro procedimento, previsto previa e abstratamente em lei, para as atividades que inicialmente eram administrativas mas transmutaram-se em jurisdicional dada a litigiosidade.

O que se quer evidenciar, por epítome, é que o pretor não criava, não legislava concretamente sobre procedimento verificatório como se faz nos dias coevos, supostamente escudados no art. 153 do ECA, cuja redação recebeu um parágrafo único com a Lei Federal nº 12.010/09, de 29 de julho, visando exatamente por termo a essa interpretação.

Em razão desse contexto histórico, marcado pela junção entre pobreza e marginalidade, timbrou-se quase de forma indelével na (in)consciência jurídica coletiva a doutrina do “menor em situação regular”, força pela qual Martha de Toledo Machado (2003, p.29) pontua que a “categoria historicamente construída criança/delinquente, ou infância desviante, vai marcar essencialmente não apenas o tratamento que os Estados deram a tal problemática social, mas o próprio Direito material e as instâncias criadas para sua aplicação”.

Percebe-se, logo, certo retrocesso do procedimento adotado na época do Código de Menores e o atual forjado pela vontade de cada autoridade judiciária que exerce a jurisdição na Infância e Juventude, isso pela óptica de garantias processuais.

4. Dos Conselhos Tutelares no sistema de proteção integral.

A Constituição atual inaugurou, no âmbito interno, a doutrina da proteção integral da infância e juventude, impondo à família, sociedade e ao Estado¹⁰³ obrigação de assegurar os direitos fundamentais infanto-juvenis, como eflúvio direto e lógico do princípio da dignidade humana, guindada ao culto máximo dentro sistemática normativo-axiológica do Estado que se buscava formar (ainda se busca).

Feita a opção política, constituindo-se a garantia da proteção integral e o postulado da prioridade absoluta, rompeu-se apenas no foro ideal com o paradigma da situação irregular. Era preciso, portanto, operacionalizar, no âmbito da concretude normativa¹⁰⁴, esmiuçando os valores e escolhas já eleitas,

constituiu uma verdadeira ‘revolução copernicana’ na área da infância e adolescência. Com ela, constrói-se um novo paradigma para o direito infanto-juvenil. Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.” (MACIEL, 2008, p.9)

¹⁰³ Art. 227, CR. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁰⁴ À época, hoje de forma mais mitigada pelo árduo e diuturno trabalho dos neoconstitucionalistas, a eficácia normativa da Constituição era vista com desconfiança e pouco juridicidade, imperando a inversão jusfundamental, consubstanciada na leitura constitucional pela

distribuindo à família, sociedade e Estado suas funções, esquadrihando a organicidade do sistema de proteção. Emerge, assim, a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e Adolescente.

Cria-se, então, a figura do Conselho Tutelar, órgão autônomo, perene, não jurisdicional, como instrumento direto de exercício de direitos e obrigações da sociedade na proteção da criança e do adolescente, atribuindo-lhe competência e funções administrativas no plexo tutelar, tracejando a sua feição de autoridade administrativa.

Não é por outro sentido que Judá Jessé de Bragança Soares rasa que (*in* CURY, 2006, p.446) “o Conselho Tutelar não é apenas uma experiência, mas uma imposição constitucional decorrente da forma de associação política adotada, que é a Democracia participativa (‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou *diretamente*, nos termos desta Constituição’), e não mais a Democracia meramente representativa de Constituições anteriores”

4.1 Do conselho tutelar como órgão administrativo incumbido do procedimento verificatório

Suas atribuições legais e funcionais estão preconizadas no art. 136 do ECA, cabendo sublinhar as contidas nos dois primeiros incisos: I - *atender as crianças e adolescentes nas hipótese previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII*; II – *atender e aconselhar os pais ou responsáveis, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII*.

Dessa forma, dessume-se que as medidas protetivas e as pertinentes aos pais e responsáveis, somadas às medidas atinentes à criança que viola norma penal, são de esfera exclusiva, no âmbito administrativo, dos Conselhos Tutelares, salvo unicamente pela inserção em família artificial (art. 101, VIII ECA)¹⁰⁵

Só poderá o juiz exercê-las caso inexistente o Conselho no município, por expresso permissivo constante do art. 262¹⁰⁶ da Lei Tutelar. Aliás, a existência desse preceptivo corrobora e alumia a existência de diferentes esferas da trama protetiva e seus eixos, indicando a delimitação da atuação jurisdicional e administrativa e elegendo seus agentes públicos incumbidos dos misteres inconfundíveis.

Ainda, a interpretação desse artigo espanca argumentação utilizada pelos defensores do procedimento verificatório instaurado pelo juiz, baseado no anexo “quem pode o mais, pode o menos”. Se o juiz (=aqui, para os defensores da tese,

lente inferior das leis ordinárias, interpretando as normas constitucionais pelo teor da legislação infraconstitucional.

¹⁰⁵ “É o Conselho Tutelar livre para decidir, diante do caso concreto, como melhor proteger determinada criança ou adolescente, sendo ele próprio o responsável por promover a execução de suas decisões (MACIEL, 2008, p. 337)

¹⁰⁶ Art. 262. Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.

“aquele que pode o mais”) pode assumir as funções administrativas do Conselho Tutelar (= aquele que pode o “menos), seria totalmente inútil e despiciendo o art. 262 do ECA¹⁰⁷. E sabe que a norma não é criada para nada regulamentar.

Argumento para se confirmar a essência administrativa, em regra, das medidas de proteção é também apresentado pelo Juiz da Infância e Juventude do Estado de Santa Catarina Cleber Augusto Tonial:

Qual a base para se afirmar que a medida de proteção, modo geral, é de natureza administrativa? Ora, são medidas administrativas porque a própria lei diz que são de atribuição de uma autoridade administrativa... O *caput* do art. 136 diz ser das atribuições do Conselho Tutelar aplicar as medidas previstas naqueles artigos (art. 136, I e II). Portanto o juiz, ao aplicar medidas que não são de sua competência, invade a esfera de atuação de outra autoridade pública, usurpando atribuições e viciando o ato administrativo.

Se as atribuições administrativas pertinentes à aplicação das medidas protetivas fossem do âmbito jurisdicional não haveria mínima coerência normativa, repise-se, atribuí-las ao Conselho Tutelar e, expressamente, autorizar o magistrado a manejá-las somente na ausência fática do órgão administrativo.

Com esse mesmo pensar, sentindo a transferência das funções administrativa do juiz menorista para o Conselho Tutelar, Ademar de Oliveira Marques (*in* Cury, 2006, p. 451) diz que “com acerto, o Estatuto da Criança e do Adolescente retirou do juiz de menores ‘o papel de administrador social, que, além das suas atribuições judicantes, exercia, de forma equivocada, uma função tutelar”.

Na mesma obra, mais adiante, Jessé Judá corrobora essa divisa de atribuições (p.456):

Rompendo, em boa hora, com essa conceituação da função judicial, o Estatuto institui os Conselhos Tutelares como órgãos que exercerão uma parcela do Poder Público, conforme preconizado no art. 1º, parágrafo único, da CF, e que têm autoridade (poder de influir sobre a esfera jurídica de outrem) administrativa.

¹⁰⁷ “Nem tudo pode o juiz, e isso não deve espantar. O Poder Judiciário não é a solução para todos os males, e nem tem as respostas para tudo. Ninguém jamais teve a ousadia de sustentar o absurdo de um juiz aplicar multas de trânsito; ou de impor sanções administrativas frente ao não recolhimento de tributos; ou de embargar, de ofício, obras particulares que estejam em dissonância com as posturas municipais. Jamais um operador jurídico admitiu que o juiz, já que pode presidir o processo criminal (o mais) então também poderia presidir o inquérito (o menos). Será que isso o torna menos “importante” do que o policial de trânsito, do que o auditor fiscal, do que o delegado de polícia? Por que no direito da infância e da Juventude teria que ser diferente? Em nenhum lugar do ordenamento jurídico, seja em sede de princípios ou de normas escritas se vislumbra sequer um indício de vinculação entre a grandeza e importância do direito tutelado e a necessidade de alteração da estrutura política do Estado para sua efetiva garantia” (TONIAL, Cleber Augusto. Investigações judiciais no direito da infância e da juventude: da exceção ao desastre).

Entretanto, Adrianus Martinus Janssen, também sob a coordenação de Munir Cury (2006, p.463) alerta sobre a possibilidade de perlustrarem o Estatuto da Criança e Adolescente pelo prisma decrépito da ideológica assistencialista de outrora: “Esta tarefa é nova e ainda não existem modelos na sociedade. Por causa disto, é necessário ter muito cuidado em não cair em antigos modelos que há muito anos modelaram a maneira de agir do juiz e da Polícia.”

Assim, à luz das atribuições do Conselho Tutelar, notadamente a prevista no art. 136, I, é lícito dizer que aplicar as medidas protetivas, em coro com Edson Sêda, é (1999, p.42):

tomar providências, em nome da Constituição e do Estatuto, para que cessem a ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente. O Conselho Tutelar tem poderes (é uma autoridade pública municipal) para aplicar sete tipos de medidas. Notar que o Juiz (este é autoridade judicial) e o Conselho Tutelar (que é autoridade administrativa) *aplicam* medidas (as medidas que o juiz aplica o tutelar não aplica e vice-versa; há perfeita divisão social de trabalho entre os dois), mas não executam medidas (há juízes e promotores que ainda não entenderam isso: querem porque querem que o conselho tutelar execute coisas que eles, antijuridicamente determinam). Juiz e Conselho portanto aplicam medidas para que outros a executem. Conselho mal organizado é que usurpa ou pretende usurpar funções de programas de proteção ou de outras autoridades, inclusive do juiz. Juízo ou promotoria mal informados é que querem obrigar o conselho a usurpar funções ou usurpam funções do conselho. As medidas de proteção, aplicadas pelo Conselho Tutelar, são de sete tipos diferentes.

Desenha-se, com firmeza irreprochável, que a aplicação de medidas protetivas – exceto colocação em família substituta - é de competência administrativa do Conselho Tutelar, aquele competente para aplicar e executar as medidas protetivas, via de regra.

5. Do “dever-ser” do procedimento verificatório¹⁰⁸.

Assentados esses prolegômenos sobre bifurcação da função jurisdicional e administrativa na área infanto-juvenil, que influem sobremaneira na essência, validade e finalidade dos procedimentos verificatórios, é possível ousar uma sistematização jurídica (e, pois, razoável) dessa verdadeira atividade administrativa de exclusividade do Conselho Tutelar.

Fixou-se competir, na ordinariedade das coisas, ao Conselho Tutelar o conhecimento e aplicação das medidas de proteção indicadas no art. 101, I ao VII. Daí, por imperativo lógico, é o órgão administrativo que realizará a atividade material concernente à aplicação das medidas.

¹⁰⁸ Enceta-se apresentar a essência e limites do procedimento verificatório na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Utilizou-se o verbo “realizar”, porquanto, em verdade, o fenômeno verificatório não é procedimento, mas atividade administrativa. Não impede e tudo recomenda que seja procedimento; poderá sê-lo se a lei municipal que instituir o órgão colegiado delinear um conjunto de atos amarrados para a consecução de certas finalidades (atos+*telos*).

Patrícia Silveira Tavares (in Maciel, 2008, p.356) faz compreender que os procedimentos verificatórios devem, sempre, constar de forma prévia e abstrata em alguma espécie normativa, que poderá ser o regimento interno do Conselho Tutelar ou da Lei Municipal instituidora, *verbatim*:

O procedimento para aplicação das medidas protetivas em prol de criança envolvida na prática de ato infracional, portanto, em nada deverá se diferenciar do procedimento para aplicação das medidas de proteção relativo a qualquer outra criança ou adolescente, constante do regimento interno ou da lei de criação do órgão(...).

No excerto suso, a autora releva, *en passant*, também seu entendimento de que cabe ao Conselho Tutelar a realização de procedimento verificatórios (=para aplicação de medidas protetivas), muito embora não se manifeste de forma precisa sobre o tema na obra mencionada¹⁰⁹. Afirma ademais, corroborando o que já dito, que “o Conselho Tutelar é órgão público, de natureza administrativa, pelo que todos os atos por ele praticados devem ser compreendidos como atos administrativos (2008, p. 338)”.

O fato é que, sendo atividade administrativa ou procedimento, deverá ser documentado¹¹⁰ pelo Conselho Tutelar, a fim de possibilitar o crivo sobre o juízo de pertinência da aplicação da medida¹¹¹. É o mesmo que dizer que o Conselho Tutelar, no exercício de função pública e regido pelas regras legais e constitucionais da Administração Pública, deve atingir suas finalidades funcionais e protetivas por meio de uma seqüência de atos (pré-ordenados ou não, a depender da compreensão doutrinária acerca da natureza da atividade) minimamente documentados e fundamentados, visando permitir e garantir, com

¹⁰⁹ A autora chega a fazer recomendação de um fluxo mínimo de atendimento pelo Conselho Tutelar que deverão seguir as seguintes etapas básicas (cf. 2008, p. 340): recebimento da denúncia; formalização do registro; adoção, caso necessário, das providências urgentes; vislumbrados outros desdobramentos para o caso, imediata distribuição do expediente para um dos conselheiros, conforme critérios pré-definidos no regimento interno; estudo e elucidação do caso pelo conselheiro responsável, caso necessário, como a solicitação de parecer da Equipe Técnica, com a indicação ao colegiado, de outras medidas cabíveis na hipótese concreta; apresentação e discussão do caso em sessão deliberativa do colegiado, com a ratificação – ou não – das medidas urgentes tomadas, bem assim com a definição das demais providências a serem adotadas.

¹¹⁰ “O procedimento é a forma de concretização do agir estatal. É o *iter* percorrido para a manifestação ou atuação estatal. Mesmo a produção de atos administrativos simples envolve uma seqüência de atos direcionados a um fim, ao que se denomina procedimento. É, pois, uma sucessão ordenada, seqüencial e legal de ato e operações que conduzem a um ato final almejado pela administração Pública. (FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Direito Administrativo, p. 88, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.)

¹¹¹ Bandeira de Mello ensina que o procedimento administrativo atende a dupla finalidade: a) resguardar os administrados e b) possibilitar que a atuação administrativa seja mais transparente. (Cf. Mello, 2007, p. 478)

exação, que o poder lhe fora atribuído está nos lindes e dirigido para o fim querido pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

É conveniente evocar Bandeira de Mello (2007, p.472), posicionando-se no sentido de que a finalidade administrativa corresponde sempre a medidas previstas em lei a serem alcançadas por meio de *iter* previamente ajustado, afirma:

É em decorrência do caráter funcional administrativo que a Administração deve buscar as finalidades legais através de um *itinerário*, de uma ordenação seqüencial de atos, isto é, de *um processo e um procedimento*, a fim de que fique assegurado que a conclusão final administrativa, isto é, o ato derradeiro, resultou de uma trilha capaz de garantir que a finalidade legal foi, deveras, atendida e se possa controlar a ocorrência deste resultado.

Realizadas as investigações e verificações, aplica-se a medida pertinente, podendo o interessado insurgir-se contra ela pelos meios judiciais, rogando a revisão (art. 137, ECA), nos mesmos termos que se permite a revisão judicial de todo e qualquer ato administrativo prejudicial ao administrado.

Também não se poderá impedir que o Ministério Público realize investigação, cujo nome dado aos autos será de absoluta irrelevância, podendo-se nominar de “peças informativas”, “protocolado verificatório”, “inquérito infanto-juvenil” e outras designações que só encontram óbice na inventividade do gênio forense. Contudo, por óbvio e legalidade, não poderá o *parquet* aplicar nenhuma medida protetiva ou qualquer ato restritivo de direitos, salvo a condução coercitiva para que determinada pessoa seja ouvida, como decorre da LONMP.

Isso porque o Ministério Público possui legitimidade *ad causam e processum* para deflagrar processo de perda/suspensão do poder familiar, modificação de guarda e demais pedidos correlacionados.

Daí deve o promotor da infância e juventude realizar atividade meramente investigatória, com o fito de coletar e joierar informações, dados, elementos para embasar futura ação judicial, instilando seriedade e responsabilidade em seus pleitos judiciais, como se espera de todo e qualquer agente público.

Outra não é intenção e sequer pode-se inferir hermenêutica diversa dos artigos 200¹¹², 201,VI¹¹³, ambos do ECA e art. 26, I¹¹⁴ da Lei 8.625/1993 (LONMP).

Mas isso, repita-se, não quer significar que Ministério Público poderá aplicar medidas protetivas ou resvalar no círculo de bens jurídicos das pessoas. Terá, tão-só, o poder-dever, meramente instrumental, de documentar e formalizar

¹¹² Art. 200, ECA. As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica.

¹¹³ Art. 201,VI ECA. Compete ao Ministério Público: IV – instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los (...)

¹¹⁴ Art. 26, I, LONMP. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (...)

suas pesquisas probatórias a fim de verificar se é o caso de atuação judicial na proteção dos direitos tutelares previstos no ordenamento, evitando pedidos judiciais infundados.

Obviamente, não há que impor nesses casos a observância do contraditório e ampla defesa, porquanto nesses autos (pouco importa a denominação dada à materialização dessa atividade) não haverá nenhuma restrição de direitos, nenhuma ingerência na órbita jurígena individual, nenhuma devassa aos direitos fundamentais ou seu acutilamento, como ocorre, *mutatis mutandis*, com o inquérito policial, muito embora deverá ser franqueada vista aos interessados, que poderão nele peticionar, nos moldes do princípio da publicidade dos atos públicos e no direito de petição.

Nos mesmos traços do inquérito policial ou civil, o procedimento verificatório presidido pelo Ministério Público ou pelo Conselho Tutelar encerra prova pré-constituída, forjada de forma unilateral, voltada unicamente para formação da convicção funcional do *parquet*, devendo o magistrado encará-lo exatamente nesse esquadro, ou seja, como prova parcial, produzida pela Ministério Público parcial¹¹⁵.

Nesse ponto, já que se chamou por analogia a figura do inquérito policial como atividade fora do contraditório e da ampla defesa sem se tornar inconstitucional por isso, convém indicar a nova redação do art. 155¹¹⁶ do Código de Processo Penal que extirpou a possibilidade da sentença condenatória sustentar-se apenas em elementos colhidos na fase inquisitiva.

Portanto, em obediência ao princípio do contraditório, necessário que as provas produzidas no inquérito sejam judicializadas, ou seja, sejam repetidas em juízo, agora sim observando-se o contraditório. É o que alguns autores chamam de princípio da judicialização das provas (MENDONÇA, Andrey Borges de, Nova reforma do Código de Processo Penal, p. 155, São Paulo: Método, 2008).

Na arena privada dos interesses, o Superior Tribunal de Justiça percebeu a violação ao tratamento isonômico das partes (art. 125, I do Código de Processo Civil) quando a decisão apóia-se, de forma preponderante, em prova edificada fora do devido processo legal:

viola o art. 125, I, do Código de Processo Civil o julgado que se apóia, exclusivamente, em prova produzida fora da instrução probatória regular, pertinente na ação rescisória, sem a possibilidade do contraditório (STJ, REsp 294.601/PA, 3ª T., j. 28/05/2002, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 26.08.2002, p. 212)

¹¹⁵ Parcial no sentido de parte processual, daquele que postula em juízo em face de alguém. Atente-se ao art. 81 do CPC: O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

¹¹⁶ Art. 155 CPP. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Impende aceitar, não há outro caminho, que o princípio da judicialização das provas é postulado da teoria geral do processo, não pertencendo unicamente a um ramo especializado, uma vez que vertido unicamente da exigência do contraditório e ampla defesa, cuja tessitura normativa é de alçada constitucional, garantido a todos os litigantes e acusados na plana administrativa ou judicial.

5.1 Da jurisdição acauteladora na Infância e Juventude como termo de equilíbrio entre direito violado e restrição imposta (preservação do contraditório, ampla defesa e equidistância)

Nesse ponto emerge uma questão relevante e assaz esquecida nas Varas Infanto-juvenis: o manejo da jurisdição acauteladora.

Com efeito, a jurisdição, de há muito tempo (CPC/73), é concebida também na sua função acauteladora. Para isso, o Código de Processo Civil timbrou um livro próprio de processos e medidas cautelares.

As demais funções jurisdicionais – cognitiva e executória – demandam certo elemento temporal. A cognitiva para se reconstruir os fatos, conhecê-los e exauri-los, a fim de emitir comando de acerto seguro implica elastério temporal; a executória, muita vez, para modificar a realidade sensível de forma legítima impõe prolongamento no tempo.

O elemento tempo poderia frustrar e inviabilizar o próprio direito, fenecendo-o. Nesses casos vale-se o jurisdicionado de pedidos cautelares, que afastem ou neutralizem situações de perigo que possam prejudicar o resultado útil de futura atividade judicante.

Na espécie infanto-juvenil, havendo indícios robustos de abuso sexual, *v.g.*, perpetrado por um genitor contra seu filho, poderá já não ser mais útil ou já ter se concretizado profundamente o dano caso tenha-se que esperar o findar de uma ação de destituição de poder familiar. Aqui, nesse caso, o Ministério Público ou o interessado deveria ingressar com uma ação cautelar¹¹⁷, visando afastar o genitor do descendente violado ou inseri-lo em família substituta.

A propósito, o art. 157¹¹⁸ do ECA permite a concessão de medida liminar cautelar, durante o tramitar do processo cognitivo, prescindindo de dedução autônoma de pleito acautelador.

¹¹⁷ “A depender do grau de prejuízo a que está submetida a criança ou o adolescente, possível é a suspensão liminar ou incidental do poder familiar (CPC 888 V), procedendo-se à institucionalização ou colocação do infante em família substituta (ECA 166). DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 4ª ed., p.389, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹¹⁸ Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Contudo, reside no art. 157 nota fulcral: a medida cautelar só será deferida dentro do universo da relação jurídico-processual, que é dizer, dentro do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

É que lá se prevê o deferimento de pedido liminar ou incidentalmente ao processo principal, de forma que aqueles que irão sofrer a restrição de direitos integrarão ou já integram o liame processual, podendo efetivamente exercer a ciência bilateral, conhecimento formal dos fatos imputados e o poder de contrariedade

Fora disso, *id est*, do processo principal de suspensão/perda do poder familiar, o pedido cautelar só poderá ser deduzido e deferido em processo cautelar inominado, cuja regência encontra-se a partir do artigo 796 do CPC, núncio do Livro III do Código Ritual.

Assim, dessa maneira, assegurados estariam o direito material pretensamente periclitante e o direito fundamental de não sofrer restrições e interferências na órbita jurídica individual sem possibilidade de defesa e contraditório, além de demais apanágios da jurisdição, como a imparcialidade¹¹⁹, hodiernamente encarada como aspecto substancial do princípio do juiz natural¹²⁰.

Nelson Nery Junior (2009, p.143) pontifica que:

Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial a procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo, e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa

É bem verdade que o magistrado, inserido no microssistema de defesa da infância e juventude, atua com espectro de liberdade mais abrangente, podendo determinar produção de provas¹²¹. Contudo, isso não permite que o juiz incite a jurisdição, ressuscitando o procedimento judicialiforme, como no sistema pré-constitucional das contravenções penais, vinculando-se psicologicamente àquilo que deu existência processual por sua vontade. Relembre-se, como já mencionado, que sequer no Código de Menores o juiz poderia iniciar de ofício o chamando verificatório contraditório.

¹¹⁹ “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo-se ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito (Código de Ética da Magistratura Nacional, 8º, Resolução 60 do Conselho Nacional de Justiça, 19.09.2009.

¹²⁰ Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo na Constituição Federal*, 2009. Ainda, vale citar Fred Diddier Jr: Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I, p.83, Salvador: *Iuspodium*, 2007.

¹²¹ “Consideramos que não se aplica na Justiça da Infância e Juventude o princípio da inércia do Juiz. A ele deve ser reconhecido o poder de direção do processo, sobretudo no que concerne à possibilidade de determinar, sem provocação, a produção dos meios de prova.” (Pereira, 2008, p.728)

Assim, compreendendo que as situação emergenciais deverão ser tuteladas por meio de instrumentais de urgência (medidas antecipatórias e acauteladoras) preserva-se, de forma concomitante, a gama de direitos infanto-juvenis e a garantia de inviolabilidade da esfera jurídica fora do estatuto constitucional da defesa e limitação da força estatal, haja vista que os procedimentos cautelares e antecipadores são realizados dentro de relações processuais, insitivamente acopladas, formal e materialmente, ao *due process of law*.

Não é jurídico escapar à retina, por exemplo, que os abrigamentos advindos de procedimento verificatórios, a pretexto de neutralizarem situações violadoras da proteção integral, acabam restringindo direitos de igual importância dos pais/responsáveis e do próprio protegido.

Ao se afastar crianças e adolescentes de seus pais interfere-se incisivamente no direito à convivência familiar¹²², manifestação do direito de liberdade, e no dever-poder dos pais ter seus filhos sempre em sua companhia e educá-los com meio em seus valores comunitários e sociais. Por isso, de forma definitiva e irresponsável, os atos restritivos de direitos devem ser realizados sempre à luz do contraditório e da ampla defesa que deverá ser exercido

A observância do contraditório e ampla defesa em procedimentos que afastem as crianças da convivência familiar em prol justamente da preservação de outros direitos fundamentais é determinada no âmbito internacional, com aderência da República Federativa da Brasil.

Deveras, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989 – Adotada pela resolução L.44 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989. Aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990. Ratificada pelo Brasil em 24.09.1990) em seu art. 9º, I¹²³, assegura a revisão judicial das medidas, observância ao princípio da legalidade e devido processo legal formal, contraditório e ampla defesa.

Do abrigamento (art.101, VII ECA) pelo Conselho Tutelar

¹²² Art. 16 ECA. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. Art. 19 ECA. Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de presença de pessoas dependentes de substância entorpecentes.

¹²³ Art. 9º, 1. Os Estado-partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridade competentes determinarem, em conformidade com a lei e procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local de residência da criança. 2. Caso seja adotada qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1º do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões. 3. Os Estados-partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Instiladas as noções, emerge uma aresta a ser atenuada: como conciliar a impossibilidade de restrições aos direitos em procedimento verificatório com o poder-dever do Conselho Tutelar em determinar, excepcionalmente, abrigo, afastando o infante dos seus responsáveis.

É incontestável a impossibilidade do Conselho Tutelar restringir direitos e obrigações às crianças/adolescentes e seus respectivos pais, uma vez que suas medidas são realizadas fora dos direitos processuais fundamentais.

Contudo, como já dito, pode o Conselho Tutelar determinar, com auto-executoriedade e coercibilidade, o abrigo de crianças e adolescentes, a teor do art. 136, I, ECA.

Essa medida protetiva é marcada pela excepcionalidade aguda¹²⁴, cuja necessidade somente é aferida no caso concreto, por pertencer à categoria das colisões frontais de direitos fundamentais.

Por vezes, dependendo da complexidade peculiar dos fatos, é impossível o manejo hábil e tempestivo das tutelas processuais de urgência (cautelares e antecipações), haja vista não se tratar meramente de lesão iminente, mas atual, operante já e irreversível. Nessas situações, em nítida técnica de ponderação de interesses¹²⁵, cria-se e impõe-se a realização de atos e medidas pré-cautelares. Há nesses casos frontal choque¹²⁶ entre o princípio da proteção integral e do contraditório e ampla defesa.

Não se oblitera que o sopesamento desses princípios, com a prevalência de um deles, dar-se-á apenas à vista do caso concreto, com suas características e necessidades marcantes. Confirma-se a assertiva acadêmica:

¹²⁴ É justo indicar posição doutrinária de DIGIÁCOMO (O conselho tutelar e medida de abrigo) ao afirmar, com base interpretação sistemática, que o abrigo excepcional por parte Conselho Tutelar somente poderá ser realizado quando a criança/adolescente não estiver na companhia dos pais, uma vez que implicaria, por via inversa, em medida pertinente aos pais e responsáveis (art. 129, ECA) de perda da guarda (art. 129, VIII), cuja atribuição é exclusiva da autoridade judiciária. Confira: “Caso necessário o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, ainda que de forma transitória, cabe ao Conselho Tutelar, usando da atribuição prevista no art.136, incisos V ou XI, da Lei nº 8.069/90, acionar a autoridade judiciária ou o Ministério Público, para que seja instaurado, formal e regularmente, procedimento judicial contencioso neste sentido, até porque, do contrário, os pais ou responsável seriam sumária e arbitrariamente privados do convívio de seus filhos (e estes de seus pais), por mera decisão administrativa de um órgão que, por lei, não está autorizado a tomar medidas desta natureza e com tão drásticas conseqüências.”

¹²⁵ Cabe destacar a teoria de Humberto Ávila, em sua brilhante obra “Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos” (Editora Malheiros), na qual aponta a possibilidade de sopesamento de regras jurídicas colidentes quando da análise do caso concreto, rompendo com o jogo clássico do “tudo ou nada”. Isto é, o autor reconhece nas regras a “dimensão de peso” típica dos princípios.

¹²⁶ Curioso destacar que nessas hipóteses de afastamento da família natural para proteção da própria integridade moral e física da criança o choque de princípios e interesses ocorre dentro também de uma única esfera jurídica individual, qual seja, a da própria criança como sujeito de direitos. É que a criança e adolescente tem direito de ser protegido contra qualquer ameaça e de convivência familiar com seus pais.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem (...) um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 2008, p.93)

A pré-cautelaridade, informa-se, é fenômeno processual afeito e discutido na área juscriminal, ligada visceralmente ao instituto da prisão em flagrante. Visa cessar de imediato condutas de potencialidade lesiva a bens jurídicos relevantes, que pereceriam caso não houvesse intervenção de plano. Ainda, visa assegurar resultados úteis e práticos de uma eventual medida cautelar.

No caso da prisão em flagrante, *v.g.*, tem como escopo imunizar de plano a conduta virtualmente criminosa que está ocorrendo e garantir a eficácia de uma futura prisão preventiva (está sim cautelar), uma vez que se determinada for já estará o paciente à disposição da justiça e, em não sendo a hipótese de restrição excepcional, será posto em liberdade provisória (art. 310, § único CPP).

Transladando esse fenômeno processual da pré-cautelaridade para o âmbito infanto-juvenil é possível compreender e harmonizar a possibilidade do Conselho Tutelar (=órgão administrativo) praticar, excepcionalmente, medida protetiva de abrigo (=ato de restrição de direitos).

Por vezes, não se olvide que a realidade é mais rica que a teoria¹²⁷, há situações reais nas quais não se pode esperar sequer deferimento de medida liminar, clamando o caso por ações, medidas e intervenções imediatas, sob pena de vulneração irreversível do direito infanto-juvenil; a pré-cautelaridade, que ora se esquadrinha, é imposição da diretriz-mor da proteção integral.

Dessa forma, ante situações de excepcionalíssimo¹²⁸ trato, poderá (*rectius*, deverá) o Conselho Tutelar determinar o abrigo imediato da criança ou do adolescente, retirando-os da sua convivência familiar. O conflito reside no princípio da proteção integral e do contraditório, porquanto o infante tem direito de ser protegido contra qualquer ato ou omissão e os pais possuem o direito de tê-lo em sua companhia e guarda, não podendo este direito sofrer interferências fora da égide do *due process of law*.

¹²⁷ “a vida realmente é diferente quer dizer, ao vivo é muito pior” (*Apenas um rapaz latino americano*, letra de Belchior)

¹²⁸ Alerta-se que tal procedimento deverá ser o último recurso diante de efetiva situação de risco social, em caráter temporário e comprovada a situação de perigo admite-se a excepcional retirada da criança ou adolescente pelo Conselho Tutelar da companhia de seus pais ou responsável e o encaminhamento a entidade que desenvolva programa de abrigo. (PEREIRA, 2008, p. 467)

É óbvio que há regras procedimentais inseridas numa sistematização, a fim de viabilizar a calibração dos princípios e direitos colidentes¹²⁹, oportunizando controle judicial de legalidade e defesa dos restringidos.

Por força de uma leitura endêmica dos artigos 136, I, 102, VII e § único, 93, percebe-se que realizado o abrigo pré-cautelado deverá o Conselho Tutelar e a própria entidade de atendimento comunicar o fato ao juiz da infância e juventude. Aliás, o art. 93 do ECA sofreu alteração pela Lei Federal 12.010, de 29 de Julho de 2009, cuja vigência dar-se-á em 90 dias da publicação, a fim de constar como prazo de comunicação o lapso de 24 horas, sob pena de responsabilização¹³⁰.

Não só. A mencionada Lei, chamada por alguns de “Estatuto da adoção”, fez inserir parágrafo único no art. 136 do ECA, que impõe ao Conselho Tutelar comunicar o Ministério Público, imediatamente, sempre que entender necessário o afastamento da criança ou adolescente de seu convívio familiar; com base no já exposto, esta comunicação dar-se-á sem exclusão da tomada imediata das providências pré-cautelares.

O magistrado, por sua vez, poderia adotar três caminhos: I) constata, de partida, que não era caso de abrigo e determina o retorno familiar, II) toma conhecimento, ratificando o abrigo ou III) dará vista imediata ao Ministério Público.

Quanto ao primeiro caminho, verificando que não se tratava de caso de afastamento da criança ou adolescente, determinará o juiz o desabrigo, promovendo a imediata reintegração familiar. Essa possibilidade é expressa agora com o parágrafo único inserido no art. 93 ECA pela Lei Federal nº 12.010/09, dando coerência ao sistema. Esse novo dispositivo determina que o juiz, recebendo a comunicação do acolhimento pré-cautelado, deverá tomar as medidas necessárias para a reinserção da criança ou adolescente na entidade familiar originária.

¹²⁹ “Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional). O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.” (BARCELOS, Ana Paula de, A nova interpretação constitucional, ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, coord. Luis Roberto Barroso, 3ª ed., p.57 Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

¹³⁰ Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade.

Adotado o segundo comportamento, o magistrado não poderá, ao nosso sentir, determinar a citação dos interessados, porquanto não pode instaurar de ofício processos judiciais. Aí, padecerá de inconstitucionalidade interpretação nesse sentido, uma vez que medida cautelar (como a ratificação do abrigo, o que era pré-cautelar, tornar-se-ia cautelar) teria sido deferida de ofício e fora de relação jurídica processual, esgarçando as mezinhas noções do *due process of law*¹³¹. Daí as várias manifestações doutrinárias sobre a inconstitucionalidade do procedimento verificatório.¹³²

É bem verdade, não se nega, que o novel parágrafo único do art. 93 ECA, confeccionado pela Lei Federal nº 12.010/09, dá a entender que o magistrado poderá ratificar o abrigo pré-cautelar, encaminhando o petiz a programa de acolhimento familiar, institucional ou família substituta, praticando cautela de ofício e fora de relação processual. Esse sentir, de forma isolada, evidencia a inconstitucionalidade predita.

Aclarando a situação, o próprio parágrafo único, *in fine*, impõe a observância do § 2º do art. 101 do ECA, com a nova redação instituída pela “Lei de Adoção”. É dizer que convalidada a internação pela autoridade judicial, haverá necessariamente deflagração de procedimento contencioso garantindo-se aos pais ou responsável legal o exercício do contraditório e ampla defesa.

Compreende-se que esse procedimento contencioso, indicado pela reforma do ECA, que necessariamente será deflagrado em casos de afastamento (art. 93, § único), possui natureza cautelar, uma vez que visa estabilizar, com contraditório e ampla defesa, o ato pré-cautelar que fora praticado e não rechaçado de plano pelo magistrado. Com isso, compatibiliza-se o teor do art. 93, § único, sua remissão ao § 2º do art. 101 do ECA e a impossibilidade de restrições de direito fora do contraditório.

Assim, recebendo a informação do abrigo emergencial, o magistrado encaminhará os autos ao Ministério Público, caso não verifique de plano a ilegalidade da conduta. Tomando conhecimento, pois, o Ministério Público ou o interessado que se adiante, à luz dos elementos de convicção colhidos já pelo Conselho Tutelar, praticará no dia útil imediato um dos seguintes atos: I)

¹³¹ Cabe destacar o pensamento de Nelson Nery Jr. (2009, p.141) sobre a impossibilidade do magistrado conduzir procedimento administrativo civil e depois julgar a causa na esfera judicial. Sustenta o autor que há nítida ofensa ao devido processo, porquanto o juiz instrutor perde a sua imparcialidade diante das investigações que ele mesmo conduziu.

¹³² A tese institucional nº 36 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (É obrigatória a observância do devido processo legal no procedimento verificatório, especialmente quando não houver concordância dos genitores ou responsáveis na colocação da criança ou adolescente em abrigo) foi lavrada à luz do procedimento verificatório descrito no item 2 e por isso que se busca inserir nele as garantias do devido processo legal, a fim de constitucionalizar e compatibilizar com o ordenamento jurídico o procedimento como ele é praticado, com o magistrado instaurando de ofício, sem citação formal dos interessados, sem possibilidade de intervenção real no procedimento, cujo objeto é restringir direitos.

manejo de ação cautelar inominado a fim de manter a criança/adolescente no abrigo; II) aforamento de ação de destituição/suspensão do poder familiar com pedido liminar, nos termos do art. 157 do ECA ou III) requererá o desabrigo imediato da criança, à míngua de quaisquer elementos que possam indicar a necessidade de cautelaridade ou suspensão/perda do poder parental.

Na hipótese do item I, aplicar-se-á o rito cautelar contido no Livro III do Código de Processo Civil, instaurando relação jurídica, com garantia de contraditório e ampla defesa para os pais/responsáveis, que poderão exercer o mais absoluto controle de legalidade e justiça dos atos restritivos de direito, satisfazendo os postulados do estatuto constitucional de defesa. Essa hipótese deverá ser eleita quando o Ministério Público verificar a ausência de elementos para propositura de plano da destituição/suspensão do poder familiar, mas vislumbrar o *periculum* e *fumus* atinentes à medida cautelar.

Não é demais lembrar que eleita essa via o Ministério Público terá 30 dias para deduzir o pedido principal a contar do eventual deferimento da medida cautelar, a teor do art. 806 do CPC, cuja intenção é impedir que as medidas cautelares se perpetuem no tempo sem discussão da causa principal, desvirtuando a própria instrumentalidade cautelar e impondo restrição indevida de direitos para os jurisdicionados.

Caso, entretanto, haja elementos de convicção autorizadores da dedução imediata do pleito principal deverá fazê-lo o Ministério Público, necessariamente com o pedido liminar, uma vez que a pré-cautelaridade precisa ser, em juízo, substituída por medidas de cunho realmente cautelares, trazendo os interessados (=responsáveis) para a arena do contraditório, da paridade de armas, da igualdade substancial que dá a tônica e essência da noção de processo dentro do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Por derradeiro, sentindo o Ministério Público o descabimento do abrigo pré-cautelar, quer por ausência de elementos mínimos a indicar a possibilidade de medida cautelar, quer por compreender a insubsistência de situação excepcional, requererá¹³³ o imediato desabrigo da criança/adolescente e retorno ao seio familiar. Nesse caso, agirá o Ministério Público como *custos iuris*, zelando pela correta e racional aplicação do Direito e dos direitos indisponíveis.

¹³³ Aqui poder-se-ia problematizar criando hipótese na qual o Ministério Público requer o desabrigo, mas o magistrado indefere. Nesse caso, a interposição de recurso por parte do Ministério Público seria indevido, uma vez que sequer existe relação jurídica processual. O ideal seria o Magistrado, não concordando, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que ele verifique se é caso de propor ação de destituição/suspensão do poder familiar ou se ratifica o posicionamento institucional do órgão de execução, garantindo a independência funcional do membro do Ministério Público, que não pode ser compelido a propor ação que entende descabida ou inviável.

Conclusões

1. O procedimento verificatório ou investigatório como é realizado atualmente na maioria das Varas Infante-Juvenis, na forma descrita no item 2, é inconstitucional e ilegal, uma vez que viola apogemas fundamentais relativos ao contraditório, ampla defesa, ciência bilateral, possibilidade de reação na mesma intensidade; ilegal, porquanto a autoridade judiciária não tem competência para fazê-lo, usurpando atribuição expressa do Conselho Tutelar.

2. À luz dos artigos do Estatuto da Criança e Adolescente e sua interpretação sistemática-global, o Conselho Tutelar exerce a função administrativa de aplicação das medidas de proteção (com ressalva do abrigo), de forma autônoma, independente, possuindo todos os poderes necessários para a aplicação das medidas.

3. Para aplicação das medidas de proteção pelo Conselho Tutelar é necessário documentação das situações fáticas, sociais, culturais e familiares que impelem a atuação do Conselho. Essa formalização, que nada mais é que a materialização dos pressupostos ensejadores das medidas, é o procedimento verificatório em si, como deveria ser¹³⁴.

4. Esse procedimento verificatório visa, como imposto pela nomenclatura, verificar a existência de situações de risco que demandem medidas administrativas que não importarão alguma restrição na esfera jurídica dos interessados (salvo o excepcionalíssimo abrigo), sendo assim mera documentação ou no máximo procedimento, cuja ausência de contraditório ou sua eventualidade não eiva de inconstitucionalidade ou ilegalidade; ademais, há possibilidade de buscar a via jurisdicional para contestar as medidas, a qualquer tempo.

5. O procedimento verificatório não pode ser fundamentado no art. 153 do ECA, porquanto, como demonstrado no item 2.1, os procedimentos inominados só serão realizados quando não houver medida a ser adotada com previsão no ECA e em outra lei. Na casuística, as investigações poderiam ser realizadas pelo Ministério Público (LOMMP e ECA), as medidas aplicadas pelo Conselho Tutelar e no caso de urgências há a previsão no Código de Processo Civil, Livro III, das cautelares, além das antecipações de tutela aplicáveis aos procedimentos do ECA e até nele previsto. Ademais, o parágrafo único inserido no art. 153 pela Lei Federal nº 12.010/09 rechaça de forma absoluta a possibilidade de tal preceptivo servir de espeque para os verificatórios, que deverá visto como evolução imprescindível para o direito infante-juvenil nacional.

¹³⁴ Quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos e honestos (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed., p. 214, Rio de Janeiro: Forense, 2005.)

6. Os elementos de convicção forjados nos procedimento verificatórios, no esquadro ora proposto, são unilaterais e divorciados do contraditório e ampla defesa, razão pela qual devem ser refeitas e contrastadas em juízo permeado pelos direitos fundamentais instrumentais.

7. O abrigo praticado pelo Conselho Tutelar é medida excepcionalíssima, possuindo caráter pré-cautelar, não podendo subsistir por si própria por mais de dois dias, devendo ser ratificada em juízo mediante dedução de pedido liminar em ação ordinária ou cautelar pelo Ministério Público, sob pena de imediato desabrigo e entrega aos responsáveis.

8. O procedimento verificatório, nos termos propostos, é destituído de contraditório e ampla defesa íntos, podendo ser acidental apenas, não sendo inconstitucional ou ilegal em razão disso, uma vez que não se visa a restrição de direitos, salvo no caso especial de pré-cautelaridade, cujo procedimento já foi apresentado e obedece à teoria de ponderação de interesses fundamentais para se manter afinado ao crivo constitucional de validade, sendo as garantias constitucionais exercidas no procedimento cautelar a ser proposto.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2008.

CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito à convivência familiar: da reintegração à colocação em família substituta**. REVISTA IGUALDADE Nº 19. Disponível em www.mp.pr.gov.br

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2005.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **O necessário asseguração do direito fundamental à convivência familiar**.- http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/convivencia_familiar/o_necessario_asseguramento.pdf. Acesso em 20 de maio de 2009.

_____. **O conselho tutelar e a medida de abrigo**. http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/conselhos_tutelares_di_reitos/o_ct_e_medida_abrigos.pdf. Acesso em 30 de maio de 2009.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na Constituição Federal – Processo civil, penal e administrativo.** 9ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Guarda familiar.** http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/convivencia_familiar/guarda_fafamili.pdf. Acesso em 11 de maio de 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de Criança e Adolescente e os Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e Adolescente, Aspectos teóricos e práticos.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, Márcia Thadeu Silva. **Da impossibilidade dos procedimentos judiciais verificatórios de situação de risco onde se tem instalado Conselho Tutelar.** http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/conselhos_tutelares_direitos/da_impossibilidade_dos_procedimentos.pdf. Acesso em 11 de maio de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÊDA, Edson. **A a Z do Conselho Tutelar, Providências para mudanças de usos, hábitos e costumes da família, sociedade e Estado quanto a crianças e adolescentes no Brasil.** Rio de Janeiro: Âdes, 1999.

TONIAL, Cleber Augusto. **Investigações judiciais no Direito da Infância e Juventude: da exceção ao desastre.** [HTTP://ijj.tj.rs.gov.br/ijj_site/docs/DOCTRINA/ARTIGO+TONIAL_0.HTM](http://ijj.tj.rs.gov.br/ijj_site/docs/DOCTRINA/ARTIGO+TONIAL_0.HTM). Acesso em 12 de maio de 2009.

EFEITOS DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE PREVISTA NOS INCISOS I E II DO ARTIGO 1597 DO CÓDIGO CIVIL AOS FILHOS HAVIDOS DE UNIÃO ESTÁVEL.

Juliana Saad
Defensor Público do Estado de São Paulo

Nenhuma questão atinente ao direito de família gera, atualmente, controvérsia semelhante àquela que surge na discussão sobre filiação. Seja pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, seja por óbices fundados na estrutura de uma família patriarcal e matrimonializada, o direito sempre se valeu de presunções sobre o tema.

Interessa-nos aqui a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, que impede se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar¹³⁵ e presume filho do marido aquele que nasce de um casamento. Sua previsão é expressa no artigo 1597, incisos I e II do Código Civil.

É certo que parcela da doutrina questiona a permanência de referida presunção após a Constituição de 1988 e o faz, especialmente, por conta dos avanços científicos da biologia genética que tornaram possível a averiguação quase certa do vínculo biológico. Contrapondo tal posicionamento, parte de autorizada doutrina entende que a presunção, na realidade, se coaduna com a realização da função afetiva da família, não servindo apenas à segurança jurídica. Nessa esteira, a jurisprudência, de forma quase unânime, confere ao filho o direito de impugnar a paternidade resultante da presunção, sempre que assim o deseje.

Parte-se da premissa de que a presunção *pater is est* se mantém em vigor. E neste aspecto, na contramão da (re) evolução do direito civilista advinda da Constituição Federal, o Código Civil de 2002, apesar de haver caminhado em muitos aspectos, manteve tal presunção exclusivamente aos filhos nascidos da sociedade conjugal formada pelo casamento.

Prevê o parágrafo terceiro do artigo 227 da Constituição da República o reconhecimento da união estável como entidade familiar, no que foi regulamentada pelo artigo 1723 do Código Civil, que a define como a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Por sua vez, o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal prevê que os filhos, nascidos ou não da relação de casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas designações discriminatórias, preceito reproduzido pelo artigo 1596 do Código Civil.

¹³⁵Paulo Luiz Netto Lôbo
“Equívocos da filiação biológica: do modelo tradicional ao científico”,
Texto inserido no Jus Navigandi nº41 (05.2000)
Elaborado em 03.2000, WWW.jusnavegandi.com.br: “Assim, chegaram até nós: a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo; b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada; c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção; d) a presunção de *exceptio plurium concubentium* que se opõe à presunção anterior; e) a presunção de paternidade, para os filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, entre outros”.

Contudo, em contrariedade ao sistema, manteve-se texto legal pelo qual apenas se presume filho aquele nascido de sociedade conjugal formada por casamento, de forma a de uma só vez, ferir frontalmente o conceito de família trazida pela Constituição Federal e a proibição de tratamento diferenciado à filiação.

Não se negam os avanços trazidos pelo atual Código Civil¹³⁶. Mas, que não se olvide dos efeitos advindos destes dois simples incisos do artigo 1597 do Código Civil. É que, se de um lado, a presunção de paternidade dos filhos nascidos de um casamento não resolve a maior parte das demandas, especialmente naquelas em que não houve relacionamento afetivo público, contínuo e duradouro subjacente ao nascimento de um filho, ignorar a existência da união estável que gera prole equivale a suprimir do infante todos os direitos decorrentes da paternidade formalmente reconhecida, especialmente o amparo moral e material.

Alguns dirão que a ausência de vínculo sócio-afetivo, em tese a razão para o não reconhecimento voluntário, é suficiente para tornar inadequada a presunção. Talvez. Mas não há razão jurídica que justifique sua inaplicabilidade à criança que nasceu de sociedade conjugal, mas não daquela formada pelo casamento.

Mais ainda, a responsabilidade que cerca o tema exige análise realista das situações. Da mesma forma que a afetividade une seres humanos e cria vínculos, independentemente da existência ou não de liame biológico, nada há que impeça um pai de não constituir relação afetiva com seu filho. Para tal realidade, não importa se o reconhecimento daquele filho se deu voluntariamente, por sentença judicial ou por aplicação da presunção legal. Não à toa se conclama hoje a necessidade de pais biológicos adotarem seus filhos.

Mas, para o filho, será substancialmente diferente ter ou não um pai. E, novamente pouco importará se aquele pai o registrou voluntariamente, se o reconhecimento se deu por força de sentença ou por aplicação da presunção legal.

O conhecimento do ascendente para fins de formação da personalidade é de importância inconteste. Não se resume à definição de vínculo entre o pai e o filho, mas traduz elo de corrente genealógica que introduz a pessoa, em condição especial de desenvolvimento, no seio de sistema familiar com características próprias¹³⁷.

¹³⁶ Note-se que, na vigência do Código Civil de 1916, a questão perpassava pela legitimidade do filho, dada a diferenciação existente entre a filiação matrimonial e a então chamada adúltera. A Constituição Federal de 1988, porém, ao banir do ordenamento jurídico qualquer possibilidade de distinção entre filhos, tornou evidentemente inconstitucionais, ou não recepcionados, os artigos daquele diploma civilista que tratavam de legitimidade, legitimação e reconhecimento de filhos ilegítimos, alguns deles inclusive revogados por disposições constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. O novo código acompanhou tais premissas, deixando de reproduzir tais dispositivos. O Código Civil vigente, ainda, alterou substancialmente a matéria quanto ao prazo para a impugnação a ser realizada pelo pai presumido. Agora tal ação é imprescritível (CC, 1601). Atendeu neste aspecto ao reclamo doutrinário que, nos ditames da Constituição Federal, não admitia o curto prazo previsto no Código Civil de 1916 ao marido que pretendesse contestar a paternidade do filho nascido de sua esposa.

¹³⁷ WWW.IBDFAM.com.br. Leila Maria Torraca de Brito. “Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades”, inserido em 24/09/2006. “No estudo do tema, diversos pesquisadores explicam que a parentalidade deve ser analisada a partir de seus três componentes, que Thèry (2002) classifica como biológico, doméstico e genealógico. Enquanto o pai biológico é o genitor, o doméstico é o que cria, que reside com a criança, sendo o genealógico

Não se pretende, por óbvio, minimizar a importância do vínculo afetivo, mas a sua inexistência não é, nem poderia ser, suficiente para tornar irrelevante o registro formal da paternidade. Significa dizer que a presunção de paternidade representa, em muitos dos casos, a única possibilidade efetiva da criança ou adolescente não só conhecerem sua identidade genética, mas especialmente ter resguardado o mínimo de direitos. Onde não há afetividade a formalidade ainda mostra-se, no mais das vezes, única forma de propiciar ao infante mínimo de dignidade.

E se assim é para a criança concebida ou nascida de um casamento, o deve ser para criança concebida ou nascida de união estável.

A distinção no tratamento conduz à criação de verdadeiras classes de filiação. O filho do casamento será registrado em nome do marido que poderá contestar tal paternidade, via negatória, hoje imprescritível. Significa dizer que caberá ao pai registral demonstrar em Juízo que não é pai biológico ou sócio-afetivo.

Já o filho da união estável deverá, necessariamente, ingressar com ação investigatória de paternidade, imputando-se-lhe o ônus de provar o vínculo. Mais que isso, conforme jurisprudência dominante, terá resguardado algum direito apenas após a formação de prova pré-constituída de paternidade, inevitavelmente o exame de DNA.

A inversão da sistemática jurídica acaba por onerar a criança e ou adolescente, como visto, foco constitucional de primazia e prioridade absoluta. Sem razão jurídica a distinção.

É certo que, não havendo prova suficiente da existência da união estável o registro da filiação por aplicação da presunção geraria certa insegurança jurídica.

Nessas hipóteses incontestes as diversas opções que se abrem ao litigante que busque tal declaração. Não só a própria declaratória, mas a cautelar de justificação, aceita para tal fim pelo INSS.

Ademais, não havendo contrato de convivência ou sentença judicial que declare a união estável, de rigor reconhecer que os indícios de sua existência são suficientes para garantir ao

aquele designado pela norma legal, que inscreve o sujeito no sistema simbólico da parentalidade (p. 213). De grande valia, os estudos antropológicos apontam os conceitos de família, filiação e parentalidade como criações humanas, contrariando a idéia da concepção destes como fenômenos naturais. Sustentam, assim, que a designação dos pais é dada pela cultura, quando as montagens normativas de cada sociedade instituem o sujeito na corrente genealógica, definindo o lugar de cada um, operação fundamental à diferenciação do ser humano e ao entendimento dos direitos, deveres e interditos. Em nossa sociedade, é por intermédio do assentamento no registro civil que se expressa o vínculo de filiação, quando se institui às crianças o lugar de filhos e aos devidos familiares os lugares de pais e avós, estabelecendo-se, dessa maneira, o princípio genealógico. Como explica Legendre (1996, p.9): "(...) a genealogia não aponta só para o conjunto das realidades biológicas, mas para o conjunto dos sistemas institucionais fabricados pela humanidade para sobreviver e difundir-se." Nesse sentido, a definição abrange mais do que o vínculo pessoal entre pai e filho, pois situa cada um como elo da corrente genealógica. Na análise da matéria, explica Thèry (2002, p.213) que, isoladamente, o componente biológico e o socioafetivo - classificado preferencialmente pela autora como "doméstico" - não designam a filiação. É o Estado, por meio de sua legislação - a qual o Direito é responsável por aplicar - que se encarrega de regulamentar as regras sobre a filiação e o exercício da parentalidade. Conforme esclarece Legendre (1996), tais regras são de ordem pública - logo, esta é uma questão que não pode ser tratada apenas no âmbito privado, ou ainda submetida a incertezas constantes. Para o autor, quando alguém é delegado pelo Estado para representar um lugar, esta designação reúne tanto significados psicológicos quanto jurídicos, reconhecendo que o princípio genealógico é, em última instância, um princípio jurídico."

infante a observância de direitos, ainda que se faça necessária a ação investigatória para declarar a paternidade.

Seria, assim, possível que no curso de ação de investigação, ainda que inexistente prova pré-constituída da paternidade - fruto de juízo de cognição exauriente - e antes mesmo da realização do exame que verifica o liame genético, haja fixação de alimentos provisórios, a inclusão em planos de saúde ou mesmo eventual direito à visitação, conforme melhor interesse da criança ou do adolescente.

É certo o instituto da antecipação parcial ou integral dos efeitos da tutela já prevê, em abstrato, tal possibilidade¹³⁸. Nem poderia ser diferente, dada a exigência de que o artigo 273 do Código de Processo Civil seja interpretado de forma a possibilitar, simultaneamente, o indeferimento de pedidos temerários e a garantia do autor que tem como provável seu direito.

A necessidade de prova inequívoca capaz de demonstrar a verossimilhança da alegação traduz a necessidade de prova suficiente para fazer surgir o verossímil, ainda em juízo de cognição sumária. Daí a razão de se afastar a exigência da prova pré-constituída da paternidade, sob pena de se requerer providência cabível apenas com o exaurimento da cognição. Prova inequívoca do verossímil difere de prova inequívoca do parentesco¹³⁹.

Contudo, a realidade jurídica demonstra a relutância em admitir-se tal posicionamento, especialmente por conta da irrepetibilidade dos alimentos pagos. A questão restaria superada pela aplicação da presunção referida aos filhos concebidos ou nascidos de união estável, bastando, para tal fim, demonstrar os indícios de sua existência como meio de tornar verossímil a alegação da paternidade.

Novamente indicando os princípios subjacentes ao sistema jurídico que cuida do tema, em novembro último foi promulgada a Lei 11804/08 que dispõe sobre "alimentos gravídicos". Em seu artigo 2º resta expresso:

¹³⁸ "Se as provas carreadas pelo investigante são suficientes para gerar uma forte presunção de veracidade da paternidade invocada, é de todo cabível a fixação de alimentos provisórios no curso da ação de investigação de paternidade." (TJSC - Agravo de Instrumento n. 97.008414-5, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 30.6.98).

"Em hipóteses excepcionais, estando evidenciada a incapacidade da mãe para alimentar o filho e existindo provas suficientes para o surgimento do verossímil, é possível a concessão de alimentos ao filho ainda não reconhecido" (TJ-SC- Agravo de Instrumento n. 99.016398-9, de Turvo, rel. Des. Silveira Lenzi, Terceira Câmara Civil, j. 28.3.2000).

¹³⁹ Luis Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil, Vol 2, Processo de Conhecimento, 7ª edição, RT, pág. 212. A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação, (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras da experiência, e (iv) a própria urgência descrita. Quando se fala em antecipação de tutela, pensa-se em uma tutela que deve ser prestada em tempo inferior àquele que será necessário para o término do procedimento. Como a principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, admite-se que a tutela seja concedida antes que as provas requeridas pelas partes sejam produzidas. Nesse sentido, afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova, ou com a postecipação do contraditório.

“Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

Seguindo, referida Lei prevê como requisito para o deferimento do pedido apenas a existência de indícios da paternidade. Mais que isso, prevê que, após o nascimento com vida os alimentos gravídicos se converterão em pensão alimentícia ao infante. *“In verbis”* o artigo 6º:

“Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do até que uma das partes solicite a sua revisão”.

Agora ainda mais evidente. Se é possível à gestante, mediante demonstração de meros indícios da paternidade, a concessão de alimentos, com muito mais razão, ao infante que demonstra ser provável a paternidade, deve ser deferida a pensão alimentícia, ainda que sem demonstração de prova pré-constituída do parentesco. Do contrário, ter-se-ia um vácuo nas demandas de investigação de paternidade, onerando apenas a criança ou o adolescente que busca em Juízo o direito fundamental da declaração de sua paternidade, com as conseqüências advindas de tal relação.

Aliás, o artigo 8º da referida Lei, que previa, na hipótese de oposição à paternidade, o condicionamento da procedência do pedido de alimentos à realização de exame pericial foi vetado. A justificativa foi exatamente que a realização de exame pericial não pode ser imposta como condição para a procedência da demanda, mas, apenas, como elemento de prova.

Destaca-se a unanimidade da doutrina em comemorar o avanço legislativo que, finalmente acompanhando o restante do ordenamento e, em especial, a recente aplicação esmerada dos princípios constitucionais às relações privadas, superou o obstáculo da Lei 5478/68 que exige a comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar para fixação de provisórios.

Mas, como dito, em se tratando de filho concebido ou nascido de provável união estável a discussão é ainda mais irrelevante. Nestes casos, é certa a verossimilhança das alegações na investigatória.

Significa que, se não possível o registro direto em Cartório Extrajudicial, a presença de indícios de existência de união estável na investigação de paternidade torna inquestionável a

possibilidade de fixação “*initio litis*” de alimentos¹⁴⁰, de forma a evitar que ao autor seja imposto ônus substancialmente superior àquele atribuído ao filho de um casamento.

Nesse aspecto, com frequência se levanta o risco de dano irreparável ao réu. Também aqui é necessária a ponderação dos interesses envolvidos. Se a tutela antecipada tem por função evitar dano irreparável ao direito provável, não há como admitir seja ela indeferida sob argumento de risco de dano irreversível ao réu¹⁴¹. Ademais, a antecipação de tutela poderá ser revista a qualquer tempo, de forma que, trazendo o réu dados relevantes que convençam o Juízo da verossimilhança inversa, poderá esse rever o provimento, evitando, com isso, o dano irreparável.

Assim, têm os operadores do direito dois caminhos. De início, a aplicação da presunção trazida pelo artigo 1597, incisos I e II do Código Civil não só aos filhos concebidos ou nascidos do casamento, mas, em nome da proibição constitucional de tratamento diferenciado à filiação, também aos filhos de união estável. Busca-se, com isso, o registro direto em cartório. Mas, inexistindo certeza da união estável, então seus indícios servem para garantir direitos da criança ou adolescente antes da sentença que declara sua paternidade, como meio de desonerar, ainda que parcialmente, o filho nascido da entidade familiar não formalizada pelo casamento.

Referências Bibliográficas:

¹⁴⁰ Doutrina e jurisprudência vêm indicando que, com a inserção do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, descabe no caso a alusão aos alimentos provisionais. Mas, ainda que se entenda incabível a tutela antecipada em ação declaratória, os provisionais podem e devem ser deferidos nos mesmos autos, sem que se exija a propositura da ação cautelar específica. Neste caso, caberá apenas a averiguação da fumaça do bom direito e do perigo da demora, requisitos da cautelaridade. Nesse sentido: “TJ – SP - *Agravo de Instrumento n.º 620.587-4/3-00 Agravante: J.C.B. Agravado: J.V.C.S. (MENOR REPRESENTADO PELA MÃE) Comarca: MONGAGUÁ Voto n.º 9.696 - Investigação de paternidade cumulada com. alimentos. Interlocutória fixou provisionais em meio salário mínimo. Em razão da presença de fortes e convincentes indícios da paternidade, viável o arbitramento de alimentos provisionais. Interlocutória mantida. Agravo desprovido. (...) 2. A decisão agravada merece ser mantida A interlocutória guerreada fixou alimentos provisionais, por conseguinte, não há que se falar em antecipação da tutela e seus requisitos, sobretudo porque se trata de uma ação declaratória. “A tutela antecipada, que tem como característica a provisoriedade e é admitida nos casos em que ocorra a verossimilhança da alegação do autor, não pode ser concedida em ação declaratória, que objetiva a eliminação da incerteza do direito ou da relação jurídica.” (RT 742/350). Ademais, é possível, antes da sentença, arbitrar alimentos provisionais no curso da ação de investigação de paternidade, se presentes indícios razoáveis da alegada paternidade, como no caso em tela. “Conquanto possível, antes da sentença arbitrar alimentos provisionais no curso ação de investigação de paternidade, proclama a jurisprudência que nesses casos há necessidade da presença de indícios razoáveis da alegada paternidade.” (Agravo de instrumento n.º 573.802-4/0-00. Relator Des. Ariovaldo Santini Teodoro. Segunda Câmara de Direito Privado. J. 11-11-2008) (...) A corroborar entendimento, fora sancionada a Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.”*

¹⁴¹ Luis Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil, Vol 2, Processo de Conhecimento, 7ª edição, RT, pág. 229. “seria como dizer que o direito provável deve ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível do direito improvável” (idem, pág. 229).

Nesse sentido, decidiu o E STJ: “a exigência de irreversibilidade inserta no parágrafo 2º do artigo 273 do CPC não pode ser levada a extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipada não cumprir a excelsa missão a que se destina”.

Farias, Cristiano Chaves e Rosenvald, Nelson. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

Leila Maria Torraca de Brito. "Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: Certezas e Instabilidades", texto inserido no WWW.IBDFAM.com.br em 24/09/2006.

Marinoni, Luis Guilherme, Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento, 7ª Edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Paulo Luiz Netto Lôbo "Equívocos da filiação biológica: do modelo tradicional ao científico", Texto inserido no Jus Navigandi nº41 (05.2000) Elaborado em 03.2000, WWW.jusnavegandi.com.br.

DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE PARA CONHECIMENTO DE PEDIDOS DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA NA HIPÓTESE DE FALTA DOS PAIS

Leandro de Marzo Barreto
Defensor Público do Estado de São Paulo

1. Direito à Convivência Familiar Natural

Com efeito, elencou o artigo 227 da Constituição Federal ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar.

“Assim, numa primeira ótica de abordagem, em decorrência da elevação da convivência familiar a direito fundamental do ser humano criança ou adolescente, criou-se no ordenamento jurídico uma verdadeira escala de prioridades na aplicação da lei ao caso concreto, toda vez que se discute a manutenção da criança no convívio com seus pais biológicos”.¹⁴²

Nesse norte, o direito fundamental à convivência natural fora elencado pelo legislador constituinte como verdadeiro direito-garantia da criança/adolescente¹⁴³, querendo significar que qualquer apreciação a respeito da colocação em família substituta, na falta dos pais, deve dar-se na Vara Infante-Juvenil, ainda que os terceiros postulantes da guarda/tutela/adoção sejam parentes consangüíneos do infante.

Como direito fundamental de eficácia imediata, na conceituação clássica de José Afonso da Silva¹⁴⁴, surge para o Estado-juiz o dever de velar pela integral aplicação do Estatuto, seja para evitar colocação em família substituta de forma dissonante do preconizado pela Lei 8.069/90, seja para impedir a institucionalização da política de abrigos e destituições do poder familiar lastreadas apenas em critérios econômico-sociais dos pais naturais.

É que, não se pode olvidar que o Estatuto, definindo o que vem a ser família natural, discrimina que se “*entende por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*”¹⁴⁵.

¹⁴² MACHADO, Martha. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescente e os Direitos Humanos. São Paulo: Manole, 2008, p.162.

¹⁴³ Op.cit., p.162.

¹⁴⁴ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004, p.823.

¹⁴⁵ Artigo 25 da Lei Federal 8.069/90.

Importante mencionar que avós, tios, irmãos e outros parentes consanguíneos, pelo teor da interpretação legislativa que se faz do aludido artigo, não podem ser considerados como família natural, e, por óbvio, por mais que seus vínculos com a criança e adolescente sejam lastreados na afetividade e proteção à pessoa em desenvolvimento, qualquer restrição ou alteração dos direitos subjetivos das crianças/adolescentes que venham a ser concedidas deve provir do juízo funcional e materialmente competente para tanto, que é a Vara da Infância e Juventude.

“Gizo, aqui, que ante as regras dos artigos 28, 25 e 19 da Lei 8.069/90, derivados estritamente das disposições do artigo 226 da Constituição Federal, o núcleo humano formado por avós, tios, ou outros parentes da criança não configura família natural, tanto que a colocação de criança neles, mesmo sob a forma de guarda, configura colocação da criança em família substituta”.¹⁴⁶

2. Fixação da Competência na Vara da Infância e Juventude

Nesse esteio, é possível concluir que o artigo 98, inciso II, do Estatuto, quando se refere a falta dos pais, indica que a competência será, *incontinenti*, da Vara Infância-Juvenil, toda vez que existir pretensão postulando a colocação em família substituta, já que inexistente o exercício de poder familiar, de fato, pelos pais biológicos. Surge evidente situação de invocação do estatuto protetivo, em razão da ausência do não exercício do direito fundamental à convivência com a família natural.

É que, o termo *falta dos pais* faz crer que independe de qualquer apreciação normativa ou valorativa a respeito da situação de risco para se fixar a competência da Vara da Infância e Juventude, bastando a ocorrência da situação objetiva descrita pela lei de regência, uma vez que a simples ausência dos genitores acarretaria o ferimento ao princípio da convivência familiar natural.

De outro norte, contudo, quando o Estatuto fixa a competência em razão da *omissão ou abuso dos pais*, traz elemento axiológico para ser apreciado pelo magistrado, eis que a omissão ou abuso pode ocorrer de acordo com a valoração normativa do julgador no caso concreto, no exercício do poder familiar. Distintas, pois, as hipóteses teladas, para fins de fixação de competência.

Ou seja, os pais podem exercer faticamente o poder familiar, mas serem omissos ou abusarem de suas prerrogativas na criação de sua prole, vergastando os direitos insculpidos no Estatuto. Por se tratar de critério de fixação que exige valoração do julgador, indispensável analisar, no caso concreto, a omissão ou abuso perpetrado pelos genitores, suficiente a vislumbrar a situação de risco.

Quando o Estatuto elenca como hipótese normativa a *falta dos pais* para fixação de competência absoluta ou material, indica que o não exercício do poder familiar pelos genitores, em razão da ausência destes (morte, falecimento, desinteresse na criação dos filhos, entrega à adoção, etc.) é suficiente para fixar a competência material da Infância e Juventude, dispensada, nessa hipótese, portanto, a análise judicial da situação de risco, porquanto a própria norma estatutária já limitou a discricionariedade do julgador.

¹⁴⁶ MACHADO. Op.cit., p.165.

Prova desse entendimento é o que está discriminado no artigo 147, II, quando trata da competência territorial, fixando a competência de foro, e não de juízo, *in verbis*: “A competência será determinada... II – pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsáveis”.

Ora, a lei deve ser interpretada de modo harmônico e com vistas a garantir a preponderância e efetivação dos princípios constitucionais¹⁴⁷, o que significa dizer que o termo *falta* deve ser intelegido objetivamente, como vem descrito, também, no inciso II do aludido artigo, acarretando, em consequência, a invocação da regra de competência prevista no parágrafo único do artigo 148 c.c artigo 98, II, ambos do Estatuto.

O que se sustenta, em suma, pela dicção dos artigos mencionados alhures, que, em qualquer discussão que envolva direitos da criança e do adolescente e a respectiva colocação em família substituta, *por falta dos pais*, a competência material será Vara Infante-Juvenil, fixando-se a competência territorial o local onde se encontre a criança ou adolescente.

É que a guarda e a tutela, como forma de colocação em família substituta, caso seja processada e dirimida nas Varas de Família, poderá não observar os princípios do Estatuto, em especial, a proteção à convivência familiar natural e a excepcionalidade da medida.

Ademais, “essa medida (colocação em família substituta) é excepcional, já que implica a quebra do direito (de crianças e adolescentes) de convivência com os pais, que configura o coração do direito fundamental de convivência familiar... Veja-se que a preocupação do ordenamento em não alterar o equilíbrio natural e sadio das famílias é de tal ordem, que a adoção por ascendentes e irmãos ficou vedada (ECA, art.42, 1º), dado o tumulto que a situação artificial gera nas relações familiares, especialmente sob o aspecto das relações mais básicas de afeto entre seus membros”.¹⁴⁸

Não é outro o que se pode extrair do parágrafo único do artigo 148, alínea a, quando diz, de modo objetivo, competir à Justiça da Infância e Juventude “*conhecer de pedidos de guarda e tutela*”, quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do artigo 98.

As hipóteses do artigo 98 indicam que quando houver ameaça ou violação dos direitos da criança e adolescente por ação ou omissão da sociedade ou do Estado (critério normativo – depende de valoração do magistrado), por falta dos pais (critério objetivo – independe de juízo normativo), omissão ou abuso dos pais ou responsável (critério normativo – depende de apreciação do caso concreto) e, finalmente, em razão de sua (criança/adolescente) conduta (critério normativo), a competência funcional será da Vara da Infância e Juventude.

São exemplos de falta ou ausência dos pais, distintamente das hipóteses de abuso ou omissão: falecimento dos genitores, abandono efetivo, entrega de crianças e adolescentes a familiares ou terceiros, reclusão, etc.

¹⁴⁷ “Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”. BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. São Paulo: Renovar, 2008, p.29/30.

¹⁴⁸ MACHADO. Op.cit., p.165.

3. Conclusão

Em suma, muito embora não seja dominante aludido entendimento nos tribunais pátrios, percebe-se que, “se o direito subjetivo invocado constasse do Estatuto, a competência seria do juiz do Estatuto, ou seja, do juiz da infância e juventude. É o que bastaria”.¹⁴⁹

É que, no que pertine a fixação de competência, quando o Estatuto trata do termo falta dos pais, quer significar que o desconhecimento do paradeiro dos genitores ou a simples ausência de exercício do poder familiar, faticamente, permite a fixação da competência da Vara da Infância e Juventude, já que o direito à convivência familiar natural insere-se na gama de direitos protegidos pela Lei 8.069/90 e na Constituição Federal, como verdadeiro direito-garantia das crianças e adolescentes.

Ademais, a apuração da situação de risco na hipótese de falta dos pais prescinde da valoração normativa, isto é, independe da análise da situação concreta de ferimento aos direitos da criança e do adolescente, porquanto a própria norma estatutária, ao elencar critério objetivo para fixação de competência, já delimita a discricionariedade do julgador em apurar aludida situação, em razão de o princípio da convivência familiar natural¹⁵⁰ ser inserido na gama de direitos subjetivos constitucionais da criança e adolescente¹⁵¹ e nos documentos internacionais a respeito do tema¹⁵², representando a competência material verdadeira garantia para que os direitos dos infantes não sejam olvidados pelo Estado-juiz.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

CURY, Munir (Coordenador). Estatuto da Criança e Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros, 2007.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004.

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁴⁹ CURY, Munir (Coordenador). Estatuto da Criança e Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros, p.495.

¹⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. São Paulo: Renovar, 2008, p.29/30

¹⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p.275.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado. São Paulo: DPJ, 2008, p.306.

MACHADO, Martha. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescente e os Direitos Humanos. São Paulo: Manole, 2008.

PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Sariava, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

O PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO E O VERGASTAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COROLÁRIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Leandro de Marzo Barreto
Defensor Público do Estado de São Paulo

1. O procedimento verificatório e o ferimento ao devido processo legal.

1.1. Do ferimento ao princípio da inércia e da imparcialidade

A máxima *ne procedat iudex ex officio* objetiva resguardar as posições jurídicas dos agentes políticos envolvidos na constrição e restrição de liberdades públicas. De muito já se consagrara, nos ordenamentos jurídicos ocidentais, o postulado da separação dos poderes e a limitação dos poderes constituídos, em favor da proteção das liberdades públicas.

Isto é, por esse princípio geral de direito, que norteia a atividade judicante, impede-se que o Poder estatal incumbido de determinar, de modo definitivo (formação da coisa julgada), a restrição ou privação de bens ou direitos, seja o responsável por deflagrar processos ou procedimentos em que ocorrerá aludida privação ou restrição ou que servirá de lastro probatório para sustentar o posicionamento do julgador.

Trata-se de princípio inerente a própria separação de poderes, querendo significar que a atividade inquisitorial – que não se confundem com a prerrogativa inquisitiva de se determinar provas e providências (artigo 130 do Estatuto Processual) em relação jurídica processual já formada – eiva de nulidade absoluta o convencimento do julgador a respeito dos pressupostos e fundamentos de sua decisão, bem como não se mostra legítima a permitir que haja constrição das aludidas liberdades públicas.

É que, o artigo 130 da lei adjetiva permite ao julgador, em processo regularmente formado – presença de partes, pedido e definição da posição jurídica dos agentes políticos – investigar fatos não provados ou deficientemente demonstrados pelas partes, até mesmo pela impossibilidade jurídica de os interessados requisitarem informações sigilosas aos órgãos públicos.

Quando, na vara infanto-juvenil, o magistrado de base instaura procedimento verificatório, oficiosamente, exerce verdadeira função inquisitória, sem observância da posição jurídica de julgador, infirmando a principal característica da jurisdição, a saber, a inércia.

Em conseqüência de tal desrespeito ao vetusto princípio do devido processo legal, opera-se a impossibilidade de tal atividade judicante servir como lastro probatório de processo destitutivo em que o mesmo magistrado apreciará a concessão ou não da tutela antecipatória ou, ao final, do pedido definitivo de destituição.

Ensina-nos com propriedade Carlos Araújo, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco que

“... o exercício espontâneo de atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças aonde elas não existiam antes... Além disso, a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira a idéia no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições de para julgar imparcialmente”.¹⁵³

Veja-se que o artigo 153 do Estatuto, quando consente a instauração de procedimento – denominado verificatório pela *praxis*, não autoriza que o magistrado adote medida judicial constritiva ou restritiva sem a formação do regular processo, o que viria por vergastar princípios decorrentes da própria estruturação dos poderes constituídos, como é o caso da inércia, imparcialidade e indelegabilidade da jurisdição.

Ao contrário, discrimina o mencionado artigo que “*se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei...*” – entenda-se, se não houver tipicidade de procedimentos – “*a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e determinar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público*”¹⁵⁴ – entenda-se, ouvido o Órgão Ministerial, que previamente requererá a produção de provas ou outras medidas indispensáveis à constrição ou privação de liberdades públicas, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e tomará as providências necessárias para que a postulação deduzida pelo Ministério Público seja efetivada, “*cabível sempre o procedimento contraditório, permitindo a defesa da pessoa envolvida*”.¹⁵⁵

Interpretar o mencionado artigo de outro modo seria consagrar a inconstitucionalidade de verdadeiro processo judicialiforme, em que o magistrado funciona como parte e julgador de sua própria atividade. Ademais, seria perpetuar, na Vara Infante-Juvenil, a doutrina da situação irregular do menor e da informalidade dos procedimentos, reminiscências do revogado Código de Menores, bem como negar vigência ao dogma constitucional do devido processo legal e seus corolários.¹⁵⁶

Importante decisão, que data do ano de 1995, logo após a promulgação do Estatuto, elucida com clareza solar a natureza do procedimento vulgarizado de verificatório, delimitando com clareza as posições jurídicas dos agentes políticos envolvidos na consecução e implementação dos direitos da criança e do adolescente.

Veja-se:

“quaisquer providências em favor de crianças e adolescentes devem ser providas através de procedimentos próprios e não por meio de

¹⁵³ GRINNOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Carlos Araújo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2000, p.35.

¹⁵⁴ Artigo 153 e seguintes da Lei Federal 8.069/90.

¹⁵⁵ ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2008, p.300.

¹⁵⁶ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004, p.68.

infindável acompanhamento sem forma ou figura de juízo. Desse modo, ou os menores necessitam de correção ou proteção efetiva, através de algumas das providências preconizadas na lei de regência, ou a situação é regular, sendo inaplicável o Estatuto. Na primeira hipótese, há o MP de ingressar com a medida judicial tendente à solução da questão, até porque mero acompanhamento da situação de crianças e adolescentes independe de providências judiciais, considerando as prerrogativas que o artigo 201 do Estatuto lhe atribui”.¹⁵⁷ (TJSP, Câmara Especial, Ap.23.547-0, Rel. Yussef Cahali – j. 25-05-95).

Nesse esteio, é prerrogativa legal conferido ao Órgão Ministerial, no próprio Estatuto,

“promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, 3º, inciso II da Constituição Federal”¹⁵⁸ e “instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais ou federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas”.¹⁵⁹

Interpretando-se o Estatuto harmonicamente e ante todas as prerrogativas legais conferidas ao Ministério Público, verdadeiro interessado e sujeito parcial na defesa dos interesses e na proteção à infância e juventude, não se mostra crível que o procedimento verificatório, instaurado, movimentado e decidido pelo órgão judicante, seja suficiente a permitir a constrição ou restrição de direitos, sem pedido próprio ou formação do devido processo legal, olvidadas as garantias inerentes ao direito constitucional do devido processo legal.

Inteligir desse modo seria tergiversar a respeito da escorreita inteligência do artigo 153 do Estatuto, bem como negar vigência aos incisos V e VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que se consignam diversas atribuições administrativas para que o Ministério Público intervenha efetivamente na área da Infância e Juventude, separando-se, definitivamente a figura do julgador do acusador ou postulante, tudo a resguardar os princípios da inércia, da imparcialidade, alcançando a máxima *ne procedat iudex ex officio*.

¹⁵⁷ TJSP, Câmara Especial, Ap.23.547-0, Rel. Yussef Cahali – j. 25-05-95.

¹⁵⁸ Artigo 201, V da Lei Federal 8.069/90.

¹⁵⁹ Artigo 205, VI da Lei Federal 8.069/90.

1.2. Do ferimento ao princípio do contraditório, ampla defesa e paridade de armas

O procedimento verificatório, como praticado na Vara Infante-Juvenil, disparado em atividade oficiosa do Juízo e do qual participam exclusivamente ele, o Ministério Público e, eventualmente, entidades de abrigo, não observa, outrossim, o contraditório e a ampla defesa. Ainda, sequer permite a paridade de armas entre o órgão fiscalizador (Ministério Público) e o órgão garantidor (Defensoria Pública).

Ora, os maiores interessados, genitores ou familiares da criança ou adolescente, não participam do procedimento – são verdadeiros objetos da atividade oficiosa e inquisitiva desempenhada pelos agentes políticos estatais. Ao contrário, referidos genitores e infantes, usualmente, sequer têm ciência das informações relatadas pelos órgãos assistenciais, e por óbvio, nunca a contradizem, querendo significar que tal procedimento não pode embasar qualquer medida constritiva ou limitativa das liberdades políticas.

Quando o Estatuto consente a colocação em abrigo, pelo Conselho Tutelar, com informação imediata a autoridade competente, não autoriza que o procedimento aberto em desfavor daquele infante seja “*tocado*” sem a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, muito menos determina que o Conselheiro seja considerado a autoridade responsável pelo abrigamento da criança ou adolescente.

No procedimento verificatório, enquanto perdura o abrigamento, no mais das vezes por alguns longos meses, quando não anos, diversas medidas são tomadas sem qualquer intimação, anuência ou audiência da família natural.

A garantia do devido processo legal espargi por todo ordenamento jurídico comandos normativos garantidores de sua discriminação abstrata. É que, no inciso XXXVI da Constituição Federal, elenca-se o direito fundamental ao devido processo legal de modo genérico e abstrato. Sua complementação, no caso da Proteção aos Direitos da Infância e Adolescência, vem positivada com maior grau de concretude nos artigos 227 e seguintes, tudo para evitar o desrespeito às liberdades públicas da criança e adolescentes e delimitar o grau de efetivação do contraditório e ampla defesa.

Prescreve o inciso IV do parágrafo 3º do artigo 227 da Lei Maior, *in verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão... IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e *defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica*”.¹⁶⁰ Grifo Nosso.

¹⁶⁰ Artigo 227 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, discrimina o Estatuto protetivo, *in verbis*:

“A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de Justiça. *Parágrafo único: Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem*”.

¹⁶¹ Grifo Nosso

Pode-se concluir, portanto, que o direito à contradição das provas e estudos psicossociais realizados no bojo do impingido procedimento verificatório e o acesso a ampla defesa, com a prestação da assistência judiciária integral e gratuita, não pode ser olvidado pelo órgão julgador e acusado, ou aguardar eventual processo destitutivo deflagrado pelo Órgão Ministerial para que as garantias do contraditório e da ampla defesa sejam observadas formalmente.

Ao aceitar a informalidade do verificatório e evitar a presença efetiva das partes objetos de investigação, com poderes de contradição e acesso integral à assistência jurídica, vislumbrar-se-á total desigualdade entre as partes e os sujeitos públicos envolvidos, já que a pretensão estatal de delimitar o poder familiar dos genitores é facilmente perseguida, pelo Órgão Ministerial, com o frontal desrespeito, também, ao princípio da paridade de armas.

Não se pode conceber como legítima a atuação em estudos psicossociais ou provas requisitadas e produzidas no verificatório sem a prerrogativa de o lesado contraditá-las e questioná-las, de modo a garantir a ampla defesa *in concreto*, igualando as partes envolvidas em interesses contrapostos, porquanto é cediço que o procedimento verificatório serve como prova de futuro e certo pedido destitutivo proposto pelo Órgão Ministerial.

Ademais, não é só na legislação soberana que se encontra a obrigatoriedade da observância do devido processo legal em qualquer procedimento que acarreta a separação da família natural ou que esta seja objeto de verificação pelo Poder Público.

Veja-se o que dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, em seu artigo 9º, item 2, *in verbis*: “Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no presente artigo, parágrafo 1, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e manifestar suas opiniões”¹⁶², o que certamente deverá ser feita, quanto à assistência judiciária integral e gratuita, pela Defensoria Pública.

Na realidade, a existência de procedimento verificatório, como é deduzido na *praxes* forense, vergasta diretamente a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e a não

¹⁶¹ Artigo 206 da Lei Federal 8.069/90.

¹⁶² PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado. São Paulo: DPJ, 2009, p.275.

observância do direito fundamental de defesa acarreta a negativa de vigência de tal diploma internacional, incorporado ao ordenamento pátrio em 1990, meses após a promulgação do Estatuto.

Relembre-se, não há como aventar que tal verificatório seja, por seu caráter informal ou administrativo, despido da garantia constitucional do devido processo legal.

É que, no que pertine ao devido processo legal tal qual como se encontra positivado no sistema jurídico pátrio,

“estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais. Note-se que ‘privar’ da liberdade ou propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do artigo 5º, demanda contraditório e ampla defesa”.¹⁶³ (Curso de Direito Administrativo, editora Malheiros, 25ª edição, p.115).

Ora, se nem a Administração Pública pode restringir direitos sem a observância do dogma constitucional do direito de defesa, quiça a atividade judicante em processo judicialiforme, banido do ordenamento pátrio.

Não é porque o estatuto permite a informalidade, que autoriza, de outro lado, procedimentos medievos e a total ausência de observância dos plasmados cânones constitucionais a respeito do direito de ampla defesa, técnica e pessoal, paridade de armas, e a garantia da assistência jurídica integral aos necessitados.

2 – Conclusão

Desse modo, a instauração de procedimento verificatório do modo como é realizado na prática, sem a observância da garantia do *due process of Law*, permite concluir que há verdadeiro ferimento aos princípios da inércia, da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

¹⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p.115.

É que, não se pode olvidar a máxima *ne procedat iudex ex officio* e, também, não observar que, no que pertine o direito fundamental ao devido processo legal, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Lei Maior discriminaram com propriedade e especificidade a necessidade de se garantir às crianças e adolescentes o direito à contradição, ampla defesa (técnica e pessoal), acesso à justiça e paridade de armas.

Significa dizer que, em todos os atos em que puder ocorrer lesão ou ameaça de lesão a bens ou direitos constitucional e legalmente garantidos, deve ser observado os princípios telados alhures, sob pena de desrespeito e negativa de vigência aos artigos 153, 201, incisos V e VI e 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao artigo 9º, item 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990 e incisos XXXV do artigo 5º e IV do parágrafo 3º do artigo 227, ambos da Constituição Federal.

Em suma, o procedimento previsto no artigo 153 do Estatuto, codinominado de verificatório, deve observar, *incontinenti*, o devido processo legal e os princípios inerentes à jurisdição justa e o efetivo acesso à justiça integral e gratuita àqueles que dela necessitam, por meio da garantia da contradição, ampla defesa e paridade de armas.

Referências Bibliográficas:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

CURY, Munir (Coordenador). Estatuto da Criança e Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros, 2007.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004.

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINNOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Carlos Araújo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Martha. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescente e os Direitos Humanos. São Paulo: Manole, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.

PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Sariava, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA COLETIVA DE ACESSO À CRECHE E PRÉ-ESCOLA: UM DIREITO HUMANO DO NÚCLEO FAMILIAR

Leonardo Scofano Damasceno Peixoto¹⁶⁴

Bruno Diaz Napolitano¹⁶⁵

Resumo: A insistente omissão estatal no fornecimento de vagas na educação infantil ensejou uma quebra de paradigma por parte do Poder Judiciário (ativismo judicial), que se atrelava por demais ao dogma da separação de poderes. A intervenção das políticas públicas, mediante provocação da Defensoria Pública, especialmente na tutela coletiva, constitui valioso instrumento de transformação social e concretização de direitos fundamentais.

Sumário: 1. Evolução histórica do direito à creche e pré-escola; 2. Direito positivo internacional e interno; 3. Ação civil pública; 3.1. Legitimidade da Defensoria Pública; 3.2. Competência absoluta da Vara da Infância e Juventude; 4. Políticas públicas e intervenção judicial; 5. Receitas e despesas públicas; 6. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chaves: Direito à creche e pré-escola. Ação civil pública. Defensoria Pública. Políticas públicas. Intervenção judicial.

1. A evolução histórica do direito à creche e pré-escola

Historicamente, o surgimento das creches e pré-escolas retoma ao final do século XIX, particularmente, após a Revolução Industrial, responsável pela modificação da estrutura familiar tradicional. A partir de então, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, não só em razão do aumento das fábricas, mas também por se tratar de uma mão-de-obra mais barata. No Brasil, a partir de 1840, era cada vez maior o número de mulheres e de menores na indústria, ganhando salários inferiores aos homens¹⁶⁶.

Desde a origem, o serviço em testilha era concebido como um “mal necessário”, de modo que a sua oferta era conditio sine qua non para os trabalhadores, agora, homens e mulheres que lutavam pela subsistência da família. Somente assim poderiam se dedicar ao labor com

¹⁶⁴ Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Bacharel em Direito pela PUC/RJ.

¹⁶⁵ Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestrando em Acesso à Justiça pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela FAAT (Faculdades de Atibaia). Bacharel em Direito pela FMU/SP.

¹⁶⁶ RUIZ, Jucilene de Souza. *Creche: um discurso acerca de seu surgimento*, texto extraído e disponível em http://www.ceuc.ufms.br/encontro_pedagogia/2_Comunicacao_Oral/Comu08.pdf.

tranquilidade, certos de que os seus filhos estariam sob a responsabilidade do Estado, recebendo todos os cuidados pertinentes à referida fase peculiar de desenvolvimento.

Com a evolução humana, porém, a referida concepção da natureza desse serviço recebeu novos elementos. Desde a década de 1980, estudiosos identificaram em tal serviço o viés protetivo. Neste sentido, desenvolveu-se um olhar pedagógico para a questão. O caráter eminentemente assistencialista foi relativizado e tais equipamentos estatais passaram a ser concebidos como indispensáveis à sadia qualidade de vida das crianças.

Na seara do direito posto, com a aprovação da LDB nº 9.394/96, a conotação assistencial-custodial assumida desde o surgimento da creche passa a ter como proposta a indissociabilidade do educar e cuidar como ação educativa¹⁶⁷.

Pesquisas concluíram que a oferta e a prestação adequada do serviço público de creches e pré-escolas conferem às crianças a oportunidade de vivência emocional com as outras, num sistema de valores e conceitos, adaptações às diferentes situações, além do contato com a cultura do grupo e com seus próprios sentimentos e comportamentos. Isso significa que o desenvolvimento da criança ocorre no processo de construção social, nas múltiplas interações com outras pessoas desde o seu nascimento e, particularmente, com aquelas com quem mantém um maior vínculo afetivo¹⁶⁸.

Ainda sobre o tema, estudiosos ensinam que, através da mediação, ocorre uma apresentação de significados, de modo que, pouco a pouco, signos dessas atividades sociais variadas são incorporados pela criança e passam a se tornar mediadores simbólicos de sua relação com o mundo¹⁶⁹.

A criança, porém, atua nesse processo não como um sujeito passivo, simplesmente moldado pelo meio, mas como um ser ativo que desempenha um papel importante nas interações. Assim, a criança tem a possibilidade de ser influenciada pelo meio e também de atuar sobre ele, transformando-o, ressignificando-o, numa construção mútua¹⁷⁰.

2. Direito positivo internacional e interno

Após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a criação da Organização das Nações Unidas, a humanidade se preocupou em traçar normas gerais de proteção do ser humano.

Norberto Bobbio já constatava a positivação do direito natural como o meio de sua efetivação¹⁷¹. O direito positivo sem o direito natural seria de conteúdo esvaziado e estéril, enquanto o direito natural sem o direito positivo não teria força.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmada em 1948, proclamou que toda pessoa tem o direito à segurança social; aos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (art.

¹⁶⁷ RUIZ, Jucilene de Souza. Ob. Cit.

¹⁶⁸ ROSSETTI-FERREIRA, Maria C. *A creche enquanto contexto possível de desenvolvimento da criança pequena*. Texto extraído e disponível no sítio eletrônico <http://www.fsp.usp.br/ROSSETI.HTM>.

¹⁶⁹ ROSSETTI-FERREIRA, Maria C. Ob. Cit.

¹⁷⁰ ROSSETTI-FERREIRA, Maria C. Ob. Cit.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Brasília: Campus, 1999.

XXII); ao bem-estar e aos serviços sociais indispensáveis (art. XXV, item I); bem como o direito ao cuidado, à assistência especial das crianças (art. XXV, item II) e à instrução elementar obrigatória (art. XXVI).

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), datada de 1969, ratificada e promulgada pelo Brasil em 1992 (Decreto nº 678), prevê em seu art. 19, in verbis: “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte de sua família, da sociedade e do Estado”.

Ainda na seara internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, firmada em 1989 e ratificada pelo Brasil no ano seguinte, por força do Decreto Legislativo nº28, de 14.09.1990, estabelece *ipsi literis*:

Artigo 4º. Os Estados partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais, e culturais, os Estados partes tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

Art. 28. Os Estados partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos.

Destaca-se, também, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada em 1990, através da qual o País se comprometeu a adotar “todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus” (art.18.3).

O aludido compromisso deve ser lido em consonância com a garantia do interesse superior da criança e do direito universal à educação, assegurados, respectivamente, nos artigos 3.1 e 28 da mesma Convenção.

Dos aludidos compromissos, extrai-se sensível preocupação do Direito Internacional em positivar com pleno alcance o direito à creche e à pré-escola. Da leitura dos dispositivos supracitados, constata-se, *prima facie*, tratar-se de um direito multifacetário, na medida em que tem em sua ontologia a proteção não só da criança, mas de todo o núcleo familiar.

No sistema interno, eis os fundamentos e objetivos da República consagrados na Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em especial, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária tem inspiração nos ideais da Revolução Francesa de 1789: *liberté, égalité e fraternité*. Em que pese tal revolução postular direitos individuais e políticos, não deixa de influenciar na formação dos direitos econômicos, sociais e culturais, com base no princípio da fraternidade ou solidariedade.

A sociedade livre é aquela que constrói nos cidadãos os ideais republicanos, democráticos e de liberdade de expressão. Para que o cidadão tenha a capacidade de formular suas livres concepções e participar das atividades estatais, imprescindível o acesso ao ensino desde a sua fase mais pueril, sob pena de constantes manipulações estatais em detrimento dos direitos fundamentais.

A sociedade justa é aquela que assegura a igualdade de oportunidades aos cidadãos, na medida de suas desigualdades, na concepção de Platão e Aristóteles do *suum cuique tribuere*, inserida no *Corpus Iuris Civilis* como virtude *cardeal* humana pelo jurista Ulpiano. No caso em tela, da mesma forma que as crianças de famílias mais abastadas têm acesso às creches e educação infantil, as crianças carentes também necessitam dessa oportunidade.

A solidariedade, na concepção de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira é o “sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, dum nação, ou da própria humanidade”. Complementa, ainda, que é uma “relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar os outros”.¹⁷²

A construção de uma sociedade solidária, objetivo fundamental da República, baseada na relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, não constitui tão-somente a obrigação moral, mas a obrigação legal, melhor dizendo, constitucional de apoiar os mais necessitados, com base no princípio da força normativa da Constituição de Konrad Hesse (imperatividade da norma constitucional)¹⁷³.

O acesso universal das crianças às creches e à educação básica cumpre, em parte, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, uma sociedade movida pelo ideal iluminista: “um por todos, e todos por um”.

O artigo 7º, inciso XXV da Constituição ainda estabelece que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a

¹⁷² FERREIRA Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fronteiras, p. 1607.

¹⁷³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas” (EC 53/06).

Não obstante o art. 7º, XXV da Carta Magna trate do ensino infantil (creche e pré-escola) como direito social dos trabalhadores urbanos, consagrando a oportunidade dos familiares auferirem renda e deixarem seus filhos sob a assistência estatal enquanto estiverem no serviço, na verdade, os titulares deste direito fundamental são as crianças de zero a cinco anos de idade.

O artigo 205 da Constituição da República dispõe que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O artigo 208 estabelece que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade” (EC 53/2006).

O artigo 211, § 2º, por sua vez, reza que “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. Percebe-se que o acesso e atendimento efetivo ao Centro de Educação Infantil ou à Escola Municipal de Educação Infantil (denominação do Município de São Paulo) constituem obrigação do poder público em atenção à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Para regulamentar toda a matéria de proteção absoluta e prioritária da criança, bem como de toda a família, a legislação infraconstitucional, em especial a Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, 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. (grifo nosso).

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso).

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública. (grifo nosso).

Art. 53, inciso VI. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência. (grifo nosso).

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente (grifo nosso):

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (grifo nosso);

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 208 - Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

III - de atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei n. 9.394 de 1996), em seu artigo 29, estabelece que a educação infantil constitui a primeira etapa da educação básica, a ser prestada pelo Poder Público municipal, tendo por finalidade o desenvolvimento integral da criança até cinco anos de idade (EC 53/06), em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Uma interpretação histórica e teleológica do arcabouço legislativo colacionado alhures revela que os serviços de creche e pré-escola constituem alicerce para o pleno desenvolvimento da família. Neste sentido, pode-se identificar uma natureza dúplice na prestação de tal serviço, conforme destacado anteriormente, tendo em vista que se destina aos trabalhadores e ao bem-estar das suas crianças.

Em tempos atuais, a oferta universal e adequada do serviço público de creche e pré-escola merece destaque dentre as políticas públicas (assunto a ser abordado mais adiante), podendo ser concebido como um passo imprescindível para desenvolvimento integral da família na sociedade contemporânea. Por isso, a tutela intransigente desse direito é obrigação de todos e se coaduna com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

3. Ação civil pública

A ausência de vagas na educação infantil é grave, ensejando a premente intervenção do Poder Judiciário. Impõe-se o amparo à educação das crianças de zero a cinco anos de idade, bem como a promoção da assistência social familiar e dos direitos fundamentais absolutamente prioritários no ordenamento jurídico vigente.

A partir de meados de 2008, a Unidade da Defensoria Pública de São Miguel Paulista expediu ofícios às diretorias municipais de ensino da região, com o intuito de resguardar o direito às creches e pré-escolas das crianças representadas pelos seus genitores.

A medida vinha ao encontro com a função institucional da Defensoria Pública de priorizar a composição extrajudicial dos conflitos, evitando-se a distribuição de um sem-número de ações judiciais. No entanto, aos poucos retornavam os ofícios da Diretoria de Ensino, aduzindo que as crianças estavam no cadastro e que a matrícula obedeceria à respectiva ordem criada pelo Município para organizar o déficit educacional.

Diante de tal recusa, inevitável o ajuizamento de dezenas de mandados de segurança que visavam a garantir individualmente o direito líquido e certo das crianças à referida etapa básica da educação.

A atuação ostensiva da Defensoria Pública causou a difusão da informação, despertando grande interesse nas famílias de baixa renda que residem na região. O aumento progressivo dos casos revelou a necessidade do tema ser tratado coletivamente.

A relevância da questão impôs o tratamento não só pontual, mas também global desse direito na região de São Miguel Paulista e adjacências. Neste cenário, revelou-se pertinente o manejo da ação civil pública como instrumento de tutela jurisdicional uniforme de todas as crianças residentes no Foro Regional de São Miguel Paulista, que necessitavam do serviço público de creches e pré-escolas.

A temática da ausência de vagas em creches e pré-escolas é debatida há décadas no Município de São Paulo. O fato que o Poder Público nunca se desincumbiu dessa obrigação é notório, de modo que são constantes as publicações em jornais de grande circulação matérias que apontam a luta das famílias por tal serviço público.

No aspecto processual civil, especificamente na teoria das provas, a ausência de vagas em creches e pré-escola constitui fato notório, ou seja, independe de qualquer comprovação, especialmente no Município de São Paulo.

A própria sociedade civil, formada por entidades militantes de atendimento à educação infantil, já se organizou a fim de pressionar o Município neste segmento.

O “Movimento Creche para Todos”, criado em 2007, esclarece o assunto e demonstra com profundidade a omissão municipal. O manifesto de tal sociedade civil aponta o calamitoso déficit municipal e registra, ainda, uma política de “maquilagem dos números”, oferecidos à população no recadastramento da demanda.

O recadastramento municipal consistia na notificação com aviso de recebimento aos pais das crianças em determinado prazo. Frequentemente, os endereços estavam desatualizados ou os pais não recadastravam em razão do impedimento de falta no trabalho.

Assim, por exemplo, se no cadastro anterior constavam duas mil e no novo cadastro mil e quinhentas crianças, o Município contava como vaga já cumprida efetivamente, ou seja, como se o Município de São Paulo tivesse criado as quinhentas vagas. Tal manobra política foi fator de exclusão de milhares de crianças do serviço público de creche e educação infantil.

Toda a problemática que envolvia as regiões acobertadas pela competência do Foro Regional de São Miguel Paulista da Comarca de São Paulo ensejou a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com pedido liminar para que o Município providenciasse as 65 (sessenta e cinco) vagas às crianças não contempladas pelo remédio constitucional individual, bem como pedido de acesso universal às creches e pré-escolas, sob pena de multa diária destinada ao

Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e, até mesmo, de bloqueio de verbas públicas municipais orçamentárias.

Com pouco mais de três anos, a referida instituição, com postura bastante aguerrida, luta pela redução das desigualdades sociais, objetivo da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 3º, inciso III da Constituição da República.

Ainda que os resultados sejam escassos em razão exclusivamente do tempo, o presente artigo tem o fim de difundir a pesquisa e fornecer os fundamentos da ação civil pública de acesso à educação infantil, encorajando as Defensorias Públicas dos demais Estados e outros entes legitimados às mesmas providências. Mesmo porque as possibilidades de êxitos são grandes, conforme jurisprudências favoráveis dos Tribunais Superiores (STJ e STF) trazidas ao corpo deste artigo.

O papel da Defensoria Pública não é aguardar resultados de outras instituições ou associações perante o Judiciário para a tomada das providências cabíveis, mas sempre agir quando houver violação aos direitos fundamentais, especialmente a partir da Lei 11.448/2007, que extirpou qualquer dúvida acerca da legitimidade às ações coletivas.

3.1. Legitimidade da Defensoria Pública

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo tem legitimidade ativa para propositura de ação civil pública, pois, como instituição essencial à função jurisdicional, incumbe a defesa dos necessitados no processo coletivo (art. 134 da CRFB/88 e art. 103 da CESP/89).

Trata-se de órgão autônomo da administração pública que visa a concretizar os objetivos fundamentais da República, como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incisos I e III da CRFB/88 c/c art. 3º da Lei Complementar Estadual 988/06).

Evidentemente, existe a legitimidade quando há pertinência temática com a defesa dos interesses dos necessitados, que constitui o núcleo funcional da instituição. O presente ensaio está relacionado com a prioridade absoluta na preservação dos direitos das crianças carentes, especialmente no direito público subjetivo de obtenção de vaga em creche e pré-escola.

Neste sentido, constitui atribuição institucional da Defensoria Pública promover ação civil pública para a tutela de interesse difuso, coletivo e individual (artigo 5º, inciso VI, 'g' da LC Estadual 988/06), sendo que a qualquer Defensor Público cumpre executar as atribuições institucionais de defesa judicial coletiva dos necessitados (art. 50 da Lei Complementar Estadual 988/06).

Assim, a Defensoria Pública se afirma como instituição dotada de legitimidade autônoma para a condução do processo de interesse coletivo dos necessitados.

Em que pese a promulgação da festejada Lei 11.448/07, que expressamente admitiu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, a Associação Nacional do Ministério Público – CONAMP – propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943 em face do novo dispositivo previsto no artigo 5º, inciso II da Lei 7.347/85.

A CONAMP alega que a norma impugnada, ao atribuir legitimação à Defensoria Pública para a ação civil pública, afetaria a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades que a Constituição lhe confere.

Ada Pellegrini¹⁷⁴, co-autora do projeto da lei de ação civil pública, afirma que o Ministério Público, desde o anteprojeto, pleiteava o seu fortalecimento em detrimento dos outros legitimados, até mesmo da sociedade civil.

Rogério Bastos Arantes¹⁷⁵ descreve minuciosamente a postura do Ministério Público quando da preparação do projeto de lei que resultaria a promulgação da Lei 7347/85, com o apoio de documentos:

O processo que levou à promulgação da Lei da ação civil pública em 1985, que descreveremos a seguir, mostra claramente que o Ministério Público estava disposto a se transformar no defensor desses novos direitos, nem que para isso tivesse que afastar a própria sociedade civil.

Rogério Bastos Arantes¹⁷⁶ ainda afirma que:

O Ministério Público foi audacioso também ao propor a retirada da legitimação para agir da União, Estados, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, mas o Ministério da Justiça tratou de reincorporá-los ao projeto que foi encaminhado ao Congresso Nacional. É provável que aqui tenha pesado, da parte do Ministério Público, o receio da concorrência com outras entidades públicas. (...) Evidentemente num contexto em que soluções como a do Ombudsman sueco ganhavam cada vez mais simpatia, pode-se imaginar que a criação desses organismos públicos altamente especializados introduziria uma alta concorrência ao Ministério Público, ameaçando sua posição de poder duramente conquistada ao longo dos anos. Ao contrário, o Parquet se constituiria no único órgão público capaz de ajuizar ações coletivas se a legitimidade de agir fosse estendida apenas às associações civis, tal como constava do seu anteprojeto de lei. No final, o Ministério da Justiça havia suprimido, contrariando sua intenção de ser o único órgão estatal a ter legitimidade para usar a ação civil pública.

Ada Pellegrini¹⁷⁷, com base nesses dados históricos, conclui que o verdadeiro intuito da CONAMP, ao propor a ADIN nº 3943, é evitar a concorrência da Defensoria Pública, como se no

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública*. Texto extraído em 10 de junho de 2009 e disponível no sítio eletrônico: www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/edepe.

¹⁷⁵ ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré – IDESP – EDUC, 2002, p.54.

¹⁷⁶ ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré – IDESP – EDUC, 2002, p. 71.

manejo de tão importante instrumento de acesso à justiça e de exercício da cidadania pudesse haver reserva de mercado. Inclusive, a jurista citou inúmeras jurisprudências admitindo a legitimidade da Defensoria Pública em seu parecer.

A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública nos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do artigo 5º, inciso II da Lei 7347/85, desde que haja pertinência temática com os interesses da população necessitada.

No presente objeto de estudo, considerando que o acesso à educação infantil público e gratuito beneficia milhares de crianças e famílias carentes sujeitas à exclusão social, a Defensoria Pública é parte legítima para propor a ação civil pública em vistas de obter o pleno serviço social de creche e pré-escola, nos ditames do artigo 208, inciso IV da Constituição da República.

3.2. Competência absoluta da Vara da Infância e Juventude

O Código de Processo Civil, em seu artigo 91, dispõe sobre a competência *ratione materiae*, qualificando-a como absoluta. Com efeito, o artigo 148, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observando o disposto no art. 209”.

O art. 209, por seu turno, dispõe que “as ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvada a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores”.

Vale dizer, apenas as competências da Justiça Federal e dos Tribunais Superiores preferem a da Vara da Infância e da Juventude. Neste sentido, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. AMPLIAÇÃO DE LEITOS INFANTIS. HOSPITAIS PÚBLICOS E CONVENIADOS. DEFESA DE INTERESSES DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES. COMPETÊNCIA. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ARTS. 148, IV, 208, VII, E 209 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGRA ESPECIAL.

I - É competente a Vara da Infância e da Juventude, do local onde ocorreu a omissão, para processar e julgar ação civil pública impetrada contra hospitais públicos e conveniados, determinando a

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública*. Texto extraído em 10 de junho de 2009 e disponível no sítio eletrônico: www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/edepe.

ampliação no número de leitos nas unidades de terapia intensiva infantis, em face do que dispõe os arts. 148, IV, 208, VII, e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevalecendo estes dispositivos em relação à regra geral que prevê como competentes as Varas de Fazenda Pública, quando presente como parte Município.

II - Recurso especial provido. (REsp 437.279/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.02.2004, DJ 05.04.2004 p. 204).

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECUSA DE MATRÍCULA. ALUNO MENOR. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. A Vara da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, através da Promotoria da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte, contra colégio, objetivando sustar ato que considerou abusivo e discriminatório consistente na recusa de matrícula de aluno menor mencionado. Recurso conhecido e provido. (REsp 113.405/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 29.06.2000, DJ 18.09.2000 p. 131).

Sendo assim, nada melhor que a atribuição desta vara especializada para dirimir conflitos de interesses coletivos afetos às crianças e aos adolescentes, objetos de proteção especial do Estado.

4. Políticas públicas e intervenção judicial

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em que o Brasil é país signatário, em seu artigo 2º-1 dispõe que “Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais. Na verdade, a introdução dos direitos sociais representa uma tormentosa questão no panorama jurídico. A realização progressiva a que alude o Pacto sugere direitos enfraquecidos, na medida em que são apenas enunciados, sem condição assegurada de exercício.

A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais. Fábio Konder Comparato já afirmava que “uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de ainda não se haver percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”.¹⁷⁸

Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹⁷⁹

Naturalmente, o encargo originário de formulação e execução das políticas públicas incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, se houver descumprimento aos mandamentos constitucionais ou lesão/ameaça aos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, o Poder Judiciário tem legitimidade para se imiscuir nos atos legislativos e de governo.

Certamente, o declínio da confiança nos parlamentos e no chefe do Executivo contribuiu para o fortalecimento do Judiciário, especialmente nos direitos sociais que exigem maior grau de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.¹⁸⁰ Eis o ativismo judicial!

A tese restritiva de intervenção do Judiciário, com fulcro na separação dos poderes e no princípio democrático, não deve vingar. Mauro Cappelletti sustenta a legitimidade constitucional do Judiciário pelos seguintes motivos:

(1) Não existe um modelo perfeito de democracia representativa. A concepção de que o Executivo e o Legislativo encarnam a voz do povo é ilusória (“teoria da brecha de legitimação”); (2) A fundamentação e publicidade das decisões judiciais são práticas de esforço contínuo para convencimento do público da legitimidade; (3) O Judiciário atua como poder contramajoritário na proteção dos direitos das minorias, evitando a ditadura das majorias; (4) O Judiciário atua como fomentador de direitos humanos nas tutelas individuais e coletivas.¹⁸¹

Cappelletti, com brilhantismo, aduz:

¹⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *O ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da (coordenadores). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

¹⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1999, p. 42.

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: FAVOREU, L. et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, ps. 620-623.

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.¹⁸²

Não se deseja uma nova ditadura, agora de juízes (reconhecimento da atuação coadjuvante do Judiciário). Pelo contrário, o que se pretende é a prevalência dos direitos humanos, mas sem qualquer postura demagógica. Para tanto, não se concebe o Juiz Pilatos, ou seja, o que não pretende assumir sua importantíssima missão na nova ordem constitucional.

Na verdade, há uma rediscussão da própria noção de democracia, o que implica não ser, necessariamente, o voto o único fator de legitimação. A regra da maioria não pode ser absoluta, sob pena de superação da ditadura de um tirano para a criação da ditadura de mil tiranos.

Cabe ao juiz constitucional escapar das armadilhas de ser o próprio escorpião da famosa fábula, quando era transportado nas costas de um sapo, na travessia de caudaloso rio, o aracnídeo pica o batráquio, provocando o naufrágio dos dois.

Para que não soçobrem juntos juiz e princípios constitucionais, pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando à preservação da Constituição em face de políticas indevidas ou de sua falta.

Ademais, o princípio da separação de poderes não deve ser encarado rigidamente, pois existem múltiplas interações, interferências recíprocas, ou seja, verdadeiro concerto entre os Poderes, o que José Joaquim Gomes Canotilho define como “combinação de poderes”.¹⁸³ Mauro Cappelletti conclui que, “na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão”.¹⁸⁴

Tratando do tema, o Excelso Pretório decidiu na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/2004, sob a relatoria do Min. Celso de Mello: “Ementa: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 107.

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 110.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*. Revista Forense, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos fundamentais de segunda geração)”.

Ana Paula de Barcellos traça uma relação interessante entre Constituição, política pública e orçamento: (I) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção de direitos fundamentais; (II) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (III) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (IV) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, (V) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.¹⁸⁵

Percebe-se que o maior obstáculo é sempre econômico, não havendo direito sem custos. Há três grandes correntes acerca da exigência dos direitos sociais: (1) Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais; (2) Reserva do Possível; (3) Mínimo Existencial.

A corrente da máxima efetividade dos direitos fundamentais seria a ideal, mas deve ser reconhecido o seu caráter utópico diante da insuficiência de recursos públicos e da má gestão do erário (ineficiência administrativa).

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Na metáfora do orçamento como um “cobertor curto”, o Estado tem o dever de estabelecer prioridades, especialmente aquelas ditadas pela Constituição, numa verdadeira “ordem axiológica de gastos públicos”, com o intuito de garantir aos cidadãos o mínimo existencial.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão recentíssimo publicado no Informativo de Jurisprudência nº 397 (1º a 05 de junho de 2009), decidiu que incumbe ao Município comprovar o fato impeditivo de direito, qual seja, a prova da insuficiência orçamentária, nos termos do artigo 333, inciso II do Código de Processo Civil. Eis a ementa:

Trata-se de ação civil pública ajuizada contra o município com o objetivo de assegurar às crianças de até três anos e onze meses o direito de freqüentar creche mantida pela municipalidade. Inicialmente, o Min. Relator salientou não ter havido discordância quanto ao dever do município de assegurar o acesso das crianças em creches, tampouco se questiona a legitimidade do MP ou a inadequação da via eleita. O Min. Relator ateve-se à questão do ônus da prova da insuficiência orçamentária. Nos termos do art. 333 do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu, invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra inverte-se; pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente levantado em contestação. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova (art. 334, II, do CPC). O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da CF/1988. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao ente público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe ao recorrente provar a suposta

¹⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flavio (organizadores). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, 2006, p. 41.

insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 384.201-SP, DJe 3/8/2007; do STJ: REsp 575.280-SP, DJ 25/10/2004, e REsp 510.598-SP, DJ 13/2/2008. REsp 474.361-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/6/2009.

A Constituição da República, eminentemente programática (ou “dirigente” na terminologia de Canotilho), traça planos, diretrizes e metas aos seus destinatários. Em larga medida, as políticas públicas estão registradas no próprio texto constitucional. Algumas são realizáveis progressivamente, nos moldes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, como, por exemplo, o direito à educação (artigo 205) e o ensino médio gratuito (artigo 208, inciso II).

Outras são vinculadas, como, por exemplo, a destinação de verbas de ensino do artigo 212 (“A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, manutenção e desenvolvimentos do ensino”).

Existem, ainda, políticas públicas que geram direitos subjetivos reflexos, que é o caso do artigo 208, inciso IV da Constituição, in verbis: “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (EC 53/2006)”.

O artigo 208, inciso I e § 1º da Constituição é mais claro ao estabelecer o ensino fundamental como direito público subjetivo. Evidentemente que, por raciocínio lógico, a consecução da política pública do inciso I depende da execução do inciso IV do artigo 208. De que serviria garantir o ensino fundamental gratuito se as crianças não tivessem acesso à fase anterior de formação (creche e pré-escola)? Se o Estado consagra um direito, mas não viabiliza aos indivíduos as condições mínimas para o referido exercício, na verdade não está consagrando nada!

O artigo 211, § 2º da Constituição da República estabelece que “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. Neste sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 718.203/SP, da lavra do Relator Ministro Luiz Fux, inclusive fazendo menção à inconstitucionalidade da “fila de espera” ou cadastros por ofensa à isonomia:

(...) Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados ao segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados,

quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

(...) O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana (grifo nosso).

(...) O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. (...) O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manus do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. (...) Recurso especial provido.

O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

-Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Destarte, os julgados trazidos alhures encerram a questão e abarcam com total amplitude a eficácia imediata da norma constitucional e dos dispositivos infraconstitucionais que asseguram o direito à creche e pré-escola.

A jurisprudência vai além e ainda pontua sobre a inconstitucionalidade flagrante da opção pelo cadastramento das crianças na famigerada “fila de espera”. Realmente, merece ser rechaçada a criação de listas como estas, que evidenciam o interesse premeditado do Poder Público em descumprir o mandamento constitucional.

A garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade é um direito subjetivo reflexo, decorrente da política pública de Estado, e não de governo!¹⁸⁶

Finalmente, forçoso ainda destacar que compete ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA, a teor do disposto no art. 88, II da Lei n. 8.069/1990, deliberar e determinar ao Poder Executivo municipal, na forma de resolução, que ofereça concretamente vagas no ensino infantil, compatíveis com a demanda local em dado espaço de tempo.

Esta determinação tem força de lei, consoante já proclamou com eloquência o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹⁸⁷, entre outros tribunais pátrios, podendo, inclusive, a referida ser objeto de ação civil pública de iniciativa da Defensoria Pública para fazer valer a decisão do CMDCA.

Trata-se da consagração da democracia participativa nas políticas públicas. Os conselhos de políticas públicas, também denominados de conselhos de direitos, “são uma consequência do

¹⁸⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas - *reflexões sobre o conceito jurídico*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 238. A política de Estado destina-se às funções essenciais do Estado, que não podem ser delegadas a terceiros, a não ser de forma subsidiária e subordinada, por serem razão de existência do próprio Estado, nem sofre quebra de continuidade, por serem políticas que dão estrutura básica do Estado e cuja quebra de continuidade pode colocar em risco a própria existência do mesmo. Já as políticas de governo destinam-se à consecução dos objetivos mais diversos, podendo variar de governo para governo, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e sempre voltadas à consecução dos objetivos constitucionais. Essas políticas de governo poderão ter sua execução delegada ou terceirizada, até mesmo integralmente. As políticas de governo podem, inclusive, ser interrompidas e substituídas por outro tipo de política voltada à consecução do mesmo objetivo da anterior, o que não é admitido para as políticas de Estado.

¹⁸⁷ Trata-se de acórdão paradigmático, tendo sido relator o eminente Des. ERNANE FIDÉLIS, no Processo n. 1.0637.04.022390-0/002 (1). Acórdão de 19/04/2005. Ementa: Ação Civil Pública – Implementação de Políticas Públicas – Repasse de Verbas Previstas em Orçamento Municipal – Destinação à Criança e ao Adolescente...”. Neste acórdão há referência expressa à resolução do CMDCA, seguindo-se a iniciativa judicial do Ministério Público no sentido de que o Poder Executivo municipal cumpra tal resolução, destinando no orçamento anual os recursos necessários.

princípio da participação da sociedade civil na elaboração e implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, estabelecidos na Constituição Federal”.¹⁸⁸

Patrícia Arzabe afirma, ainda, que “esta participação com igualdade de poderes é inteiramente nova para o Estado, em especial para a Administração Pública, habituada à centralização das decisões e pelo uso descabido do argumento do poder discricionário mesmo em matéria de direitos humanos, especialmente os sociais”.¹⁸⁹

Eduardo Appio complementa: “nos casos em que a lei municipal outorgue competência normativa e de fiscalização a referidos órgãos municipais, suas decisões vincularão a Administração Pública, porque se constituem em importantes instrumentos de descentralização administrativa. As deliberações do conselho vinculam o Poder Executivo de tal forma que resta obrigado a fazer inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto, com a indicação das fontes de receita. (...) Em todas as áreas em que o Município opta por atuar de forma descentralizada, as decisões dos conselhos municipais vinculam a Administração Pública, incumbindo aos legitimados do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública a propositura de ações visando seu cumprimento”.¹⁹⁰

Em que pese o valioso instrumento do artigo 88, II do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de São Paulo não editou nenhuma resolução que discipline a concessão de vagas em creches e pré-escola, restando à Defensoria Pública do Estado de São Paulo o mister de postular judicialmente tais direitos.

5. Receitas e despesas públicas

Certamente, o Estado, na ordem axiológica de gastos do orçamento, deve estabelecer a prioridade do ensino infantil em hegemonia de outras despesas públicas, tais como a publicidade, gastos excessivos com os “gabinetes” (cúpulas dos órgãos e poderes públicos) e com o pessoal (“cabide de emprego”), considerando a escassez dos recursos financeiros.

Ainda que, de fato, o crédito orçamentário revele-se insuficiente para atender aos anseios da educação infantil, os créditos adicionais (especificamente, os suplementares) devem ser aprovados pela Câmara Municipal para efetivação das despesas, com a respectiva abertura mediante decreto do Prefeito Municipal.

Para fins explicativos, os créditos suplementares são os destinados ao reforço de dotação orçamentária que se mostrou insuficiente para atender às despesas exigidas pelo interesse da Administração, e não podem exceder a quantia fixada como limite pela lei orçamentária, quando esta o estabelece (artigos 165, § 8º e 167, V da Constituição da República).

Quanto ao FUNDEB (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Básica), outra fonte de receita que terá vigência durante 14 (quatorze) anos e que foi regulamentado pela Medida

¹⁸⁸ ARZABE, Patrícia Helena Massa. *Conselho de direitos e formulação de políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et alli*. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Polis, 2001, p. 33.

¹⁸⁹ ARZABE, Patrícia Helena Massa. Ob. Cit. p. 34.

¹⁹⁰ APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2005, ps. 165-166.

Provisória n. 339 de 28/12/2006, deve-se enfatizar que, apesar do aumento de recursos para a sua composição, houve o alargamento significativo do universo de alunos atendidos por tal Fundo, em comparação ao número atendido pelo FUNDEF (Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Fundamental).

O FUNDEF financiava apenas o ensino fundamental, ou seja, de 1ª a 8ª série, não bastasse o maior custo financeiro da manutenção do ensino infantil (menor número de alunos por sala e maior número de educadores por grupo de crianças atendidas, alimentação diferenciada etc).

O FUNDEB financiará a educação infantil, o ensino fundamental, o ensino médio e a educação de jovens e adultos (supletivo), sendo que o percentual de 20% (vinte por cento) das receitas de Estados, Distrito Federal e Municípios incorporar-se-ão ao Fundo em três anos, isto é, no ano de 2009.

A arrecadação prevista para o ano de 2009 é de R\$ 50.000.000.000,00 (cinquenta bilhões de reais) e mais R\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais) a serem transferidos pela União.

Note-se que a partir de 2010 a União participará com 10% (dez por cento) do valor depositado por Estados, Distrito Federal e Municípios. Estima-se que 48.000.000 (quarenta e oito milhões) de alunos serão beneficiários do FUNDEB, ao passo que o FUNDEF atendia 30.000.000 (trinta milhões) de alunos (censo de 2005) e arrecadava cerca de R\$ 35.000.000.000,00 (trinta e cinco bilhões de reais por ano). Matematicamente, isso representa valor per capita anual de R\$ 1.166,00 (um mil cento e sessenta e seis reais) no caso do FUNDEF, e de R\$ 1.145,00 (um mil cento e quarenta e cinco reais) para o FUNDEB.

De qualquer modo, além desses recursos do FUNDEB, o Município deverá utilizar seus recursos orçamentários anuais, para a garantia do pleno atendimento no ensino fundamental e no ensino infantil, sem perder de vista o investimento obrigatório e prioritário na implementação e execução de outras políticas sociais destinadas à infância e à juventude, dando-lhes primazia na destinação das verbas públicas municipais (art. 4º do ECA).

Por tais motivos, a teoria da reserva do possível não pode servir de fundamento para elidir a oferta regular do serviço público de creches e pré-escola, como já esclarecido no tópico 4, que deve ser prestado de maneira universal pelo Município, com eficiência e qualidade.

6. Considerações finais

Do todo exposto, verifica-se que o direito à creche e à pré-escola é tema tratado de forma pormenorizada pela legislação, seja no plano nacional ou internacional. O extenso regramento positivado pelo legislador deixa clara a relevância da matéria.

A ausência da oferta universal desse direito, característica de um sem-número de Municípios deste país, prejudica de forma dura as famílias de baixa renda. Sem esse serviço, as famílias são compelidas a buscar alternativas que permitam a continuidade do seu trabalho, bem como a segurança e o cuidado dos seus filhos.

Assim que trabalhadores solapados pela política falida do Poder Público neste segmento educacional são obrigados a contratar pessoas, muitas vezes despreparadas, para permanecerem cuidando dos seus filhos durante o turno de trabalho. Como consequência lógica, há um gasto

extraordinário no parco orçamento dessas famílias, o que redundará na privação de necessidades primárias da criança (vestuário, higiene, alimentação, lazer etc.).

Não se pode olvidar que são comuns os casos em que o orçamento sequer comporta essa despesa, e os pais acabam por deixar seus filhos, ainda em tenra idade, sem o olhar de um responsável, podendo tal conduta configurar abandono, passível de destituição do poder familiar (art. 1.638, II do Código Civil). São recorrentes, também, os casos de crianças deixadas com o irmão mais velho, ainda adolescente, que é emancipado e assume de forma desvirtuada os deveres do *bonus pater familiae*.

Por derradeiro, registre-se que a privação desse direito também afeta sensivelmente o desenvolvimento escolar da criança, que necessita desse ambiente para a sua gradual evolução enquanto sujeito de direito capaz de transformar fatos.

Por tais motivos, compete às autoridades públicas envidar esforços para a eliminação das famigeradas “listas de espera” criadas para organizar a demanda de vagas em creche e pré-escola não atendidas pelo Poder Público.

O cenário atual está manchado pela histórica omissão estatal, razão pela qual é preciso uma mudança radical de paradigma, a fim que nada passe por ser imutável. Daí o importante papel da Defensoria Pública como instrumento de transformação social e de concretização dos direitos fundamentais.

Nada melhor que as palavras de Ives Gandra da Silva Martins para concluir o presente trabalho: “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo”.¹⁹¹

Referências Bibliográficas

APPIO, Eduardo. Controle judicial de políticas públicas no Brasil. Curitiba, Juruá, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e política no Brasil. São Paulo: Sumaré – IDESP – EDUC, 2002.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alii. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo: Polis, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flavio (organizadores). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Brasília: Campus, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *in Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural*, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1999.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, L. et al. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista Forense, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coordenadores). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fronteiras, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública. Texto extraído em 10 de junho de 2009 e disponível no sítio eletrônico: www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/edepe.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. in Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

ROSSETTI-FERREIRA, Maria C. A creche enquanto contexto possível de desenvolvimento da criança pequena. Texto extraído em 10 de junho de 2009 e disponível no sítio eletrônico <http://www.fsp.usp.br/ROSSETI.HTM>.

RUIZ, Jucilene de Souza. Creche: um discurso acerca de seu surgimento, texto extraído em 10 de junho de 2009 e disponível em: http://www.ceuc.ufms.br/encontro_pedagogia/2_Comunicacao_Oral/Comu08.pdf.

DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS VERIFICATÓRIOS NA JUSTIÇA INFANTO-JUVENIL

Mara Renata da Mota Ferreira
Defensora Pública do Estado de São Paulo

1. Introdução

Prática comum nas varas da infância e juventude do país é os denominados “procedimentos verificatórios ou pedidos de providências”, que são procedimentos administrativos, instaurados de ofício pelos magistrados, a fim de aplicar alguma das medidas de proteção previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorre que, a ECA não prevê expressamente a existência do instrumento largamente utilizado que, muitas vezes, é aproveitado como fonte de prova em processos de destituição do poder familiar.

Desta forma, o presente estudo tem por objetivo analisar a legalidade e a constitucionalidade dos chamados procedimentos verificatórios, verdadeira reminiscência do revogado Código de Menores, que previa a proteção da infância e adolescência sob o enfoque da situação irregular.

3.1 Embasamento legal

O fundamento legal para a utilização dos procedimentos verificatórios é o artigo 153 da ECA que, a nosso ver, não se presta a amparar a legalidade destes procedimentos.

Diz o artigo:

“Se a medida judicial a ser adotado não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”.

Pela leitura do dispositivo, conclui-se que a lei quis conferir aos processos judiciais que tramitarem nas Varas da Infância e Juventude maior informalidade, na medida em que não prevê especificadamente todos os procedimentos e formas que deverão ser seguidos em cada tipo de processo. Assim, quando determinada medida judicial não tiver procedimento previsto em lei para ser aplicada, poderá o juiz de a infância determinar as provas que entender pertinentes e ordenar o processo da maneira que entender necessário, não podendo, contudo, prescindir das garantias do

devido processo legal, pois se trata de medida judicial, aplicada mediante provocação. Na prática, contudo, o procedimento verificatório não aplica medidas judiciais, mas sim estritamente administrativas, portanto, o artigo 153 não serve de base legal para os referidos procedimentos.

Neste sentido explica Cleber Augusto Tonial, Juiz da Infância e da Juventude no Estado do Rio Grande do Sul:

“Temos, pois, de forma absolutamente clara e coerente que: O procedimento investigatório do art. 153, por estar condicionado à aplicação de uma medida judicial, não pode ser instaurado para aplicação de uma medida administrativa como de fato se constitui a maioria das medidas de proteção e das medidas aplicáveis aos pais ou responsável. Logo, as minguadas hipóteses de livre investigação para aplicação de medida judicial para a qual não exista procedimento prévio, poderiam ser exemplificadas - sem a pretensão de esgotar os casos -, com o art. 149, de conteúdo disciplinar; com a medida do art. 102, § 1º; com a situação descrita no art. 137 (pedido de revisão da medida aplicada pelo Conselho Tutelar), com a hipótese do art. 82; e como procedimento prévio para instauração do contraditório do art. 191 (com relação às entidades de atendimento), por força do art. 92 e 95 do Estatuto. Todas essas hipóteses são evidentemente excepcionais, eis que embora catalogadas como medidas judiciais, nem todas envolvem a típica prestação jurisdicional resultante de litígio, porque erigidas à condição de "prestação jurisdicional atípica". Todas as demais medidas judiciais previstas no Estatuto já estão acompanhadas de um procedimento previsto na própria lei (colocações em famílias substitutas; apuração de ato infracional; destituição do pátrio poder; apuração de irregularidade em entidade de atendimento; apuração de infrações administrativas, etc.), o que reduz em muito a aplicabilidade do art. 153. Visto que todo e qualquer procedimento investigatório, no âmbito judicial, deve estar sintonizado com o disposto no art. 153 do Estatuto – porque é o único dispositivo legal autorizador da abertura desses expedientes - não é difícil perceber que a natureza jurídica desse procedimento é jurisdicional. Não deve ser olvidado, no entanto, que os procedimentos investigatórios de natureza administrativa existem, sim, no direito da infância e da juventude. Mas estão sujeitos à presidência de outras autoridades, como é o caso do inquérito civil (art. 201, V e VI), da investigação sobre a conduta infracional; e a investigação realizada pelo Conselho Tutelar para a aplicação das medidas de proteção (art. 101, caput, que se utilizou do verbo verificar) ou das medidas aos pais ou responsável do art. 129, I a VII”.¹⁹²

¹⁹² Tonial, Cleber Augusto, *“Investigações Judiciais no Direito da Infância e da Juventude: Da exceção ao Desastre”*, acessível na URL http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.home.

Grande parte da atuação administrativa em sede de infância e juventude ficou reservada ao Conselho Tutelar, órgão de execução das políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes. O Conselho Tutelar é órgão público administrativo, tendo funções eminentemente administrativas. O artigo 136 do ECA prevê as atribuições do Conselho Tutelar, estando entre elas a aplicação das medidas de proteção previstas no artigo 101, I a VII e as medidas aplicáveis aos pais e responsáveis previstas no artigo 129, I a VII.

Exatamente para diminuir as atribuições administrativas dos juizes foi criado o Conselho Tutelar, acabando com os procedimentos verificatórios, investigativos, presididos por autoridade judicial.

“O Conselho Tutelar é órgão novo e não possui correspondência em qualquer legislação pretérita, pois, como já se teve a oportunidade de explanar, no sistema normativo anterior, era no Estado onde se concentravam as ações relacionadas às crianças e aos adolescentes marcados com a pecha de situação irregular. A nova divisão de tarefas imposta constitucionalmente fez com que demandas de natureza não jurisdicional, antes destinadas ao Poder Judiciário, como, por exemplo, a entrega de criança ou adolescente a seus pais mediante termo de responsabilidade, ou ainda, o seu encaminhamento à instituição de abrigo, passassem a ter no Conselho Tutelar a instância primeira e preferencial de solução. Conforme lecionam Wilson Donizeti Liberati e Público Caio Bessa há, “... uma ruptura no conceito de atendimento: a Justiça da Infância e da Juventude terá função eminentemente jurisdicional, ou seja, decidirá os conflitos de interesses e garantirá a aplicação da lei quando houver desvios. Ao atender crianças e adolescentes em suas necessidades político-sociais, o Conselho Tutelar estará cumprindo a missão constitucional da descentralização político-administrativa, no âmbito municipal, fazendo com que os problemas do Município sejam resolvidos pelos próprios munícipes (Liberati, Wilson Donizeti; CYRINO, Caio Público Bessa. Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 138)”.¹⁹³

“Vale lembrar que à época do Código de Menores (Lei n.º 6.697/79) cabia ao Poder Judiciário a adoção de providências concretas atinentes às crianças e aos adolescentes compreendidos em “situação irregular”. Ao denominado juiz de menores eram atribuídas não só a função jurisdicional, mas também outras tarefas, como, por exemplo, a aplicação de medidas de caráter genérico, consubstanciadas em portarias ou provimentos destinados a adequar a lei à realizada local, por meio das quais havia o exercício de verdadeira atividade legislativa. A respeito do tema cumpre mencionar a lição de Judá Jessé de Bragança Soares (in: CURY, Munir (coord.) O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, PP 454 e ss), ao afirmar que “desde a instituição do

¹⁹³ Tavares, Patrícia Silveira, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos práticos e teóricos, 3ª edição, editora Lumen Juris, p. 336)

primeiro juízo privativo de menores (em 1927) em nosso País, tornou-se tradicional conferir ao juiz de menores não somente a função judicial, mas, também, atribuições sócio-assistenciais, além de se reconhecer até um certo papel legislativo, não se observando a separação do poderes. (...) Na verdade, a idéia de que a atividade assistencial deveria caber aos juízes de menores sempre foi errônea, conforme escrevia, ainda antes de entrar em vigor o código de menores de 1979, o então Juiz de Menores da comarca do Rio de Janeiro Alyrio Cavalieri: 'Formou-se, paralelamente, junto ao consenso público, fomentado pelos meios de comunicação, uma idéia errônea de que os juzados de menores substituiriam qualquer atividade estatal no campo da assistência (direito do Menor, Rio, Freitas Bastros, 1978, p. 14).'¹⁹⁴

Pelo exposto, fica claro que a lei reservou as atividades administrativas relativas à infância e juventude ao Conselho Tutelar, cabendo ao judiciário a revisão de suas decisões quando conflitarem com a lei. Assim, as medidas tomadas no procedimento administrativo, como o próprio nome diz, são puramente administrativas e, portanto, de competência do Conselho Tutelar e não do Juiz.

Não se discute que entre as medidas previstas no artigo 101 e 129 (medidas de proteção e medidas aplicáveis aos pais e responsáveis), existem aquelas que são da competência exclusiva do juiz. Ocorre que, a legislação previu expressamente quais medidas são aplicadas exclusivamente pela autoridade judicial, posto que para sua aplicação se faz necessária a instauração de um processo judicial, com o devido respeito a todas as garantias legais e constitucionais vigentes.

“O *caput* do art. 136 diz ser das *atribuições* do Conselho Tutelar aplicar as medidas previstas naqueles artigos (art. 136, I e II). Portanto o juiz, ao aplicar medidas que não são de sua *competência*, invade a esfera de atuação de outra autoridade pública, usurpando atribuições e viciando o ato administrativo. Porque a tarefa do juiz não é de aplicar a medida de proteção, mas sim revisá-la, realizando o controle de legalidade do ato administrativo (art. 137 do Estatuto)”¹⁹⁵

Não pode o Judiciário agir de ofício e adotar medidas pertinentes ao Conselho tutelar por absoluta falta de previsão legal.

Aliás, é princípio processual a inércia da jurisdição. Deste modo, não pode o juiz instaurar procedimentos de ofício, sem a provocação da parte interessada. Tal postura eivará de vício o procedimento instaurado, pois restará prejudicada a imparcialidade do magistrado. Somente aquele que é interessado na solução de determinada questão pode provocar a jurisdição. Se o próprio juiz

¹⁹⁴ Nota de rodapé extraída da obra: Tavares, Patrícia Silveira, obra citada, p. 335

¹⁹⁵ Tonial, Cleber Augusto, op. Cit.

movimenta a máquina judiciária para a solução de determinada questão, poderia se considerar que ele figura como interessado no litígio, não podendo, portanto, futuramente, julgar processo envolvendo o caso investigado.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

“o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos a casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”¹⁹⁶. Por fim, explicam que “a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo, ele se liga psicologicamente de tal maneira à idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições de julgar imparcialmente”.¹⁹⁷

3.1 Embasamento constitucional

Os procedimentos verificatórios utilizados pelas Varas da Infância, como já dito, não encontram respaldo jurídico que os sustentem, sendo um resquício do antigo Código de Menores, que previa uma série de atribuições administrativas aos juízes de menores.

Ocorre que, mesmo no diploma revogado, em que eram expressamente previstos os procedimentos verificatórios, estes respeitavam as garantias do devido processo legal, pois era garantido o contraditório através da citação e oportunidade para apresentação de defesa e acompanhamento do procedimento, nos casos em que os pais discordavam da aplicação da medida.

Nos dias de hoje, estes procedimentos, revogados pelo ECA, continuam sendo utilizados, porém, sem garantia do devido processo legal, em evidente afronta à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, além da falta de amparo legal para os denominados procedimentos, há flagrante inconstitucionalidade na instauração e condução do instrumento, pois não há observância dos princípios constitucionais do devido processo legal.

Na prática, o procedimento verificatório é realizado sem que se assegure às partes as garantias constitucionais, impondo sanções graves aos genitores, como, por exemplo, a determinação de abrigamento da criança e proibição de visita pelos genitores. Isto porque, além de ser instaurado de ofício pelo Magistrado, não se garante à parte interessada o conhecimento integral do procedimento mediante notificação de instauração, bem como não lhe é garantida a oportunidade de apresentar impugnação e acompanhar as provas ali produzidas que, futuramente, muitas vezes são utilizadas em processo contencioso de destituição do poder familiar, sem repetição da prova.

¹⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, editora Malheiros, 2006, p. 134

¹⁹⁷ Idem, p. 135

De acordo com artigo 152, aos procedimentos regulados no Estatuto aplicam-se subsidiariamente as regras previstas no diploma processual pertinente. Por este artigo, reforça-se a idéia de inconstitucionalidade dos procedimentos verificatórios, pois o estatuto prevê que os procedimentos serão regulados subsidiariamente pelas normas processuais pertinentes, o que implica dizer que, conforme o caso, aplicar-se-ão as regras previstas no código de Processo Civil ou Código de Processo Penal. Ambos os diplomas são subordinados à Constituição Federal, e não prevêem a existência de processo sem garantia do devido processo legal.

Conforme o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

As medidas aplicadas por meio dos chamados “procedimentos verificatórios” são efetivadas por meio de processo judicial, posto que dirigidas ao juiz. Deste modo, não poderão prescindir, conforme determina o dispositivo citado, das garantias constitucionais do devido processo legal, devendo, portanto, existir contraditório, permitindo-se a ampla defesa.

Ainda que se alegasse serem tais “procedimentos” verdadeiros **processos** administrativos, posto que dirigidos à aplicação de medidas administrativas, o devido processo legal deveria ser assegurado, pois tal direito fundamental é assegurado pela constituição também em processos administrativos ¹⁹⁸.

3.1 Da utilização da prova obtida no procedimento verificatório em processos judiciais de destituição do poder familiar – impossibilidade

O ECA, na medida em que protege os direitos das crianças e adolescentes, protege fundamentalmente a família, prevendo uma séria de medidas aplicáveis para a manutenção dos vínculos familiares naturais.

Neste sentido, ressalta-se a perniciosidade dos procedimentos verificatórios que, usurpando função administrativa dos Conselhos Tutelares, não aplicam as medidas previstas na lei para o fortalecimento e manutenção dos vínculos, partindo diretamente para a medida restritiva de direitos (abrigamento), em afronta direta aos princípios do ECA e da Constituição Federal, que prevêem como princípio dos direitos da criança e adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, priorizando a manutenção dos vínculos familiares de origem.

¹⁹⁸ “Quaisquer providências em favor de crianças e adolescente devem ser providas através de procedimento próprio e não por meio de infundável “acompanhamento”, sem forma ou figura de juízo. Desse modo, ou os menores necessitam de correção ou proteção efetiva, através de algumas providências preconizadas na lei de regência, ou a situação é regular, sendo inaplicável o Estatuto. Na primeira hipótese, há o MP de ingressar com a medida judicial tendente à solução da questão, até porque mero acompanhamento da situação de crianças e adolescente independe de providências judiciais, considerando as prerrogativas que o artigo 201 do Estatuto lhe atribuiu. Nesse sentido acórdão desta E. Câmara Especial, no AI 19.236-0”. (TJSP – C. Esp. – Ap. 23.547-0 – Rel. Yussef Said Cahali – j. 25-5-95).

“Se o juiz não pode abrigar o autor de ato infracional, é mais uma prova de que o Poder Judiciário somente pode lançar mão dessa providência em sede de processo contencioso, em uma *"intervenção de caráter constitutivo"*, que pressuponha o rompimento de vínculos familiares (interpretação analógica do art. 157 e do art. 101, § único). Portanto, o juiz não apenas deixou de ser incumbido da *"intervenção injuntiva"* (de proteção especial), como também ficou claramente proibido de fazê-la diretamente, diante do risco ponderável de retorno às práticas totalitárias do Código de Menores”.¹⁹⁹

Para chegar a tal medida deve o Conselho, preliminarmente, aplicar as demais medidas previstas, como por exemplo, orientação, apoio e acompanhamento temporários (art. 101, II do ECA), encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (art. 129, I e II do ECA) ou, ainda, requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança (art. 136, III, “a”, do ECA).

Segundo o artigo 100 do ECA, na aplicação das medidas deverá a autoridade preferir aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, em uma nítida preferência pela manutenção da família de origem, deixando a colocação em família substituta como medida excepcional, a ser aplicada quando esgotadas as tentativas de manutenção do vínculo e aplicada somente pelo juiz.

“A etapa de manutenção de vínculos é necessária para poder se estabelecer com toda certeza que aquela determinada criança não tem condições de permanecer com a sua família de origem. Somente findo esse trabalho de manutenção de vínculos familiares, e sendo inexitosos, pode-se iniciar o processo de adoção”²⁰⁰

A colocação em família substituta é medida válida, porém, por se tratar de medida grave, a destituição só poderá ser decretada em casos extremamente excepcionais, e após o esgotamento das tentativas de manutenção do vínculo familiar de origem, conforme determinam a Constituição

¹⁹⁹ Tonial, Cleber Augusto, op. Cit.

²⁰⁰ Manutenção de Vínculos, Palestra proferida pelo Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no 1º Seminário Internacional de Adoção e Cidadania, Belém (PA), 24 de maio de 2004, disponível no site WWW.tj.rs.org.br.

Federal e o ECA, bem como as convenções internacionais sobre direitos das crianças e adolescentes.

Neste sentido prescreve o artigo 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança:

1. Os Estados-partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais, contra a vontade dos mesmos, exceto quando, **sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem**, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. **Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo primeiro do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.**

Contudo, nos dias atuais a prática é bem diferente do que preconiza a legislação infanto-juvenil.

Em muitos casos o juiz instaura o procedimento verificatório, diante do recebimento de alguma denúncia. Imediatamente, independente da oitiva das partes interessadas, é determinado o abrigo da criança. A partir daí, são realizados estudos e entrevistas, sem observância do contraditório, embora sob acompanhamento do membro do Ministério Público.

Com a conclusão do procedimento, este é encaminhado ao MP, que inicia a ação de destituição do poder familiar, instruindo seu pedido com cópias do procedimento verificatório, utilizado como prova para fundamentar a liminar de suspensão do poder familiar, bem como, futuramente, sentença de destituição do poder familiar.

Citada a parte e apresentada a defesa, o juiz declara saneado o feito, abrindo a oportunidade para especificação de provas. Contudo, o que se verifica nesta fase processual, é que não se determina a realização de estudos psicossociais, mas apenas a elaboração de laudo conclusivo, tendo por base os estudos efetuados no procedimento.

Ou seja, os estudos realizados no procedimento verificatório, sem devido processo legal, são aproveitados no processo de destituição, e não repetidos, sendo apenas elaborado laudo conclusivo.

Nota-se, portanto, que o procedimento é utilizado como prova emprestada, a qual não poderia ser utilizada para fundamentar a sentença de suspensão ou destituição do poder familiar, pois não respeitou o contraditório.

“A legitimidade da prova emprestada depende da efetividade do princípio do contraditório. A prova pode ser trasladada de um processo a outro desde que as partes do processo para o qual a prova deve ser trasladada tenham participado adequadamente em contraditório do processo em que a prova foi produzida originariamente. Sabe-se que o exercício do poder estatal do processo jurisdicional há de ser legítimo, e a legitimidade do exercício desse poder somente pode ser conferida pela abertura à participação dos contendores. Em outras palavras: se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, sua idéia básica é garantir aos interessados participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão”. (grifo nosso)²⁰¹

Os estudos psicossociais deveriam, obrigatoriamente, ser repetidos em juízo, diante da inobservância do devido processo legal.

“Hoje, substitui-se o regime do “prudente arbítrio do Juiz de Menores” pelo Estado Democrático de Direito, através, sempre, do devido processo legal. A Justiça da Infância e da Juventude – e não mais o Juizado de Menores – dirige-se a todas as crianças e adolescente e suas relações com a comunidade, com a família, com o Estado, com as coisas e com as pessoas, sempre através do devido processo legal, com um olhar e práticas diferentes e adaptadas, mas sempre no estrito limite da lei”.²⁰²

Desta forma, o que se observa é que, muitas vezes, a destituição do poder familiar é decretada tendo como única prova os estudos realizados em fase de procedimento verificatório, sem qualquer repetição da prova em juízo, o que, evidentemente torna a sentença absolutamente nula, em razão da violação dos citados princípios constitucionais.

4. Conclusão

²⁰¹ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz, Curso de Processo civil

²⁰² Arantes, Geraldo Claret de, Manual de Prática Jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente, novembro de 2004), <http://www.juizgeraldoclairet.adv.br/>

Os malfadados procedimentos verificatórios em sede de infância e juventude são instaurados de ofício pelo juiz, ferindo princípio da inércia da jurisdição. O juiz instaura, conduz e aplica medidas restritivas de direitos, não permitindo aos interessados acompanhar o procedimento e apresentar defesa. Na maioria das vezes, nos procedimentos são elaborados estudos psicossociais e realizadas provas, as quais, futuramente, são utilizadas em processos de destituição do poder familiar sem qualquer repetição da prova produzida com desrespeito às citadas garantias constitucionais.

Em sede de processo de destituição, os estudos são aproveitados, e não repetidos, sendo apenas elaborado laudo conclusivo. Nota-se, portanto, que o procedimento é utilizado como prova emprestada, a qual não poderá ser utilizada para fundamentar a sentença de suspensão ou destituição do poder familiar, pois não respeitou o contraditório.

Assim conclui o Promotor de Justiça Marcio Thadeu Silva Marques: “Ante todo o exposto, inegável que há insanáveis vícios em relação à instauração desse procedimento verificatório: 1) A impossibilidade jurídica do pedido, *id est*, da aplicação de medida protetiva pela Vara da Infância, em estando instalado o Conselho Tutelar local, a quem compete, de ordinário, essa atribuição; 2) A ilegitimidade ativa, *in casu*, a não previsão legal de instauração *ex officio* de procedimento, à exceção daquela descrito pelo art. 191 do ECA, de hipótese diversa desta espécie de autos; e, 3) A base legal invocada, o art. 153 do ECA, não se presta ao fim proposto na portaria inaugural.

Mesmo as atividades administrativas desta nova Justiça devem obedecer a regras claras, precisas e previamente conhecidas, com parâmetros definidos em lei, assegurado sempre o devido processo legal, fazendo valer o princípio de isonomia pela norma estatal positivada (art. 5º da CR), assegurando-se-lhes a aplicação do princípio da legalidade, *id est*, o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II da Carta Federal)”.²⁰³

Referências Bibliográficas

ARANTES, Geraldo Claret de, *Manual de Prática Jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente*, novembro de 2004) <http://www.juizgeraldoclalet.adv.br/>, acesso em 12 de maio de 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOPPE, Marcel Esquivel, *Manutenção de Vínculos*, Palestra proferida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no 1º Seminário Internacional de Adoção e Cidadania, Belém (PA), 24 de maio de 2004, disponível no site www.tj.rs.org.br, acesso em 20 de dezembro de 2008.

12. Marcio Thadeu Silva Marques seu estudo intitulado “*Da impossibilidade dos procedimentos judiciais verificatórios de situação de risco onde se tem instalado conselho tutelar*”: Há link para o texto integral in <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/eca0018.htm>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Curso de Processo Civil. V. 2, Processo de Conhecimento*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Marcio Thadeu Silva, “*Da impossibilidade dos procedimentos judiciais verificatórios de situação de risco onde se tem instalado conselho tutelar*”: Há link para o texto integral in <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/eca0018.htm>, acesso em 20 de fevereiro de 2008.

TAVARES, Patrícia Silveira. In: Coord. MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade, *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos práticos e teóricos*, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TONIAL, Cleber Augusto, “*Investigações Judiciais no Direito da Infância e da Juventude: Da exceção ao Desastre*”, acessível na URL http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site, acesso em 04 de março de 2008.

DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marcus Vinicius Ribeiro²⁰⁴

Introdução

O homem deve ser considerado o mais importante de todos os valores protegidos pelo Direito. Aliás, o Direito só existe em função dele e para ele. Dessa concepção é que nasceu a idéia de pessoa: "A pessoa é o valor-fonte de todos os valores".²⁰⁵

Assim sendo, a dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e "certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito".²⁰⁶

1. Direitos Humanos

Direitos humanos é uma expressão vaga e difícil de ser definida. Mais importante que a definição é sua idéia em si, até porque ela geralmente é tautológica ou redundante: "direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem" ou "são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens". Desta forma, o que deve ficar claro é que o homem, enquanto ser humano possui certos direitos que devem ser respeitados e garantidos e ninguém, nem mesmo o Estado - e principalmente ele, que existe para garantir seu bem estar - pode violar. Todos os homens são titulares destes direitos e nem os próprios podem os alienar.²⁰⁷

José Joaquim Gomes Canotilho²⁰⁸ identifica que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são freqüentemente usadas como sinônimas. Mas, segundo sua origem e o respectivo significado, podem ser distinguidas pelo fato dos direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (*dimensão jusnaturalista-universalista*), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, '*jurídico-institucionalmente*' garantidos e limitados '*espaço-temporalmente*'.

²⁰⁴ **Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Defensor Público do Estado de São Paulo, Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito da Pós-graduação da Uniban, Professor de Direito Constitucional e de Direito Processual Penal da graduação e pós-graduação do UniAnchieta, de Direitos Humanos da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e de Direito Constitucional do CAES .**

²⁰⁵ Cf. Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, p. 211.

²⁰⁶ Ingo Wolfgang SARLET, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 27.

²⁰⁷ Norberto BOBBIO, *A era dos Direitos*, p. 17.

²⁰⁸ *Direito constitucional*, 1993, p. 517.

Destarte, direitos humanos e direitos fundamentais se referem à mesma gama de direitos, sendo que os primeiros estão mais ligados a um aspecto filosófico e de direito natural, enquanto os derradeiros à previsão constitucional dos mesmos.

René Cassin²⁰⁹ definiu a ciência dos direitos humanos como um ramo particular das ciências sociais, que tem por objetivo estudar as relações entre os homens em função da dignidade humana, determinando os direitos e faculdades necessários para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Por seu turno, Jorge Miranda²¹⁰ entende por direitos fundamentais, “os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”.

O fundamento para a existência dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) está, justamente, nesta historicidade, vez que seu reconhecimento não se deu através de doutrinas ou teorias, mas com conquistas sociais que se afirmaram através de lutas e revoluções, no decorrer dos tempos, promovidas por diversas gerações de oprimidos e excluídos e, a cada momento, foi se reivindicando proteção de níveis mínimos de igualdade, democracia e existência digna, como condição para a sobrevivência pacífica.

Parte da doutrina divide os direitos humanos em fases. Em um primeiro momento, surgiram os chamados *direitos humanos de primeira geração*, ligados à idéia das liberdades do indivíduo, ou seja, a possibilidade deste viver sem interferência dos detentores do Poder estatal. O Estado tinha uma obrigação meramente negativa, ou seja, não poderia interferir na vida pessoal do indivíduo para impedir que este fosse atingido em seus direitos mais elementares como o direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade de expressão, à dignidade, etc.

Posteriormente, foi percebido que não bastava evitar que o Estado ofendesse as liberdades do indivíduo, este deveria agir proporcionar níveis mínimos de subsistência digna e evitar que as pessoas se ofendessem umas às outras. Surgiram, então, os chamados *direitos humanos de segunda geração*, que contemplam uma conduta positiva por parte do Estado. Assim, passou-se a exigir ação do Poder Público. São estes os chamados direitos sociais, protegidos por um Estado que se convencionou chamar de “Estado de Bem-estar” - (*Welfare State*).

Por seu turno, os *direitos humanos de terceira geração* contemplam a proteção dos chamados interesses difusos ou coletivos, ou seja, não visam proteger um indivíduo isoladamente, mas uma coletividade de indivíduos postos na mesma situação. São direitos desta espécie: o direito de viver em um ambiente não poluído, de respeito ao patrimônio histórico e cultural, garantias ao consumidor, etc. Esta modalidade de proteção se deu, pois a proteção isolada do indivíduo passou a não ser mais suficiente, sendo que determinados feitos ofendem certa quantidade de pessoas, determinável ou indeterminável, postas na mesma situação jurídica e a proteção individual já não bastava.

Cogita-se em uma quarta modalidade de direitos humanos que estaria ligada à idéia de manipulação do patrimônio genético do indivíduo, à bioética e ao biodireito, devido aos efeitos, cada vez mais traumáticos, da pesquisa biológica com produção de alimentos transgênicos, manipulação de embriões ou genes humanos que possam ser usados indevidamente, etc.²¹¹

209 Apud Germán J. Bidard CAMPOS, *Teoria general de los derechos humanos*, p. 53.

210 *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, p. 07.

211 Cf. Norberto BOBBIO, *A era dos Direitos*, p. 6.

É preciso ressaltar, entretanto, que as matrizes dos direitos humanos foram construídas por uma classe dominante. Vale dizer: segundo a ética do homem (ser masculino) branco, cristão, ocidental e proprietário. Assim, é possível afirmar que os direitos humanos são direitos burgueses e que acabam por justificar e perpetuar o modelo de Estado liberal burguês. Até mesmo os direitos sociais são direitos compensatórios para manter a dominação da grande massa.

De qualquer forma, em qualquer modelo de Estado, estas necessidades dos seres humanos devem ser respeitadas. É certo que a humanidade partilha de alguns valores comuns que devem ser garantidos. Mas, outros, variam de lugar para lugar e de tempos em tempos. Com efeito, a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem são ideais a se perseguir em qualquer local ou em qualquer época. Outros mudam de culturas a culturas e de tempos em tempo. E mais, mesmo o que se entende por tais direitos pode mudar conforme o entendimento de cada um.

A idéia de que o homem nasce livre e igual em dignidade e direitos é básica para a proteção dos direitos humanos, mas a proteção efetiva somente se dará com a respectiva previsão legal. Uma coisa é o direito que se tem, outra é o que se gostaria de ter. Para saber qual o direito que se tem deve ser examinado o ordenamento jurídico (direito positivo), mas para saber o direito que se gostaria de ter e buscar razões para futuras consagrações o direito natural é imprescindível.

Marcelo Neves afirma que *“os direitos humanos têm muito pouco a ver com o consenso ou condições discursivas ideais para a busca do consenso. Ao contrário, a idéia de direitos humanos emerge no contexto do dissenso estrutural que advém com o surgimento da sociedade moderna, dissenso este (insisto) tanto à integração sistêmica conflituosa entre as esferas de comunicação com pretensão de autonomia e à heterogeneidade de jogos de linguagem, quanto à divergência de valores, expectativas e interesses das pessoas e grupos”*.²¹²

2. Direitos humanos das crianças e adolescentes

As crianças e os adolescentes possuem os mesmos direitos humanos que uma pessoa adulta tais como: o direito à vida, à liberdade, à segurança, à intimidade, à educação, à saúde, ao lazer, à alimentação etc. Porém, tais direitos devem ser garantidos com absoluta prioridade. Diego Vale de Medeiros²¹³ afirma que os direitos da população infanto-juvenil devem ser assegurados com preferência sobre quaisquer outros. A garantia de prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.

A Constituição Federal, no art. 7º, XXXIII, proíbe o trabalho de menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, considera criança a pessoa com até 12 anos incompletos e, adolescente aquela entre 12 e 18 anos. O estatuto é regido por uma série de princípios entre eles: da prevenção geral, da prevenção especial, do atendimento integral, da garantia prioritária, da proteção estatal, da prevalência dos interesses da criança e do

²¹² Ob. Cit. P. 514.

²¹³ A instrumentalização do princípio da prioridade absoluta das crianças e adolescentes nas ações institucionais da Defensoria Pública, Tese publicada no VII Congresso Nacional dos Defensores Públicos, p. 63.

adolescente, da indisponibilidade dos interesses da criança e do adolescente, da escolarização fundamental e profissionalização, da reeducação e reintegração, da sigilosidade, da respeitabilidade, da gratuidade, do contraditório, do compromisso etc.

Infrações cometidas por crianças e adolescentes devem ser vistas de maneira diversa que uma de um adulto. Isto porque, sua condição de pessoa ainda em desenvolvimento e a natureza protetiva da legislação exigem tratamento diferenciado.

Sobre o contexto peculiar do adolescente, Flávio Américo Frasseto, em artigo publicado na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul e disponível na *internet*, afirma:

“A adolescência demarca uma etapa da vida de início e término variável na qual se opera a transição da infância para o mundo adulto. Transformações biológicas e psicológicas velozes dão-se em meio a intensas demandas de ajustamento às expectativas sociais mais diversas, gerando inevitável tensão. A produção hormonal conduz ao crescimento acelerado do corpo e à maturação sexual, com notáveis repercussões psicológicas, inclusive na própria sensação de auto-consistência. Todas estas mudanças – e o mundo em geral – passam a ser percebidas de maneira distinta, dada a emergência do pensamento formal abstrato. A sexualidade, na fase genital, com redefinição de objetos do desejo, é fator de angústia e culpa. E é com esta configuração pessoal e por causa dela que o jovem tem de dar conta de uma série de exigências sociais como a integração grupal, o ajustamento heterossexual e a escolha profissional, imergindo no que se costuma chamar de crise de identidade. De outro lado, a adolescência é marcada por um natural questionamento da autoridade parental. Na infância, o indivíduo desenvolve-se tendo como referência de identificação os pais, dos quais depende integralmente. Todavia, o processo de construção de sua própria identidade vai implicar enfraquecimento e ruptura desta dependência estrita, com a focalização dos interesses cada vez mais para fora da família, num fenômeno que os psicanalistas chamam de polarização²¹⁴. Daí derivarão, quase inevitavelmente, experiências de conflitos com os pais, a atitude generalizada de contestação, tendência grupal e, possivelmente, o uso de drogas. Dificuldades parentais no controle dos filhos e relações de antagonismo entre jovem e responsável, deste modo, são acontecimentos naturais nesta fase. Cada família tem seu modo peculiar de enfrentar o problema. De outro lado, a atitude generaliza de rebeldia, o hábito de questionar a ordem vigente, de sintonizar-se com estilos de vida alternativos, também não sugere qualquer “desvio” por parte do jovem.

Diz Luis Carlos Osório que “sem rebeldia e sem contestação não há adolescência normal. Em todas as épocas e em todas as atitudes o adolescente sempre foi um contestador, um buscador de novas identidades, testando diferentes formas de relacionar-se e ensaiando novas posturas éticas. É preciso que se lembre que as grandes

²¹⁴ Cf. Daniel Becker, *O Que é Adolescência*, São Paulo, Brasiliense, 1986, p. 38.

*conquistas do espírito humano foram geralmente produto desta fase tão conturbada quanto criativa*²¹⁵.

A influenciabilidade pelo grupo também revela-se traço comum a todo adolescente. A dependência dos pais vai ser canalizada para seu grupo de pares, como etapa de transição para a individualidade madura. Neste contexto, dependente do grupo, o jovem amiúde não tem liberdade e independência para opor-se a ações coletivas que nem sempre aprova intimamente. Acaba consentindo para não perder a aprovação alheia, algo que naquele momento mostra-se como condição de sobrevivência psíquica e afirmação no mundo.

A tendência à rebeldia, a necessidade de refúgio contra as tensões vividas, a influenciabilidade grupal e a submissão à moda, o gosto pela transgressão, a curiosidade por novas experiências, entre outras infinitas causas tornam também o adolescente susceptível ao uso de drogas. Apenas uma pequena porcentagem dos que experimentam desenvolvem hábitos de dependência. O contato com drogas lícitas ou ilícitas é dado que pouco informa sobre o jovem, importando mais o padrão em que se processa o consumo”.

Assim sendo, o art. 228 da Constituição Federal prevê que o menor de 18 anos é penalmente inimputável e o ato infracional cometido por crianças estarão sujeitos apenas às medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA (encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, orientação, apoio e acompanhamento temporários, matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental, inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente, requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, inclusão em programa oficial comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, abrigo em entidade e colocação em família substituta), e o praticado por adolescente às medidas sócio-educativas do art. 112 do mesmo Estatuto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, ou uma medida protetiva).

O tratamento diferenciado dado à criança e ao adolescente pela legislação penal deve ser considerada cláusula pétrea da Constituição Federal. Isto porque trata-se de direito e garantia individual e, até mesmo, pela proibição de retrocesso qualquer tentativa de tratar o adolescente como um adulto deveria ser prontamente rechaçada. Não obstante, cotidianamente, somos surpreendidos com iniciativas buscando a redução da maioridade penal. Atualmente existe no Congresso Nacional ante-projeto neste sentido que, inclusive, já foi aprovado em comissões do

²¹⁵ *In: Adolescente Hoje, Porto Alegre, Artes Médicas, 1992, p. 56.*

Senado. Espera-se o bom senso de nossos parlamentares, do Executivo e do Judiciário ao tratar tal questão.

Referencias Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª e., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª e., Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

COSTA, José Manuel M Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.
- FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.
- FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- FONSECA, Paulo Henriques da. A decisão Judicial e a inclusão jurídica, art. disp. em 04/11/08 na pág. http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_paulo_da_fonseca.pdf
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- JEANNEAU, Benoit, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Dalloz, 1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução José Lamego. 3ª e., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução para o espanhol Alfredo G. Anabitarte, 2ª e., Barcelona: Ariel, 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT,
- MATHIEU, Bertrand. Reflexões sobre o papel dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica constitucional. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos e cidadania: uma concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988 "in" *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, jan/dez 2001.
- MEDEIROS, Diego Vale de. A instrumentalização do princípio da prioridade absoluta das crianças e adolescentes nas ações institucionais da Defensoria Pública, Tese publicada no VII Congresso Nacional dos Defensores Públicos – pags. 63/68.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *In: Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª e., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. *Direitos humanos e fundamentais*, 2. Edição, Campinas: Russell, 2009.

_____. *Crimes de Imprensa*, São Paulo: BH, 2006.

_____. O acesso à justiça penal no Estado Democrático de Direito. *In: Revista Direito Escrito*, n. 1, jul/dez, 2002. _____ & BOTELHO, Julio César. (orgs.). *Temas Relevantes do Direito*, v. 2, São Paulo: Lúmem, 2002.

ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*, 2ª. Edição, São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª e., São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal*, tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: RT, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR. Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª e., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In:*

Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

WEBER, Albrecht. Estado social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha. *In:* BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* São Paulo: Dialética, 1999

WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais.* Lisboa: Edições 79, 1997.

PENHORABILIDADE DE ÚNICO IMÓVEL DO DEVEDOR EM VIRTUDE DE DÍVIDA CONDOMINIAL *VERSUS* PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mario Fagundes Filho
Defensor Público do Estado de São Paulo,
Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense, Graduado
em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

A Lei 8.009/90 criou a impenhorabilidade do imóvel de residência, dispondo que tal bem não responderá por dívidas de qualquer natureza, ressalvados os casos previstos na própria lei (que se encontram no art. 3º do referido diploma legal).

O art. 3º, IV, da Lei 8.009/90 garante a penhorabilidade do imóvel residencial no caso de “cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”.

Há entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário no sentido de que a cobrança de cotas condominiais estaria incluída em “contribuições devidas em função do imóvel familiar”.

Refuta-se tal entendimento, considerando-se que as *contribuições* mencionadas naquele dispositivo são somente aquelas de natureza tributária, conclusão a que se chega mediante uma interpretação restritiva da norma em questão. E é certo que normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente. Assim, incabível seria a penhora do único imóvel residencial, mesmo em se tratando de dívida em função de cotas condominiais.

Conforme ensinamento do Prof. Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “a Lei 8.009/90 incorporou ao direito legislado avanço na busca da utópica vida em abundância para todos. O legislador, ao trazer ao sistema legal a impossibilidade de penhora sobre bens que garantam a dignidade do devedor e de sua família, cumpriu sua obrigação constitucional e o compromisso com aquilo que se reputa direito”.²¹⁶

Mesmo que se entendesse de forma contrária, acredita-se que deveria ser negada aplicabilidade à exceção esculpida no art. 3º, IV, da Lei 8.009/90, quando no imóvel residir criança ou adolescente membro da família do devedor.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 227, *caput*, consagrou o princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente, ao estatuir que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O mencionado dispositivo relaciona-se intimamente com a dignidade e com os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. A mesma Carta Magna de 1988 erigiu o princípio da dignidade humana à condição de princípio político-constitucional, o que significa que o mesmo

²¹⁶ AMILTON BUENO DE CARVALHO. *Direito Alternativo em Movimento*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 46.

tornou-se paradigma a influenciar todo o ordenamento e todas as relações jurídicas levadas a efeito no país.

A dignidade da pessoa humana trata-se de um atributo inerente a todas as pessoas, em torno do qual gravitam todos os direitos humanos (previstos expressamente em lei ou não), na esteira da concepção consagrada por Immanuel Kant de que toda pessoa representa um fim em si mesma.

E a melhor idéia sobre o sentido de dignidade da pessoa humana provém realmente da obra do festejado filósofo prussiano²¹⁷:

“Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

(Tradução livre do original: “Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent gestattet, das hat eine Würde”.)

Definição simples, porém crucial, é a de Gustavo Tepedino²¹⁸, catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que afirma que a dignidade humana nada mais é que o direito que cada um possui de atingir a felicidade.

Assim, pode-se dizer que violações a direitos fundamentais de um indivíduo representariam desrespeito à sua dignidade. Em virtude do mencionado princípio da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes, dimensão ainda maior tomam violações a direitos fundamentais de menores, entre os quais se destaca o direito à moradia digna, consagrado no art. 6º. da Constituição de 1988 como direito social a ser protegido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente funciona no ordenamento jurídico brasileiro como verdadeiro braço armado da Carta Magna de 1988, impondo à sociedade o respeito à dignidade dos menores de 18 anos de idade, mediante a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA).

E o ECA (Lei 8.069/1990) expressamente visa a resguardar a dignidade dos menores de 18 anos, em função de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Para tanto, estatui, em seu art. 3º que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata aquela lei, sendo-lhes assegurado, por lei ou por outros meios, 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”.

²¹⁷ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Edição crítica de Felix Meiner Verlag. Hamburg: 1994.

²¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O art. 4º daquele diploma legal, não bastasse a natureza esclarecedora do dispositivo acima mencionado, ainda dispõe que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Tais princípios são ainda expostos no art. 18 do diploma menorista, que estabelece que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

A mesma proteção também é encontrada no direito internacional, o que se vislumbra pela leitura do art. 3º, 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24/09/1990, aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14/09/1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21/11/1990:

Art. 3º.1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social, públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

A preocupação com crianças e adolescentes é pertinente, pois os mesmos representam, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE²¹⁹, 33% da população brasileira, ou seja, 60 milhões de pessoas.

Ademais, atividades acadêmicas demonstram que o crescimento e desenvolvimento de crianças dependem de fatores intrínsecos, que são relacionados à herança genética, e extrínsecos, relacionados ao meio ambiente²²⁰.

Os doutrinadores Nery Jr. e Machado²²¹ observam que, por não terem as crianças e adolescentes o desenvolvimento pleno de sua potencialidade, característica inerente à condição de seres humanos ainda em processo de formação sob todos os aspectos (tanto físico quanto psicológico), devem ser protegidos até que atinjam seu desenvolvimento pleno.

Portanto, qualquer decisão no sentido de autorizar a penhora do bem onde reside criança ou adolescente iria de encontro a todas as normas protetivas constantes da Constituição da República, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que haveria violação ao seu direito de moradia digna, o que poderia lhe causar traumas para o resto da vida.

²¹⁹ IBGE. Síntese de Indicadores Sociais 2005. Rio de Janeiro 2006. 330 p. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/>

²²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde da Criança. Acompanhamento do crescimento de Atenção Básica. (Cadernos de Atenção Básica) n. 11, Brasília – DF, 2002.

²²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. *O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da constituição federal: princípio da especialidade e direito intertemporal*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.3, n.12, p. 17, out./dez. 2002.

Para o festejado psicanalista inglês Donald Woods Winnicott²²², a base da saúde mental adulta é constituída ao longo da infância e da adolescência, considerando que um lar, por mais simples que seja, é mais importante para o sujeito do que qualquer outro local, devendo haver o cuidado de jamais se interferir em um lar que esteja funcionando.

Ainda segundo o notável psicanalista inglês, a possibilidade de sentir-se pertencente à segurança de um lar é condição fundamental para o saudável desenvolvimento da personalidade de uma criança ou adolescente.

Santos²²³ traz uma definição importante para o termo *lugar*. Segundo ele, uma experiência “antes de ser uma experiência espacial, é uma experiência em que o indivíduo sente que existe na subjetividade do outro. Ter um lugar é existir no meio ambiente humano”. Assim, vê-se o quanto ter um lugar, sentir-se acolhido em um ambiente físico, é, não apenas importante, mas fundamental. De fato, o acolhimento tem uma função muito mais ampla e significativa do que normalmente se percebe.

Para Winnicott, dois aspectos relacionados à estabilidade de um ambiente são fundamentais para que uma criança ou adolescente possa se sentir pertencente a ele e ter um desenvolvimento mental adequado: a estabilidade gerada pela continuidade da permanência do sujeito no ambiente e a estabilidade do ambiente enquanto lugar continente.

O que aqui se quer afirmar é que, em se tratando de imóvel residencial em que reside menor de 18 anos, que não é responsável pela dívida dos pais ou responsável, mesmo no caso de cobrança fundada em dívida condominial, haveria impenhorabilidade. Estamos diante de uma “exceção da exceção”.

Não se pretende aqui jogar na inutilidade o art. 3º da Lei 8.009/90. Pelo contrário, o que se quer é compatibilizar a Lei 8.009/90 com a Constituição de 1988 e com a Lei 8.069/90, vez que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática.

Em suma, não se pode colocar em risco a dignidade de uma criança ou de um adolescente, jogando-o na sarjeta, em troca de uma dívida pecuniária. Qualquer entendimento em contrário significaria um vilipêndio às normas de direitos fundamentais da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mostra-se necessária uma ponderação de direitos, na linha do que preconizado por ilustres pensadores como Ronald Dworkin e Robert Alexy: direito de crédito do condomínio “versus” direito fundamental de moradia digna de uma criança. Não há dúvidas de que este deve prevalecer.

Logo, conclui-se que, em ações movidas por condomínios visando a cobrar cotas condominiais ou outras despesas afetas ao imóvel, na fase de execução não deve o Juízo determinar a constrição do bem, caso nele resida criança ou adolescente familiar do devedor.

Caso contrário, estar-se-ia privilegiando direito patrimonial de crédito em detrimento de direitos fundamentais de criança ou adolescente, o que significaria vilipêndio ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e um imenso retrocesso jurídico, no sentido de que o

²²² WINNICOTT, D. W. *O ambiente e os processos de maturação*: estudos sobre a teoria do desenvolvimento emocional. Tradutor Irineo Constantino Schuch Ortis. Porto Alegre: Artes Médicas, 1983. 268p. Título original: *The Maturational Processes and the Facilitating Environment*.

²²³ SANTOS, M. M. S. *As angústias impensáveis e o manejo técnico na clínica* – um estudo de caso. In: OUTEIRAL, J. (org.). *Winnicott: seminários brasileiros*. Porto Alegre: Revinter, 2004. cap. 52, p. 420 – 428.

Direito deve ser encarado, sob um viés democrático, como ferramenta na busca de vida abundante para todos.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde da Criança. Acompanhamento do crescimento de Atenção Básica. (Cadernos de Atenção Básica) n. 11, Brasília – DF, 2002.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Direito Alternativo em Movimento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

IBGE. Síntese de Indicadores Sociais 2005. Rio de Janeiro: 2006. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/>

KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Edição crítica de Felix Meiner Verlag. Hamburg: 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da **criança** e do **adolescente** e o novo código civil à luz da constituição federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. Revista de Direito Privado. São Paulo: v.3, n.12, p. 17, out./dez. 2002.

SANTOS, M. M. S. As angústias impensáveis e o manejo técnico na clínica – um estudo de caso. In: OUTEIRAL, J. (org.). Winnicott: seminários brasileiros. Porto Alegre: Revinter, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WINNICOT, D. W. O ambiente e os processos de maturação: estudos sobre a teoria do desenvolvimento emocional. Tradutor Irineo Constantino Schuch Ortis. Porto Alegre: Artes Médicas, 1983. Título original: The Maturation Processes and the Facilitating Environment.

SANTOS, M. M. S. As angústias impensáveis e o manejo técnico na clínica – um estudo de caso. In: OUTEIRAL, J. (org.). Winnicott: seminários brasileiros. Porto Alegre: Revinter, 2004.

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E POBREZA

Simone de Oliveira Domingues Ladeira
Defensora Pública do Estado de São Paulo

Considerações iniciais

Crianças²²⁴ subnutridas, brincando em locais próximos a esgotos a céu aberto, morando em barracos de um único cômodo com toda a família, sem vagas em instituições de ensino onde os pais possam deixá-las durante suas jornadas de trabalho: esta é uma enunciação de parte da realidade de milhares de pequenos brasileiros. Houve violação de direitos? Sim. A questão mais difícil de ser respondida é a quem atribuir essa responsabilidade.

A pobreza é o cenário de fundo de inúmeras ações judiciais instauradas para a proteção de direitos de crianças, que resultam na destituição do poder familiar. Mas raramente esta realidade é considerada nas decisões que são tomadas em nome do “melhor interesse da criança”. Via de regra, são os pais biológicos os responsabilizados pela situação.

Ocorre que tanto os pais como seus filhos padecem por força da sua miserável situação de vida. Ao invés de receberem auxílio, o Estado-juiz condena os pais, e determina o rompimento dos vínculos familiares para colocação da criança em abrigos ou em família substituta.

O presente trabalho tem como propósito apresentar o modo como o Estado tem enfrentado tais situações, sob o aspecto legislativo e judicial, e pretende demonstrar a inconstitucionalidade de diversos julgamentos acerca da questão.

Infância e Juventude na Constituição de 1988

Ao longo do século XX, a evolução da legislação brasileira sobre infância e juventude demonstra de maneira clara a mudança de enfoque sobre o tema.

Em 1927, uma primeira codificação de leis esparsas resultou em um texto normativo que tratava do menor abandonado e delinqüente. Tratava-se do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

O momento histórico de elaboração daquela legislação foi o início da industrialização do país, com a migração da população da zona rural para as cidades, evidenciando para a sociedade a situação de miséria de crianças que circulavam pelas ruas, sem educação e assistência básica.

²²⁴ A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 entende como criança todo ser humano menor de dezoito anos de idade. Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro utilize o termo “criança” apenas para pessoas com até doze anos incompletos, e “adolescentes” para aquelas entre doze e dezoito anos (art. 2º da Lei 8.069/90), neste texto, a expressão “criança” será utilizada para abranger pessoas de até dezoito anos.

Nos termos legais da época, eram considerados abandonados os menores de 18 anos cujos pais, mães ou encarregados de sua guarda fossem reconhecidamente impossibilitados ou incapazes de “cumprir os deveres para com o filho”²²⁵; ou aqueles que se encontrassem em estado habitual de mendicidade²²⁶; ainda, os menores que, por “negligência dos pais”, estivessem privados habitualmente dos alimentos ou cuidados indispensáveis à saúde²²⁷.

Um ponto a destacar daquela legislação era a previsão de que, se menores de 18 anos fossem encontrados mendigando, seriam eles apreendidos, apresentados à autoridade judicial, que poderia interná-los, até a maioridade, em escola de preservação²²⁸.

Os pais eram responsabilizados pela impossibilidade de proverem o sustento dos filhos, recebendo como pena a destituição do então chamado “pátrio poder” (hoje, “poder familiar”).

Essa primeira legislação foi substituída pelo Código de Menores de 1979, que manteve a ênfase na responsabilização dos pais pela falta de condições de sustentarem os filhos.

Na mesma linha, o Código de Menores de 1979 classificava como “situação irregular” a manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis de prover as condições essenciais à subsistência, saúde e instrução obrigatória do menor²²⁹.

Eis que surge a Constituição Federal de 1988, substituindo por completo aquele antigo panorama, para estabelecer uma nova tábua axiológica.

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como o valor maior da sociedade, sendo fundamento da República Federativa do Brasil.²³⁰

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização social, a redução das desigualdades sociais foram constituídas como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inseridos em sua Lei Maior como metas determinantes para toda a sociedade, incluindo os seus dirigentes e toda a organização estatal.²³¹

A fim de cumprir os seus objetivos e seguir o princípio de respeito absoluto à dignidade humana, a Constituição Federal reconhece direitos fundamentais, ou seja, situações jurídicas, objetivas ou subjetiva, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. “No qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.”²³² Em outras palavras, os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos e positivados em um ordenamento jurídico.

Ao lado da previsão geral de direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana, a Constituição Federal preocupa-se com a especial condição de desenvolvimento das crianças.

Em seu artigo 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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.

²²⁵ Artigo 26, III, do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927

²²⁶ Artigo 26, V, do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927

²²⁷ Artigo 26, VII, b, do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927

²²⁸ Artigo 61, do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927

²²⁹ Artigo 2º, I, b, da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

²³⁰ Artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988

²³¹ Artigo 3º, I e III, da Constituição Federal de 1988

²³² SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª ed. rev. e atual., Malheiros, São Paulo, 2005, pp. 178-179.

Como núcleo e base da sociedade, a família continua sendo considerada melhor lugar para o desenvolvimento da pessoa humana.

Bander B. SAWAIA demonstra que a principal força que explica a permanência da família na história da humanidade é o valor afeto. A família é o único grupo que promove a sobrevivência biológica e humana. Diz ainda a professora do Curso de Psicologia Social da PUC-SP que, de acordo com uma pesquisa realizada pela UNICEF em 2002, com parcela representativa da população jovem de diferentes condições sociais indica que 95% percebem a família como a mais importante das instituições; 70% declararam que a convivência familiar é motivo de alegria.²³³

A função da família na proteção e respeito à dignidade humana de seus membros se deve ao fato de ser ela o *“locus nascendi* das histórias pessoais, é a instância predominantemente responsável pela sobrevivência de seus componentes; lugar de pertencimento, de questionamentos; instituição responsável pela socialização, pela introjeção de valores e pela formação de identidade; espaço privado que se relaciona com o espaço público.”²³⁴

Nota-se que a Constituição coloca a família ao lado da sociedade e do Estado, no dever de assegurar prioritariamente os direitos daquelas pessoas humanas em fase de desenvolvimento, significando a responsabilidade comum e solidária no desempenho dessa tarefa fundamental.

Essa é uma mudança significativa no tratamento da infância e juventude, visto que, anteriormente, a família era a única instituição responsável por assegurar os direitos de seus filhos.

Com efeito, a atribuição de co-responsabilidades é reflexo do princípio da solidariedade. Nas palavras de Fábio Konder COMPARATO, “a solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social.” Diz ainda o referido jurista: “O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana.”²³⁵

A convivência familiar é reconhecida como direito fundamental da criança e do adolescente, sendo dever não somente da família, mas também da sociedade e do Estado assegurar aos seres humanos em sua fase de desenvolvimento, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, ao respeito, à dignidade.

Para a efetivação de seus princípios fundamentais de construção de uma sociedade justa e solidária, pautada pelo valor central da dignidade humana, a Constituição criou instrumentos para alcançar os seus propósitos. A família recebe especial proteção do Estado²³⁶, sendo assegurada assistência social a quem dela necessitar, tendo como objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo a crianças carentes²³⁷.

Tradicionalmente, o direito estabelece que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores²³⁸. Seguindo as diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, logo em seguida àquela primeira regra, dispôs que a falta ou carência de recursos

²³³ *Família e afetividade: a configuração de uma práxis ético-política, perigos e oportunidades*, in, ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amalia Faller (orgs.), *Família Redes, Laços e Políticas Públicas*, 4ª ed., Cortez Editora, São Paulo, 2008, pp. 42-43

²³⁴ LOSACCO, Silvia, *O jovem e o contexto familiar*, in, ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amalia Faller (orgs.), *Família Redes, Laços e Políticas Públicas*, 4ª ed., Cortez Editora, São Paulo, 2008, p. 64

²³⁵ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed. rev. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 64.

²³⁶ Artigo 226, da Constituição Federal de 1988

²³⁷ Artigo 203, I e II, da Constituição Federal de 1988

²³⁸ Artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, sendo obrigatória a inclusão da família em programa de auxílio²³⁹.

Como visto, o ordenamento jurídico não nega a realidade social do país. Ao contrário, assumindo-a, determina normativamente que o objetivo da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Sendo parte essencial da pessoa humana, seus vínculos afetivos independem das condições materiais da família. O afastamento compulsório entre pais e filhos, desconsiderando os sentimentos envolvidos naquela relação afetiva, é um tratamento que afronta o respeito absoluto à dignidade das pessoas envolvidas, que passam a serem tratadas como objetos, e não como sujeitos de direitos.

Com efeito, como explica Cenise Monte VICENTE, professora do Departamento de Psicologia e Educação da Universidade de São Paulo, a criança nasce em uma comunidade. Sua história inicia-se dentro da história de sua família, de sua comunidade, de sua nação. O ser humano, ao nascer, por sua falta de autonomia, vincula-se, apegando-se, ao ser humano adulto que cuida de suas necessidades básicas. Separar pessoas queridas ou romper, temporária ou definitivamente, os vínculos, causa sofrimento.²⁴⁰

Mesmo sendo o seio da família natural o melhor ambiente para o crescimento das crianças, fato é que existem situações que acarretam separação. A Lei 8.069/90 prevê, como medida de proteção, a colocação em família substituta. Porém, tal medida deve ser adotada excepcionalmente²⁴¹

Assim, a integração em família substituta poderá ocorrer somente na impossibilidade de manutenção na família de origem²⁴². Outra medida de proteção que leva à ruptura de laços familiares é a medida de proteção de colocação em abrigo, que deve ser excepcional e provisória.²⁴³

A perda ou suspensão do poder familiar são as mais drásticas das medidas de proteção aos direitos das crianças, seja com integração em família substituta, seja no encaminhamento da criança a um abrigo, pois implica em sofrimento com a separação da família.

Devem ser medidas adotadas quando evidente a responsabilidade e intenção dos pais em abandonar os seus filhos, ou quando não existem laços afetivos entre eles – ficando isso constatado em processo judicial, assegurado a todos os envolvidos o direito à ampla defesa e ao contraditório.²⁴⁴

O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988, seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, é diametralmente oposto ao conferido pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979.

Apesar do novo direcionamento legislativo da matéria, lamentavelmente, ainda são nítidos os resquícios “menoristas” e elitizados no enfrentamento do problema social de violação de direitos

²³⁹ Artigo 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁴⁰ *O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo*, in KALOUSTINA, Sílvio Manoug (org.), *Família Brasileira a base de tudo*, 8ª ed., São Paulo, Cortez Editora; Brasília, UNICEF, 2008, p. 49.

²⁴¹ Artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁴² Artigo 92, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁴³ Artigo 101, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁴⁴ Artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

fundamentais de milhares de crianças brasileiras, principalmente os direitos sociais – tais como direito à alimentação, moradia digna, saúde, educação, lazer.

Diante de uma avançada legislação pátria, em consonância com o sistema internacional de proteção de direitos humanos²⁴⁵, é de se questionar os reais motivos de resistência da sua integral aplicação, para a transformação de uma sociedade desigual direcionada a construir uma nova, livre, justa e solidária.

Sabe-se que, em uma sociedade com tamanha desigualdade social, a classe dominante ocupa as funções de direcionamento do país, resistindo a transformações com seu poder econômico, político, e todas as forças reais da qual são detentoras.

Porém, em toda a história constitucional deste país, nunca uma Constituição conseguiu chegar tão próximo das forças reais de poder da sociedade brasileira²⁴⁶, superando-as ou acomodando-as, sem deixar de expressar no texto constitucional os anseios de toda a sociedade em busca do bem de todos e o respeito absoluto à dignidade humana.

Com força normativa, a Constituição assegura, em seu primeiro título, os direitos fundamentais da pessoa humana, que deve pautar a atividade de todos os membros desta sociedade.

Quando se fala em falta de condições materiais para o sustento de crianças, os pais não podem ser julgados como responsáveis por essa situação, quando demonstram que, apesar dos esforços pessoais, não conseguem encontrar emprego ou, com o trabalho informal, não obtêm o necessário para o sustento de sua família.

Acontece que, como se verá adiante, os pais não têm oportunidade de exercer o direito de toda pessoa à ampla defesa.

Se houvesse oportunidade efetiva para os pais se manifestarem desde o início dos processos em cujo bojo são aplicadas medidas para a retirada dos filhos do convívio com sua família de origem, ficaria muito evidente que a violação de direitos fundamentais da criança, como alimentação, educação, saúde, moradia digna, não foram causadas por omissão da família, mas sim pela omissão da sociedade – marcada pela desigualdade – e do Estado – que não oferece os serviços públicos básicos, como determina a Constituição.

A omissão sistemática da sociedade e do Estado é, muitas vezes, justificada por argumentos falaciosos – formulados entre os membros das classes favorecidas – como, por exemplo, atribuir como causa das dificuldades financeiras das famílias pobres o elevado número de filhos.

²⁴⁵ O artigo 18 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, estabelece o seguinte: “1. Os Estados-partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança. Os pais e, quando for o caso, os representantes legais têm a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica. 2. Para o propósito de garantir e promover os direitos estabelecidos nesta Convenção, os Estados-partes prestarão assistência apropriada aos pais e aos representantes legais no exercício das suas funções de educar a criança e assegurarão o desenvolvimento de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. 3. Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as crianças, cujos pais trabalhem, tenham o direito de beneficiar-se de serviços de assistência social e creches a que fazem jus. (grifou-se)

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de, *História Constitucional do Brasil*, 9ª. ed, Brasília, São Paulo, OAB Editora, 2008, p. 489.

A partir de uma pesquisa de opinião conduzida entre as elites empresariais brasileiras, constatou-se que um quarto dos entrevistados acredita que o controle populacional é a primeira medida a ser adotada para redução da pobreza e da desigualdade no Brasil.²⁴⁷

Porém, estudos científicos contrariam tal posicionamento. Marcelo MEDEIROS, economista e pesquisador do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), afasta a idéia de que controle de natalidade teria efeitos significantes sobre a pobreza no Brasil. Segundo ele, o problema das famílias pobres não está no grande número de filho, vez que, analisando a tendência observada nos últimos 30 anos, a média de fecundidade no Brasil não é muito superior à taxa de países bem mais ricos.²⁴⁸

Mesmo com uma hipotética e absurda restrição de todas as mulheres serem proibidas de ter filhos, estudos econômicos apontam que, ainda assim, a proporção de pobres permaneceria a mesma por uma década.²⁴⁹

Reconhecendo a histórica desigualdade social no Brasil, a Constituição atribui responsabilidade conjunta à família, à sociedade e ao Estado, para assegurar todos os direitos fundamentais das crianças.

Todavia, são nítidas as resistências a qualquer ação efetiva, promovida com recursos coletivos, em busca da co-responsabilização pela situação de pobreza e exclusão social.

Uma crítica muito comum a programas oficiais de auxílio é a suposição de um estímulo à fecundidade, que seria provocado por uma política de transferência de renda.

Marcelo MEDEIROS afirma ser completamente sem fundamento científico tal afirmação, visto que estudos demonstram, na contramão daquela assertiva, que, com renda suficiente, informação e disponibilidade de métodos contraceptivos, as famílias preferem ter um número pequeno de filhos. Dizer, então, que aqueles programas oficiais de auxílio estimularia as famílias a terem filhos ou decorre de ingenuidade ou uma dissimulada proposta de reduzir aqueles custos, excluindo os mais pobres.²⁵⁰

É contundente a conclusão do referido pesquisador: “quando a questão é vista por esta ótica, a pobreza deixa de ser um problema dos filhos dos pobres e passa a ser uma responsabilidade de todos nós.”

A efetivação de direitos sociais como educação, saúde, moradia, assistência aos desamparados, proteção à infância (art. 6º da Constituição Federal) significa, por certo, aplicar recursos em benefício dos desfavorecidos socialmente. E esta é uma das questões mais tormentosas para muitos profissionais do direito, que ainda resistem à possibilidade plena de assegurar judicialmente a efetivação desses direitos.

E nesse ponto, José Reinaldo de Lima LOPES é enfático quanto aos motivos da dificuldade: “em geral, nós todos somos a favor dos pobres, o que nós não somos a favor é de distribuição, ou seja, que uma parte daquilo que nos pertence, conforme o critério usado, deva pertencer a outro. É esse o problema.”²⁵¹

²⁴⁷ Cf. MEDEIROS, Marcelo, *Os filhos dos pobres*, artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, 21 de janeiro de 2004, p. A3.

²⁴⁸ *Os filhos dos pobres* cit. (nota 24, supra).

²⁴⁹ *Os filhos dos pobres* cit. (nota 24, supra).

²⁵⁰ *Os filhos dos pobres* cit. (nota 24, supra).

²⁵¹ Cf. *Da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais*, in *Direitos Humanos – Visões contemporâneas*, Associação Juízes para a Democracia, São Paulo, 2001, p. 94

Acontece que, a despeito dos esforços em contrário, a sociedade brasileira constitui-se, desde 1988, em um Estado democrático de direito. Por expressão do poder soberano do povo, a Constituição Federal definiu quais são os rumos do país. Cumpre a todos, sem exceção, a sua fiel observância.

No Estado democrático de direito, o Poder Judiciário desempenha função da maior relevância, uma vez que tem mecanismos e força suficiente para determinar a estrita aplicação da Constituição, inclusive e principalmente contra os demais poderes do Estado, quando constatada violação às normas constitucionais.

Com a evolução dos modelos estatais, destaque há de ser dado à valorização do jurídico dentro do Estado democrático de direito, o que realça a atuação do Poder Judiciário, como afirma Lenio Luiz STRECK.

Segundo o referido autor, no Estado Liberal, há uma distinção clara entre o político e o econômico, formando-se a figura do Estado ausenteísta, sendo um mero fiscalizador do desenvolvimento do capitalismo. O Estado Social, por sua vez, é caracterizado como aquele que deixa de somente proteger os interesses da classe vitoriosa (burguesa), e passa a intervir nas relações econômicas e sociais da sociedade civil, convertendo-se em um fator decisivo na produção e distribuição de bens. O Estado Democrático de Direito supera a ambos, pois pretende, com liberdade formal e real, transformar a realidade de forma pacífica, para a formação de uma sociedade igualitária e livre. Esta idéia está indissolúvelmente ligada com a realização de direitos fundamentais.²⁵²

Retomando o ponto de partida desta reflexão, há, de fato, uma violação de diversos direitos fundamentais daquelas crianças que pedem esmolas para se alimentarem, trabalham para o sustento da família, não dispõem de vagas em creches, vivem em locais totalmente insalubres. A natureza desses direitos é social. O respeito às normas constitucionais significa o caminho para a transformação da realidade social de forma pacífica, para construção da sociedade justa e solidária pretendida e consignada na Constituição do Brasil.

Entretanto, quando a questão é levada para apreciação do Poder Judiciário, sem dúvida alguma, o caminho mais “simples” é atribuir aos pais a exclusiva responsabilidade pela situação, julgando-os violadores do dever de sustento e de cuidados de seus filhos, com encaminhamento imediato para abrigos. Havendo famílias interessadas em adoção, inicia-se um procedimento de destituição do poder familiar, sopesa-se o “melhor interesse da criança” em permanecer com uma família que lhe ofereça melhores condições materiais de vida e, com uma sentença judicial, rompe-se todo e qualquer vínculo daquela criança com seus pais biológicos. Por este prisma, os interesses superiores da criança seriam atendidos, tão somente, por aquele que demonstrasse melhor capacidade financeira.

Com este método de solução do conflito, não é preciso enfrentar a questão de fundo, causadora primeira de todas as violações de direitos daquela criança: a pobreza.

Deste modo, isenta-se o Estado e a sociedade em sua obrigação de cumprir seu dever constitucional de oferecer proteção à família, por meio de políticas públicas que atendam às necessidades básicas das pessoas, na efetivação de seus direitos fundamentais. Conseqüentemente, afasta-se a preocupação acerca da distribuição dos “escassos” recursos que deveriam ser redirecionados para atender àqueles membros da sociedade mais necessitados.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 8ª ed. revista e atualizada, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, pp. 36-37.

Não é demasiado repetir que a Constituição Federal declara como direitos fundamentais de crianças, 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, a serem assegurados, com absoluta prioridade, pela família, sociedade e Estado.²⁵³

Como se conclui da própria expressão, sendo “fundamentais”, nenhum desses direitos podem ser suprimidos, pois são essenciais para a vida digna de qualquer pessoa humana em desenvolvimento, como são as crianças.

A convivência familiar está declarada constitucionalmente como um direito fundamental da criança e do adolescente. Nenhuma justificativa em nome “do melhor interesse da criança” pode romper os laços afetivos que compõem a base deste direito.

No atual modelo de Estado democrático de direito, nenhuma lesão ou ameaça a direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário²⁵⁴.

Logo, é imperativa a mudança de postura dos magistrados na apreciação das demandas que envolvem violação de direitos fundamentais de crianças, pautando suas decisões sob as diretrizes constitucionais.

Afinal, nas palavras de Dalmo de Abreu DALLARI, é na atuação da magistratura que se realiza a justiça, pois somente um ser humano – e não uma norma abstrata destinada a todas as situações hipoteticamente iguais – pode levar em consideração, no momento da aplicação, os elementos sociais, afetivos, psicológicos, políticos, envolvidos na questão a ser decidida. Portanto, ao lado da legalidade formal, há a material.²⁵⁵

Prática judicial atual e inconstitucionalidades

No exercício da atividade jurisdicional, percebe-se ainda um apego muito forte à visão da solução de conflitos individuais, própria da tradição jurídica positivista, com resistência à adaptação às novas exigências da complexa sociedade moderna.

Para que os conflitos atuais sejam resolvidos de maneira minimamente satisfatória, deve-se levar em conta toda a conjuntura que envolve o problema a ser decidido. Somente assim serão atingidos os fins sociais na aplicação do direito.

Ainda seguindo os ensinamentos de Dalmo DALLARI, “o reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social”.²⁵⁶

²⁵³ Artigo 227, da Constituição Federal de 1988

²⁵⁴ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988

²⁵⁵ *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 97-98

²⁵⁶ Cf. cit. (nota 32, supra), p. 94

Tendo em vista a abrangência e complexidade das questões na área da infância e juventude, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a criação de varas especializadas e exclusivas da infância e juventude²⁵⁷.

Além disso, confere ao Poder Judiciário a atribuição de manter equipe interdisciplinar para assessorar a Justiça da Infância e da Juventude²⁵⁸. A equipe interprofissional tem funções diversificadas, entre elas desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros²⁵⁹. Também são atribuições da equipe fornecer subsídios mediante laudos. Porém, somente esta última tem prevalecido na prática judicial.

Embora dotada de mecanismos para uma atuação diferenciada, seguindo os ditames constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, nota-se que as demandas envolvendo direitos de crianças são resolvidas sem a observância das normas constitucionais, sobretudo no que diz respeito à convivência familiar, envolvendo questões originárias da pobreza das famílias naturais.

Instaura-se um “procedimento verificatório” ante qualquer notícia de possíveis violações de direitos de crianças, que pode ser feita pelo Conselho Tutelar ou qualquer interessado. O expediente segue conduzido pela equipe auxiliar do juízo, que sugere ao julgador medidas a serem adotadas, ou a confirmação de outras já em vigor – como ocorre com as medidas aplicadas diretamente pelo Conselho Tutelar, inclusive com a retirada de crianças de suas famílias, por exemplo, a colocação em abrigo.

A equipe interprofissional, geralmente composta por psicólogos e assistentes sociais, convoca os pais biológicos para “entrevistas”. Estes, sem receberem qualquer informação sobre o direito à assistência jurídica, comparecem perante aqueles profissionais auxiliares do juízo, os quais coletam elementos para a elaboração de laudos.

Considerando, por exemplo, um caso em que conselheiros tutelares aplicaram diretamente uma medida de proteção de colocação em abrigo, feita a comunicação ao juízo, as equipes técnicas iniciam suas averiguações, enquanto a criança permanece em uma instituição por tempo indeterminado, distante de sua família e comunidade. A família de origem não é informada sobre o direito a insurgir-se contra a decisão e apresentar sua versão dos fatos. A criança, por sua vez, não compreende o motivo pelo qual foi retirada de sua casa. O resultado disso é o rompimento dos laços afetivos, que gera grande sofrimento a todos os envolvidos.

Outra situação muito comum é aquela em que os pais, em situação de dificuldade financeira e sem condições para prover o sustento dos filhos, procuram espontaneamente as varas da infância e juventude para solicitar auxílio. Atendidos pelas equipes interprofissionais, sugerida a colocação em abrigo, os pais aceitam, acreditando que a medida é temporária, até que possam se restabelecer.

O ato de “entrega” dos filhos é interpretado muitas vezes como “abandono”, pois, passado certo tempo, e não conseguindo os pais modificar a situação de necessidade que deu ensejo ao pedido de colocação de seus filhos em abrigos, eles próprios se afastam, recaindo sobre eles o peso de uma culpa pela incapacidade de criar os seus filhos.

Todos esses casos são conduzidos “administrativamente” pelas varas da infância e juventude sem que os pais sejam orientados a participar efetivamente daquele processo.

²⁵⁷ Artigo 145, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁵⁸ Artigo 150, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁵⁹ Artigo 151, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

O julgador e o órgão do Ministério Público, que deveriam zelar pela não violação de qualquer direito fundamental, inclusive o da ampla defesa e o da convivência familiar, permitem o seguimento do procedimento verificatório sem a participação da família de origem.

Ora, se há expressa previsão legal de que a carência de recursos financeiros não é motivo suficiente para a suspensão ou perda do poder familiar, estando evidente neste pedido de auxílio dos pais a hipossuficiência de recursos, a conclusão lógica é a de que eles deveriam ser inseridos em programas oficiais de apoio, como previsto no artigo 23 da Lei 8.069/90.

Somente participando formalmente do processo, para a defesa de seus interesses, é que os pais poderiam, com a devida assistência jurídica, ter ciência daquela norma e pedir a sua aplicação pelo juiz, evitando, assim, a violação do direito à convivência familiar.

Mas nada disso é feito. Segue o procedimento verificatório por longo tempo, enquanto a criança permanece em abrigos. Sob julgamento moral e jurídico de “negligência” na criação dos filhos, os pais sentem-se culpados exclusivos pela situação e, muitas vezes, afastam-se desconhecendo os meios para reverter o quadro.

Surgindo oportunidade de colocação da criança em família substituta, inicia-se, então, um processo para destituição do poder familiar, cujo resultado será o rompimento definitivo dos vínculos com a família de origem. Somente neste momento são os pais biológicos citados e advertidos de que devem constituir profissional para a sua defesa naquele processo.

Embora seja um processo novo, diverso do procedimento verificatório, são utilizadas naquele processo todas as provas contra os pais, agora réus. Os elementos colhidos durante as investigações verificatórias, ou seja, os laudos sociais demonstrando as suas precárias condições materiais, e os laudos psicológicos que apontam o despreparo da família de origem para cuidar da criança, são transportados para o outro processo e serão usados como fundamentos para a destituição do poder familiar.

Tudo isso ocorre nos dias de hoje exatamente na forma como era previsto no Código de Menores de 1979 – atualmente revogado.

O Código de Menores preceituava que as medidas nele seriam aplicadas dentro de um procedimento administrativo ou contraditório.²⁶⁰ Não havendo previsão legal de procedimento para a medida a ser adotada, o Código de Menores autorizava o órgão julgador a investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, as providências²⁶¹.

Entre os procedimentos especiais do Código de Menores, um deles era, justamente, aquele destinado à verificação da situação do “menor”. De acordo com o artigo 94 daquela lei, qualquer pessoa poderia – e as autoridades administrativas deveriam – encaminhar à autoridade judiciária o “menor” que estivesse em situação irregular.

Classificava-se como “situação irregular” a manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis de prover as condições essenciais à subsistência, saúde e instrução obrigatória do “menor”.²⁶²

Fazia-se distinção expressa entre um procedimento verificatório simples²⁶³ do procedimento contraditório. Este último era aplicado: (i) se os pais ou responsável discordassem das medidas aplicadas no procedimento verificatório simples, (ii) quando a perda do pátrio poder

²⁶⁰ Artigo 86, Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979

²⁶¹ Artigo 87, da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

²⁶² Artigo 2º, I, b, da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

²⁶³ Artigo 94, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

constituir pressuposto lógico para aplicação da medida, e (iii) se houvesse controvérsia para a perda da guarda ou para a suspensão do pátrio poder.

Havendo concordância dos pais para que o “menor” fosse posto sob tutela ou adotado, mediante declaração escrita ou termo nos autos, seria observado o procedimento verificatório simples²⁶⁴.

Passados vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que assegurou o direito ao contraditório em todos os processos, administrativos ou judiciais –, e após dezoito anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, que segue estritamente as diretrizes constitucionais, os juízes continuam seguindo a linha do código revogado.

O fundamento utilizado atualmente é o artigo 153 da Lei 8.069/90, que tem redação semelhante ao artigo 87 da Lei 6.697/1979.²⁶⁵

Porém, em que pese a possível identificação entre os dispositivos, há uma diferença significativa quando comparados: a lei de 1990 suprimiu o adjunto adverbial “livremente”, que acompanhava o verbo “investigar”.

Além disso, na nova legislação sobre infância e juventude não há nenhuma previsão de regulamentação do aludido procedimento, como fazia o Código de Menores de 1979, em seu título sobre procedimentos especiais, no capítulo “da verificação da situação do menor” (artigos 94 a 98 da Lei 6.697/1979).

Se uma legislação infraconstitucional exclui o direito ao devido processo legal e à ampla defesa, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, obviamente a lei é inconstitucional, pois está em desconformidade com a norma maior do ordenamento jurídico.

Por isso, no Estatuto da Criança e do Adolescente, houve a exclusão de um regramento legal que prevê a livre investigação dos fatos, com possibilidade de restrição de direitos (entre eles o da convivência familiar), sem a observância da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Entretanto, a sensível mudança da legislação sobre infância e juventude – tanto no aspecto processual (garantia do devido processo legal), como no material (direito à convivência familiar preferencialmente com a família de origem) –, pautada pelo direcionamento constitucional, ainda não foi assimilada por muitos magistrados, como mostram alguns julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O recurso de apelação²⁶⁶ a seguir relatada expõe nitidamente aquela situação. Os pais, apelantes, alegaram que foram cerceados em seu direito de defesa, pois não tiveram a oportunidade de demonstrar que não houve abandono da filha pela sua genitora, o que tornaria nulo o processo.

²⁶⁴ Artigo 96, I, da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

²⁶⁵ Para facilitar a comparação, são transcritos os dois artigos sob análise. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), artigo 153: “Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.” Código de Menores (Lei n. 6.679/1979), artigo 87: “Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, as providências. Parágrafo único. Aplicar-se-á na jurisdição de menores, subsidiariamente, a legislação processual pertinente.”

²⁶⁶ TJSP, Apelação Cível n. 170.554-0/4-00, por votação unânime, julgado em 02 de março de 2009

A alegação de nulidade, pela não observância do devido processo legal – com ampla defesa e contraditório –, foi afastada pelo tribunal, sob fundamento de que “o procedimento nos casos de destituição de poder familiar é baseado em farta prova documental consubstanciada no procedimento verificatório e, entendendo o juiz pela suficiência da mesma, nada impede que julgue a ação com base na prova já existente”.

Outra decisão²⁶⁷ semelhante reconhece e legitima a distinção entre um procedimento verificatório (sem contraditório) e o procedimento contraditório sob julgamento (a ação de destituição do poder familiar). No verificatório, diz o relator da apelação, restou demonstrado, “de forma inequívoca”, que os apelantes violaram reiteradamente e sem motivação as suas obrigações decorrentes do poder familiar.

Porém, naquele mesmo julgamento, como a decisão de um tribunal é sempre coletiva, um dos magistrados discordou da posição adotada pelos demais. Embora vencido, é muito importante registrar a posição do relator Jeferson MOREIRA DE CARVALHO, que não dava provimento ao recurso porque, tecnicamente, não foi descrita a conduta dos apelantes caracterizada como “maus tratos e abandono”.

De acordo com aquele magistrado, o laudo psicológico não apresentou de maneira concreta o motivo pelo qual conclui que os pais não podem exercer o poder familiar. Diz ainda que, caso possuíssem limitação intelectual e passividade, mereceriam “receber acompanhamento do Estado para suprir a falha”. Finalmente, afirma estar convicto de que não foram obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, para que os apelantes sofram a pena de destituição do poder familiar. Em sua manifestação, dava provimento ao recurso para julgar improcedente a ação de destituição do poder familiar.

Embora minoritária, a manifestação isolada do relator vencido dá sinais de uma esperançosa mudança de entendimento, para que prevaleçam, em qualquer decisão judicial, os ditames constitucionais.

Percebe-se, também, nessas decisões a ausência de preocupação com os sentimentos, angústias e necessidades das pessoas envolvidas nas ações que levam ao rompimento dos laços afetivos entre pais e filhos. Prevalecendo como único enfoque dos “interesses da criança” as melhores condições materiais que possam ser oferecidas por uma família substituta. Não há qualquer menção, nos casos pesquisados, a respeito da obrigação de incluir a família de origem em programa oficial de auxílio, uma vez constatada a carência material.

Como exemplo disso, relata-se uma decisão judicial de primeira instância que destituiu o poder familiar dos pais com base nos “relatórios juntados”, os quais demonstravam que “a menor se encontrava em processo de desnutrição”.

Há um elemento que realça as condições de pobreza da família, ressaltando que a mãe realizava as visitas ao abrigo sempre no horário de refeições, que se destinavam também à alimentação dela.

Descrito o fato, segue a observação, no mesmo parágrafo da decisão, de que esses elementos “evidenciam mais uma vez a total falta de estrutura moral da apelante, ausência de equilíbrio de modo a possibilitar a criança um lar”. Concluiu o órgão julgador, portanto, que era “manifesto o abandono material e moral da menor”²⁶⁸.

²⁶⁷ TJSP, Apelação Cível n. 163.204-0/1-00, julgado em 15 de setembro de 2008, por maioria de votos.

²⁶⁸ TJSP, Apelação Cível n. 051.112-0/0-00, julgado em 05/10/1999, por votação unânime

Ora, se a filha estava desnutrida, não era porque sua mãe, com a despensa abarrotada de alimentos, privava sua pequena criança do necessário para sua nutrição. Aliás, se fosse feito um exame na genitora, certamente se constataria que ela estava igualmente subnutrida. Ao lhe ser tirada a filha, foi ela punida duas vezes: punida por um Estado que não oferece condições mínimas de existência e, pela segunda vez, sendo impedida de conviver com a filha.

Reflete o mesmo raciocínio outro caso analisado²⁶⁹. Os pais apelaram ao Tribunal de Justiça contra destituição de poder familiar, alegando cerceamento de defesa e nulidade do processo. Afastando os argumentos dos pais, registrou o magistrado, como fundamento de sua decisão, que os pais “não modificaram o modo de vida, circunstância que fez com que perdessem o poder familiar”. O Tribunal elogiou o acerto da decisão do órgão julgador em primeira instância.

A confirmação da incapacidade dos pais foi feita, de acordo com o conteúdo daquele acórdão, pelo “trabalho psicossocial”, pois os técnicos concluíram que o casal “vive em situação sócio-econômica precária, residem em área de invasão, ambos não possuem escolarização ou qualificação, e não têm perspectivas de alteração deste quadro sem ajuda externa”.

Conclui o magistrado relator, ao final daquele julgamento, que “o direito ao poder familiar tem como limite o interesse e bem-estar da criança, não obstando sua retirada o simples desejo dos genitores de manterem a posse da filha”.

Entretanto, à vista dessa decisão, algumas perguntas ficam sem respostas: se a “situação sócio-econômica” é “precária”, como reconhece o magistrado, quem lhes está a oferecer emprego? Se moram em “área de invasão”, onde encontrar moradia mais digna? Se “não possuem escolarização ou qualificação”, onde estava o Estado quando devia alfabetizar e capacitar seus cidadãos?

Em outro julgado²⁷⁰, com decisão proferida no ano de 2006, é patente o tratamento da criança como um “objeto” e não um sujeito de direito. Destaque há de ser dado ao modo abrupto como a criança foi retirada de sua família.

Em primeira instância, o juiz expediu, logo no início do processo, mandado de busca e apreensão de uma criança em razão de “denúncias do Conselho Tutelar” de que a mãe biológica estaria tentando dá-la em adoção a pessoa que não constava do cadastro de adotantes. Os pais ajuizaram pedido de restituição de guarda de sua filha, negando a acusação feita contra eles. O pedido foi rejeitado.

Separada da família, a criança foi enviada ao abrigo e já estava em família substituta, antes do término da ação de destituição do poder familiar – ou seja, antes de esgotar a possibilidade da família de origem utilizar todos os meios processuais para pedir a manutenção dos vínculos familiares. Uma das justificativas para não dar provimento à apelação foi que “nova mudança em nada ajudaria seu desenvolvimento”.

Em seguida, afirmou o relator – em evidente afronta ao texto legal vigente – que o direito de viver com a família biológica, previsto no artigo 19, “não faz distinção entre família biológica ou família substituta”.

As decisões judiciais acima relatadas baseiam-se nos resultados dos laudos psicossociais elaborados ao longo do procedimento verificatório.

²⁶⁹ TJSP, Apelação Cível n. 134.242-0/7-00, julgado em 31/07/2006, por votação unânime

²⁷⁰ TJSP, Apelação Cível n. 128.655-0/2-00, julgado em 07/08/ 2006, por votação unânime

Convém, todavia, demonstrar que as avaliações psicológicas e sociais que são feitas nas varas da infância e juventude também são eivadas de um julgamento preconceituoso e moral por parte desses profissionais contra a família de origem pobre.

Uma vez produzida esta “prova científica”, com um suposto caráter objetivo, os magistrados excluem toda e qualquer influência social que tenha levado a família àquelas circunstâncias de vida, conduzindo o raciocínio sob um enfoque individualista: a culpa ou inaptidão daquele homem ou mulher em oferecer os cuidados à criança que colocaram no mundo.

No campo da psicologia, há críticas a este método de avaliações psicológicas. Elas têm sido utilizadas, desde o início do século XX, como instrumento desenvolvido no contexto de uma sociedade disciplinar que buscava, com a aplicação de testes, a identificação de indivíduos inaptos ao exercício de determinadas funções sociais.²⁷¹

Encoberta por um discurso científico, a avaliação psicológica tende a facilitar a vida do profissional que utiliza os seus resultados, pois, em nome de um retorno à verdadeira natureza humana, elimina a necessidade de justificação dos resultados encontrados pela aplicação daquela técnica – dentro dos princípios, critérios e valores científicos da Psicologia.²⁷²

Nas decisões anteriormente analisadas, percebe-se, pela invocação dos laudos psicossociais elaborados, uma tentativa de respaldar um julgamento feito com aparente tecnicidade científica, de modo a eliminar, por completo, o contexto social em que o problema está inserido.

O fundamento da decisão da autoridade judicial, que deveria ser norteado pelas normas constitucionais e legais, escora-se nos laudos e nas “fartas provas documentais dos autos” que demonstram a “falta de condições para o exercício do poder familiar”.

Restringe-se, assim, um conflito de caráter eminentemente social, coletivo, a uma solução individual, tentando encontrar na família substituta, preferencialmente pela adoção, a solução perfeita para um problema cuja origem escancarada está na falta de condições materiais para a criação dos filhos.

Aquelas concepções desconsideram os aspectos sócio-históricos, culturais e a peculiaridade de cada ser humano envolvido²⁷³, sem o devido respeito absoluto à sua dignidade.

Solange PINHEIRO reconhece, com base nos atendimentos realizados como psicóloga integrante de equipe de vara da infância e juventude, que, por conta daquela visão condenatória da família de origem, autoridades e os profissionais podem não conferir a devida importância das consequências deste ato jurídico com relação aos filhos, concluindo que são estes os prejudicados e os que mais sofrem com a medida.²⁷⁴

Quanto ao aspecto social, a atuação das equipes auxiliares serve apenas para constatar a situação de carência material, sem realizar os encaminhamentos ou articulações para inserção em programas oficiais de auxílio, o que está incluído em suas atribuições.

²⁷¹ Cf. MIRANDA JR., Hélio Cardoso de, *Psicanálise e avaliação psicológica no âmbito jurídico*, in SHINE, Sidney (org.), *Avaliação Psicológica e lei: adoção, vitimização, separação conjugal, dano psíquico e outros temas*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 2005, p.162

²⁷² Cf. H. C. MIRANDA JR., *Psicanálise e avaliação* cit (nota 49, supra), p.162

²⁷³ SOLON, Lilian de Almeida, *A perspectiva da criança sobre seu processo de adoção*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras – Departamento de Psicologia, da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP, 2006

²⁷⁴ Cf. PAIVA, Leila de Dutra, *O psicólogo judiciário e as “avaliações” nos casos de adoção*, in SHINE, Sidney (org.), *Avaliação Psicológica e lei: adoção, vitimização, separação conjugal, dano psíquico e outros temas*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 2005, pp. 97-98

A atuação fica limitada a formalizar em laudos as situações envolvidas nas demandas judiciais. São feitas classificações de abandono, negligência ou violência contra crianças, produzindo provas que serão utilizadas como base para a destituição do poder familiar.

De acordo com os dados levantados da Vara da Infância e Juventude do Foro Central da Capital, em pesquisa sobre “vitimização” de crianças, 22,6% dos casos considerados de violência são aqueles apontados como situações de “negligência”. Inseridas neste gênero estavam as seguintes espécies de “negligência”: (a) “criança pouco assistida pela mãe”, (b) “pais não cuidam da criança, que é abrigada”, (c) “mãe utiliza o filho para esmolar”, (d) “mãe deixa o filho em casa sozinho e sem assistência”, (e) “omissão paterna e materna (privação de alimentos e cuidados)”, (f) “mãe com vida irregular deixa o filho com qualquer pessoa”, (g) “mãe com problemas econômicos, que não atende ao filho”, (h) “mãe alcoolista que não assiste o filho”.²⁷⁵

Por óbvio, a carência material é a principal causa de destituição do poder familiar, presente em todas as espécies de “negligência” ali indicadas.

Em estudo abrangente e aprofundado sobre a questão social e o poder familiar, Eugênia FÁVERO constatou que, entre os motivos da entrega ou retirada da criança de sua família de origem, nos casos que culminaram em perda de poder familiar, 14,4% foi por “abandono”, 23,0% por “negligência” e 53% por carência socioeconômica alegada pela mãe, pai ou responsável.²⁷⁶

Quanto à utilização dos termos “abandono” e “negligência”, observa a pesquisadora que, apesar de tais classificações – atribuídas nos próprios autos, pelas pessoas interessadas na destituição do poder familiar – foi possível verificar pelos elementos do processo que a família vivia em precárias condições socioeconômicas.

Em crítica à subjetividade daqueles conceitos, FÁVERO entende como “abandono” somente os casos em que ele for total, isto é, criança deixada em via pública, ou aos cuidados de alguém e, em seguida, tomando rumo ignorado. Igualmente considera negligência aquela que supõe intencionalidade (situação que não estava presente nos casos estudados pela pesquisadora).

A propósito, vale mencionar que, acordo com dados do Levantamento Nacional de Abrigos, 86,7% dos meninos e meninas que foram colocados nessas instituições têm famílias.²⁷⁷

Diante de uma família de origem pobre enfrentando dificuldades para prover o sustento de seus filhos, e suas necessidades básicas, o modo de focalizar as demandas das varas da infância e juventude caracteriza uma verdadeira violência contra essas pessoas – todas elas, adultos e crianças.

São duas as espécies de violência a que estão submetidas as pessoas envolvidas nas situações estudadas. Uma delas, a violência social, presente em sua condição de pobreza extrema e ausência de serviços sociais para auxílio no cuidado dos filhos. A outra, a violência simbólica, consubstanciada nas abordagens das suas histórias feitas pelos agentes judiciários e nas decisões

²⁷⁵ Cf. PINHEIRO, Solange Maria Amaral S., *Crianças e adolescentes vitimizados: rotina dos atendimentos*, in SHINE, Sidney (org.), *Avaliação Psicológica e lei: adoção, vitimização, separação conjugal, dano psíquico e outros temas*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 2005, pp. 63-65

²⁷⁶ FÁVERO, Eunice Teresinha, *Questão social e perda do poder familiar*, São Paulo, Veras Editora, 2007, p. 63

²⁷⁷ Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS, realizado em 2003 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República, por meio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SPDCA) e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), disponível [on-line] in <http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/criancas.htm> [11/05/2009]

a respeito de suas vidas, que correm o risco de penalizá-los pela sua vida insegura e instável condição social e emocional.²⁷⁸

Diz-se que esta abordagem oficial traduz violência simbólica, uma vez que o poder exercido é reconhecido como legítimo e está onde não se deixa ver nem pelos que lhes estão sujeitos – pois se escondem para evitar os juízos moralizantes – nem pelos que a exercem. O contraponto desta invisibilidade só vai ocorrer com a visibilidade social de suas condições de existência.²⁷⁹

O discurso oficial nas decisões judiciais desvia-se do elemento fundamental causador da situação posta sob julgamento: a pobreza e a marginalização social da família biológica.

A retirada da criança de seu ambiente de origem, para a institucionalização ou para a colocação em família substituta, nunca vai apagar na criança os seus vínculos afetivos, causando-lhe sofrimentos psíquicos que passarão despercebidos pelas “autoridades” ao longo da vida daquela pessoa, seja em sua infância, seja na fase adulta.

O “melhor interesse da criança”, nessa perspectiva, é um argumento retórico, pois evita o enfrentamento pleno da questão posta em julgamento, qual seja, a existência, na sociedade brasileira, de famílias inteiras que vivem sob condições indignas a qualquer pessoa humana.

É recorrente a informação de que existem milhões de crianças abandonadas no Brasil. Há, no entanto, uma confusão conceitual entre abandono e pobreza, uma vez que, a imensa maioria das crianças recolhida em abrigos ou que se encontram nas ruas possuem vínculos familiares. Grande parte das vezes, o motivo que leva a esta situação de risco não é a rejeição dos pais ou negligência da parte deles, mas sim um desesperado ato de sobrevivência. Portanto, se há abandono, não é dos pais em relação aos seus filhos, mas são famílias inteiras abandonadas pelas políticas públicas e pela sociedade.²⁸⁰

Por conseguinte, somente será dada a devida visibilidade social ao problema quando as famílias de origem tiverem oportunidade para efetiva participação no processo antes da separação dos filhos.

Da efetiva participação da família: do direito à ampla defesa

Conforme anteriormente mencionado, durante o regime de ditadura militar no Brasil, a legislação sobre direitos da infância e juventude – o Código de Menores de 1979 –, conferia livres e amplos poderes ao “juiz de menor” para investigar a “situação irregular” e, ele mesmo, julgá-la, adotando as providências que considerasse necessárias – o que, de certo modo, era coerente com o autoritarismo dos dirigentes do Estado.

Eliminado tal governo e instituído um Estado democrático de direito, assegurou-se a todos, como direito fundamental, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a

²⁷⁸ FÁVERO, Eunice Teresinha, cit. (nota 54), pp. 180-181

²⁷⁹ FÁVERO, Eunice Teresinha, cit. (nota 54), pp. 180-181

²⁸⁰ BECKER, Maria Josefina, *A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece*, in KALOUSTINA, Sílvio Manoug (org.), *Família Brasileira a base de tudo*, 8ª ed., São Paulo, Cortez Editora; Brasília, UNICEF, 2008, p. 63.

ela inerentes²⁸¹. Afinal, em uma democracia, é essencial que todas as pessoas possam ter a sua disposição os meios necessários para efetiva participação em decisões de natureza pública.

No processo judicial, o reflexo do princípio democrático se dá com a possibilidade de manifestação, por meio de assistência jurídica, no exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, para que possa compreender plenamente as conseqüências da decisão judicial iminente, e agir utilizando os instrumentos que a lei oferece a todos os envolvidos em processos, judiciais ou administrativos.

Como ensina J. J. Gomes CANOTILHO, “do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”.²⁸²

A Constituição Federal de 1988 assegura um amplo rol de direitos individuais, coletivos e sociais, coroando a sua proteção absoluta ao prever que nenhuma lesão ou ameaça a direitos será excluída da apreciação do Poder Judiciário.²⁸³

Para o pleno exercício daquela atividade do Estado-juiz, a Lei Maior do país criou a Defensoria Pública, “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, com atribuição constitucional de concretizar o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos²⁸⁴, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados²⁸⁵.

No âmbito da infância e juventude, é garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário²⁸⁶.

Em matéria de convivência familiar, o Ministério Público é legitimado para provocar o início do procedimento de destituição do poder familiar, ao lado de qualquer outra pessoa que tenha “legítimo interesse”.²⁸⁷ Portanto, nesta atuação, figura ele no lado oposto à manutenção do vínculo, contrapondo-se, portanto, à família de origem.

Como demonstrado anteriormente, todas as provas que são utilizadas para a destituição do poder familiar são coletadas ao longo do chamado “procedimento verificatório”, manifestando-se nele o Ministério Público²⁸⁸.

Assim, para que haja um equilíbrio nesta atuação jurisdicional, e tendo em vista que grande parte das demandas nas varas da infância e juventude envolve direitos de crianças cujas famílias são de origem pobre, é imprescindível a atuação da Defensoria Pública na orientação e assistência jurídica ampla e integral a essas pessoas necessitadas.

Todavia, em prol de uma eficiente “informalidade” e “celeridade”, as famílias são diretamente atendidas pelas equipes técnicas das varas, sem receberem a devida orientação jurídica a elas assegurada pela Constituição Federal.

Em diversos casos, afirma-se que os pais, espontaneamente, concordaram com a colocação em abrigo e em família substituta – caracterizando-se a conduta como “abandono”.

²⁸¹ Artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988

²⁸² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 274.

²⁸³ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988

²⁸⁴ Artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988

²⁸⁵ Artigo 134, da Constituição Federal de 1988

²⁸⁶ Artigo 141, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁸⁷ Artigo 155, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

²⁸⁸ Artigo 153, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

Eugênia FAVERO demonstrou que grande parte das demandas tem início com a busca espontânea das pessoas envolvidas, ou por encaminhamentos para as Varas de Infância e Juventude. Elas procuram soluções imediatas para alguma situação de risco pessoal ou social, envolvendo a violação ou não efetivação de direitos sociais (moradia, vagas em creche, falta de condições para prover o sustento dos filhos).²⁸⁹

Dá-se início, então, ao procedimento verificatório, que tende à definitiva ruptura dos vínculos familiares, sem que os pais – que, em muitos casos, procuraram auxílio naquele órgão estatal e concordaram com a colocação de seus filhos em abrigos ou em famílias substitutas –, sejam devidamente orientados sobre os rumos que o procedimento tomará.

Porém, há um elemento cultural entre as famílias pobres a ser considerado na avaliação desta atitude de “entrega” dos filhos.

Explica a antropóloga Cynthia A. SARTI que, nas classes desfavorecidas, há um envolvimento de toda a rede de socialidade em que a família está envolvida, havendo uma coletivação das responsabilidades pelos menores, caracterizando uma “circulação de crianças”. Assim, continua a autora, “criar” ou “dar” uma criança, inscreve-se dentro do padrão de relações que os pobres desenvolvem entre si, formando uma rede de obrigações que configura a noção de família. “Essa circulação, como padrão legítimo de relação com os filhos, pode ser interpretada como um padrão cultural que permite uma solução conciliatória entre o valor da maternidade e as dificuldades concretas de criá-los, levando as mães a não se desligarem deles, mas a manterem o vínculo por meio de uma circulação temporária.”²⁹⁰

Sem assistência jurídica, a família natural não tem a exata noção de que a entrega dos seus filhos implicará, na maioria das vezes, na ruptura definitiva do relacionamento com os seus filhos.

Em razão da longa tramitação do procedimento verificatório, sem a participação da família no processo, o ato de “entrega” é caracterizado como abandono e, considerados rompidos os vínculos familiares pelos julgadores, é praticamente impossível reverter a situação em favor do restabelecimento do convívio familiar.

É importante deixar claro que não se adota, aqui, uma posição contrária à colocação em família substituta, pois é sabido que há casos em que, verdadeiramente, os pais não têm interesse na criação dos seus filhos.

O que se defende é a garantia, aos necessitados, de uma orientação jurídica por instituição autônoma e constitucionalmente criada com esta atribuição – a Defensoria Pública –, mesmo que, após devidamente orientada juridicamente acerca das possibilidades que o ordenamento jurídico oferece, a família de origem manifeste-se, em decisão livre e consciente, em favor da ruptura definitiva dos vínculos familiares.

Em qualquer dessas situações, há de ser assegurada aos envolvidos integral assistência jurídica, para que, tendo conhecimento pleno das conseqüências do ato praticado, e de eventuais alternativas, seja mantida a escolha pela ruptura dos vínculos com a família de origem.

Somente assim será possível dizer que a entrega dos filhos ou a concordância da família natural com a colocação em família substituta, foram realmente atos livres e conscientes.

²⁸⁹ FAVERO, Eunice Teresinha, cit. (nota 54), p. 35.

²⁹⁰ *Famílias enredadas*, in ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amalia Faller (orgs.), *Família Redes, Laços e Políticas Públicas*, 4ª ed., Cortez Editora, São Paulo, 2008, p. 33

Da verdadeira “Justiça” da Infância e Juventude

A atuação diferenciada das varas da infância e juventude é exigência premente para a efetiva proteção dos direitos humanos das crianças, evitando todo tipo de violação de direitos ou sofrimento a elas.

Em harmonia com tudo o que foi até agora exposto acerca da posição central do “sistema de justiça” em assegurar os direitos fundamentais garantidos pelo Estado democrático de direito e com a consciência da complexidade do desafio, não se pode deixar de enaltecer a prática adotada na Vara da Infância e Juventude de São Caetano do Sul, do Estado de São Paulo, relatada pelo juiz responsável por aquele órgão, Eduardo Rezende de MELO. A experiência teve como resultado um elevado número de recolocação familiar de crianças institucionalizadas em abrigos.²⁹¹

Reconhecendo que a pobreza ainda tem sido um dos fatores principais de privação de crianças ao seu direito à convivência familiar, na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul o espaço da audiência é utilizado para fortalecimento dos vínculos familiares.

Promovendo um trabalho em rede, que não é limitado unicamente à ação do Estado, a atuação daquele órgão jurisdicional procura envolver todas as pessoas relacionadas, de alguma forma, com a criança ou o adolescente, promovendo e fortalecendo os vínculos sociais e familiares, buscando, em conjunto, a superação da dificuldade apresentada.

Uma premissa para tal abordagem é a noção de co-responsabilidade, instaurando um movimento que tende do individual ao coletivo. Envolve-se, pois, tanto a rede primária (composta dos vínculos familiares e comunitários), como a rede secundária, de serviços formais a serem oferecidos. Com a simultânea participação de todos os co-responsáveis, é conferido um papel proativo aos indivíduos envolvidos, possibilitando sua autonomia e liberdade na participação da solução dos problemas.

Esta perspectiva de trabalho, incorporada na atuação judicial na Vara da Infância e Juventude, resulta no envolvimento de todos na tomada de decisões em audiências, como uma estratégia prévia ao abrigo de crianças.

No âmbito de atuação da Vara da Infância e Juventude, a intervenção técnica consiste no levantamento de todos os laços afetivos perdidos, resgatando os vínculos com todas as pessoas que convivam ou tenham convivido com a criança ou o adolescente e, de alguma forma, possam contribuir naquela situação. Além disso, cabe aos técnicos intervirem buscando os suportes institucionais e das políticas públicas que ofereçam possibilidades de vida às crianças abrigadas.

Realiza-se, então, audiência envolvendo um grande número de pessoas, que são chamadas a discutir o seu papel e responsabilidade na vida daquela criança abrigada. Antes de tudo, a proposta é reconectar as pessoas, reafirmando a co-dependência de vários membros da rede, retomando o papel de cada um.

²⁹¹ MELO, Eduardo Rezende, *Direito à convivência familiar e a promoção das redes primárias da criança e do adolescente abrigado: o espaço da audiência e o papel dos operadores do direito para a eclosão de novas possibilidades de vida familiar. Uma nova abordagem experimental da Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul/SP*, São Caetano do Sul, 2006, disponível http://www.mpdft.gov.br/joomla/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/6%20Experi%C3%AAncia%20Direito_%C3%A0_conviv%C3%AAncia_familiar%20%20Eduardo%20Rezende%2008.05%20-%20G1.pdf [28/05/2009].

As presenças do juiz, do promotor, do defensor, dos técnicos da Vara da Infância e Juventude, garantem as condições para as construções baseadas na co-responsabilidade para o suporte mútuo e apoio governamental. Convoca-se, usualmente, a presença do Conselho Tutelar ou de órgãos públicos de atendimento, para que os planos elaborados ganhem sustentação imediata.

As construções das possibilidades não são objeto de uma única audiência. Ressalta-se que, durante a tramitação do procedimento, somente o acompanhamento do processo é feito pela equipe técnica, sendo que a consolidação do trabalho sempre é feita em audiência.

Destaque há de ser dado para a participação da própria criança na construção compartilhada e participativa das novas possibilidades de sua vida. Essa participação, além do reconhecimento de sua condição de sujeito de direitos, propicia-lhe sentido e sentimento de cuidado e de justiça.

Diante desta experiência prática, é possível ter a exata percepção do que significa o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar os direitos fundamentais das crianças.

Conclusões

Reconhecer a pobreza como elemento decisivo para muitas rupturas que ocorrem nas famílias de origem pobre é o primeiro passo para alcançar uma solução justa.

Quando a questão envolve vínculos familiares, para a sua solução, devem ser considerados todos os seus aspectos, sejam eles emocionais, afetivos, psicológicos, sociológicos, culturais, políticos. O operador do direito não pode se furtar desta visão multilateral da questão posta para a sua apreciação.

Dar voz à família de origem e o efetivo auxílio social e estatal de que ela necessita são providências indispensáveis para superar as violações de direitos de milhares de crianças, mantidas por tempo indeterminado em abrigos, ou colocadas indevidamente em famílias substitutas, antes mesmo de esgotarem todos os recursos para a permanência em sua família de origem.

Na medida em que se muda o foco da responsabilização exclusiva das famílias, a responsabilidades pelo destino de inúmeras crianças carentes passa a ser de todos, como já prevê a Constituição Federal de 1988.

Como afirma Dalmo de Abreu DALLARI, no atual ordenamento jurídico brasileiro, a própria Constituição Federal consigna todos os valores éticos necessários para a promoção da justiça social e o bem-estar de todos, pois definiu como objetivo desta República o respeito absoluto à dignidade humana.²⁹²

Somente analisando o problema nas suas reais dimensões, será possível, então, o surgimento de soluções efetivas para a violação de direitos fundamentais de milhares de crianças brasileiras.

Referências Bibliográficas:

²⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 98

Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927

Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

BECKER, Maria Josefina, A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece, in KALOUSTINA, Sílvio Manoug (org.), Família Brasileira a base de tudo, 8ª ed., São Paulo, Cortez Editora; Brasília, UNICEF, 2008

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de, História Constitucional do Brasil, 9ª. ed, Brasília, São Paulo, OAB Editora, 2008

COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 3ª ed. rev. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2003

DALLARI, Dalmo de Abreu, O Poder dos Juízes, São Paulo, Saraiva, 1996

FÁVERO, Eunice Teresinha, Questão social e perda do poder familiar, São Paulo, Veras Editora, 2007

Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS, realizado em 2003 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República, por meio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SPDCA) e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), disponível [on-line] in <http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/crianças.htm>

LOPES, José Reinaldo de Lima, Da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, in Direitos Humanos – Visões contemporâneas, Associação Juízes para a Democracia, São Paulo, 2001

LOSACCO, Silvia, O jovem e o contexto familiar, in, ACOSTA, Ana Rojas e VITALE, Maria Amalia Faller (orgs.), Família Redes, Laços e Políticas Públicas, 4ª ed., Cortez Editora, São Paulo, 2008

MELO, Eduardo Rezende, Direito à convivência familiar e a promoção das redes primárias da criança e do adolescente abrigado: o espaço da audiência e o papel dos operadores do direito para a eclosão de novas possibilidades de vida familiar. Uma nova abordagem experimental da Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul/SP, São Caetano do Sul, 2006, disponível [on-line] in [http://www.mpdf.gov.br/joomla/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/6%20Experi%C3%Aancia%20Direito %C3%A0 conviv%C3%Aancia familiar%20Eduardo%20Rezende%2008.05%20-%20G1.pdf](http://www.mpdf.gov.br/joomla/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/6%20Experi%C3%Aancia%20Direito%20%C3%A0%20conviv%C3%Aancia%20familiar%20Eduardo%20Rezende%2008.05%20-%20G1.pdf)

O PAPEL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NECESSITADOS

Tiago Fensterseifer

Defensor Público no Estado de São Paulo. Mestre em Direito Público pela PUC/RS (Bolsista do CNPq). Membro do NEDF – Núcleo de Estudos e Pesquisa de Direitos Fundamentais da PUC/RS (CNPq). Autor da obra *Direitos fundamentais e proteção do ambiente* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

Resumo: O presente ensaio tem por objetivo analisar, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais, o direito fundamental das crianças e adolescentes ao mínimo existencial, ou seja, às condições materiais mínimas, em termos de prestações sociais, necessárias para o desfrute de uma vida digna. Alinhada a tal desenvolvimento, aborda-se também a questão da “justiciabilidade” dos direitos fundamentais sociais e o novo papel constitucional conferido à Defensoria Pública para a tutela e efetivação de tais direitos, especialmente no caso de crianças e adolescentes necessitados.

Sumário: 1. O novo papel constitucional da Defensoria Pública (Pós-EC/45 e Pós-Lei 11.448/07) na tutela dos direitos fundamentais sociais e da dignidade das crianças e adolescentes necessitados; 2. Direitos fundamentais sociais: dos idos tempos da norma apenas programática ao direito subjetivo de hoje; 3. Mínimo existencial: o direito fundamental às prestações sociais básicas necessárias para o desfrute de uma vida digna; 3.1. O acesso ao mínimo existencial como premissa à firmação do pacto político-constitucional e ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos); 3.2. O conceito e o conteúdo normativo do direito fundamental ao mínimo existencial; 3.3. Defensoria Pública, direitos fundamentais sociais das crianças e adolescentes e controle judicial de políticas públicas.

1. O novo papel constitucional da Defensoria Pública (pós-EC/45 e pós-lei 11.448/07) na tutela dos direitos fundamentais sociais e da dignidade das crianças e adolescentes necessitados

A Defensoria Pública exerce um papel constitucional essencial na tutela e implementação dos direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações, pautando-se, inclusive, pela perspectiva da integralidade, indivisibilidade e interdependência de todas elas.²⁹³ Assim, da mesma

²⁹³ Nesse prisma, merece destaque a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, a qual estabeleceu no seu art. 5º que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, reconhecendo que as diferentes dimensões de direitos humanos conformam um sistema integrado de tutela da dignidade humana. Sobre o tema, cfr. WEIS, Carlos. *Direitos*

forma que a Defensoria Pública atua na tutela dos direitos liberais (ou de primeira dimensão), conforme se verifica especialmente no âmbito da defesa criminal, movimenta-se também, e de forma exemplar, no sentido de tornar efetivos os direitos sociais (ou de segunda dimensão), o que se registra nas defesas em ações possessórias e nas ações de medicamentos e pedidos de vaga em creche e escola, em vista sempre do objetivo maior de tutelar a dignidade da parcela necessitada²⁹⁴ da população brasileira. As dimensões de direitos fundamentais, na sua essência, materializam os diferentes conteúdos integrantes do *princípio da dignidade humana*²⁹⁵, o qual se apresenta como o pilar central da arquitetura constitucional e objetivo maior a ser perseguido na atuação da Defensoria Pública.

Para certificar o atual perfil constitucional da atuação institucional da Defensoria Pública no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, registra-se a sua recente inclusão no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07). Tal mudança legislativa transpõe para o plano infraconstitucional o novo perfil dado à Defensoria Pública a partir da Reforma do Poder Judiciário, levada a cabo através da Emenda Constitucional n. 45/2004²⁹⁶, a qual fortaleceu a sua dimensão jurídico-constitucional no Estado de Direito brasileiro. A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional²⁹⁷ reflete justamente na tutela dos direitos sociais, pois permite a sua maior liberdade de atuação nas demandas contra o Estado, como é a praxe das demandas que reivindicam prestações sociais (medicamentos e tratamento médico, defesas em possessórias por ocupação de áreas públicas, pedidos de vaga em creches e escolas, pedidos de transporte gratuito, saneamento básico, etc.). E, nesse prisma, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública força ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas das crianças e adolescentes necessitados do Brasil (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à

humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006, 117-121; e SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁹⁴ A utilização da expressão *peçoas necessitadas* tem por objetivo guardar sintonia com o texto constitucional (art. 134, caput), ressaltando-se que a condição de *necessitado* não se restringe apenas à perspectiva econômica, mas abarca também outras hipóteses em que indivíduos ou mesmo grupos sociais encontram-se em situação de vulnerabilidade existencial no tocante aos seus direitos fundamentais e dignidade, que se coloca, em especial, no tocante às crianças e adolescentes.

²⁹⁵ Sobre o princípio (e valor constitucional) da dignidade da pessoa humana, cfr. a obra já clássica de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁹⁶ No sentido de aprofundar ainda mais o processo constitucional de fortalecimento da Defensoria Pública, tramita no Congresso Nacional a PEC 487, de autoria do Deputado Federal Roberto Freire (PPS-PE), bem como o seu substitutivo proposto pelo Governo Federal (PEC 144).

²⁹⁷ Com base em tal entendimento, CUNHA JÚNIOR assevera que a atribuição às Defensorias Públicas Estaduais, no plano constitucional, de autonomia funcional, administrativa e financeira, diante do novo § 2º acrescido ao art. 134 da nossa Lei Fundamental, representa manifesto compromisso do Estado brasileiro no tocante ao seu dever constitucional de garantir o direito fundamental de acesso à justiça das pessoas desprovidas de recursos financeiros. Como pontua o autor, “as Defensorias Públicas revelam-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e, conseqüentemente, de fortalecimento do Estado Democrático do Direito, vez porque atua como veículo das reivindicações dos segmentos mais carentes da sociedade junto ao Poder Judiciário, na efetivação e concretização dos direitos fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 979.

justiça.²⁹⁸ Como assevera MARINONI, “quanto mais se alarga a legitimidade para a propositura dessas ações, mais se intensifica a participação do cidadão – ainda que representado por entidades – e dos grupos no poder e na vida social”.²⁹⁹

A falta de acesso da população carente aos seus direitos fundamentais sociais, infelizmente, tem sido recorrente na nossa história política e realidade socioeconômica, caracterizando a omissão dos entes federativos em atenderem de modo minimamente satisfatório a tais demandas sociais, como ocorre, por exemplo, no caso da saúde, da educação, do saneamento básico, da assistência social e da moradia. A omissão do Estado brasileiro é ainda mais grave no tocante ao acesso de crianças e adolescentes a tal piso existencial mínimo, especialmente em razão do seu dever constitucional de priorizar tais prestações sociais afetas a crianças e adolescentes (art. 227), em sintonia com o princípio da sua proteção integral (art. 1º do ECA). O enfrentamento de tal situação é uma das missões constitucionais mais importantes conferidas à “instituição cidadã”, valendo-se, para cumprir com tal objetivo e dever constitucional, tanto de uma atuação jurídico-processual individual quanto coletiva - judicial ou extrajudicial. Para além das ações individuais de obrigação de fazer ou mandados de segurança, a Defensoria Pública dispõe hoje da ação civil pública para tutelar os direitos sociais das crianças e adolescentes de forma coletiva, potencializando a defesa dos seus direitos e a ampliação do seu acesso à justiça³⁰⁰, em sintonia com o caminhar da melhor e mais arejada doutrina processual-constitucional.

A Defensoria Pública, nessa perspectiva, está perfeitamente legitimada a atuar como “guardiã” dos direitos fundamentais sociais das crianças e adolescentes na ordem jurídico-constitucional brasileira. Tal papel constitucional conferido à Defensoria Pública possui ainda maior relevância quando está em causa a proteção de um patamar mínimo em termos de prestações sociais, sem o que não é permitido às crianças e adolescentes desenvolverem-se com dignidade. Tal “retrato” de degradação social está presente de modo significativo na realidade brasileira, onde uma massa expressiva da população infanto-juvenil encontra-se sem acesso aos seus direitos sociais básicos (*mínimo existencial*), e, por conseqüência, a uma vida digna. A Defensoria Pública, diante de tal contexto, deve movimentar-se na defesa de tais cidadãos, fazendo com que seja

²⁹⁸ Alinhados a tal entendimento, DIDIER e ZANETI acentuam que a nova redação conferida ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), determinada pela Lei 11.448/07, prevendo expressamente a legitimidade ativa da Defensoria Pública (art. 5º, II) para a propositura da ação civil pública, atende à evolução da matéria, de modo a democratizar a legitimação, bem como revelar a tendência jurisprudencial que já se anunciava. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual*. Volume 4 (Processo Coletivo). Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 219.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199.

³⁰⁰ Para a superação do modelo clássico “assistencialista” da garantia constitucional de “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, LXXIV), deve-se tomar hoje o acesso à justiça, especialmente para o caso das pessoas pobres, não como mero “favor” ou “benefício” prestado pelo Estado brasileiro, mas sim como dever constitucional e, acima de tudo, como direito fundamental (subjeto) do indivíduo que se encontrar em tal situação de carência, capaz de obrigar judicialmente o Estado a lhe garantir tal serviço essencial ao exercício dos seus direitos fundamentais e dignidade. De acordo com tal entendimento, cfr. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 325. A autora, com base em tal perspectiva, defende o entendimento de que seria plenamente possível ao Judiciário, no âmbito de uma ação coletiva, fixar prazo para que o Poder Público (estadual ou federal) pratique os atos necessários à instituição da Defensoria Pública, sob pena de responsabilização do agente por descumprimento de decisão judicial (p. 330-331).

garantida a eles nada menos que uma vida digna. Esse é o “espírito constitucional” que fundamenta a atuação da Defensoria e de cada Defensor Público. Por vezes, o acesso à justiça proporcionado pela Defensoria Pública servirá de porta de ingresso das crianças e adolescentes necessitados ao espaço comunitário-estatal, permitindo a sua inclusão no pacto social estabelecido pela nossa Lei Fundamental.

2. Direitos fundamentais sociais: dos idos tempos da norma apenas programática ao direito subjetivo de hoje

A discussão que permeia a “justiciabilidade” dos direitos fundamentais sociais tem ocupado um lugar de destaque no debate jurídico-constitucional brasileiro contemporâneo, tendo em vista, especialmente, o tratamento privilegiado conferido a eles pela Lei Fundamental brasileira de 1988, de modo a situá-los no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A idéia “clássica” de que tais direitos comportariam apenas normas programáticas, ou seja, meras “recomendações” para as políticas públicas a serem, respectivamente, reguladas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, encontra-se superada pela doutrina constitucional contemporânea.³⁰¹ A própria garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) opera no sentido de legitimar a “justiciabilidade” dos direitos sociais diante de um quadro de lesão ou ameaça de lesão, o que ocorre, sem sombra de dúvidas, no caso de omissões, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprir com os seus deveres constitucionais de garantir o desfrute de tais direitos essenciais a uma vida humana minimamente digna.

Da sua “infância” à “maturidade” normativa, os direitos fundamentais (e humanos) passam por um longo processo de reconhecimento e afirmação histórica. No caso dos direitos sociais, diferentemente do que ocorreu com os direitos liberais (civis e políticos), o seu devido lugar na constelação dos direitos fundamentais tardou um pouco mais a se consolidar. E tal consolidação (ou “maturidade”) jurídica toma forma especialmente no reconhecimento de uma posição jurídica subjetiva por trás de tais direitos. Alinhado a tal premissa, ABRAMOVICH e COURTIS afirmam que o que qualifica a existência de um direito social como um “direito pleno” não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado (ou seja, a realização dos seus deveres constitucionais de proteção através de políticas públicas satisfatórias), mas sim a existência de algum poder jurídico para o titular do direito atuar em caso de descumprimento da obrigação devida pelo Estado.³⁰² Tal “poder jurídico” conferido ao indivíduos (e também às instituições estatais encarregadas constitucionalmente de tutelar seus direitos, como é o caso do Ministério Público para a coletividade e da Defensoria Pública para a população carente³⁰³) está consubstanciado no reconhecimento da

³⁰¹ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95-118; e, especialmente, SARLET, “*A eficácia dos direitos fundamentais...*”, p. 296-387. Como refere FERRAJOLI em prólogo à obra de ABRAMOVICH e COURTIS, é necessária a formatação de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais de refutação às hipóteses de não-justiciabilidade de tais direitos. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13.

³⁰² ABRAMOVICH; COURTIS, “*Los derechos sociales...*”, p. 37.

³⁰³ Com tal enforque, é bom ressaltar que, se o Ministério Público é responsável pela tutela dos direitos da totalidade sociedade brasileira, a Defensoria Pública, conforme registrado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública (p. 22-23), realizado pelo Ministério da Justiça, é responsável pela tutela dos direitos de mais de 85% da população brasileira, já que tal percentual da população

dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, para além, é claro, da sua dimensão objetiva³⁰⁴ (onde se situam os *deveres de proteção* do Estado para com tais direitos, o seu conteúdo de norma programática, bem como os *deveres fundamentais sociais* dos particulares).

Em outras palavras, o fato de se conferir a um direito uma perspectiva ou dimensão subjetiva revela a sua maior intensidade normativa, já que ao titular do direito é dada uma maior esfera de autonomia para torná-lo efetivo. Da mesma forma, é o reconhecimento de uma dimensão subjetiva que autoriza o indivíduo a postular o seu direito em face do Poder Judiciário, exigindo, portanto, a tutela do Estado para torná-lo efetivo, tanto diante de ações ou omissões violadoras do seu conteúdo provenientes do próprio Estado quanto de particulares. Aí está consignada a importância do reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, como já resultou consolidado, de forma exemplar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no caso dos direitos à saúde³⁰⁵ e à educação³⁰⁶.

O Poder Judiciário brasileiro, sensível a tal “estado da arte” do tratamento jurídico-constitucional conferido aos direitos fundamentais sociais, como apontado pelas decisões colacionadas, tem cada vez mais levado a sério tais direitos, reconhecendo *posições jurídicas subjetivas* a partir do seu conteúdo normativo, o que tem permitido a sua “judicialização” nos casos em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo incorrerem em omissão ou mesmo em insuficiência (proibição de insuficiência) no que tange aos seus deveres de proteção e concretização para com tais direitos. Com tal atitude, o Poder Judiciário tem sido acusado, pela corrente doutrinária contrária à sindicância dos direitos sociais, de violar o princípio da separação dos poderes. No entanto, como será mais bem explorado adiante, é importante deixar claro que a atuação do Poder Judiciário tem sempre se dado de forma subsidiária e excepcional, ou seja, diante da omissão ou atuação insuficiente dos demais poderes de implementarem políticas públicas minimamente satisfatórias na área dos direitos sociais. Isso, infelizmente, tem ocorrido, por exemplo, no caso do direito à saúde, do direito à educação, do direito ao saneamento básico e do direito à moradia, de modo a criar um descompasso abissal entre a realidade social e o projeto normativo-constitucional de 1988.

A Constituição de 1988 situa a *dignidade humana como fundamento da República brasileira* (art. 1º, III). Diferentemente de um modelo de Estado Liberal, onde a atuação estatal tem um viés abstencionista ou negativo, no caso do *Estado Social* a postura estatal assume uma *função promocional dos direitos fundamentais*, e especialmente dos direitos sociais. Esse é o conteúdo, por exemplo, das normas contidas nos artigos 196 (direito à saúde) e 208, § 1º, (direito à educação) da nossa Lei Fundamental, os quais dão forma tanto ao *direito subjetivo dos indivíduos* quanto ao correspondente *dever de proteção do Estado* (associado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais em questão). Tal feição estatal, como refere o constitucionalista português VIEIRA DE ANDRADE, modula a idéia de um *Estado “guardião” ou “amigo” dos direitos fundamentais*³⁰⁷ e da dignidade dos seus cidadãos. Assim, diante da omissão do Legislativo ou do Executivo em garantir um patamar mínimo em termos de direitos sociais, o Poder Judiciário não só tem o “poder” de

estaria enquadrado na condição socioeconômica atendida pela referida instituição (até 03 salários mínimos). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>. Acesso em 06.03.2008.

³⁰⁴ Nesse sentido, HESSE destaca o caráter duplo dos direitos fundamentais, que atuam simultaneamente como “direitos subjetivos” e como “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (Tradução da 20.ed. alemã). Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 228-244. No âmbito da doutrina brasileira, cfr. SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, p. 167-177.

³⁰⁵ STF, RE-AgR 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.12.2006.

³⁰⁶ STF, RE 436.996-9, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.10.2005.

³⁰⁷ VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais...”, p. 143.

intervir, mas também o “dever” constitucional de garantir uma vida digna aos seus jurisdicionados. Aí reside a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para corrigir a omissão dos demais poderes, harmonizando o sistema constitucional.

Nesse caminhar, há ainda quem sustente que o princípio da igualdade serviria como argumento contrário ao reconhecimento da perspectiva subjetiva dos direitos sociais e à sua “judicialização”, na medida em que supostamente o acesso a tais direitos fundamentais obtidos pela via judicial “privilegiaria” alguns indivíduos em detrimento do conjunto da sociedade. No entanto, o critério adotado pelo Poder Judiciário para o acolhimento de tais pleitos reside justamente na condição socioeconômica do postulante, bem como na essencialidade do direito em causa à própria dignidade do indivíduo. Assim, o *princípio da igualdade*, alinhado com o ideal da *justiça distributiva*, deve ser interpretado justamente no sentido inverso, uma vez que objetiva criar condições de acesso a tais direitos para indivíduos que de outra maneira, ou seja, na rede privada, não teriam a menor chance de serem atendidos, já que não disporiam de recursos para custear, por exemplo, o tratamento médico ou a mensalidade escolar. Essa é a essência do princípio da igualdade na sua dimensão material, tratando de modo desigual aqueles que de fato são desiguais, com o objetivo de criar uma situação de igualdade real para todos os membros da comunidade político-estatal, sem exclusões, especialmente no que tange aos direitos fundamentais componentes do conteúdo mínimo da dignidade humana.

É só a partir da garantia de condições materiais mínimas em termos de direitos sociais indispensáveis ao exercício das liberdades públicas que o próprio princípio da diferença entre os indivíduos se legitima no âmbito comunitário. É uma premissa do Estado Social de Direito arquitetado pela Lei Fundamental brasileira sem a qual ele não passa de mera ficção e tinta no papel.

3. Mínimo existencial: o direito fundamental das crianças e dos adolescentes às prestações sociais básicas necessárias para o desfrute de uma vida digna

3.1. O acesso ao mínimo existencial como premissa à firmação do pacto político-constitucional e ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos)

Após lançar algumas linhas em defesa da “justiciabilidade” dos direitos fundamentais sociais, é chegado o momento de identificar os contornos normativo-constitucionais do direito fundamental ao mínimo existencial, especialmente em vista da tutela constitucional da criança e do adolescente. O fundamento mais importante por trás da formulação do conceito de mínimo existencial reside, sem sombra de dúvida, no *princípio* (e *valor*) *da dignidade da pessoa humana*, já que no seu conteúdo normativo está a idéia de conceber um núcleo mínimo de direitos fundamentais (e não é apenas um único direito que está em jogo), sem o qual não é viável um desenvolvimento da vida humana em patamares dignos. À luz também do *princípio do Estado Social*, o conceito de mínimo existencial está diretamente relacionado à dimensão existencial humana mais elementar, conferindo a todo cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais (direitos fundamentais sociais), que pode tomar tanto a

feição de um direito de natureza defensiva quanto prestacional³⁰⁸, sem o qual a sua dignidade se encontraria profundamente comprometida ou mesmo sacrificada. No caso da criança e do adolescente, tem-se ainda que considerar a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA), para o que a garantia do mínimo existencial se faz ainda mais imprescindível.

O mínimo existencial, em termos gerais, representa um consenso político-jurídico mínimo formulado pelo pacto constitucional e fundamento básico do Estado de Direito brasileiro. De tal sorte, pode-se afirmar que o mínimo existencial apresenta uma *eficácia jurídica contramajoritária*, uma vez que o seu conteúdo não se encontra na esfera de discricionariedade do legislador e do administrador, podendo, por conta disso, ser passível de controle judicial diante da omissão dos demais poderes em garantir a todos os cidadãos, e especialmente às crianças e adolescentes, tal patamar mínimo de bem-estar.

A fim de dar a dimensão político-comunitária e a dimensão moral da satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, inclusive como pressuposto para a sua integração à determinada comunidade estatal, DIAS pontua que, enquanto as necessidades básicas do indivíduo não são respeitadas, não é razoável esperar que o indivíduo se identifique com as normas da sociedade.³⁰⁹ Assim, a atribuição dos direitos sociais básicos apresenta-se como uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade o respeito por sua própria pessoa, e queira se compreender como integrante da comunidade moral.³¹⁰ Não conferir ao indivíduo o acesso à garantia do mínimo existencial é forma de alijá-lo da comunidade político-estatal, deixando de reconhecer a sua condição de cidadão e sujeito político. É o mesmo que negar a sua condição política, além de, é claro, também negar a sua condição de ser humano, afrontando de forma direta a sua dignidade.

A garantia constitucional de condições materiais mínimas para uma vida digna em termos de direitos sociais, como é o caso da saúde básica, da assistência social, da educação fundamental, de uma moradia simples e do acesso à justiça, é premissa à própria firmação do contrato social.³¹¹ Pode-se dizer, de tal sorte, que tais condições materiais elementares constituem-se de premissas ao próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade ao quadro existencial humano, em um “direito a ter e exercer os demais direitos”. Sem o acesso a tais condições existenciais mínimas, não há que se falar em *liberdade real ou fática*, quanto menos em um padrão de vida compatível com a dignidade humana. Por trás da garantia constitucional do mínimo existencial, subjaz a idéia de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, desde o imperativo categórico de KANT, deve ser sempre tomada como um *fim em si mesmo*, em sintonia com a dignidade inerente a cada ser humano. O Estado, por sua vez, seguindo a lógica kantiana, deve ser tomado como o meio de realização da dignidade das crianças e adolescentes, sendo, portanto, inadmissível que a sua atuação ou omissão fundamente violação a seus direitos fundamentais.

³⁰⁸ SARLET, “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’...”, p. 565, nota 25.

³⁰⁹ DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Coleção Filosofia (N. 177), 2004, p. 96.

³¹⁰ DIAS, “Os direitos sociais básicos...” p. 96.

³¹¹ De modo similar, KUNTZ coloca o acesso a condições materiais mínimas como critério de justiça e premissa ao pacto social, uma vez que “o indivíduo típico só pode ser pensado como livre, preparado para buscar seus fins e correr seus riscos, quando um arranjo coletivo lhe garanta as condições mínimas necessárias”, o que implica “neutralizar, pelo menos em relação a alguns requisitos, como educação e saúde, as desvantagens de natureza social, e, quando possível, as de ordem natural, como certas deficiências físicas e intelectuais”. KUNTZ, Rolf. “A redescoberta da igualdade como condição de justiça”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151.

3.2. O conceito e o conteúdo normativo do direito fundamental ao mínimo existencial

A construção do conceito do direito fundamental ao mínimo existencial é originária da práxis doutrinária e jurisprudencial alemã, que reconheceu a existência de um direito fundamental não-escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna³¹². No mundo anglo-saxão, de um modo geral, o mínimo existencial recebeu uma fundamentação eminentemente liberal, como garantia da própria liberdade. Nesse sentido, como expoente brasileiro de tal corrente doutrinária, TORRES, com base especialmente em RAWLS e ALEXY, acentua que tal garantia constitucional se constitui de condição essencial para o exercício do direito à liberdade (efetiva ou real, e não meramente formal), uma vez que sem o mínimo necessário à existência cessam as possibilidades de sobrevivência do ser humano e desaparecem as condições iniciais de liberdade, fundamentando, portanto, o mínimo existencial diretamente no princípio *da liberdade* e no *princípio da autonomia*.³¹³

Sob a premissa de que o mínimo existencial é condição mínima para que um indivíduo possa exercer a sua liberdade, DIAS pontua que os direitos sociais básicos representam, assim, a garantia de uma justiça mínima que antecede qualquer distinção possível entre os indivíduos, sendo que, apenas quando os direitos básicos de cada indivíduo estejam satisfeitos, é possível, sem incorrer em contradição, uma distribuição secundária não igualitária.³¹⁴ Na mesma perspectiva, RAWLS, no seu *O liberalismo político*, pronuncia-se no sentido de que certas liberdades e direitos básicos devem estar contemplados já no primeiro princípio (equidade) da sua teoria da justiça³¹⁵, ou seja, só a partir da garantia de tal patamar mínimo de direitos seria possível considerar a “diferença” entre os indivíduos (já à luz do seu segundo princípio).³¹⁶ O autor faz referência à idéia de *bens primários* ou *necessidades* das pessoas como elementos necessários ao reconhecimento de uma condição cidadã de acordo com os propósitos da justiça política.³¹⁷ Tais idéias não fogem à concepção de um mínimo existencial. Abaixo de certo nível de bem-estar (material, social, educacional, cultural, etc.) as pessoas não têm condições de tomarem parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos livres e iguais.

No outro pólo teórico, sob uma matriz de fundamentação do mínimo existencial no *princípio do Estado Social* e do *princípio da dignidade humana*, AZEVEDO, ao traçar as posições jurídicas extraídas do conteúdo do princípio jurídico da dignidade humana, especialmente em razão do “imperativo categórico da intangibilidade da vida humana”, destaca que se projeta o preceito da “consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida” (juntamente com o “respeito à integridade física e psíquica das pessoas” e o “respeito pelas condições mínimas de

³¹² SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, p. 330.

³¹³ TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

³¹⁴ DIAS, “Os direitos sociais básicos...”, p. 104.

³¹⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela/Editora Ática, 2000, p. 228.

³¹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

³¹⁷ RAWLS, “O liberalismo político...”, p. 226.

liberdade e convivência social e igualitária”³¹⁸, de onde se pode extrair a idéia de um mínimo existencial (pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida “com dignidade”). De acordo com tal posicionamento, VIEIRA DE ANDRADE afirma que os direitos sociais fundamentais dispõem de um conteúdo nuclear, ao qual se há de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à idéia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais.³¹⁹

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática do Ministro CELSO DE MELLO na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 45, promovida contra veto do Presidente da República de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/03, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, trouxe para a Corte Constitucional brasileira a discussão acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas, colocando para o debate os institutos da reserva do possível e da garantia constitucional do mínimo existencial. Na ocasião, o Ministro destacou ser a conformação do legislador relativa (e, portanto, não absoluta) em relação à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, na medida em que há a “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*”.³²⁰ Com tal entendimento, a Corte Constitucional brasileira, de forma inédita, abriu caminho para uma interpretação mais progressista do princípio da dignidade humana, o que foi seguido, mais tarde, por outros tribunais, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça³²¹ e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³²².

No sistema constitucional brasileiro, merece registro o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Emenda Constitucional n. 3, de 14 de dezembro de 2000 (regulamentado pela Lei Complementar n. 111, de 06.07.2001), o qual foi criado com o “objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida”.³²³ A partir de tal formulação, o legislador constitucional revela, de certa forma, o conteúdo que

³¹⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”. In: *Revista dos Tribunais*, Vol. 797, Março, 2002, p. 3-24.

³¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, “*Os direitos fundamentais...*”, p. 371.

³²⁰ ADPF n. 45-DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão em 29.04.2004, Informativo 345 do STF.

³²¹ No mesmo sentido, de modo a reconhecer o direito às prestações sociais mínimas necessárias a uma vida digna, destaca-se a decisão do STJ, de lavra do Ministro LUIZ FUX, onde se decidiu sobre o sistema de saúde disponibilizado à população indígena: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. CONTROVÉRSIA À LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. (...)” (grifos nossos) (STJ, Resp 811.608-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007).

³²² “Agravo regimental. Decisão que assegurou o fornecimento à impetrante dos materiais necessários ao seu tratamento. É obrigação do Poder Público fornecer medicamentos a quem, deles necessitando, não reúna condições de aquisição, em obediência ao que dispõe o artigo 196, da Constituição Federal. A decisão cuidou de tutelar o direito à vida do doente, com repercussão no ‘mínimo existencial’, corolário da dignidade humana. Inexistência de maltrato aos bens públicos eleitos pelo legislador, pelo menos na intensidade a justificar a contracautela pretendida. Agravo não provido” (grifos nossos) (TJSP, AgReg 153.688-0/2, Plenário, Rel. Des. Celso Limongi, julgado em 19.12.2007).

³²³ Art. 79 dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

poderia ser tomado como integrante da garantia do mínimo existencial (ou, como refere o dispositivo constitucional, do “acesso a níveis dignos de subsistência”), contemplando os direitos fundamentais sociais à *saúde*, à *educação*, à *habitação* (ou *moradia*), à *nutrição* (ou *alimentação*), bem como *renda familiar mínima*, com o objetivo de proporcionar a melhoria da qualidade de vida da população brasileira. Também merece registro o art. 7º, IV, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre as necessidades básicas do indivíduo e de sua família que devem ser atendidas pelo salário mínimo, fazendo constar da sua redação como necessidades vitais do trabalhador e da sua família “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. É possível extrair dos dispositivos constitucionais citados um consenso (ao menos parcial) do conteúdo mínimo, em termos de prestações sociais, necessário a uma vida digna de ser vivida.³²⁴

Entre o *dever ser* da norma constitucional e o *ser* da realidade social brasileira, o mínimo existencial representa um marco político-jurídico consensual básico a respeito de um conjunto mínimo de direitos, sem o que o próprio contrato social resulta fictício, projetando o indivíduo para uma condição existencial sombria e indigna. A garantia do mínimo existencial representa um patamar mínimo para a existência humana, consubstanciando no seu conteúdo as condições materiais mínimas para a concretização do princípio-matriz de todo o sistema jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Para quem desse limite existencial, a vida (na sua dimensão físico-biológica ou estrita) pode ainda resistir, mas a existência humana não atingirá os padrões exigidos pela dignidade. Com efeito, a dignidade da criança e do adolescente somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável.³²⁵

3.3. Defensoria Pública, direitos fundamentais sociais das crianças e dos adolescentes e controle judicial de políticas públicas

(...) Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (...).³²⁶

³²⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), de modo similar, sinaliza para o possível conteúdo mínimo dos direitos sociais no seu Artigo XXV: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

³²⁵ SARLET, “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’...”, p. 572. Vide também SARLET, “Dignidade da pessoa humana...”, p. 59-60.

³²⁶ STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.04.2004, Informativo 345.

O mínimo existencial, na linha do que foi afirmado até aqui, caracteriza-se por ser um direito fundamental originário (definitivo), identificável à luz do caso concreto e passível de ser postulado perante o Poder Judiciário, independentemente de intermediação legislativa da norma constitucional e da viabilidade orçamentária, a confirmar a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais. Tal formulação está alicerçada justamente na caracterização da garantia do mínimo existencial como uma regra jurídico-constitucional extraída do princípio da dignidade humana a partir de um processo de ponderação com os demais princípios que lhe fazem frente, como, por exemplo, a separação dos poderes e o princípio democrático. De acordo com o modelo de ALEXY, que toma por base a ponderação dos princípios em colisão, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tenha um peso maior do que os princípios formais e materiais tomados em seu conjunto (em especial, o *princípio democrático* e o *princípio da separação de poderes*), o que ocorre no caso dos direitos sociais mínimos (ou seja, do mínimo existencial)³²⁷, tornando o direito exigível ou “justiciável” em face do Estado. Assim, o mínimo existencial dá forma a *posições jurídicas originárias*, detentoras de jusfundamentalidade e sindicalidade, não dependendo de intermediação do legislador infraconstitucional para se tornarem exigíveis.

Ao se entender como possíveis prestações básicas na área social exigíveis em face do Estado, especialmente em razão da conformação da garantia constitucional do mínimo existencial, um enfrentamento que se coloca diz respeito à *reserva do possível*, ou seja, as condições financeiras e previsão orçamentária do Estado para contemplar tais medidas, já que representam gasto de dinheiro público. No entanto, à luz da tese aqui defendida, no tocante aos direitos fundamentais sociais integrantes do conteúdo do mínimo existencial, o óbice da reserva do possível não pode fazer frente, pois tal garantia mínima de direitos consubstancia o núcleo irredutível da dignidade humana, e, sob nenhum pretexto, o Estado, e mesmo a sociedade (mas com menor intensidade), pode se abster de garantir tal patamar existencial mínimo.³²⁸ Não se pode opor à efetivação de tal garantia existencial mínima limitações jurídicas (dependência de normas infraconstitucionais) ou fáticas (o argumento da reserva do possível). A previsão orçamentária e possibilidade financeira não devem servir de barreira a impedir prestações (ou mesmo medidas de natureza defensiva) de natureza social quando incluídas no conteúdo da garantia constitucional em questão, possibilitando, dessa forma, a sua justiciabilidade (direta e imediata) em face do Poder Judiciário. Apenas as medidas prestacionais sociais não incluídas no conteúdo do *mínimo existencial* estarão subordinadas ao princípio orçamentário da reserva do possível. Tratando-se de medida necessária a salvaguardar o mínimo existencial, a eficácia normativa da regra constitucional em questão é extraída de forma direta e imediata a partir do comando constitucional consubstanciado nos artigos 1º, III, e 6º, caput, autorizando o Poder Judiciário a fazer valer tais direitos desde logo, independentemente da viabilidade orçamentária e da mediação legislativa. Tal consideração, à luz do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, também encontra suporte na *força normativa e eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais* que compõem o núcleo protetivo da dignidade humana.

Com relação à suposta “invasão” do Poder Judiciário no âmbito das funções constitucionais conferidas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, é importante destacar que a atuação jurisdicional só deve se dar de

³²⁷ ALEXY, “*Teoría de los derechos fundamentales...*”, p. 499.

³²⁸ Tal óbice, como afirma CUNHA JÚNIOR, poderia também ser afastado com base no entendimento de que o Poder Judiciário poderia condenar o Estado a inserir no orçamento do exercício seguinte a previsão da despesa necessária ao cumprimento da ordem judicial que lhe impôs, como, por exemplo, a obrigação de construir e fazer funcionar adequadamente uma escola pública. CUNHA JÚNIOR, “*Curso de direito constitucional...*”, p. 703.

maneira excepcional e subsidiária, já que cabe, precipuamente, ao legislador o mapeamento legislativo de políticas públicas sociais e, posteriormente, ao administrador a execução de tais medidas.³²⁹ Agora, diante da omissão e descaso do órgão legiferante ou do órgão administrativo em cumprir com o seu dever constitucional, há espaço legitimado constitucionalmente para a atuação do Poder Judiciário no intuito de coibir, à luz do caso concreto, violações àqueles direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, já que haverá, no caso, o dever estatal de proteção do valor maior de todo o sistema constitucional, expresso na dignidade da pessoa humana. Na esteira da doutrina dominante, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.³³⁰

À luz da doutrina do direito administrativo moderno e “constitucionalizado”, por trás da idéia de “poder” conferido ao Estado há que se ter em conta também um “dever” ou “poder-dever”³³¹, que deve necessariamente ser compatível com os valores fundamentais do sistema constitucional, ainda mais quando se tem em vista os deveres de proteção dos direitos fundamentais conferidos ao Estado. Tal constatação tem em conta o enfrentamento de possíveis arbitrariedades estatais, bem como a redução da margem de discricionariedade do Executivo, amarrando a sua atuação à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não apenas ao interesse estatal. De tal sorte, o princípio da separação de poderes representa uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado, sendo, no mínimo, contraditório que tal princípio seja invocado pelo governante justamente para negar a concretização de um direito fundamental e impedir o controle judicial da omissão estatal no cumprimento de um dever constitucional de proteção.

Portanto, diante da ocorrência de omissão estatal para com o seu dever constitucional de assegurar o exercício da garantia constitucional do mínimo existencial à criança e ao adolescente, com vistas inclusive ao princípio da prioridade ao atendimento às suas necessidades (art. 4º do ECA), estará autorizado o Poder Judiciário a corrigir tal descumprimento do comando constitucional. Com tal premissa, poderá ser imposta à Administração a adoção de medidas negativas (cessar a atividade estatal lesiva à saúde, à educação, à moradia, etc.) ou mesmo prestacionais (fornecer medicamento ou tratamento médico, implementar rede de esgoto, garantir acesso à água potável, garantir vaga em creche ou escola, etc.) para garantir o exercício do direito fundamental ao mínimo existencial. Quanto aos entes estatais legitimados constitucionalmente para corrigir tais situações perante o Poder Judiciário, destaca-se o papel constitucional da Defensoria Pública, já que, na grande maioria das vezes, quando da violação à garantia do mínimo existencial, as crianças e adolescentes atingidos certamente comporão o quadro pobre e marginalizado da população brasileira. Para levar a cabo tal tarefa constitucional, a Defensoria Pública poderá valer-se tanto de

³²⁹ Nessa linha, SANTOS afirma que a redemocratização e o novo marco constitucional dão uma maior credibilidade à via judicial como alternativa para alcançar direitos, o que, especialmente no caso do direito à saúde (fornecimento de medicamentos), se dá através da substituição do sistema administrativo pelo sistema judicial, já que o primeiro deveria ter garantido o acesso a tal direito, mas não o fez, cabendo ao Poder Judiciário, portanto, suprir tal omissão (p. 18-19). Com base em tal ideário, o sociólogo do direito português destaca justamente a atuação da Defensoria Pública como essencial ao acesso à justiça e ao Judiciário da população carente, o que, como faz questão de evidenciar, resultou consagrado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (p. 24-25). SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

³³⁰ Cfr. SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, p. 366-387.

³³¹ Sobre a idéia de *dever discricionário* (e não poder discricionário!) como “eixo metodológico” do Direito Público, é lapidar a lição de BANDEIRA DE MELLO: “é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15.

uma tutela individual quanto de uma tutela coletiva, a depender da expressão social de cada caso concreto de violação dos direitos fundamentais sociais das crianças e adolescentes.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Coleção Filosofia (N. 177), 2004.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual*. Volume 4 (Processo Coletivo). Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (Tradução da 20.ed. alemã). Porto Alegre: SAFE, 1998.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. "Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana". In: *Revista dos Tribunais*, Vol. 797, Março, 2002, p. 3-24.

KUNTZ, Rolf. "A redescoberta da igualdade como condição de justiça". In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-155.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2.ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Coleção Pensamento Social-Democrata. Brasília: Instituto Teotônio Vilela/Editora Ática, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296-387.

_____. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 551-602.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-46.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA

- “O INÍCIO DE UMA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA NA JUSTIÇA”-

Uma história real que virou projeto de Educação em Direitos

Lucio Mota do Nascimento

“É fundamental diminuir a distância entre o que se diz e o que se faz, de maneira que, em um dado momento, a sua fala seja a sua prática.” (Paulo Freire)

I- Como Tudo Aconteceu

Quando a aurora surgiu, seus raios apontaram, dizendo: mais um dia está para começar. Contudo, acontecimentos, ao final daquele dia, mostrariam que não seria um dia qualquer. Era uma terça-feira do outono bandeirante. Esse dia da semana é daqueles em que a demanda que espero no meu ofício e para qual me dirijo, logo pela manhã, é as das mais cheias.

Meu destino era o taciturno Fórum da Infância e Juventude Infracional, localizado na rua piratininga, numa antiga Escola Estadual, lugar em que o Estado substituiu o sorriso pelo choro, a formação do homem pela marca da punição.

Nesse espaço de labuta diária, o Estado-Juiz apresenta à sociedade e suas instituições uma reposta à infração supostamente praticada por adolescentes.

Sou Defensor Público do Estado de São Paulo. Meu papel nesse cenário jurídico-social é levar aos adolescentes em conflito com a lei, a defesa combativa e intransigente ao cumprimento das garantias legais e constitucionais, em outras palavras, é assegurar o fiel cumprimento do Estado Democrático e Social de Direito.

Nesse dia, como de costume, fui até a sala 115, local em que adolescentes e responsáveis aguardam as audiências. Nesse espaço tenho o hábito de me apresentar aos assistidos e dizer qual é minha função. Bom, quando comecei a falar, por volta de 14 horas, o céu subitamente escureceu, já não reluzia. Durante minha breve fala, na verdade uma apresentação, observei que os poucos segundos que levei, foram todos eles direcionados à linda presença que se fazia naquele ambiente. Figura simples, tal como sua vestimenta, por outro lado, arrojada. A graciosa figura, representante da vida em plenitude, desvelou a mim um sofrimento e desesperança.

O porta-voz desses sentimentos, o protagonista de nossa história, era um jovem negro de 17 anos, bonito, traços bem definidos, olhar persuasivo e que trazia consigo a expressão do abandono. Em seu recôndito, o socorro gritava. Era como o ouvisse: “Estou aqui”.

Não pude me furtar a esse “chamado”. O seu reclame era forte, dominador, a ponto de exigir que os meus olhos fixassem os seus, a espera de uma correspondência, que mais tarde se apresentou, a mim, como acolhimento.

Ao terminar a apresentação e me dirigir à porta de saída, a coragem disse não ao esquecimento. Humildemente, ao contrário, dos muitos que se encastelam em suas instituições, seguro e articulado, o jovem não se calou e em bom tom disse: “Doutor, estou aqui nessa sala já tem um bom tempo e com muita fome. A impressão que tenho é que as pessoas daqui não se importam com a gente”.

Fiquei atônito, sem reação, as duas cores que se viam em minha feição, eram aquelas que simbolizam nas relações sociais um ruim estado clínico e o sentimento de vergonha. O amarelo e o vermelho do Estado, representado em mim, mascaravam o preto e branco da minha atuação, em cristalino contraste com o colorido do lindo negro que reluzia em minha frente. Naquela troca de

olhares, o Estado foi jogado ao chão, revelando sua ineficiência na responsabilidade de transformar pobreza em cidadania. Não sabia o que dizer naquele momento. O adolescente estava sedento e ávido de uma resposta que o satisfizesse e respondesse a sua aflição. Eu, perdido e confuso, o que fiz? Dei um “até logo” e me despedi, vergonhosamente, de cabeça baixa, desejando boa sorte a todos. Essa atitude, ao mesmo tempo, demonstrava: a falência do Estado em seus objetivos, a minha inoperância enquanto agente público de transformação social, mas, nas entrelinhas, dizia que o desamparo estava em seu momento terminal.

Ah, o adolescente? Transmitiu a desesperança e o descrédito com o sistema de justiça. A maneira que encontrou de veicular esses desalentos, foi gesticulando os braços e dizendo não com a cabeça.

A minha próxima tarefa em seguida, ao sair daquele desespero que me encontrava, era fazer as audiências, oferecendo defesa àqueles que não podem custear um advogado particular. Cheguei atordoado na sala. Os operadores do Direito que lá estavam, interrogaram-me: “Doutor está com alguma coisa? Respondi em fuga e desolado: “Sim, estou com uma forte dor de cabeça”. A imagem do jovem questionador me perturbava. Sabia, porém, que não poderia fugir daquele menino. Sua perseguição atingira o ponto mais fraco do indivíduo que se questiona sobre o seu papel social numa seara como essa, sua consciência cidadã.

As audiências se desenvolviam, eram muitas naquela terça-feira. Nesse dia, a pauta, geralmente, fica abarrotada. Havia feito, aproximadamente, dez audiências com adolescentes internados provisoriamente, quando, de repente, emergiu “o doce martelo” a incomodar a consciência do Defensor Público.

Fiquei estupefato, era, de novo, o lindo jovem negro, o colorido de uma cor só. Desacompanhado de seus pais, se encontrava rodeado de interrogações. Aquele arrojo sem arrogância que havia deparado há quase duas horas estava mais uma vez a me perseguir.

Apresentamo-nos. Seu nome, Robson. Nesse momento, os olhos do surpreendente “moleque” faziam pular o desamparo. Suas mãos, suadas, falavam para o Estado, que ele, estava sendo falho na sua responsabilidade de construir a cidadania. Mas não sabia aquele bom menino, que sua força e sua contestação estavam por criar uma profecia. Conversei com Robson e falei do que se tratava aquela audiência. Com muita convicção, confessou que havia praticado um ato infracional de receptação. Então, expliquei o que poderia acontecer. Como Robson era confesso, primário e o ato que praticou não era grave, recebeu medida de Liberdade Assistida.

Na audiência, o corajoso menino encantou a todos com sua postura, articulação e capacidade de interação. Ao final da audiência, coube, a mim, explicar-lhe que era a medida de Liberdade Assistida. Naquela hora, estava sendo oportunizado, a mim, não a redenção, mas um pequeno espaço para conhecer o sentimento de um jovem criador de novas consciências. Robson estava em completa dissonância com as cores daquela tarde. O brilho de seu olhar embriagou os mais frígidos corações que se encontravam na sala. À medida que ia lhe explicando, o sorriso do bom moleque dava novos ares àquela tristonha sala, preenchendo-a com o gosto da juventude e da vida. Ele, ao saber que havia recebido a sobredita medida socioeducativa, brindou-me com um forte e caloroso abraço de agradecimento. Não sabia ele que sua ousadia haveria de transformar para muitos outros meninos, angústias em paz. A mim, só restou-lhe agradecer pelo meu despertar. “Obrigado garoto”. A euforia de Robson era muito grande, mas recebeu, atentamente, os meus dizeres. Querêr-lhe-ia ter dito muitas outras coisas, mas era o momento da liberdade sem aprisionamento. Interiormente lhe desejei: “Que você bom garoto tenha uma estrada florida como a

linda borboleta que sai do casulo de asas tão coloridas, de surpresas e descobertas. Vá, é a liberdade já quase perfeita”.

Despedimo-nos entusiasmados.

Robson era a vida em pessoa. Desceu as escadas do fórum alegremente. Na verdade, pra mim, não usou os degraus, não precisou. Robson, voou como até hoje o faz em sua história de vida. Às vezes, no fórum, estou entranhado com os processos e toca o telefone. “Olá doutor, como vai o senhor?” É Robson. No telefone trocamos uma série de conversas e continuo a perceber que o garoto bate muito bem as asas. Hoje, Robson terminou os estudos, está empregado, tem um filho e mora com sua companheira.

Ora, o que foi feito com o tesouro deixado por Robson?

No Fórum da Infância e Juventude Infracional, pela Defensoria Pública, foi criado o Projeto de Educação em Direitos “CONHECER”, o início de uma verdadeira revolução democrática na justiça.

Mas, afinal, qual foi o tesouro deixado pelo grande Robson? O que é o Projeto “Conhecer”?

II- Linhas Gerais

São diversos os obstáculos que o país tem para assegurar a aplicação dos direitos. Entre as muitas dificuldades, pode-se apontar o desconhecimento dos direitos e, por conseguinte, o quanto são desrespeitados. Sendo a educação uma poderosa ferramenta dos homens no trabalho de transformação da sociedade contemporânea, a partir de novos modos de percepção do mundo e novos modelos de comportamento, é imprescindível o seu manuseio.

Com esse trabalho se propõe a enfrentar o desafio de levar, através de uma prática pedagógica horizontal e participativa, o conhecimento de direitos, de forma a promover a emancipação dos cidadãos das populações mais excluídas.

Observou-se ao longo de quase dois anos uma demanda que precisava ser trabalhada pela Defensoria Pública, concentrada, especificamente, na sala 115, nas dependências do Fórum.

Cumprido, inicialmente, esclarecer que demanda é essa: todos os dias, dezenas de usuários de diversos lugares de São Paulo (a grande maioria composta por adolescentes e seus respectivos responsáveis) chegam ao Fórum Criminal da Infância e Juventude, localizado na Rua Piratininga nº 105, Brás, São Paulo-SP. Aportam ao prédio com o anseio de, no fundo, terem o acesso pleno à justiça.

Grande parte desses usuários ocupa linha da pobreza. Outros muitos situam na linha da miséria. Como se observa, a “grande massa” é usuária dos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo³³². A pobreza que assola esse imenso grupo manifesta-se em diversos aspectos. Falta o pão? Sim, o mesmo acontecendo com o feijão e o arroz, porém não

³³² Defensoria Pública do Estado de São Paulo é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, dos necessitados, assim, considerados na forma da lei.

faltam somente esses imprescindíveis tesouros materiais. Eles carecem, hoje, também, daquilo que se convencionou chamar de emancipação cidadã. Essa libertação que bradamos é o tesouro do conhecimento, a educação. A educação, como defendeu Paulo Freire, é um instrumento de libertação dos oprimidos, constituindo-se uma poderosa ferramenta para intervir no mundo (Brandão, 2005: 07-113).

Esses que procuram a justiça, na sua maioria não vêem seus direitos respeitados e efetivamente consagrados, o que significa uma denegação à justiça, portanto, é preciso considerá-los. A nova cultura jurídica é exigente conosco, de maneira que o acesso mudará a justiça que se tem acesso. Dessa forma, a Educação em Direitos apresenta-se como um dos mecanismos de transformação do sistema jurídico (Santos, 2007: 114).

Ora, se não possuem uma das chaves da liberdade chamada educação, é preciso encontrar quem a ofereça, pois as amarras afligem, angustiam, calam e, por conseguinte, sufocam. Não identificamos na Educação em Direitos, caridade e nem filantropia, em outras palavras, não queremos, com ela, ser paternalistas ou ganhar o rótulo de assistencialistas. Entendemos que com a Educação em Direitos podemos figurar como instrumentos para aqueles que se sentem impotentes para reivindicar direitos quando são violados. Aprender a saber é liberdade.

Destarte, o que propomos com esse novo mecanismo de acesso à justiça chamado Educação em Direitos?

Um grande número desses usuários da justiça vai ao palco da resolução dos conflitos por receberem um “chamado”. Ao perceberem que a Justiça Criminal que falar com eles, por acreditarem, vão para lá, mas, ainda, apenas como plateia. Muitos deles vão para onde chamaremos de: “A Alforria”³³³, ou seja, a sala 115, sala de espera, local em que aguardam, inquietamente, as audiências.

A alforria, de segunda a sexta, fica abarrotada de pessoas. Mas ali, também, ficam dúvidas, angústias, aflições, isto é, um conjunto de emoções não trabalhadas, à espera para serem atendidas.

Essas emoções esperam audiências que marcam o procedimento do processo do conhecimento. O que parece simples para nós, indivíduos, na sua maioria, com linguagem esotérica, presença arrogante, maneira cerimonial de se vestir e edifícios esmagadores, revela-se altamente complexo para aqueles que se encontram “na caverna”³³⁴.

É nessa escuridão que a Educação em Direitos entrou. Busca-se todos dias, no momento mais cheio da alforria, levar as luzes do conhecimento, do humanismo e da dignidade para que a justiça não seja, para aqueles que mais precisam dela, um mito. O Defensor, durante 30(trinta) minutos, didaticamente, chega à sala para: (i) explicar o que é Defensoria Pública; (ii) esclarecer aos usuários da Defensoria Pública a sua participação e como funciona o procedimento afeto ao processo do conhecimento das Varas Especiais da Infância e Juventude; (iii) que em cada Vara

³³³ Alforria era o nome dado era o nome dado a libertação dos escravos no Brasil e em outras colônias européias nas quais foi implantada a escravidão. A principal fonte de escravos eram africanos capturados em suas terras e trazidos nos chamados navios negreiros. A palavra alforria é originalmente árabe, que pronuncia-se “al horria”, que quer dizer “a liberdade”.

³³⁴ Alegoria da caverna é uma parábola escrita pelo filósofo Platão, na Obra República (livro VII) para exemplificar como se dá a passagem da escuridão para a luz. O conhecimento dialético é uma das formas para sair da caverna.

existirá um Defensor Público para prestar o serviço e que os usuários poderão entregar ao mesmo os possíveis documentos que comprovam as circunstâncias pessoais.

É mister do Defensor Público do Estado de São Paulo ministrar educação em direitos, informando, conscientizando a população excluída a respeito dos seus direitos e garantias fundamentais.

Abordar o acesso à justiça, princípio constitucional, é utilizar-se de sinonímia para ocultar Defensoria Pública, instituição que compõe o “Tripé da Justiça”, com fundamentos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalidade, e da redução das desigualdades sociais e regionais.

À Defensoria, como veículo importante na implementação de direitos, atribui-se a função de conscientizar, com um atendimento digno e humano àqueles que buscam os seus serviços.

Quando lembramos de uma Defensoria Pública tradicional, distante da perspectiva da nova cultura jurídica, imaginamos aquele movimento, qual seja, do usuário entrando nas dependências de um fórum procurando uma resposta à sua demanda. Numa primeira lembrança, se tivermos uma percepção rasa, isto é, Defensoria Pública na defesa e orientação daqueles que não podem financiar um advogado particular, vamos somente atender sua preocupação jurídica, primando pela diligência. Todavia, se lançarmos sobre o usuário, um olhar nos abissais d’alma, enxergaremos um mar de emoções a serem atendidas e balsamizadas. Não é preciso esperar a angústia, a aflição, o estresse, o desequilíbrio, enfim, o sofrimento, para ir até o outro. Compete, também, à Defensoria Pública o movimento reverso, porquanto o Estado deve estar onde existe o conflito, a dor, o desespero, socorrendo àqueles, que por falência de diversas instituições, não têm vez e voz. Existem barreiras entre eles e o sistema de justiça. Algo está desconectado. Cabe a nós, por meio da educação em direitos, cumprir a função de modo que possibilite a eles se reconectarem a um estado mais digno onde se vejam e se compreendam com mais valor para si próprios e para comunidades das quais fazem parte.

Atenta à preocupação do assistencialismo, a Educação em Direitos deve envidar esforços emancipatórios na busca de alternativas para tornar mais acessíveis as instituições, que frequentemente são hierárquicas e não-democráticas, no entanto, isso não basta. Faz-se necessário, também, uma educação em direitos dinâmica que considere como premissa o fenecimento do oprimido de modo que esteja pronto para ao longo do tempo se tornar suscetível do pleno exercício da cidadania (Meintjes, 2007: 124).

III- Linha Pedagógica

A educação em direitos que ora se apresenta tem como educador social o Defensor Público³³⁵. Muito embora sua formação seja exclusivamente jurídica, para educar em direitos faz-se imperioso o domínio da pedagogia e, naturalmente, a adoção de uma linha pedagógica, porquanto quando se propõe à arte de ensinar, o Direito passa a ser o meio do fim educação.

³³⁵ Agente Político, Bacharel em Direito, que prestou concurso público com a finalidade de atuar na defesa daqueles que na podem, nos termos da lei, custear um advogado particular.

O objetivo de nossa prática pedagógica, como se observou em linhas gerais, é a realização de uma educação em direitos para o exercício da cidadania. Para se alcançar esse objetivo utilizar-se-á como estribo a pedagogia da emancipação de Paulo Freire.

Freire propõe uma educação problematizadora em completa dissonância com a tradicional prática de educação que ele denominou de “educação bancária”³³⁶. A construção do conhecimento na concepção educacional freiriana consiste na implementação de uma metodologia capaz de interagir educador e educando, promovendo, nos dois, um potencial de libertação.

Uma educação em direitos exitosa exige alternativas de maneira que a relação educador-educando saia de uma relação diagonal para uma relação horizontal.

“Freire entende os humanos como seres dinâmicos e que se relacionam, que podem intervir na realidade para modificá-la. Assim a construção de conhecimento deve ser vista com um processo de interação contínua entre diferentes indivíduos e seu mundo objetivo, e, portanto, os seres humanos adquirem identidade e passam a conhecer a si mesmos por meio de sua interação com o mundo.” (Freire *apud* Meintje)

Com essas palavras fica evidenciado que não basta oferecer uma educação em direitos que permita conhecer a realidade, é preciso despertar o processo de conscientização, capacidade crítica e de ação. Freire assim descreve esse processo:

“Conscientização refere-se ao processo pelo qual os homens – não como recebedores, mas como sujeitos que detêm conhecimentos – conquistam uma profunda consciência, tanto da realidade sociocultural que molda suas vidas como de sua capacidade de transformar aquela realidade.” (Freire *apud* Meintje)

Ao adotarmos uma pedagogia emancipadora (progressista) e, automaticamente, sairmos da vala comum, qual seja, uma educação conservadora, fizemos opção de uma intervenção social que ocorre no sentido de uma verdadeira humanização do homem. Isso significa que essa metodologia é desprovida de imposição e manipulação, na qual a hierarquia do ambiente educacional é trocada pelo encontro dialético.

A ideia de educação em direitos que estamos propondo é cooperativa, educador e educando são indivíduos inacabados que, considerando a relação, os sujeitos envolvidos no processo, bem como a realidade, constroem o conhecimento para que depois, no desenvolvimento do processo de libertação, possam reverberá-lo.

“Paulo Freire pensou em um método de educação construído em cima da ideia de um diálogo entre educador e educando, onde há sempre partes de cada um no outro, não poderia começar com o educador trazendo pronto, do seu mundo, do seu saber, o seu método e o material da fala dele. Um dos pressupostos do método é a ideia de que

³³⁶ Prática de educação em que os educandos são depósitos nos quais os professores jogam as informações que devem ser memorizadas. Os alunos são considerados receptores passivos de informações.

ninguém educa ninguém e ninguém educa sozinho. A educação que deve ser um ato coletivo, solidário – um ato de amor, dá para pensar sem susto – não pode ser imposta. Porque educar é uma tarefa de trocas entre pessoas e, se não pode ser nunca feita por um sujeito isolado (até a auto-educação é um diálogo à distância), não pode ser também o resultado do despejo de quem supõe que possui todo o saber, sobre aquele que, do outro lado foi obrigado a pensar que não possui nenhum. De um lado e de outro do trabalho em que se ensina e aprende, há sempre educadores-educandos e educandos-educadores. De lado a lado se ensina. De lado a lado se aprende. (Brandão, 2007: 21-22)

Diuturnamente encontramos leituras sociais herméticas e perfunctórias, que por negarem uma comunicação com o real, tornam-se arbitrarias e preconceituosas. Na concepção freiriana ensinar exige uma epistemologia e o reconhecimento da realidade a partir do sujeito, das suas significações, identificando suas fragilidades, o que em outros termos, desvela respeito pela comunidade.

Essa comunicação do educador com a realidade é a sua preparação técnica, fundamental para a construção do saber. É o retrato da realidade que desafiará o educador, exigindo-se dele ousadia para modificá-la.

O conhecimento da realidade segundo Paulo Freire se desenvolve sobre alguns eixos, a saber: levantamento do universo vocabular, palavras geradoras, temas geradores e círculos culturais (Brandão, 2007: 07-113).

Neste trabalho, analisá-los um a um, é escapar de seu desiderato, cumprindo destacar, que tais eixos são descobertas que emergem da comunicação que o educador estabelece com a realidade.

Essa característica de comunicação do educador com a realidade não obstante simbolizar respeito, é tradução de um princípio fundamental da intervenção social, o amor. Como dizia Paulo Freire, “ama-se na medida em que se busca comunicação, integração com os demais.”

O formato do ambiente educacional é um elemento a considerar, na educação em direitos que imaginamos. Classifica-se os formatos educacionais em: educação formal (educação realizada em ensino fundamental e médio), não-formal (educação desenvolvida com grupos fora do ambiente educacional tradicional) e informal (uma educação empregada por meio de símbolos etc). Diante do objetivo que nos propomos, a educação não-formal é a que melhor oferece as condições e vantagens para o desenvolvimento da educação em direitos. Cumpre registrar alguns de seus benefícios: (i) os educadores não precisam se adaptar aos métodos pré-determinados da educação formal. (ii) esse ambiente permite a abordagem multidisciplinar; (iii) possibilita a maior criatividade com dos educadores, inovando em experiências ricas e produtivas (Meintje, 2007; 135-136).

O ambiente não-informal é o formato mais desejável para uma pedagogia de educação em direitos emancipadora, pois permite que educadores e educandos se transformem. Nesse espaço a hierarquia é substituída por relações de diálogos horizontais, o educador ganha outra feição: torna-se um bom ouvinte, mais amoroso, mais tolerante e mais humilde.

IV- Considerações Finais

Observa-se que a prática pedagógica-progressista, não se faz apenas com a técnica. Como foi sugerido, idéias, conceitos abstratos são importantes, todavia a integração com a realidade e a capacitação do educador, faz da educação, forma de intervenção no mundo, um jeito mais humano de ensinar-aprender.

A Defensoria quer ir ao encontro daqueles que guardam em seu recôndito o sentimento do desprezo, do esquecimento, vale dizer, do incômodo de que com eles ninguém se importa, mas, concomitantemente, reconhecê-los como agentes da história.

As pessoas não podem viver como se fossem um mero acidente, sem parecer haver um significado, uma importância no seu modo de viver. Os homens não podem viver sem uma experiência de significação, sem sentir que contribuem de modo relevante para o mundo, que são necessários para a existência, que estão realizando algo significativo, que não são apenas um fenômeno inútil, que são acidentais.

Assim, propõe-se, com esse projeto, fazer da educação em direitos, conforme preceituam o Estatuto da Criança e Adolescente (artigos 3º, 4º e 53), a lei orgânica³³⁷ e a Carta Maior, veículo de libertação e emancipação cidadã, mais especificamente, na sala de espera, a chave para gaiola das emoções angustiadas.

E lembrar que tudo isso começou com a provocação de um menino que, com seu arrojo, ajudou a aumentar a coragem das pessoas que procuram o sistema de justiça. Acredita-se que após essa prática pedagógica, elas mostrar-se-ão mais capazes para arriscar o conhecido em nome do desconhecido e o familiar pelo não-familiar.

Hoje, com quatro meses de projeto “CONHECER”, temos auferido alguns resultados assaz importantes, como demonstra, por exemplo, a opinião dessa mãe, a qual se faz questão de reproduzir as palavras:

“Quero parabenizar a Defensoria deste fórum. Os defensores e seus auxiliares, demonstram carinho e esperança para nós familiares, de jovens infratores. Eu como mãe e ciente da educação que dei ao meu filho sinto-me um lixo ao adentrar em uma sala aonde não sei como serei recebida. Infelizmente meu filho A. A., não seguiu os meus ensinamentos, mas Deus mostrou o quanto é maravilhoso colocar o Doutor Lúcio, Doutora Rose, enfim todos da Defensoria ao meu lado, sendo eu tratada, como gente. Que Deus os ilumine nesta linda jornada e que nada os faça desistir de serem os advogados de Deus. Quando estamos doentes de em-cima de uma cama nos tornamos todos iguais. Disso eu bem sei, pois já cuidei desde milionário a mendigos e o que aprendi é que somos todos iguais. Um abraço a todos e que Deus esteja sempre ao lado de vocês com essa missão linda a qual o nome já se faz “Defensor Público”. (M. S. O. – 17/04/2009, 14:30 h)

Efetivar cidadania é ensinar responsabilidade e preparar pessoas para estarem prontas para responder. Quando o outro chama, você tem que estar pronto não para acatar nem para discutir, mas para dialogar.

³³⁷ Lei complementar estadual de São Paulo datada de 09 de janeiro de 2006, responsável pela organização da Defensoria Pública do Estado e instituição da carreira de defensor Público do Estado.

É preciso acreditar num amanhã melhor. Como diz Eduardo Galeano:

“Ela anda dois passos, eu ando dois passos. Ela anda dez passos, eu ando dez passos. Ela está no horizonte. Por mais que eu caminhe jamais eu a encontrarei. Para que serve a utopia então? Serve para caminhar.”

Não queremos apenas vender sonhos, queremos vivê-los.

Recentemente, noutra ligação com o jovem Robson, revelei que foi responsável pelo início de uma Revolução Democrática na Justiça, ajudando a transformar a vida de milhares de outros adolescentes. O bom menino sorriu, não acreditando do que foi capaz de realizar. Terminou a conversa dizendo que um dia voltaria para comprovar sua profecia.

Despedimo-nos, dizendo: até breve!

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo lhe é grata Robson.

Muito obrigado!

Referência Bibliográfica:

Brandão, Carlos Rodrigues. O Que é Método Paulo Freire. São Paulo. Brasiliense, 2005

Freire, Paulo. Pedagogia da Autonomia. São Paulo. Paz e Terra, 1996.

Freire, Paulo. Pedagogia do Oprimido, Rio de Janeiro. Paz e Terra, 2005.

Meintjes, Garth. Educação em Direitos Humanos para o Século XXI. São Paulo. Edusp, 2007.

Santos, Boaventura Souza. Para uma Revolução Democrática na Justiça. São Paulo. Cortez, 2007.