



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO I

Nº 1

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 1.120 exemplares

Conselho de Supervisão de Juízes da
Infância e da Juventude — CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, novembro de 2003.

Expediente

Coordenação-Geral: Conselho de Supervisão dos Juízes da Infância e da Juventude – CONSIJ

Elaboração: Dr. Daltoé Cezar, Juiz de Direito do 2º Juizado da Infância e da Juventude.

Impressão: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques - DAG/TJ

Editoração: Marcos Felipe Gräwer - DAG/TJ

Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedor-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003 –

Quadrimestral

1. Menor – Juizados da Infância e Juventude – Periódico I. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça.

CDU 347.157(05)

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca do TJRS

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Desembargador JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO
Presidente

Desembargador ÉLVIO SCHUCH PINTO
1º Vice-Presidente

Desembargador OSVALDO STEFANELLO
2º Vice-Presidente

Desembargador CARLOS ALBERTO BENCKE
3º Vice-Presidente

Desembargador MARCELO BANDEIRA PEREIRA
Corregedor-Geral da Justiça

Conselho de Supervisão dos Juizados da Infância e da Juventude – CONSIJ

Desembargador MARCELO BANDEIRA PEREIRA
Presidente

Dr. AMADEO HENRIQUE RAMELLA BUTTELLI
Vice-Presidente

Juizado Regional de Porto Alegre

Dr. BRENO BEUTLER JÚNIOR

Dr. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR

Dr. LEOBERTO NARCISO BRANCHER

Juizado Regional de Osório

Dra. CLÁUDIA JUNQUEIRA SULZBACH

Juizado Regional de Passo Fundo
Dr. CLÓVIS GUIMARÃES DE SOUZA

Juizado Regional de Novo Hamburgo
Dr. JOEL SANI SCHEVA

Juizado Regional de Pelotas
Dra. MARIA DO CARMO MORAES AMARAL BRAGA

Juizado Regional de Santo Ângelo
Dr. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

Juizado Regional de Santa Cruz do Sul
Dr. CLEBER AUGUSTO TONIAL

Juizado Regional de Caxias do Sul
Dr. SÉRGIO FUSQUINE GONÇALVES

Juizado Regional de Santa Maria
Dra. KARLA AVELINE DE OLIVEIRA

Juizado Regional de Uruguaiana
Dra. ROSMARI GIRARDI

SUMÁRIO

II Encontro Estadual de Juízes da Infância e da Juventude e Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da Área de Família – Programa	7
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Artigos de Doutrina:

Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil. Nem Direito Penal máximo, nem abolicionismo penal – João Batista Costa Saraiva	17
Situação de Risco = Situação Irregular. Por uma questão de princípios	22
Cartas – Breno Beutler Júnior	27

Jurisprudência:

Criminal	35
Cível	37

Sentenças:

Porto Alegre – 2ª Vara da Infância e da Juventude – José Antônio Daltoé Cezar	41
Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Comarca de Goiânia – Goiás. Juizado da Infância e da Juventude – Maurício Porfírio Rosa	56
Vara dos Registros Públicos – Antônio C. A. Nascimento e Silva	59

II Encontro Estadual de Juízes da Infância e da Juventude e Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da Área de Família

Data: 30-11 a 02-12 de 2003

Local: Hotel Laje de Pedra – Canela

PROGRAMA

O presente programa foi elaborado com base nas sugestões encaminhadas pelos magistrados em resposta à consulta realizada durante a organização dos encontros.

Dia 30 de novembro – Domingo

- 20h Solenidade de Abertura
 Des. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO, Presidente do TJRS
 Des. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, Corregedor-Geral da Justiça
- 21h Jantar de confraternização

Dia 1º de dezembro – Segunda-feira

FAMÍLIA

- Manhã: Painéis
 1º Painel:
 8h45min às 10h *“Questões Controvertidas de Direito de Família no Novo Código Civil”*
 Palestrante: Des. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA
- 10h às 10h30min Debates
- 10h30min às 10h45min Café
- 10h45min às 12h30min Trabalhos em Grupo
- 12h30min às 14h Almoço

Tarde	
14h às 15h30min	Trabalhos em Grupo
15h30min às 17h15min	Plenária sobre a jurisdição da família e o Novo Código Civil. Apresentação e votação das conclusões dos Grupos de Trabalho, com a participação dos Desembargadores integrantes das Câmaras com competência nessa área.
17h15min às 17h30min	Café
2º Painel: 17h30min	Testes de paternidade. Cálculos de probabilidade: interpretação dos dados Palestrantes: Prof. ROBERTO GIUGLIANI e Profª MARIA LUIZA PEREIRA (UFRGS)

GRUPOS DE TRABALHO

Os Juízes da área de família formarão grupo único, para debater os temas que serão suscitados na palestra do Prof. Sérgio Gisckow Pereira, e outros que os próprios participantes suscitarão.

Grupo 01 – Vara Regional de PASSO FUNDO (30 participantes)

Mediador: Juiz-Corregedor

Facilitadores: Dr. CLÓVIS GUIMARÃES DE SOUZA, Juiz da Vara Regional de Passo Fundo; Dr. EUGÊNIO COUTO TERRA, Juiz designado – Projeto Justiça Instantânea de Porto Alegre; Dra. VERA DEBONI, Juíza de Direito Substituta da 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre

Temas

1Cv – Declaração de concordância com o encaminhamento para adoção: art. 166 do ECA: manifestação de vontade, em procedimento de jurisdição voluntária, bastando homologação judicial, com transcurso de prazo recursal de 10 dias? Ou, após oitiva dos pais e estudos necessários, lançar sentença declarando extinção do pátrio poder? Oitiva do suposto pai? Conseqüências dos novos dispositivos do Código Civil.

2Cv – Execução judicial de medida de abrigo: formalização de procedimento judicial? Fluxo de comunicação do abrigo: necessidade de regulamentação pelo Juiz de prazos e formas de comunicação

(ex. POA. Feito abrigo pelo CT, em 48h, abrigo informa o recebimento do abrigado e é formado processo próprio de execução de abrigo. Decorridos 30 dias, prorrogáveis por mais 30, o feito é remetido ao MP para providências: ajuizamento de ação de destituição/suspensão do pátrio poder; pedido de revisão da medida de abrigo; encaminhamento para aplicação de medida protetiva pelo CT e, então, o feito é arquivado. JIJ/POA não executa medidas de proteção).

* Está disponível programa de informática para acompanhamento da medida de abrigo junto à 2ª Vara do JIJ/POA.

- 1AI** – Instituto da prescrição: possibilidade de aplicação à luz da CF? Prazos?
- 2AI** – Homologação de remissão cumulada com medida socioeducativa, concedida pelo MP, sem presença de defensor: possibilidade? Modificação, pelo Juiz, da medida socioeducativa estabelecida pelo MP em sede de remissão: possibilidade? Obrigatoriedade de remeter ao Procurador-Geral? Realização conjunta de oitiva prévia do adolescente – art. 179 do ECA.

Grupo 02 – Regionais de SANTO ÂNGELO e URUGUAIANA (32 participantes)

Mediador: Juiz-Corregedor

Facilitadores: Dr. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, Juiz da Vara Regional de Santo Ângelo; Dra. ROSMARY GIRARDI, Juíza da Vara Regional de Uruguaiana; Dra. VIVIANE SOUTO SANT'ANNA, Juíza de Direito da 6ª Vara Cível de Canoas, especializada em infância e juventude.

Temas

- 3Cv** – Reafirmar competência quanto ao atendimento protetivo de adolescentes infratores, nos termos do art. 136, inc. VI, do ECA. (Justificativa: nas cidades de maior porte, é comum a recusa dos CT em dar atendimento aos adolescentes, quando infratores, sob alegação de que não são mais sujeitos de proteção, mas apenas de socioeducação.) Definir claramente a incompetência do CT como executor de programas de medidas socioeducativas em meio aberto. Fomentar cumprimento do inc. IX do art. 136 do ECA: assessoramento pelo Conselho Tutelar do Poder Executivo na elaboração de proposta orçamentária.
- 4Cv** – Fiscalizar o efetivo cumprimento da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 – Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos

fora do casamento e dá outras providências – objetivando garantir o “lugar da paternidade”. (Fomentar discussão na comunidade sobre o registro de nascimento das crianças e adolescentes, para afirmar-se a garantia deste direito, tendo em vista a importância da referência parental e sua relação com as expressões da violência juvenil.)

- 3AI** – Aplicabilidade dos preceitos constitucionais na apuração do ato infracional: requisitos mínimos da representação para seu recebimento, à luz do princípio constitucional de ampla defesa: art. 182 do ECA ou elementos do art. 41 do CPP? Obrigatoriedade de instrução com documento de identificação? Reconhecimento do adolescente acusado de cometimento de ato infracional: auto de reconhecimento com formalidades do art. 226 do CPP?
- 4AI** – Processamento conjunto dos atos infracionais. Viabilidade da expedição de Ordem de Serviço para reunião dos feitos? Sugestão de modelo para todo Estado? Natureza do recurso da sentença do processo de apuração de ato infracional?

Grupo 03 – Regionais de SANTA MARIA e PORTO ALEGRE (32 participantes)

Mediador: Juiz-Corregedor

Facilitadores: Dr. LUCIANO BARCELOS COUTO, Juiz da Vara Regional de Santa Maria; Dr. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR, Juiz do 2º Juizado de Porto Alegre.

Temas

- 5Cv** – Portarias: quando e como expedir? Fiscalização de entidades de atendimento: como? Necessidade de portaria?
- 6Cv** – Fundo Municipal da Criança e do Adolescente: fiscalização da previsão e execução orçamentária.
- 5AI** – Municipalização de Programa de Execução de Medida Socioeducativa em Meio Aberto: tratativas feitas até o momento? Possibilidade de acionamento pelo MP para compelir o Município a implantar e manter programa para execução de medida socioeducativa em meio aberto?
- 6AI** – Adolescente infrator portador de doença mental, nos termos do art. 26 do CP: aplicação de medida protetiva? Ou medida socioeducativa? Aplicada medida socioeducativa a adolescente infrator portador de doença mental – art. 26 do CP: onde executar?

Grupo 04 – Regionais de CAXIAS DO SUL e PELOTAS (30 participantes)

Mediador: Juiz-Corregedor

Facilitadores: Dr. SÉRGIO FUSQUINE GONÇALVES, Juiz da Vara Regional de Caxias do Sul; Dra. MARIA DO CARMO MORAES AMARAL BRAGA, Juíza da Vara Regional de Pelotas; Dr. Breno Beutler Júnior, Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre.

Temas

7Cv – Escolha de Conselheiros Tutelares: exigências das leis municipais? Natureza da função do Conselheiro Tutelar: servidor público? Apuração de conduta irregular de Conselheiro Tutelar: competência Juizado da Infância e da Juventude, Vara Cível, Vara da Fazenda Pública?

8Cv – Ações para garantir direito individual de criança e adolescente: competência jurisdicional: Vara da Infância e da Juventude, Vara da Fazenda Pública? Legitimação ativa: MP, entidades de atendimento, Conselho Tutelar?

7AI – Contagem de prazo máximo – 3 anos – da medida socioeducativa de internação em caráter definitivo: data do início: ato infracional que deu origem à medida socioeducativa? Data da última sentença que aplica medida socioeducativa? Data do último ato infracional?

8AI – Acompanhamento de medida socioeducativa de internação com possibilidade de atividade externa pela comarca de origem quando das visitas domiciliares: carta precatória? Como fazer?

Grupo 05 – Regionais de SANTA CRUZ DO SUL, NOVO HAMBURGO e OSÓRIO (31 participantes)

Mediador: Juiz-Corregedor

Facilitadores: Dr. CLEBER AUGUSTO TONIAL, Juiz da Vara Regional de Santa Cruz do Sul; Dr. JOEL SANI SCHEVA, Juiz da Vara Regional de Novo Hamburgo; Dra. CLÁUDIA JUNQUEIRA SULZBACH, Juíza da Vara Regional de Osório.

Temas

9Cv – Direito de personalidade e a criança e o adolescente? Aplicação do ECA? Código Civil? Idade para adoção pelo ECA à luz no Novo Código Civil? Registro civil: lançamento de novo registro na adoção ou averbação?

10Cv – Destituição do pátrio poder e adequação ao princípio da prioridade absoluta e o direito de convivência familiar: é possível a reversão da decisão quando a situação que acarretou a perda modificar? Sentença faz apenas coisa julgada “formal”? Como fazer: em novo feito, no mesmo grau de jurisdição? Ou, há necessidade de ação rescisória?

9AI – Competência para soltura do adolescente internado provisoriamente quando ultrapassado prazo do art. 183 do ECA de 45 dias: Juiz do processo de apuração do ato infracional? Juiz da execução da internação provisória? Recusa de vaga para internação na Vara Regional da base territorial da comarca: como proceder?

10AI – Critérios de aplicação de medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida? Regressão de medida socioeducativa em meio aberto: o que fazer quando o Juiz que decretar a regressão não fixar prazo? Juiz da execução decide, podendo ser mínimo de um dia, ou está obrigado a executar o prazo máximo de três meses – art. 122, inc. III, §1º, do ECA? Efetiva necessidade da regressão de medida socioeducativa em meio aberto quando adolescente já completou 18 anos e não responde a outros atos infracionais?

* Reunião em plenário para exposição resumida, pelos relatores, sobre os temas abordados nos grupos, seguida de debates, propostas e conclusões.

Dia 02 de dezembro – Terça-feira

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Manhã: Painéis

1º Painel:

8h30min às 9h

Projeto “Eleitor do Futuro”

Palestrante: Des. PAULO AUGUSTO MONTE LOPES, Corregedor-Geral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul.

2º Painel:

9h05min às 10h30min

Abuso Sexual: A inquirição de Crianças. Uma Abordagem Interdisciplinar

Palestrante: Dra. SÔNIA BIEHLER DA ROSA, Juíza de Direito aposentada, e Dra. VELEDA DOBKE, Promotora de Justiça da Promotoria de Justiça Cível do Foro Regional da Restinga.

10h30min às 10h45min	Café
10h45min às 12h30min	Grupos de Trabalho
12h30min às 14h	Almoço
Tarde	
14h às 15h30min	Grupos de Trabalho
15h30min às 17h30min	Plenária Infância e Juventude. Apresentação de relatório resumido sobre os temas discutidos nos grupos para debate na plenária. Apresentação de propostas. Sistematização. Conclusões.
17h30min	Encerramento. Café.

Presidência dos trabalhos: Des. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, Corregedor-Geral da Justiça.

Observação: o participante deverá levar consigo este programa ao Encontro.

Material Necessário para Oficinas:

Para cada participante:
 Pasta com folhas em branco.
 Questionário.
 Lista de sugestão bibliográfica (solicitar elaboração para Breno, Daltoé, Saraiva e Eugênio Terra).
 Se possível, xerox de alguns textos.

Para cada grupo:

Folhas grandes.
 Pincel atômico de várias cores.
 Painel branco.

Um exemplar para cada grupo:

Estatuto da Criança e do Adolescente.
 Código Civil Novo.
 Constituição Federal.
 Código Penal.
 Código de Processo Penal.
 Código de Processo Civil.

NOTAS ÚTEIS (constar do programa das Oficinas)

Cadastro para adoção:

Necessidade de fiscalizar o cadastro de adotantes e adotáveis.

Lembrar de mandar lançar a adoção no cadastro, quando acontecer, para manter sua atualização.

Dúvidas: contato com Glaci no JIJ/PoA: fone (51) 3210-6742.

OBSERVAÇÃO: IMPORTANTE (tarefa para CGJ!)

Remeter, com o ofício de convocação, Questionário (anexo), solicitando entrega ao Juiz-Corregedor que estiver coordenando o grupo, respondido, após as oficinas de trabalho no dia 1º-12.

Questionário:

1 – Em sua Comarca existe Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente?

2 – Como atua?

3 – Você participa das reuniões do Conselho Municipal de Direitos?

4 – Existe ou sabe se existiu demanda judicial para implementação de alguma política pública proposta pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente?

5 – Existe Conselho Tutelar?

6 – Os Conselheiros recebem algum tipo de capacitação para o exercício da função?

7 – Caso positivo, você participa da capacitação?

8 – O cadastro de crianças e adolescentes disponíveis, e de habilitados para adoção tem sido alimentado corretamente?

9 – Existem abrigos em sua comarca?

10 – Quantos e de que tipo?

11 – Existe Programa Municipalizado para Execução das Medidas Socioeducativas em meio aberto? Caso positivo, como estão sendo executadas?

12 – Caso negativo, como são executadas as medidas?

13 – Você procurou o(s) Prefeito(s) de sua comarca buscando a implantação da municipalização da execução das medidas sócio-educativas em meio aberto?

14 – Qual seu maior problema, no âmbito jurisdicional, na área da infância e juventude?

Importante: As respostas, o mais completas possível, são fundamentais para que possamos, todos, ter referências concretas da situação da implementação do ECA no Estado do Rio Grande do Sul. Os dados serão tabulados e disponibilizados no *site* do TJ/Infância e Juventude, para que todos os colegas possam ter acesso e fazer uso das informações.

Artigos de Doutrina

Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil. Nem Direito Penal máximo, nem abolicionismo penal.

João Batista Costa Saraiva

A violência urbana e a desconfortável sensação de insegurança que assola os centros urbanos, em especial as maiores cidades brasileiras, com seus reflexos em todos os segmentos da Nação, inquietam e produzem um sem-número de proposições visando ao enfrentamento desta questão. Neste contexto, a questão da chamada delinquência juvenil também se mostra um tema angustiante, até porque, como ensina Emílio Garcia Mendez, é suficiente que um problema seja definido como um mal para passar a tornar-se mal.

Há um clamor por segurança, e soluções simplistas são encorajadas, até mesmo porque se estabelece um raciocínio não menos simplista: enfocando um alibi estrutural, que seria a pobreza, apontada como causa da violência e, como esta (a pobreza) não pode ser resolvida (ao menos no imediato), também a violência não teria solução.

A discussão em tomo da responsabilidade penal juvenil, da criminalidade juvenil e da delinquência na adolescência, costuma ser conduzida para que imediatamente o foco seja direcionado para a proposta do rebaixamento da idade penal, posicionando-se dois grupos em pontos opostos.

A discussão toma este rumo pela desconsideração de que, desde a ratificação da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança pelo Brasil, desde antes, com o advento da Constituição Federal e, especialmente, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, se estabeleceu no País um sistema de responsabilidade penal juvenil¹.

No debate, posicionam-se em um extremo os partidários da Doutrina do Direito Penal Máximo, idéia fundante do movimento Lei e Ordem, que imagina que

1 – Sobre o tema, ainda em 1993, publiquei o texto *Inimputabilidade, não Impunidade* no *Jornal Zero Hora*, de Porto Alegre, em 12-05-93. Este texto foi reproduzido em diversas publicações, como *Informativo INESC*, de Brasília, junho-95, nº 58, p. 7; *Relatório Azul*, CDH da Assembléia Legislativa do RS, 1995, p. 33.

com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança².

No outro extremo os seguidores da idéia do Abolicionismo Penal, para quem o Direito Penal com sua proposta retributiva faliu, que a sociedade deve construir novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade, que a questão da segurança é essencialmente social, e não penal. Resulta disso, que alguns grupos insistem em ressuscitar o discurso do velho direito tutelar na interpretação que pretendem dar às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, negando o caráter sancionatório do sistema socioeducativo, e com isso subtraindo as garantias constitucionais que são asseguradas aos adolescentes em conflito com a lei.

A razão nunca está nos extremos. Em meio a estes opostos há a Doutrina do Direito Penal Mínimo, que reconhece a necessidade da privação de liberdade para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a medida extrema (de privação de liberdade) para os casos que representem um risco social efetivo. Busca nortear a privação de liberdade por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias em que esta alternativa se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta.

Pode-se incluir entre os direitos fundamentais o direito à punição, à possibilidade de expiação, tanto que é comum, na linguagem prisional, a expressão dos detentos de estar ali “pagando”.

De certa forma, parece insuportável a idéia do estar devendo, daí por que o “pagar” é encarado com acatamento. A condição para tanto, todavia, é que esta retribuição seja justa (dentro do estrito devido processo legal) e proporcional.

Dito tudo isso, há que se afirmar que a discussão da questão infracional na adolescência está mal focada.

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social.

Quando se faz tal afirmativa, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Tal está insito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e do conjunto desta

2 – A propósito de Direito Penal Máximo, cumpre lembrar que a chamada Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, editada no mesmo mês e ano do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante na época de um “pacote antiviolença”, concebida sob os primados do Direito Penal Máximo, não deu conta em reduzir a criminalidade a que se propunha, haja vista que nenhum dos delitos chamados hediondos sofreu redução de incidência desde o advento daquela norma.

normativa (Regras de *Benjing*, etc.) e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a lei.

A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos.

Esta crise, do sistema dos adolescentes, se agudiza quando os arautos do catastrofismo, sob argumentos os mais variados, até mesmo de defesa dos direitos humanos, deixam de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando uma falsa idéia de inviabilidade do sistema de privação de liberdade de adolescentes.

Este sistema, quer se goste, quer não se goste, tem um conteúdo aflitivo, pois é inegável que do ponto de vista objetivo a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflitiva que a pena de prisão do sistema penal. Basileu Garcia ensinava que o elemento fundante do conceito de pena seria seu caráter de aflitividade.

Do ponto de vista das sanções, há medidas socioeducativas que têm a mesma correspondência das penas alternativas, haja vista a prestação de serviços à comunidade (incorporada na legislação penal adulta do Brasil desde 1984), prevista em um e outro sistema, com praticamente o mesmo perfil.

O que pode ser mais aflitivo a um jovem de 16 anos do que a privação de liberdade, mesmo que em uma instituição que lhe assegure educação e uma série de atividades de caráter educacional e pedagógico, mas da qual não pode sair?

Mário Volpi, Oficial de Programas do UNICEF para o Brasil, analisando a questão da internação sob o ponto de vista da percepção dos adolescentes privados de liberdade tendo ouvido 228 adolescentes em todo o Brasil (em Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Recife e Belém), constata: "A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambiguidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e de mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ele seja"³.

A dificuldade para o reconhecimento da implantação, pela Doutrina da Proteção Integral, de um conceito do que se tem chamado Direito Penal Juvenil, com sanções e sua respectiva carga retributiva e conteúdo pedagógico, resulta de um exacerbado preconceito de natureza hermenêutica, em face a uma cultura menorista presente e atuante em toda a América Latina, do que já nos adverte Amaral e Silva em suas lições⁴.

3 – Volpi, Mário. *Sem Liberdade, sem Direitos*. Cortez: São Paulo, 2001 p. 56.

4 – Amaral e Silva, Antônio Fernando. *O Mito da Inimputabilidade Penal do Adolescente*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 5, Florianópolis: AMC, 1998.

No dizer de Lênio Streck, “o intérprete jamais chega ao texto sem um ter-que-ver-prévio com este: se o texto fala de poder, da justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida. Jamais haverá, pois, uma leitura ingênua, porque o intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto (fato, norma, etc) se dá, pois, uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inserindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo o sentido que encena. O círculo hermenêutico que se produz entre o texto e o leitor não é senão uma nova versão, uma versão extremada do círculo intelectual que a hermenêutica clássica havia observado que se dá entre a totalidade de uma obra literária e as partes que a compõem. Não se pode entender o sentido de um texto se não houver entendido o sentido de cada uma de suas partes, porém tampouco se entende plenamente o sentido de cada uma de suas partes até conseguir a compreensão da obra. O texto será, assim, um interlocutor, buscando nele um ensinamento que pode enriquecer o próprio acervo do intérprete”⁵.

A conduta dos que não admitem a idéia de um Direito Penal Juvenil implica a conclusão de abandono dos conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medidas socioeducativas e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente).

A não-admissão deste conceito resulta da desconsideração do conjunto de regras resultante da Normativa Internacional e, especialmente, a Ordem Constitucional estabelecida, que contamina o sistema como única forma de lhe emprestar legitimação e que afirma a condição cidadã do adolescente, não se construindo cidadania sem responsabilidade.

A propósito, afirmando o Direito Penal Juvenil, introduzido no sistema legal brasileiro desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, sentencia Emílio Garcia Mendez: “A construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes no ECA (de modo que foram eventualmente sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis, e não os atos “anti-sociais” definidos casuisticamente pelo Juiz de Menores), inspirada nos princípios do Direito Penal Mínimo, constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no ECA. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do ECA (art. 103) como também constitui – pelo menos objetivamente – uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo ECA, que prevê expressamente a pri-

5 – Streck, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 246.

vação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um Direito Penal Juvenil é tão absurdo como impugnar a Lei da Gravidade. Se em uma definição realista o Direito Penal se caracteriza pela capacidade efetiva – legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo, que era o Direito de “Menores”⁶.

A não-admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, reproduz o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no “menor” a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo, o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da Doutrina da Situação Irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil.

6 – Op. cit., p 16.

Situação de Risco = Situação Irregular Por uma questão de princípios

É incontestável que o Estatuto da Criança e do adolescente não estabeleceu, para o fenômeno de sua incidência normativa, uma categoria jurídica estrita, senão aquela amplíssima de “criança e adolescente”, como tal esclarecido e definido em seus arts. 1º e 2º, respectivamente. A existência de uma definição estrita, aliás, seria flagrantemente incompatível com a proteção “integral” dos direitos fundamentais da infância e da juventude que se tem buscado desde a ratificação da Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

Deve ser lembrado que a pretérita proteção da infância e da juventude (aqui entendida como o aparato jurídico específico posto à disposição pelo Estado), era feita de forma estrita ou pontual, ou seja, mediante a adoção de uma incidência normativa que pressupunha suportes fáticos abstratos (*Tatbestand*) previamente escolhidos e descritos pela lei como capazes de fundamentar a intervenção do Poder Público.

Em resumo: apenas algumas crianças e adolescentes eram foco da atenção do Estado, não todas. A legislação revogada, desse modo, estabelecia claramente uma diversificada categoria jurídica de crianças e adolescentes (categoria estrita), que eram assim identificados caso inseridos em uma específica situação de fato, que legitimaria sua sujeição às atividades administrativas e jurisdicionais do “Juiz de Menores”. Essa categoria jurídica era definível com a expressão jurídica “situação irregular”. A Lei nº 6.697/79, em seu art. 1º, I, não deixava qualquer dúvida sobre o restrito âmbito de incidência de suas normas: não alcançava todos os menores de 18 anos, mas apenas aqueles que se encontrassem em situação irregular. A conceituação do que seriam essas situações vinha elaborada no art. 2º da revogada lei.

Com base nesta perspectiva, as autoridades encarregadas limitaram-se a atender e proteger apenas os direitos de crianças e adolescentes – até então conhecidos indiscriminadamente por “menores” – que estivessem inseridos em um determinado contexto fático, ou situação irregular, o que implica dizer que a proteção jurídica era categorizada, e não “integral”, porque não alcançava a todos. Aqueles que estivessem privados de condições essenciais à subsistência, em “perigo moral”,

em abandono, na orfandade, na delinqüência, com vivência de rua, etc., conforme descrição da lei revogada, é que estariam sujeitos à ação do Estado. Outrossim, o “direito” dessa especial categoria de crianças e adolescentes era apenas satisfeito (em tese) via reflexa. Na realidade, a visualização desse direito estava evidentemente desfocada, porque a criança e o adolescente não eram vistos como cidadãos, e sim como objeto de intervenção estatal, onde a autoridade detinha o poder de definir o que era e o que não era bom para o “menor”.

Nem seria preciso dizer, mas parece-me importante repisar que a “integralidade” da proteção constitucional (art. 227) tem que ser entendida hoje não apenas em termos verticais, de profundidade na esfera individual do cidadão, mas também e principalmente em termos de horizontalidade, ou seja, de extensividade a todas as crianças e adolescentes. A norma constitucional os protege indistinta e exaurientemente, não deixando qualquer parcela de situação fática relegada à plano secundário.

Em que pese o fim daquele paradigma ter sido aberto, midiática e ferrenhamente buscado com a Lei Federal nº 8.069/90, o corte epistemológico necessário não se fez, de fato, acompanhar. E como não raro o desinteresse científico é subproduto do desinteresse econômico e financeiro, acabou-se por mudar (retoricamente) o discurso, mas não as práticas. De sorte que, embora o Estatuto não tenha trazido qualquer definição jurídica restritiva de sua aplicabilidade, apesar de a nova lei não ter condicionado sua força imperativa para uma determinada categoria jurídica, impondo-se, isto sim, para a situação de toda e qualquer criança e adolescente, independentemente de raça, cor, credo, situação familiar, econômica, social, “irregular” ou de “risco”... incrivelmente tem esta legislação sofrido com a falta de efetividade graças a uma interpretação restritiva ou reductionista.

Na jurisprudência e na doutrina, é corrente o uso da expressão “situação de risco” para definir a competência dos Juízes da Infância e da Juventude, como também para identificar as hipóteses onde se faz necessária a intervenção protetiva do Conselho Tutelar. Tem sido defendido que são as hipóteses do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente que descrevem o que se deve entender por “situação de risco”.

Nenhum problema, penso, com o conteúdo semântico desta expressão em si mesma, enquanto não contextualizada. Porém, é negável que o entendimento que adota a idéia da “situação de risco” a emprega justamente em caráter excepcional, até porque, se não fosse assim, não haveria nenhum motivo para sua elaboração: A adjetivação de uma situação como “de risco”, a excepciona das demais situações que assim não sejam, ou situações ordinárias, comuns, onde não há risco algum. O problema está, justamente, nesta adjetivação, pois o uso adicionou-lhe um sentido de emergência não contemplado pelo Estatuto e muito menos pela Constituição Federal. Ora, se a proteção aos direitos fundamentais deve ser feita de modo integral, não podemos reduzir a Lei nº 8.069/90 ao status de uma norma de exceção ao concretizá-la no mundo dos fatos. A interpretação

da norma maior, ou norma fundante ali encapsulada (impositiva da proteção integral) precisa, por lógica, ser extensiva.

A prática atual é até compreensível. Afinal, fomos acostumados a lidar com a taxatividade da “situação irregular”, fórmula gêmea que, inegavelmente, nos trazia uma certa tranquilidade para a tarefa interpretativa... Desapercebidamente, no entanto, o uso da condicionante expressão acaba servindo como instrumento de categorização jurídica de crianças e adolescentes, tem sido manejada, infelizmente, com um sentido muito similar ao da abandonada expressão “situação irregular”, porém com nuances muito mais graves, porque vem agora completamente descontextualizada.

Uma questão prática ilustra muito bem a situação desconfortável a que chegamos: Como explicar que em algumas situações as disputas de guarda de filhos tramitem nas Varas de Família quando não houver “risco imediato” à criança e, em outras, devam tramitar no juízo especializado, quando houver mera suspeita? A dificuldade aparece porque a lei jamais falou em risco... O risco, seja ele imediato, mediato, grave ou não, se deve a um acréscimo inexato do intérprete. Ora, a fixação da competência jurisdicional exige um dado objetivo. Não pode ficar a critério de uma subjetividade perigosamente variante.

Não vejo possibilidade, dentro do sistema processual, que a competência seja fixada com base no fato concreto, porque isso implica dizer que somente se conhecerá o juízo competente depois da instrução processual, o que é um absurdo. Ou, consumando-se um absurdo maior ainda, que a questão da competência (que é de ordem pública), seja fixada pela própria parte, bastando a alegação ou não do “risco” a fim de que o processo siga para este ou aquele Juiz, conforme as conveniências do interessado.

Quando conceitos restritivos como o da “situação de risco” e congêneres são empregados para identificar casos restritos onde o risco é concreto e emergencial, acaba-se por subtrair do juiz natural a célere satisfação dos direitos fundamentais de uma considerável parcela de cidadãos. A questão dos alimentos é emblemática desse estado de coisas. Tem-se por pacificado o entendimento de que não devem tramitar nos juizados da infância e da juventude as ações de alimentos, grosso modo, a pretexto de que não existe “situação de risco” que justifique essa competência, ainda que a incidência do art. 98, II do Estatuto seja de uma evidência solar... Ou será que o pai que deixa de pagar alimentos não está violando, por omissão, um direito do filho? Fala-se que nem sempre o filho, diante dessa conduta, está sofrendo “risco” ou prejuízo imediato... Mas, repito, onde diz a lei que esse elemento de risco, de perigo concreto, deve ser investigado para a fixação da competência do Juiz da Infância e da Juventude? Insiste-se, na verdade, em reservar ao juízo especializado apenas as questões envolvendo a miséria, maus-tratos, violência e negligência, como se a ele tivessem sido conferidas atribuições de estrita assistência e proteção; como se este Juiz tivesse sido pensado para atuar apenas em situações-limite; como se fosse possível categorizar e diferenciar a criança que vive “na rua ou em risco” daquela que vive “em família”. O Juiz da Infância e da Juventude ainda é visto, então, como um Juiz de Menores.

O mais grave é que nesse preocupante cenário a expressão “situação de risco” vem difundida e por todos aceita de forma pacífica, em que pese não tenha recebido acolhimento na lei. Grave, sim, porque a “situação irregular”, ainda que defeituosa, ainda que hoje estigmatizada, era uma expressão legal e que o próprio legislador se encarregou de definir. A pergunta que fica sem resposta é: quem define o que seja “situação de risco”, se o Estatuto não desceu – com inteira correção – às minúcias de definir as hipóteses de sua incidência?

A amplitude e indefinição desse conceito não socorrem o operador na fixação de competências jurisdicionais e atribuições administrativas. Afinal, esse tão propalado “risco”, supostamente caracterizador da hipótese de incidência da norma, consiste exatamente em quê? No risco a todos os direitos subjetivos, assim entendidos de forma genérica, ou apenas no risco pessoal, a reduzir a proteção apenas para os casos de perigo à vida e à integridade física? Por “risco” deve-se apenas entender o risco de perigo concreto ou também a possibilidade de perigo? E se concreto for, apenas por perigo imediato ou também ao mediato? Esse “risco”, enfim, diz respeito apenas àquelas situações onde a satisfação das necessidades básicas do ser humano (fisiológicas e de segurança), estão em jogo, ou também àquelas onde a satisfação das necessidades sociais, de desenvolvimento, de auto-estima e de auto-realização venham ser, ainda que remotamente, ameaçadas? Portanto, insisto, que risco é esse?

Na busca de explicação sobre o verdadeiro sentido dessa expressão, colhem-se opiniões que, mesmo oriundas de abalizados profissionais, não conseguem evitar uma circularidade intolerável quando afirmam que a “situação de risco” é aquilo que o art. 98 do Estatuto preceitua... Ora, ao tomarmos como premissa algo não provado, a conclusão daí extraída apenas confirma a inexatidão, reconduzindo o exegeta para o ponto de partida. Não se deve esquecer que o citado art. 98 veicula norma de imensa largueza, capaz de abarcar toda e qualquer situação de lesão ou ameaça a direito fundamental de crianças e adolescentes (doutrina da proteção integral).

Denuncia-se, ainda, o desrespeito flagrante à teoria dos fatos jurídicos – aplicável a qualquer dos campos do Direito – que sempre assinalou a necessidade de que, para a juridicização, se precisa ter norma e fato. Entre eles, é necessária uma relação de pertinencialidade, pois a norma, para incidir sobre um fato, tem que prevê-la previamente... E a isso chamamos de suporte fático abstrato. O suporte fático concreto, que é o fato capturado pela norma, e com ela é que gerará efeitos jurídicos. No caso exemplificativo da fixação da competência jurisdicional, que é um fato jurídico – processual, não é diferente. A fixação da competência é um efeito jurídico decorrente da integração entre uma norma e um fato. Pois bem, se a norma legal não criou nenhum suporte fático abstrato embasado em “situação de risco”, não há como negar uma competência que se opera *ex vi legis* com base em um elemento totalmente arbitrário.

Tolera-se, secundariamente, uma indevida e inexistente discricionariedade na atuação dos Conselhos Tutelares. Estes, ao não atenderem situações não correspondentes ao conceito subjetivo, restritivo e não previsto em lei de “situação de

risco”, negam proteção a certos direitos fundamentais mais etéreos, como o direito ao respeito, à dignidade, ao lazer, igualmente importantes e que não poderiam ser desprezados...

Na prática, pois, é verdade que continuamos a manejar o moderno direito da criança e do adolescente com uma estranha pedra de toque, que é a “situação irregular” do direito revogado. O uso da expressão “situação de risco” é o apego a um conceito arraigado. É a transposição de uma idéia incompatível com a doutrina da proteção integral.

E essa distorção, dentre tantas, deve-se ao descompasso entre o pensamento jurídico e a norma, que não evoluíram juntos. Nas Faculdades de Direito, infelizmente, o estudo dessa disciplina nunca recebeu e não recebe atenção que seja digna de nota. Enquanto operadores do Direito, nossa postura é extremamente conservadora, porque atende, evidentemente, às necessidades pessoais de segurança, enquanto responsáveis diretos pela instalação e pelo exercício de um novo paradigma. O enveredar solitário por sobre terreno desconhecido implica sempre a tomada de cautela. E via de regra acautelamos-nos com equipamentos (conceitos, idéias, teorias) de nosso uso, bem conhecidos, mas que, por certo, não são garantia de sucesso na travessia.

A estagnação, em termos de prática forense, encontra solo fértil em um contexto onde o advogado, que é o verdadeiro formador da jurisprudência, não atua ou não está preparado adequadamente para atuar. Com isso, a interpretação acanha-se diante do emprego de fórmulas vetustas e do fenômeno da “polarização”, que não é senão a concentração da tarefa interpretativa (não necessariamente a autêntica) nas mãos de agentes do Estado, Juízes e promotores que, modo geral, atuam coordenadamente, construindo uma padronização de entendimentos que são repetidos pelos operadores que os substituem. Acabamos, enfim, engolfados por uma estrutura monolítica, aparentemente inabalável, mas cuja real solidez é tão confiável quanto a de um castelo de cartas.

Finalizando, o que podemos recolher com a criação e disseminação da expressão “situação de risco” é exatamente a mesma inexatidão genitora dos tais “procedimentos investigatórios para aplicação de medidas de proteção”, cujo descabimento já assinalai em outro artigo. “Situação de risco” e “procedimentos investigatórios” estão para a “situação irregular” e os “procedimentos verificatórios” (art. 94 e seguintes do Código de Menores), em uma relação de imediata involução... porque, pelo menos, estes dois últimos conceitos tinham amparo em lei.

Cartas

No dia 08-10-03, ao ler a coluna do Paulo Sant'Ana, na Zero Hora, deparei-me com manifestações por ele então publicadas, assinadas por um esposo de uma professora e por uma Diretora de Escola, onde afirmam eles ser impossível a aplicação, aos alunos indisciplinados, de medidas punitivas como advertência, suspensão ou expulsão, isto como conseqüência das diretrizes do “maldito Estatuto da Criança e do Adolescente”. Crítico perante algumas falhas deste diploma legal, mas seu defensor intransigente, naquilo que tem de bom (a maior parte, diga-se) não me contive e dirigi ao colunista um texto que, por óbvio e extenso, não poderia ser publicado na íntegra. De qualquer sorte, houve manifestação do Sant'Ana, com grande repercussão, e o que era desejado, reflexões a respeito do tema. Para os lidadores da Justiça da Infância e Juventude, caso possa ser útil, a inteira transcrição do mencionado texto.

“Sant'Ana, lendo tua coluna de hoje, (08/10) entendi conveniente escrever algumas linhas.

“O problema da violência nas escolas é notório. Não só nelas, na família, nos clubes, nas festas, na comunidade, enfim, onde haja convívio. Assim, primeiramente, creio seja obrigação de cada um de nós repensar nossos modelos, nossa cultura. Neste particular, cumprimento a iniciativa da RBS com a campanha ‘O amor é a maior herança’.

“Mas, objetivando, confesso ter ficado perplexo com a expressão ‘maldito Estatuto da Criança e do Adolescente’, isso mesmo treze anos após sua entrada em vigor. Se, nos primeiros anos, confusões havia em respeito às regras e princípios ali elencados, imaginei que, em função do tempo decorrido e das massivas campanhas de esclarecimento, inclusive patrocinadas pela grande mídia, a equivocada visão do ECA, como instrumento de impunidade, já estavam vencidas. Constatado meu engano, valho-me da tua coluna para tentar, mais uma vez, esclarecer as pessoas com o fito de mudar este tipo de idéia.

“Lembro, então, que o Estatuto, embora tenha reconhecido direitos a infantes e jovens, tirando-os da condição de ‘objetos’, não deixou de contemplá-los com os respectivos deveres, incluindo aí sua responsabilização pela prática de delitos, com medidas que, para os adolescentes, vão até a perda da liberdade.

“Não há, portanto, em todo este diploma legal uma só linha ou palavra que tenha como norte autorizar a falta de limites, de respeito ou de conduta coerente

e adequada ao convívio social, condizente com a diretrizes do local onde o jovem esteja.

“Assim, numa escola, há um regimento a cumprir, e a quebra de suas regras importa no enfrentamento das penalidades ali previstas. Cusparadas e palavrões são questões de disciplina que merecem a pronta reação dos educadores, em consonância com os dispositivos regimentais próprios. Agressões físicas, lesões, ameaças e danos, são atos tipificados como crime. Cabe então a intervenção policial e judiciária, sem rejuízos, das medidas administrativas do estabelecimento de ensino. A intervenção do Conselho Tutelar se deve apenas quando o autor da infração for criança, caso em que a previsão é de medida protetiva, e não socioeducativa (em outra palavras, punitiva). Razão assiste ao missivista, marido da professora, quando escreveu ‘parece que há uma má interpretação’, e eu acrescentaria, ‘parece’ não, ‘há’, ainda há, interpretação equivocada do ECA.

“Por certo que a cobrança de condutas adequadas, inclusive com sancionamento, porque ele é necessário, não dispensa ‘respeito’ e até ‘carinho’, inclusive porque a mensagem educativa maior vem mais do exemplo do educador (sentido amplo) do que de sua pregação. Agir com respeito e carinho, de outra parte, não significa deixar de impor limites, deixar de punir ou deixar de tomar as providências policiais/judiciárias devidas. Isso é desamor, desrespeito, e a mais absoluta ausência da educação naquilo que tem de mais essencial.

“Retornando ao texto legal. Em nenhum ponto do ECA há determinação de impedimento de aplicação de advertências, suspensões ou até mesmo a expulsão. O que deve haver é comedimento, especialmente quanto à última, porque, não há de se negar, é medida extrema e de exclusão. Essas providências, contudo, são da competência das direções, nos casos disciplinares. O CT ou o Juizado não têm e não devem ter qualquer ingerência sobre elas. Nas situações mais graves (quando o fato consistir delito), sem prejuízo dessas medidas, cada qual na sua esfera de competência, deverão ser acionados o Conselho (quando o infrator for criança) a Polícia (para o adolescente) e, a partir daí, o Ministério Público e o Judiciário, sem que quaisquer deles deva ferir as atribuições uns dos outros.

“O resto, todo o resto do que se diz, não vem da lei, não foi criado pela doutrina e não tem amparo na jurisprudência. Parece ser decorrente de algo maior, bem maior, os mitos que as pessoas criam. E como é difícil desconstituir isto. A força dessa ‘cultura’, como se está vendo, é bem maior que a da própria lei.

“Breno Beutler Júnior.

“Juiz do Primeiro Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.”

No dia seguinte, recebi um telefonema do Dr. Miguel Velasquez fazendo lembrar da possibilidade de arbítrios de parte de algumas direções de escola e abusos na aplicação de expulsões. Estaria, então, um adolescente sendo privado de um direito, sem oportunidade de defender-se. Após rápida conversa, sem maio-

res aprofundamentos ou reflexões, portanto, chegamos a um ponto de razoabilidade, de que medida tão extrema poderia ser precedida de rápido procedimento. Acrescento da possibilidade de uma suspensão preventiva, durante o curso das “averiguações”, caso seja indispensável.

Neste tópico, contudo, tive um pensamento que, acredito, seja oportuno expor. O ECA, sem dúvidas, estabeleceu direitos aos infantes e jovens, entretanto, todos sabemos, a eles correspondem deveres. Assim, para ter “direito” à frequência a determinados lugares o “dever” mínimo é o cumprimento das regras estabelecidas. Estas normas, em geral, têm por objetivo possibilitar o convívio produtivo de todos os que ali querem ou precisam estar.

Portanto, em uma escola, a conduta tem por finalidade permitir a todos os alunos melhor proveito dos ensinamentos ministrados. Por isso não se pode esquecer que a quebra destas disposições pode causar prejuízo efetivo a toda uma coletividade. Assim, se a educação é um direito universal, para cada aluno individualmente considerado, também o é ao grupo. Então, caso um aluno esteja a impedir o pleno exercício do direito de todos os outros, cabe sacrificar (em parte, não se o está privando de estudar, mas de estudar naquela escola) o individual em proveito do coletivo. Tudo isso afirmo, entretanto, sem esquecer tratar-se a expulsão de medida extrema e de exclusão, portanto, “cautela”.

Passados alguns dias, novo telefonema, desta feita de uma orientadora educacional, como resultado de problemas vividos em um estabelecimento de ensino. A conversa que se estabeleceu resultou em “nova carta ao Sant’Ana”. Vai ela, no seu todo, a seguir reproduzida.

“Prezado Sant’Ana, bom dia.

“Eis-me aqui, mais uma vez, escrevendo para me comunicar contigo e, assim, quiçá, com nossa sociedade.

“Pois foste profético quando, ao publicar as observações que fiz na ocasião anterior, referiste que apareceria ‘alguém’ para pronunciar-se de modo contrário à sustentação que então trouxe.

“Pois ontem recebi um telefonema, era de uma educadora de uma escola, narrando que a direção havia decretado a suspensão de um aluno. Os pais, inconformados, foram à SEC, e a diretora estava convocada a lá comparecer. Tivemos uma rápida conversa e manifestei alguns entendimentos sobre o tema. Logo à tarde, novo telefonema, da mesma pessoa. Noticiou, então, ter havido uma determinação de pronto retorno do aluno às aulas e, ainda, que isso deveria ser comunicado por telefone pela diretora, à família. A fundamentação de tal posicionamento advinha, simplesmente, do fato de que ‘não pode o aluno ser suspenso ou expulso’. Fiquei pasmo (outra vez...), por dois motivos: pelas razões da ‘reforma’ da decisão e pela humilhação a que foi submetida a diretora, encarregada de dar a notícia aos interessados.

“Neste momento, fico a pensar que força estranha é esta que ‘empurra’ a administração por este equivocado caminho de entendimento. Não advém do (mal-dito) ECA, sem dúvidas. Saliento que desconheço o caso concreto, o mérito, os

motivos pelos quais foi punido o aluno, e não é a isto que estou-me referindo. Minha postura diz, tão-somente, com o 'tal princípio' estabelecido, de que não pode haver punição e, de outra parte, à exposição da diretora, não preservada em sua figura de autoridade, no caso exatamente por quem lhe devia dar respaldo.

"Se, por um lado, isso acontece impulsionado por uma regra invisível e não escrita, de outro, os resultados são previsíveis e palpáveis.

"Imagina este rapaz retornando para a escola, hoje, 'chamado' pela própria direção. Falo no aspecto psicológico. Estará ele investido de um incomensurável 'poder'. Nem a autoridade administrativa e disciplinar máxima, ali, 'pode' com ele. Ele, ao contrário, está acima desta 'autoridade', e, via de conseqüência, 'pode' tudo, absolutamente tudo que quiser. Por óbvio, isso apenas na cabecinha dele, mas é o quanto basta.

"Como todos nós, especialmente na infância e adolescência, temos a necessidade de testar limites e encontrá-los, isto no mais saudável processo de formação da nossa personalidade, e como o guri em questão não os encontrou, ele vai tentar outra ou outras vezes, até achar aquele ponto final, que não pode ser ultrapassado. Isso tudo 'tão certo como o amém na Igreja'", porque a falta de continência é simplesmente insuportável. Qualquer um desmorona, se destrói, diante do poder ilimitado. Imagina, então, um adolescente que, ao natural da fase que atravessa, tem 'delírios de onipotência' (relativizar esta expressão). Quero afirmar que, nesta busca, os resultados podem ser nefastos. Não afirmo que serão, mas podem ser, de qualquer forma, não seria de arriscar. Assim, poderemos vê-la vitimizando outros, colegas, quem sabe, ou encontrando outrem que, pela força, na falha do argumento, para o que estará 'surdo', o detenha. Em quaisquer dos casos os resultados não são os desejados e trarão muitos prejuízos, absolutamente desnecessários.

"Em outras palavras, sem coerção não há limites, sem limites não há educação (no sentido amplo da palavra), e sem educação não há futuro, para ele, para os que o cercam, para a sociedade a que ele pertence. Assim me pergunto, o apego a esta 'filosofia' (já demonstrada desastrosa nas experiências americanas da década de cinqüenta) da proibição de punir, compensa o preço a pagar? Não consigo entender isso.

"Por fim há também considerações a fazer quanto à preservação da 'figura de autoridade' investida na pessoa da diretora. Ainda que, no mérito, a decisão tenha sido equivocada ou excessiva, merecendo reforma, isso precisaria ser muito bem trabalhado, de tal sorte a, inclusive, mais uma vez educar. Seria exemplar, a ele, ver uma reconsideração diante de um equívoco, e isso não arranha a autoridade, ao contrário, faz ver que todas as decisões podem ser questionadas, buscando-se restabelecer o justo. É uma grande oportunidade para ensinar a diferença entre autoritarismo e autoridade, entre arbítrio e legítimo exercício de poder. Entretanto, nada disso acontece quando, pela simples sustentação de que a punição não pode ocorrer, humilha-se a diretora, determinando que ela telefone, quase a desculpar-se, para pedir que ele retorne à escola. Espero que o garoto não

precise defrontar-se com 'outros níveis de autoridade' para descobrir que as 'coisas', na vida, não são assim.

"Quero-te informar, ainda, que já revisei decisões de expulsão, por desproporcionais às infrações que lhes deram causa, e, também, as mantive, noutros casos, quando se me afiguraram adequadas. Digo isso apenas para que percebas que não estou 'teorizando' sobre este tema.

"Peço que me perdoes a extensão desta manifestação, mas não consigo calar frente a um quadro destes.

"Breno Beutler Júnior.

"Juiz da Primeira Vara da Infância e Juventude."

Pois o tema está aí, para ensejar pensamentos, pesquisa, debate e, como resultado, aperfeiçoamento.

Breno Beutler Júnior.

Jurisprudência

Jurisprudência Criminal

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. 1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há por que aviventar a resposta do estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores. 4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da prisão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional. (Resp nº 171.080, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 21-02-02).

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 demonstrada a incapacidade, é cabível medida de proteção. Sentença desconstituída para reabrir a instrução. (Apelação Cível nº 70004795159, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, 05-09-02).

Apelação. ECA. Furto qualificado na forma tentada. Adolescente apreendido em flagrante. Em que pese o ato infracional não ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o art. 122 do ECA prevê outras hipóteses justificadoras de internação. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70005877113, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, 05-06-03).

CORREIÇÃO PARCIAL. ECA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE REMISSÃO QUE INCLUI MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA, PELO MAGISTRADO, PARA OITIVA DO ADOLESCENTE E DO RESPONSÁVEL, ACOMPANHADOS DE DEFENSOR. POSSIBILIDADE. Embora caiba ao Ministério Público conceder remissão ao adolescente, em fase pré-processual, isso não significa que a lei também lhe permita a imposição de medida socioeducativa, cuja aplicação reservou ao poder jurisdicional especificado nos arts. 146 e 148, I, da Lei nº 8.069/90. Daí, no mínimo, o cabimento da designação, pelo magistrado, de audiência para oitiva de menor e de seu representante legal, a fim de assegurar o princípio constitucional da ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 108 do STJ. Julgaram improcedente. (Outros Feitos nº 70004415477, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, Santa Maria, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 13-12-02).

ECA. INTERESSE. MENOR. Ao conferir o § 2º do art. 190 do ECA a opção de conformar-se ou não o menor com a sentença, não erigiu tal manifestação em condição de admissibilidade do recurso, mas apenas condiciona o defensor a interpor o recurso, caso seja essa a vontade expressa. Acolheram os embargos. (Embargos Infringentes nº 70002290997, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 20-04-01).

Hábeas-cópus. ECA. Ato infracional. Configura-se a hipótese do art. 122, III, do ECA quando o Juiz aplica a internação como regressão de medida mais branda anteriormente imposta, e não quando a medida original já era a internação, que havia sido progredida para semiliberdade. Ordem denegada. (Hábeas-Cópus nº 70003186798, 7ª Câmara Cível, São Jerônimo, Relª Desª Maria Berenice Dias. 10-10-01).

ECA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. A intenção é una, não caracterizando regressão de medida a revogação da autorização para o exercício de atividades externas. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento nº 70003343480, 7ª Câmara Cível, Porto Alegre, Relª Desª Maria Berenice Dias, 21-11-01).

ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. A nomeação de curador especial ao menor na audiência de apresentação faz-se necessária, a teor do art. 184, § 2º, do ECA, quando os pais ou responsável não são localizados. Tendo sido localizados e devidamente citados, o fato de não comparecerem à audiência não implica a obrigatoriedade da nomeação de um curador, mormente quando presente ao ato um defensor público, não se podendo falar em cerceamento de defesa. Apelo desprovido, com a aplicação, de ofício, de medida de proteção. (Apelação Cível nº 70003189560, 7ª Câmara Cível, Bento Gonçalves, Relª Desª Maria Berenice Dias, 19-12-01).

Jurisprudência Cível

Uniformização de jurisprudência. Divergência entre as Câmaras do 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja matéria compete definir. Necessidade ou não de nomeação de curador especial ao menor em ação de suspensão/destituição de pátrio poder, movida pelo Ministério Público. Desnecessidade da providência, não se verificando qualquer incompatibilidade entre as funções, quando exercidas pelo Ministério Público. Uniformiza-se a jurisprudência no sentido da desnecessidade da nomeação de curador especial ao menor em ação de destituição/suspensão de pátrio poder movida pelo Ministério Público. Súmula nº 22 do TJERGS: “Nas ações de destituição/suspensão de pátrio poder, promovidas pelo Ministério Público, não é necessária a nomeação de curador especial ao menor”. (Uniformização de Jurisprudência nº 70005968870, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Porto Alegre, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, 11-04-03).

ENSINO SUPLETIVO. IDADE MÍNIMA. É de ser relativizado o dispositivo legal que fixa a idade mínima de 18 anos para o ingresso em curso de ensino supletivo, quando o menor exerce atividade incompatível com a frequência em curso de ensino regular. Apelo provido. Apelação Cível nº 70002178663, 7ª Câmara Cível, Porto Alegre, Relª Desª Maria Berenice Dias, 25-04-01).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E JUÍZO DE FAMÍLIA. GUARDA E DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. 1. A competência da Justiça da Infância e da Juventude é ditada pelo art. 148 do ECA, estendendo-se ao pedido de destituição do pátrio poder apenas quando se tratar de criança ou adolescente que se encontre nas hipóteses elencadas no art. 98 do ECA. 2. Em regra, os pedidos de guarda e destituição de pátrio poder são resolvidos no juizado de família e, excepcionalmente, são resolvidos perante o juízo especializado da infância e juventude. 3. Estando as adolescentes, sobre cuja destituição do pátrio poder se discute, aos cuidados da mãe, persistem os vínculos familiares, sem deslocamento do universo familiar, incorrendo, dessa forma, qualquer ameaça ou privação dos direitos reconhecidos no ECA. Conflito acolhido. (Conflito de Competência nº 70004831269, 7ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 18-12-02).

APELAÇÃO. ADOÇÃO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. Prevalecendo os princípios da finalidade e da ausência de prejuízo, a falta do representante do Ministério Público às audiências não gera nulidade nos feitos em que o *Parquet* atua como fiscal da lei. Segundo a prova produzida, verifica-se que o adotado deve permanecer com os adotantes, na medida em que “está-se desenvolvendo adequadamente com o casal guardião e é amado por eles”, devendo-se proporcionar à criança as condições mais propícias ao seu bem estar físico e espiritual. Apelo desprovido. (Apelação Cível nº 70005111927, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Rui Portanova, 19-12-02).

ECA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PRECATÓRIA DE CITAÇÃO E INTERROGATÓRIO. COMARCA CONTÍGUA. Não se configurando qualquer dos motivos elencados no art. 209 do CPC, não pode o juízo recusar o cumprimento de carta precatória. Residindo o representado em comarca, mesmo que próxima, nada impede que seja ele lá citado e interrogado. Tal procedimento deve ser adotado em nome da celeridade e economia processual. Julgaram improcedente o conflito e competente o MM. Juízo suscitante. Unânime. (Conflito de Competência nº 70005998018, 7ª Câmara Cível, Esteio, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 23-04-03).

AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. Se a adoção do infante pela autora/guardiã e a situação que melhor atende os interesses integrais do menino, porque e ela que ele chama de mãe, e com ela que se estabeleceu uma relação familiar de afetividade, a qual também deve ser levada em conta quando da colocação de uma criança em família substituta, conforme prevê o art. 28, § 2º, do ECA, mantém-se a procedência da ação de adoção cumulada com destituição de prévio poder, em detrimento ao pedido de guarda feito pelos avós maternos. Apelações desprovidas, por maioria. (Apelação Cível nº 70000962241, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. José S. Trindade, 22-11-01).

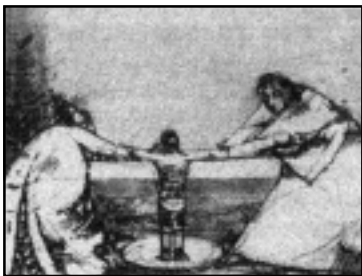
Apelação cível. ECA. Infração administrativa. Hospedagem de menor desacompanhada dos pais. Apresentação de documento falso. Falta de prova. Irrelevância. Falha na fiscalização. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70001264258, 2ª Câmara Especial Cível, Porto Alegre, Relª Dra. Lúcia de Castro Boller, 25-01-01).

ECA. ABANDONO DOS ESTUDOS. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. Descabe o apenamento do pai pelo fato de sua filha não estar frequentando a escola. Não se visualiza conduta dolosa ou culposa simplesmente por os pais não saberem o que fazer com a filha que conta 16 anos, possui um corpo avantajado e não mais os obedece. Apelo provido. (Apelação Cível nº 70002785848, 7ª Câmara Cível, Sobradinho, Relª Desª Maria Berenice Dias, 17-10-01).

GUARDA. PEDIDO FORMULADO PELOS AVÓS. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Destina-se o instituto da guarda a regularizar situação emergencial de criança ou adolescente privado momentaneamente da proteção moral e material e da vigilância dos pais, ficando na posse de fato de terceiro. No caso em tela, a criança está e sempre esteve sob a guarda de fato e de direito de sua mãe. O auxílio prestado pelos avós, por mais amplo que seja, não se confunde com a guarda. A proteção previdenciária é e deve ser, pois, uma decorrência da guarda e não uma causa do pedido. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 599067220, 7ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 28-04-99).

Sentenças

Porto Alegre – 2ª Vara da Infância e da Juventude



(Bertolt Brecht, O círculo de giz caucasiano, Ed. Cosac & Naify, São Paulo, 2002, p. 190).

*“Vós, porém, que ouvistes a história do círculo de giz,
Segui o conselho dos velhos:
As coisas devem caber aos que as sabem fazer melhor.
As crianças, às mulheres de coração maternal, para que sejam bem criadas.
Os carros, aos bons condutores, para que a viagem seja boa,
E o vale, aos que o abasteçam de água, para que as colheitas sejam abundantes”.*

Vistos os autos.

L. e C., nos autos qualificados, ajuizaram ação de destituição do pátrio poder cumulada com adoção, em favor da criança G., nascida em 00/00/2001, na cidade de..., aduzindo, em síntese, ser a infante referida filha de D., com a paternidade desconhecida, sendo que encontra-se ela sob sua guarda fática desde os três dias de vida.

Segundo consta da inicial, a demandada, quando do trabalho de parto, comunicou aos funcionários do hospital onde ele ocorreu que não iria ficar com a criança, sequer se dispunha para ela olhar, com o que o médico obstetra que a atendeu, sabendo que sua esposa conhecia pessoas que tinham interesse na adoção, entrou em contato com os autores, os quais, estando em viagem para o Nordeste do país, imediatamente retornaram para o Rio Grande do Sul, dirigindo-se para...

Disseram ainda que a criança foi registrada pela ré e por sua mãe, com o nome que eles, autores, escolheram, sendo que mais de trinta dias após resolveu a mãe biológica em demonstrar o seu arrependimento, com o que não concordaram.

Aduzindo que sempre agiram de boa fé, que a demandada abandonou a criança já ao nascer, que G. encontra-se perfeitamente adaptada ao lar, requereram, ao final, fosse D. destituída do pátrio poder em relação à filha, bem como a adoção deferida aos autores.

Em despacho das fls. 196 e 197, reconheceu este juízo a competência do Juizado de Porto Alegre para o exame do pedido, tendo também sido suspenso o pátrio poder da mãe biológica, com a guarda provisória sido deferida aos autores.

Regularmente citada, ofereceu a ré a contestação de folhas, rechaçando por completo a pretensão dos demandantes. Disse que a Dra. I. foi quem a induziu a dar a criança, mesmo que estivesse com dúvidas, na ocasião, e que seus pais nada sabiam.

Disse ainda que ela e sua mãe assinaram um papel em branco entregando a menina, que, no intuito de tornarem definitiva a situação, os autores lhe ofereceram dinheiro, e que inexistem razões legais que possam embasar a perda do pátrio poder, razão pela qual requereu fosse a ação julgada improcedente.

A instrução foi bastante extensa, com a tomada do depoimento pessoal das partes e a inquirição de treze testemunhas, tendo ainda sido realizada a avaliação psicológica de G.

Na Comarca de... foi realizada nova perícia social, na qual interveio a Assistente Técnica indicada pelos autores. As avaliações psicológicas da ré e de seus pais, postulada pelos autores, deixou de se realizar, eis que nunca se dispuseram estes a comparecer nas datas agendadas, inobstante tenham os demandantes colocado às suas disposições veículo com motorista particular.

Conforme ofício de folhas, deu a 7ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul integral provimento ao Recurso de Agravo de Instrumento interposto pela ré contra a decisão de folhas, determinando fossem os autos encaminhados à Comarca de..., bem como a criança devolvida à mãe biológica, mediante a intervenção da equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude.

Foram então os autos encaminhados à Comarca de... Desta decisão de Segundo Grau de Jurisdição, interpuseram os autores junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, medida cautelar preparatória de recurso especial, na qual obtiveram liminar, conforme comunicado de folha, no sentido de suspender a execução do acórdão.

Com isto retornaram os autos a este juízo. Finda a instrução, em razões finais, postularam os autores a procedência da ação, tendo a ré postulado a sua improcedência.

Interveio o Ministério Público, postulando fosse acolhido integralmente o pedido dos autores. É o relatório. Decido.

Questões como a presente, quando os pais biológicos, não querendo ou não podendo cuidar do filho durante período determinado de suas vidas, delegam a terceiros a tarefa de guarda, zelo e educação que originariamente são de suas responsabilidades, e após, quando entendem melhorada a situação outrora adversa, querem-no de volta, têm se sucedido com muita frequência perante o Poder Judiciário, muitas vezes ganhando indevida a improdutiva publicidade, sem que, apesar disto, tenha-se conseguido uma solução de consenso no mundo jurídico.

Assim é que, iniciando-se uma abordagem sobre tão intrigante matéria, início por afirmar que o abandono de crianças – situação que é atribuída à demandada –, é certamente tão antigo quanto a própria humanidade, não tendo surgido e nem tampouco se constituído em um traço característico das modernas estru-

ras sociais, com o que apresenta-se como sendo um fenômeno comum a todos os tempos e lugares.

As lendas e mitos da humanidade estão cheias de situações de crianças abandonadas – Moisés, Rômulo e Remo, Édipo –, por constituírem-se elas em uma dificuldade para a vivência social para os pais biológicos, e que depois foram recolhidos por outras pessoas que os acolheram como filhos, amando-os e educando-os, o que evidencia uma constante preocupação dos poderes instituídos na busca de correções para tais situações, apresentando-se a adoção como uma das principais soluções, desde as épocas mais remotas.

A disputa pelo filho entre os pais biológicos e os pais por afeto também encontra abordagens desde os primeiros tempos da existência humana, tanto que sobre tal matéria já tratou a Bíblia, no Julgamento de Salomão, que, usando de indubitado bom-senso, e procurando destinar a criança para pessoa mais preparada para sua criação, decidiu em entregá-la àquela que, abrindo mão da possessividade, mesmo sendo a mãe biológica, concordou em dela abrir mão, para que não viesse a ter o infante qualquer prejuízo.

Situação análoga, também, tratando da disputa de adultos por uma criança, foi objeto de qualificada abordagem por aquele que qualifico como o maior dramaturgo do Século XX, Bertolt Brecht, que na obra-prima *O Círculo de Giz Caucasiano*, mostra que a mãe afetiva era aquela que melhor criaria o menino, eis que negou-se ela a participar de uma disputa com a mãe biológica, na qual o infante poderia sair machucado.

Vê-se, assim, que o que se procurou, desde sempre, é que o melhor interesse da criança seja o escolhido, independentemente dos vínculos biológicos que possam existir.

Como as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, seja qual for o Estado da Federação, não embasam-se tão-somente no direito positivo previsto no ordenamento jurídico nacional, também dos conteúdos éticos e morais advindos da ótica de cada julgador, soluções diversas têm sido editadas para casos aparentemente similares, circunstância que em nada contribui para a indispensável segurança jurídica que deve existir na área que regula os sentimentos mais importantes do ser humano, aquela em que se situa a sua família.

Portanto, para análise de tão importante questão – aqui está a se decidir os rumos da vida de uma menina que ainda não completou os dois anos de idade –, entendo por bem em fazer algumas reminiscências sobre a questão do instituto do poder familiar.

A *patria potestas*, sistematizada no Direito Romano, no qual, indiscutivelmente, atendia-se quase que exclusivamente aos interesses do chefe da família, tem origem em civilizações até mais remotas, transcendendo as fronteiras das culturas mais conhecidas, encontrando suas raízes no próprio início da humanidade.

No Direito Romano, o exercício da autoridade do pai sobre o filho era quase que irrestrito – no início, inclusive, tinha ele o direito de matá-lo –, constituindo-se em verdadeira propriedade advinda da geração, sendo que, com o passar dos séculos,

paulatinamente, começou ele a ser mitigado, todavia, como ainda hoje ocorre, pelo menos culturalmente, sem perder completamente a visão de sua origem, a submissão dos interesses do filho à figura paterna (pai e mãe).

Já no século XVII, antes mesmo do iluminismo, quando a idéia do Estado Moderno dava os seus primeiros passos, a idéia que ganhava força era de que todos os homens são iguais pela natureza – igualdade de direito à liberdade natural, sem sujeitar qualquer um à vontade ou ao arbítrio de outrem -, e que aos pais incumbe, enquanto a criança ainda não tem condições de plena capacidade, delas cuidar e educar, até que implementem condições de fazerem isso por si próprias.

Portanto, já há alguns séculos vive a idéia de que o poder que os pais têm sobre os filhos não é propriamente um poder, mas um poder-dever, advindo unicamente da obrigação que possuem de cuidar deles durante o tempo da incapacidade, sendo que quando isso não ocorra de forma adequada, perdem não o poder, mas o exercício de tal atribuição.

John Locke, célebre filósofo que sedimentou os esteios do liberalismo político moderno, na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo* (1690), assim se manifestou sobre o hoje nominado instituto do poder familiar: “Por conseguinte, o poder que os pais têm sobre os filhos resulta do dever que lhes incumbe – cuidar da prole durante o estado imaturo da infância. Formar o espírito e governar as ações dos menores ainda ignorantes, até que a razão venha a ocupar em seu espírito o lugar que lhe cabe, não lhes exigindo o que ainda não podem, é do que precisam os filhos, e os pais estão obrigados a fazer”. (*Segundo Tratado Sobre o Governo*, Editora Martin Claret, 2002, p. 53 – grifei)

No século passado, quando já eram vigentes os conceitos liberais que trouxeram consigo a concepção de Estado Moderno, ganhou força a idéia de que o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres, instituídos unicamente para garantir a formação e progresso pessoal da prole, tendo assim se manifestado Pontes de Miranda, em *Tratado de Direito Privado*, 2ª edição, Editor Borsói, vol. 09, p. 105: “O conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a ele, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os, para a sociedade viva”.

No mesmo sentido é o ensinamento de Daniel Hugo D'Antonio, em *Derecho de Menores*, Editora Astrea, 4ª edição, Buenos Aires, 1.994, à p. 204: “La concepción actual de la patria potestad no evidencia diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, existiendo uniformidad en lo que atañe a reconocerle su esencial característica de conformar un complejo funcional de derechos y deberes dirigidos a lograr la formación integral dei hijo”.

Não resta dúvida que, em atenção à concepção vigente, seguindo os conceitos antes referidos e que norteiam o disciplinamento do poder familiar, que vem ser ele mais um ônus do que um direito, tanto que ao invés de estar no amplo espectro do Direito de Família, situa-se no campo de estudo do Direito Protetivo.

Nesse sentido, é o ensinamento de Pontes de Miranda, na obra já citada, p. 107: “Atendendo à concepção vigente do pátrio poder, pelo qual mais se protege do que se exercem poderes, o lugar para se tratar do pátrio poder sistemática-

mente, é no direito protetivo, ao lado da adoção da tutela, da curatela e dos direitos a alimentos”.

Visto isso, de que o poder familiar é conjunto de direitos e deveres instituídos para que o pai ou a mãe, nos seus exercícios, busquem as melhores soluções para o progresso pessoal do filho, e de que deverá ele sempre ser visto como direito protetivo, isto é, em via de uma só mão, do filho para o pai ou a mãe, resta a questão, e aqui é que os julgadores divergem ensejando decisões contrárias, como os direitos atribuídos aos pais deverão ser exercidos.

A questão prende-se à natureza jurídica do poder familiar, se é ele concebido como um poder parental, se é ele apenas uma função, se é um poder-função, se é ele um direito subjetivo ou um direito natural. Dos ensinamentos presentes na doutrina, entendo que aquele que melhor expressou a concepção atual é o Daniel Hugo D'Antonio, na obra já citada, pp. 215 a 217: *“Para poder desentrañar la esencia jurídica de la patria potestad hay que comenzar por tipificarla en su condición de institución preteritoria de la minoridad y, como tal, perteneciente al ámbito de la protección jurídica dei menor, es decir, al derecho de menores. Esto sentado, cabe advertir que la patria potestad evidencia una conjunción de derechos – prerrogativas, poderes o potestades – y deberes – conductas jurídicamente exigibles – pero en si misma no resulta de la suma de elias, ni puede afirmarse que unos y otros sean inescindibles.*

“Tales derechos son derechos subjetivos que responden a la finalidad dei derecho objetivo, dei cual resultam. Definido el derecho subjetivo, siguiendo a Larenz, como una categoría fundamental del derecho, la cual expresa que algo, un ‘bien’ determinado, corresponde o pertenece en justicia a una persona y, complementando la idea con la justicia de que los poderes jurídicos son acordados a los individuos por el derecho objetivo para que se los ejerza dentro del plano de la institución, sin desviarse del fin que indubablemente ha informado la sancion de la regia jurídica, cabe concluir que los derechos subjetivos que se advierten en la patria potestad possen la orientación y la finalidad tutelares que son propias dei derecho objetivo, dei derecho de menores.

[...]

“Por cierto que la patria potestad encuentra su ambito natural y propicio de funcionamiento en el marco familiar. Pero de ello no se sigue, sin más, que la institución tenga centrado su interés en la familia, sino que él pólo aparece contemplado de manera indirecta, por el reflejo que se produce en el grupo al cual pertenece el menor.

[...]

“Em suma, la patria potestad es una institución del derecho de menores signada por la finalidad protectoria de la persona del hijo menor, y se traduce en un conjunto de derechos ‘y’ de deberes, los cuales admiten en general una apreciación diferenciada e, incluso, distinguir la presencia de derechos subjetivos y deberes específicos.

“La patria potestad de lugar a derechos subjetivos, los que responden a la orientación tutelar propia del derecho objetivo del cual resultan. Po ello es claramente

advertible la función social que cumplen. En el interés del menor aparecen comprometidos el orden social general y el bien común".

Conclui-se, assim, que os direitos decorrentes do poder familiar atribuídos aos pais são objetivos e só existentes e exigíveis quando exercidos no estrito cumprimento da função tutelar, próprio do direito dos menores.

Sendo a família uma sociedade psicológica, Pontes de Miranda, na obra já citada, à fl. 111, assim refere: "O fato jurídico da adoção, considerada como uma das fontes do pátrio poder, é tanto mais compreensível quanto se atenda a que a verdadeira essência material dos fatos sociais está nas relações sócio-psicológicas; e a família, como se pode verificar no Direito Romano e em todas as legislações, mais se funda em interdependência ou mesmo dependência espiritual do que em simples circunstâncias estranhas à vontade, como o nascimento. Entre as sociedades animais, por exemplo, nem sempre se encontra, nítido, o fato sociológico da associação familiar, embora o fato de geração natural seja o mesmo. A família é, pois, sociedade psicológica, a que a identidade de origem ancestral, se é o seu fundamento remoto, não representava, todavia, seu requisito essencial".

Ante tal texto, não se apresenta errada a conclusão de que não exercendo os pais a finalidade tutelar do poder familiar, não têm eles o direito natural, este direito inexistente, de continuar a decidir o futuro de seus filhos, posto que ele só existe enquanto decorrência da função que não foi exercida.

Já que no ano de 1.979, quando em Porto Alegre, de 06 a 10 de novembro, realizou-se o I Congresso Nacional de Direito do Menor, promovido pela OAB/RS e o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, estão criticando o então vigente Código de Menores, mais de trezentos participantes assim concluíram: "Na atualidade, constitui-se ou deveria constituir-se o pátrio poder em um conjunto de deveres em substituição ao conjunto de direitos que caracterizavam a época romana. No entanto, o corpo de leis que tratam da pessoa dos filhos ou mais especificamente da sua proteção, fazem do menor um objeto do poder paterno, negando-lhe a sua condição de Pessoa Sujeito de Direito. O pátrio poder de perder, a bem dos filhos, e da sociedade, o seu caráter de dominação, de absolutismo autoritarista, para dar-lhe caráter sinalagmático, embora destacando a autoridade tutelar paterna, em cujo seio familiar a autoridade judiciária intervirá sempre que a segurança psíquica, física e moral do menor estiverem ameaçadas ou comprometidas, através da aplicação de medidas de assistência educativa ou reeducativa, tanto aos filhos, quanto aos pais".

Feitas essas considerações, acrescentando o que foi transcrito da obra de Daniel Hugo D'Antonio, que por certo o pátrio poder encontra seu âmbito natural e propício de funcionamento no seio familiar, porém, disso não se conclui que o instituto tenha centrado seus interesses na família, eis que aparece esta contemplada apenas de maneira indireta, em decorrência do reflexo que produz no grupo ao qual pertence ao menor, isto é, família só será também protegida quando atender aos interesses do infante, passo a analisar o caso em concreto apresentado neste processo.

Afirmou a demandada, desde a sua primeira manifestação, que a mãe biológica é naturalmente aquela com maior capacidade de cuidar da prole, sendo que no seu caso, apresentando-se apenas como passageira a impossibilidade de exercer a maternagem a contento – os primeiros trinta dias de vida de G. –, injustificável se apresenta a pretensão dos autores, de que venha a ser destituída do poder familiar.

Os autores, por sua vez, reportando-se aos laudos realizados durante a instrução processual – sociais e psicológicos –, afirmaram que são eles e não a demandada que possuem as melhores condições para criarem a infante, eis que são as pessoas que desde os primeiros dias de vida preenchem para G. as figuras de pai e de mãe, dirigindo a ela apenas carinho e segurança, ao contrário de D., que sempre a rejeitou.

O Ministério Público, também reportando-se à extensa prova produzida no decorrer da instrução, disse que a demandada demonstrou não possuir a menor condição para o exercício da parentalidade, eis que não possui suporte familiar a lhe auxiliar para a criação, tampouco sentimentos próprios de quem deseja efetivamente exercer a maternagem.

Analisadas as três manifestações, assim como a prova produzida, tendo sempre presente que o poder familiar é direito protetivo da criança, e não da família, entende este Juízo que assiste razão aos autores e ao Ministério Público.

Assim concluo, considerando, inicialmente, que a demandada e sua mãe entregaram a filha para adoção de forma espontânea, não tendo havido ninguém que as forçasse a assim proceder, sendo a prova produzida forte e escorreita nesse sentido.

Informou a Dra. X., médica obstetra que atendeu D. nos dias que antecederam ao parto, que ela já na ocasião referiu que não queria criar a filha, que pretendia entregá-la em adoção, tendo-lhe pedido, inclusive, que arranjasse alguém que pudesse ficar com ela.

Disse ainda a referida testemunha que tentou demover D. de tal ato, mas que ela demonstrava ter assim decidido de forma irrevogável, intenção esta que também teria externado à Dra. I., médica que a atendeu posteriormente ao parto.

M., auxiliar de enfermagem que participou do trabalho de parto de D., disse que após o nascimento envidou todos os esforços para que ela criasse algum tipo de vínculo com a criança, os quais se mostraram totalmente infrutíferos, eis que na ocasião ela não quis pegar o bebê no colo, negou-se a amamentá-lo, em momento algum o acolheu, era uma pessoa fria, que sequer quis olhá-la.

Esclareceu também referida testemunha que todos, desde o médico obstetra, a médica pediatra e corpo de enfermagem, tentaram convencer que D. ficasse com a filha, inclusive ofereceram-se para falar com os seus pais nesse sentido, apresentando-se ela inarredável na intenção de entregar a criança para terceiros.

Y., assistente de enfermagem que trabalha no Hospital “Z.”, de..., há aproximadamente trinta e seis anos, também informou que D., desde que ingressou na sala de parto, noticiou que não queria criar o bebê, negando-se, desde este primeiro

momento, a ter qualquer contato com ele, tanto que, após as práticas de rotina – banho, pesagem e medição –, foi a menina encaminhada para uma incubadora, eis que a mãe não queria recebê-la.

Da mesma forma que a testemunha M., informou I. que várias pessoas tentaram demover D. de entregar a filha para terceiros, mas que ela se mostrava irredutível nesse sentido, como se demonstrando não possuir qualquer sentimento para com o rebento.

C., Presidente do Conselho de Administração do Hospital..., informou que embora não tenha presenciado os fatos que culminaram com a entrega da criança para terceiros, recebeu um telefonema das funcionárias do nosocômio naquele sábado, informando que a mãe biológica não queria permanecer com o filho, com o que orientou-as, como de praxe, a procurarem o Conselho Tutelar, o que efetivamente foi feito.

I., médica pediatra que atendeu G. logo após o parto, confirmou que desde o primeiro contato que teve com D., que esta afirmou que não iria ficar com a filha, e que assim se manifestou mesmo após insistentes contras feitos pela equipe de enfermagem do hospital, para que redimensionasse a sua ação.

Disse também que a mãe de D. negou-se a retirar e levar consigo a criança do hospital, dizendo que concordava fosse ela entregue para adoção, quando perguntou a ambas se poderia encaminhá-la para um casal conhecido, tendo havido concordância na mesma ocasião. Esclareceu, por fim, que a entrega da criança ocorreu com o acompanhamento e orientação do Conselho Tutelar, que em momento algum exerceu qualquer pressão sobre a mãe biológica e seus pais, e que, dias após o nascimento, acompanhou D até o registro civil, acompanhada da mãe, para que ela registrasse a criança com o nome de G., exatamente aquele escolhido pelo casal para quem foi ela entregue.

No mesmo sentido foi o depoimento prestado por A., médico obstetra que realizou o trabalho de parto em D., a qual informou que, após o nascimento, negou-se a demandada a olhar para a criança, inclusive postou-se de forma a olhar para o lado, dizendo que não a queria. Nesta mesma solenidade, quando D encontrava-se na sala de audiências, foi indagada a testemunha sobre a afirmação feita pela demandada em seu depoimento, de que ele não teria permitido que ela olhasse para a criança após o parto, inclusive colocou um lençol entre as duas. Recorda-se este magistrado que foi a seguinte resposta dada com sentimento de inconformidade, como se decorrente uma afirmação injuriosa acerca de seu comportamento ético profissional: “Está aqui ela? É só perguntar para ela se é verdade isso que ela está dizendo”.

E., secretária do Hospital..., a qual recebeu D. na portaria no dia do parto, da mesma forma que todas as demais testemunhas já referidas, confirmou que a demandada não aceitava sequer olhar para o bebê, tendo verbalizado diversas vezes que não queria permanecer com a criança.

F., médico ginecologista que atendeu D. dias antes do parto, informou que após ter ela tido a criança, em..., encontrou-a em... sem a gravidez, acompanhada

da mãe, momento no qual indagou-lhe sobre a criança, tendo ela dito que a havia deixado no hospital.

Referiu também a testemunha, que pela forma como D. lhe relatou tal circunstância, e como estava ela acompanhada da mãe, que ouviu a conversa, que ficou tranqüilo sobre o caso.

Por fim, em relação à maneira como foi a criança entregue para os autores, é esclarecedor o depoimento de L., Conselheiro Tutelar que atendeu ao chamado no mesmo dia do parto de G., o qual esclareceu que tanto D. como sua mãe manifestaram, sem qualquer hesitação, que queriam entregar a criança em adoção, com o que orientou-as a procurarem o Poder Judiciário no primeiro dia útil (tratava-se de um sábado), ficando sugerido que permanecesse a infante com a Dra. I., até que os novos pais a acolhessem.

Analisados todos esses depoimentos, aos quais contrapõem-se apenas os depoimentos de D. e sua mãe, apresenta-se como conclusão inarredável que, embora a entrega da criança tenha ocorrido de forma irregular, eis que diversa daquela prevista em lei – em Juízo -, que em hipótese alguma houve pressão para que a mãe biológica fosse afastada da filha, eis que o ato foi espontâneo, e que se alguém no caso está agindo de má-fé é a própria demandada, que distorcendo propositalmente a verdade dos fatos, utiliza-se do fator idade e da circunstância de possuir menos recursos financeiros que os autores, para promover um processo de autovitimização, procurando desta maneira obter a comiseração de diversos segmentos da sociedade – (...); (...); (...), entre outros.

Quem pretende criar e proteger o filho que está para nascer não verbaliza, aos quatro ventos, nos mais variados lugares, e para pessoas diferentes – médicos, enfermeiras, Conselheiro Tutelar –, que sequer se conhecem, que deseja exatamente o contrário.

Quem pretende criar e proteger o filho que já nasceu, procura acolhê-lo, amamentá-lo, demonstrar afeto, e não virar o rosto, como ocorreu com a demandada, que resolveu verificar como é o rosto de sua filha somente após semanas do nascimento.

Quem pretende criar e ter consigo o filho de apenas seis dias, o qual, no seu dizer, foi-lhe retirado de forma sub-reptícia, constituindo-se quase que um rapto, não comparece perante o registro civil de comarca diversa da sua, e lá efetiva o registro da criança exatamente com o nome – G. –, escolhido pelas pessoas com as quais ela já se encontrava.

De outra banda, aos autores, a quem inclusive se alvitra a pecha de ardil processual, necessário é que, ante a indubitosa prova dos autos, sejam procedidas as seguintes reflexões: a criança lhes foi entregue espontaneamente, tanto que a mãe biológica levou quase trinta dias para lhes comunicar a intenção de reaver a posse da filha.

Nenhum dos autores é versado em letras jurídicas, tampouco qualquer informação se tem sobre seus conhecimentos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – pelo menos 90% dos recém-formados em Direito saem das Faculdades

sem terem tido sequer uma aula sobre a matéria –, pelo que, *a priori*, não é ilícito que lhes impute predeterminação em retirar, arditosamente, uma criança recém-nascida da mãe biológica.

Antes de receberem a criança, tiveram conhecimento que houve também consentimento da avó materna, bem como acompanhamento, quando da declaração de vontade em entregar o filho para adoção, por parte do Conselho Tutelar.

Não age com malícia e deslealdade processual quem, logo após o nascimento, procura o Poder Judiciário e relata o ocorrido, postulando legalizar a guarda de uma criança que de fato com eles estava, inclusive para obter a licença-maternidade junto ao empregador de C.

Desde o primeiro momento, tanto as manifestações dos autores e da ré, foram no sentido de que a troca de guarda se dava com a finalidade de adoção, sendo que, desde então, passaram os primeiros a exercer, a preencher, para G., as figuras paterna e materna, pelo que se apurou, de forma digna, competente e adequada.

Feitas essas considerações, as quais ensejam a conclusão de que foi a criança entregue espontaneamente para os autores, que a par de terem-na recebido sem a observação dos preceitos legais – ECA, art. 166 –, em momento algum agiram com má-fé, ao contrário da ré, que distorceu a realidade dos fatos para reverter a manifestação que efetivou anteriormente, na presença de sua mãe, entendendo que caracterizado está o abandono, causa de destituição do poder familiar, devendo ainda ser verificado o efetivo bem-estar de G., para que se possa ou não deferir a adoção que é pleiteada na inicial.

E é no escopo de analisar como está-se dando a adaptação da infante ao lar dos autores, que passo a analisar a prova dos autos. As fotografias juntadas das fls...., em número de trinta e cinco, mostram G. como sendo uma criança feliz, atenta, amada pelos autores e pelo filho destes, a quem certamente reconhece como irmão, sendo inequívoca a conclusão advinda das imagens, que também o círculo familiar ampliado a recebeu muito carinhosamente, ambiente este que, sem dúvida alguma, permite-lhe um desenvolvimento sadio e seguro.

Confirmando tal impressão, apresenta-se o depoimento prestado pelo Dr. R., médico pediatra com mais de quarenta anos de clínica em Porto Alegre, com reconhecida competência profissional na Capital do Estado, que assim se manifestou: “J.: E como está sendo a evolução dela lá? T.: É uma evolução maravilhosa, uma criança que eu acompanho desde os cinco dias; ela a partir dos três para quatro meses começou a ter uma relação mais intensa de trocas comigo, que a gente como pediatra sempre procura acompanhar o desenvolvimento no primeiro mês, como está, no segundo mês, pela mão, se acompanha os objetos, um desenvolvimento normal. E nessa última vez, que foi no dia 04/09, com dez meses, estava com um resfriado. *O entrosamento familiar, nas primeiras consultas veio toda a família – pai, mãe e o irmão –*, e manifestando que a gente observa o comportamento, *um relacionamento assim de muito afeto por parte então de um*

envolvimento de mãe com filho que não dá para diferenciar, de quem não sabe, que seja uma criada adotada". (grifei)

Os laudos sociais juntados ao processo, seja a da Assistente Técnica nomeada pelos autores, Sra. J., seja a Perita Judicial nomeada na Comarca de..., Sra. B., também concluíram ter sido muito positiva a adaptação de G. à família dos autores, e que a sua retirada desse ambiente que lhe é propício, poderá causar à infante prejuízos irreparáveis.

Em relação à família da demandada, relatou e analisou a Sra. Assistente Técnica: "O pai de D. afirma que aceita a filha e a neta em sua casa, uma vez que é uma situação irreversível. Esta manifestação oral, no entanto, não encontra correspondência em seus atos presentes nem em seus projetos para o futuro. Não se dispôs a tomar nenhuma atitude para que a menina venha para a companhia da família, nem que isto fosse determinante para a perda definitiva da guarda da criança. Colocando a responsabilidade sobre esta decisão vital em terceiros – no Juiz e no ex-namorado de D. –, provavelmente tenta defender-se da culpa de não desejar o acolhimento de uma criança de seu sangue. Em todos os seus projetos há a previsão do afastamento da filha e da neta para um futuro breve, mesmo que com isto não esteja assegurando o bem-estar das duas, conforme fica evidenciado no corpo do relatório. Parece evidente que este homem, figura central da família, faz força para tolerar a idéia do recebimento de G. no grupo familiar, mas não aceita efetivamente este evento".

Quanto à possibilidade do afastamento da infante do lar dos autores, em sendo deferida a pretensão da mãe biológica, continuou a Sra. Assistente Técnica: "Se G. for afastada da família que vem sendo criada, vivenciará este afastamento como um novo abandono. Todas as peculiaridades deste grupo, que favorecem a minimização das conseqüências do abandono anterior, em especial a valorização de relações calorosas e a capacidade de tecer vínculos intensos e duradouros, transformar-se-ão em objeto de intensificação do sofrimento da menina. *Ela estará perdendo novamente, e esta perda será significativamente maior e mais devastadora que a anterior*, enquanto já investida de confiança e afeto. Somar-se-á a isto o reavivamento da perda primitiva (abandono pela mãe biológica)". (grifei)

No mesmo sentido foi o posicionamento da Sra. Perita Judicial: "A atual situação da família e D. em relação a G. mudou bastante, considerando a visita realizada em abril de 2002, constatamos que a família acomodou-se com o ato, tendo inclusive receio desta criança vir a residir com D. depois de tanto tempo. Os avós maternos não demonstraram nenhum interesse, deixando até mesmo de comparecer nas entrevistas combinadas. Neste caso, tivemos que procurá-los para saber o porquê do não-comparecimento, e obtivemos a resposta do pai de D.: 'Para ir à cidade, só em caso de morte'; demonstrando durante a entrevista que a volta da criança não é prioridade para eles, inclusive V., mãe de D., comentou que está com pena da outra pessoa que está cuidando de G., pois um ano é bastante tempo, ambos sofrerão muito com a separação..."

“Face ao exposto, tenho como preocupação que D. ainda depende dos pais, pois é relativamente incapaz, e que será uma situação muito difícil, pois a criança tem uma história de vida diferente e com um vínculo difícil de apagar. Sendo assim, entendo que os direitos da criança são preponderantes e prioritários aos dos pais”.

O Dr. R., médico pediatra que cuida do desenvolvimento de G., assim se manifestou sobre o desenvolvimento da menina junto ao lar dos autores: “G. é uma menina de sete meses e meio, que apresenta excelentes condições de desenvolvimento em todas as áreas avaliadas, além de um comportamento afetivo compatível e desejável para a idade”.

Também este Juízo teve a preocupação de determinar à sua equipe técnica, avaliação psicológica de G., para que de alguma forma pudessem ser aferidos eventuais prejuízos da infante, em caso de nova troca de guarda ocorrer entre as partes litigantes deste feito, tendo a Dra. F. assim concluído: “...nosso parecer é de que G. permaneça com a família guardiã, onde tem recebido todo o atendimento necessário para um desenvolvimento biopsicossocial sadio e onde já tem vínculos afetivos formados que a auxiliaram, até aqui, a realizar um desenvolvimento sadio e razoavelmente equilibrado. *Devolvê-la à família biológica só iria expor a menina a grandes possibilidades de um desenvolvimento muito problemático, quem sabe até patologizante.* Tomamos a liberdade de sugerir que a jovem D. receba apoio psicológico para elaborar os traumas vividos e estruturar para si mesma uma vida mais organizada e sadia, para depois pensar, mais tarde, com mais maturidade, em ter um novo bebê. Esta perda poderá ser vivida para seu crescimento e amadurecimento como mulher e como pessoa humana, e permitir que ela possa ser uma mãe de família mais estruturada, sadia e feliz”. (grifei)

A doutrina da área da psicanálise é rica em afirmar os riscos que uma criança, na idade de G., tem ao perder as representações paterna e materna, principalmente na área da saúde mental: “Com justa razão, a metáfora do Nome-do-Pai aparece, segundo Lacan, como uma encruzilhada natural de amplas conseqüências. Suas implicações são múltiplas: quer se trate de seu fracasso, como logo se introduz a instalação de processos psicóticos; quer se trate de seu sucesso, como algo que aliena o desejo do sujeito na dimensão da linguagem, ao instituir uma estrutura de divisão subjetiva (*Spaltung*), que o separa irreversivelmente de uma parte de si mesmo, fazendo advir o inconsciente”. (Joel Dor, *Introdução à Leitura de Lacan*, Editora Artes Médicas, Porto Alegre, 1992, p. 94)

A confirmar o entendimento de que a demandada, acompanhada de seus pais, por vários dias após o nascimento de G., tomou a iniciativa de abandonar os direitos e obrigações parentais que originalmente eram seus, transferindo-os para terceiros, a abandonou, é o ensinamento da melhor doutrina: “*El padre que abandona a alguno de sus hijos pierde la patria potestad, aun cuando haya quedado el menor bajo la guarda o custodia del outro progenitor e de un tercero. La sanción se produce para el padre abandonante aun cuando el hijo quede al cuidado del outro padre o de un tercero. Se adopta, de esta manera, el criterio subjetivo para tipificar la causal de abandono: la ley no espera que el menorpadezca física o*

moralmente el desamparo a que lo arroja la actitud del projenitor. Es suficiente que lo abandone en poder del outro o de un tercero para sancionar su indolencia con la privación de la autoridad". (Nora Lloveras, Pátria Potestad y Filiación, Ed. De Pala, Buenos Aires, 1986, p. 284)

No mesmo sentido, existem diversas manifestações jurisprudenciais: "Ação de adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Se a adoção do infante pela autora/guardiã é a situação que melhor atende os interesses integrais do menino, porque é ela quem ele chama de mãe, é com ela que se estabeleceu uma relação familiar de afetividade, a qual também deve ser levada em conta quando da colocação de uma criança em família substituta, conforme prevê o artigo 28, § 2º, do ECA, mantém-se a procedência da ação de adoção cumulada com destituição do pátrio poder, em detrimento ao pedido de guarda feito pelos avós maternos. Apelações desprovidas, por maioria". (TJRGS, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José S. Trindade, julgado em 22-11-01)

"Adoção. Destituição do pátrio poder. Guardiã estranha à família biológica. Avós maternos. Proibido de adotar. Prefere o avô materno, para o efeito de guarda e adoção, a pessoa que se encontra com a criança, desde o ano de 1997, a quem se afeiçoou, desenvolvendo uma relação de afeto, que faz com que chame de mãe sua guardiã. Os pais biológicos, por terem abandonado o filho, ficam destituídos do pátrio poder, para o efeito de a criança ser adotada por quem detém sua guarda de fato. Os avós maternos, estão impedidos de adotar (art. 42, § 1º, do ECA), e por via de consequência não pode-lhes ser deferida a guarda, por força do art. 33, §§ 1º e 2º, do Estatuto, mesmo ante a excepcionalidade da situação. Embargos desacolhidos". (TJRGS, Embargos Infringentes nº 70003895752, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator para o acórdão Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, julgado em 12-04-02).

"Direito civil. Pátrio poder. Dever irrenunciável e indelegável. Destituição. Consentimento da mãe. Irrelevância. Hipóteses específicas. Art. 392 do CC. Contraditório. Necessidade. Arrependimento posterior. Adoção. Situação de fato consolidada. Segurança jurídica. Interesses do menor. Orientação da turma. Precedentes. Parcialmente provido. I – O pátrio poder, por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante às pessoas e bens dos filhos menores, é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia.

'II – As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no artigo 392 do Código Civil, e as de destituição, no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nas arts. 155/163 do Estatuto da criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma.

'III – A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder (art. 23 do mesmo diploma).

“IV – Na linha de precedente desta Corte, a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teológica na sua exegese.

“V – *Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor*”. (STJ, 4ª Turma, Resp nº 158.920-SP, Rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23-03-99 – grifei)

O atendimento do pedido da demandada, salvo melhor juízo, importaria em se superestimar o seu direito (?), em completo prejuízo do desenvolvimento pessoal de G., moral, educacional e psicologicamente, quer pela ainda incapacidade de sua parte em recebê-la e educá-la como filha, quer pelos indubitáveis prejuízos que seriam causados à infante.

Poder familiar é um *munus*, e portanto só deve ser exercido por quem tenha condições para tanto, sob pena de inverter-se a proteção da criança, para proteger-se quem o instituto apenas impõe obrigações.

Por reputar que os quase dois anos que G. encontra-se sendo criada pelos autores, de forma diga e inteligente, e que desde então a demandada não alterou significativamente sua vida, continuando dependente e sem condições de criar sua filha biológica, decide este Juízo no sentido de destituí-la do poder familiar, com o deferimento da adoção da infante aos demandantes.

Tomo a liberdade, ao final, de repetir aquilo que já consta do respeitável acórdão das fls. 496 a 540, da dificuldade que casos como o presente constituem a qualquer julgador, por mais experiente que seja ele, por mais que questões análogas à presente lhe tenham sido anteriormente submetidas a julgamento.

A dificuldade decorrente do conflito de interesses por filhos é por demais dolorosa, a norma jurídica, por si só, é insuficiente para que a decisão proferida a alguém não cause traumas, em regra os julgamentos são editados no sentido de que o prejuízo dele decorrente seja o menor possível.

Como bem refere o Des. Luiz Felipe Brasil Santos à fl. 537, este caso é daqueles que não gostaríamos de ter de julgar, mas, volta e meia, somos chamados a fazê-lo, e não temos como fugir.

Não é por outra razão que o presente processo, que recebe com a presente a sua primeira decisão terminativa, já tenha em menos de dois anos sido alvo de julgamentos em três graus de jurisdição, umas favorecendo os autores, outras favorecendo a ré.

Todas elas, sem dúvida alguma, editadas com muita reflexão técnica e sentimento, não por Deuses, mas por seres humanos que procuram, dentro das suas limitações, buscar a melhor solução para os problemas decorrentes dos relacionamentos humanos que lhe são apresentados, e que por isso mereceram o seguinte pensamento de Fernando Freire, transcrito na obra *Abandono e Adoção*, Editora Terre des Hommes, Curitiba, Paraná, 1991, p. 186: “O Juízes são humanos. Os Juízes da Infância e da Juventude assumem a dor de uma criança, sofrem com a criança, e lutam por ela. Com as crianças carentes, não se refugiam em posturas

exacerbadamente formalistas, mas buscam, nas forças vivas das comunidades em que atuam, a solidariedade indispensável. Humildes, reconhecem os limites de sua formação, e buscam conhecimentos psicopedagógicos. Corajosos, não compactuam com o silêncio cúmplice das consciências adormecidas. Como as crianças, também os Juizes da Infância e da Juventude devem ser sinal de esperança”.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido dos autores, para, com base no artigo 1.638, incs. II e III, do Código Civil, destituir D. do poder familiar em relação a G.

Com base nos arts. 39 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente, deferir a adoção pleiteada pelos autores, pelo que determino:

a) o cancelamento do registro original, com a abertura de um novo, neste constando os autores como pai e mãe, os pais destes como avós, sendo vedada qualquer observação quanto à origem do ato;

b) passará a infante a chamar-se...;

c) sem custas e honorários, na forma do artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao registro civil.

Porto Alegre, 10 de julho de 2003.

JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR
Juiz da Infância e da Juventude

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Comarca de Goiânia – Goiás
Juizado da Infância e da Juventude

Vistos, etc.

Requer o Ministério Público seja W. B., qualificado nos autos, internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, cuja internação se daria em razão de sua doença e não de sua idade, podendo, portanto, perfeitamente, ser internado em estabelecimento destinado também a adultos, já que lhe seria dado tratamento de saúde, não existindo necessidade de isolamento, ou seja, distinção de tratamento. Funda sua pretensão no uso da previsão do art. 112, § 3º, do ECA e, subsidiariamente, arts. 96 a 99 do Código Penal. Para cumprimento da medida, requer seja requisitado aos órgãos que menciona (Secretaria Estadual de Saúde; Secretaria Municipal de Saúde; Secretaria de Cidadania e Trabalho; Secretaria de Segurança Pública e Agência Goiana do Sistema Prisional). Os fundamentos fáticos, laudos periciais, já constam dos autos conforme menciona: fls. 126;159; fls. 179/80;183;184;186 e 217, que registram desvio de personalidade grave do representado, havendo séria e fundada possibilidade de agressão contra outros, agressão esta que poderá desaguar na perda da vida por parte da vítima, tanto pelo que já fez, como pela previsão médica sombria. Acrescenta que o representado está internado na Casa de Prisão Provisória para sua própria segurança e dos demais com quem convive restrito em sua liberdade.

Assevera que a aplicação de medida de segurança tem em conta a condição pessoal do examinado, pouco importando seja ele menor ou maior.

Ouvida a Defensoria Pública, manifesta-se a mesma ratificando o pedido ministerial.

É o relatório.

Decido.

Os fatos que se me apresentam são: – um interno com 20 anos de idade, cuja sanção socioeducativa de internação foi aplicada em razão de atos infracionais, praticados anteriormente aos 18 anos; – tais atos infracionais são dois homicídios qualificados e razão de desvio de conduta que inviabilizou à CIA (Centro de Internação de Adolescentes) sua permanência, ante as atitudes do mesmo, que instigava fuga, quebrava equipamentos da unidade e a imposição de sua liderança pela força em face dos demais internos; – a confirmação de seu estado mental. A resposta jurisdicional: pode o Juiz da Infância e da Juventude aplicar a medida de segurança a quem cumpre internação, pela prática de ato infracional, com 20 anos de idade, a ser cumprida após os 21 anos?

O art. 7º da Lei de Introdução ao Código Penal já previa a possibilidade de se aplicar quanto à revogação da medida de internação o disposto no Código Pe-

nal sobre medida de segurança. Na exposição de motivos (18), consta que: aboliu-se a medida de segurança para o imputável; mais (22), além das correções terminológicas necessárias, prevê o projeto, no parágrafo único, *in fine*, do art. 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como conseqüência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o Juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairá todas as conseqüências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o art. 98, objeto da remissão conferida no mencionado parágrafo único do art. 26. Ainda: duas espécies de medida de segurança consagram o projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação entre um a três anos. Este prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade, por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente.

W., reconhecidamente, carece de tratamento médico, conforme indicam os laudos, com o registro de morbidez, de doente: o da fl. 179, assinado pelo médico perito, CRM-GO 4258, psiquiatra da Clínica Forense Lourival Belém de Oliveira Júnior, “1 – é o representado portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado? Não. Ele é portador de perturbação de saúde mental (Transtorno de Personalidade anti-social – F60.2), conforme CID-10, em grau severo”; o das fls. 178/180, assinado pelos médicos psiquiatras Drs. S. R. F. e P. M. O., “IV – Diagnóstico: Não restam dúvidas quanto ao diagnóstico. O periciando preenche os requisitos da CID-10 para o diagnóstico de Transtorno de Personalidade emocionalmente instável – Tipo impulsivo (F60.30), com indicação de cirurgia psiquiátrica, cujo objetivo é reduzir os sintomas em pacientes psiquiátrico severamente doentes que não apresentam resposta terapêutica a tratamentos mais convencionais”. Presente o estado de morbidez, aliado à periculosidade, que se extrai, também, dos laudos: fl. 179, “4 – Caso positivo a resposta. 1. Existe a possibilidade de convivência pacífica do representado com demais concidadãos da sociedade ou companheiros de cumprimento de medida? Atualmente não. É muito alto o risco de heteroagressividade, principalmente em meio aberto”. Sem qualquer dúvida a doença e a periculosidade.

Assim, conforme o previsto no art. 112, § 3º, do ECA, determino o tratamento individual e especializado, em local adequado as suas condições, conforme indica o laudo médico, inclusive, caso haja possibilidade da realização da cirurgia indicada, deverá a família ser consultada em caso de negação da autorização para a mesma, deverá haver comunicação, de tal, nos presentes autos. Para o caso de completados os 21 anos de idade de W. B. e mantido o estado de morbidez, havendo necessidade de sua internação, em prol da sociedade, não se pode aguardar que, conforme indicação médica, venha o paciente cometer crime cujo resultado decorrente seria a aplicação de medida de segurança. Deverá, pois, o mesmo ser submetido à medida de segurança como continuidade do trata-

mento médico, quando se estará assegurando ao mesmo a possibilidade de recuperação da saúde mental e psicológica. Se perpassados os 21 anos de W. B., e cessada a jurisdição da infância e da juventude, deverá ser encaminhada guia de sentença ao Juízo das Execuções Penais para cumprimento da medida de segurança aplicada, eis que a mesma submeteu-se à observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes, foi identificado o fato típico e punível, seu autor e o grau de periculosidade. Intimem-se e cumpra-se.

Goiânia, 10 de setembro de 2002.

MAURÍCIO PORFÍRIO ROSA
Juiz da Infância e da Juventude

Vara dos Registros Públicos

Processo nº SPI – 20357-0300/03-4

Espécie: CONSULTA

Suscitante: REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS DA 1ª ZONA

Interessado: 1ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DESTA CAPITAL
Sentença n.º

Data: 15-04-03

Prolator: Antonio C. A. Nascimento e Silva

Vistos, etc.

Trata-se de expediente oriundo da Corregedoria-Geral da Justiça, através do CONSIJ, tendo em vista CONSULTA formulada pelo OFICIAL DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS DA 1ª ZONA, desta Capital, relativamente ao procedimento a ser adotado nos casos de adoção, uma vez que o art. 9º do novo Código Civil dispõe quais os atos que devem ser registrados, e o art. 10, do mesmo diploma, menciona os que devem ser averbados, nestes incluindo os atos judiciais de adoção. Juntados documentos.

A representante do Ministério Público exarou parecer.

Relatei. Decido.

Cícero afirmava que “adotar é pedir à religião e à lei aquilo que na natureza não se pode obter”. Carvalho Santos referia ser um “ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civis de paternidade e filiação”.

O ato de adoção, assim, reverte-se em benefício do adotado, tendo em vista seu caráter irretroatável, criando direitos e obrigações de filho natural, desligando-o dos vínculos com a família biológica. O parentesco estende-se aos descendentes do adotando, não se limitando apenas ao adotando e o adotado.

A nossa Carta Magna estabelece, em seu art. 226, § 6º: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, em seu art. 41, *caput*, dispõe: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Art. 47, parágrafos, do mesmo diploma legal, disciplina:

“1º. A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

“2º. O mandado judicial, que será arquivado, *cancelará o registro original do adotado*. (grifei)

“3º. *Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro*“. (grifei)

Incontestemente, assim, que o princípio maior insculpido na Constituição, seguido pelas disposições estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, é de integral proteção integral da pessoa do adotado e de seus futuros atos na vida civil.

O art. 1.626 do novel Código Civil, de igual forma, repete: “A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”.

Por isso, correta a apreciação da representante do Ministério Público (fls. 08/10):

“[...] Desta forma, entende-se que não há incompatibilidade entre o disposto no art. 9º,III, do CC e o art. 47 do ECA, cuja finalidade é cercar de proteção o procedimento da adoção de crianças e adolescentes, impedindo, inclusive, o fornecimento de certidão, assegurando que se cumpra integralmente as disposições acerca da proteção integral devida aos destinatários, tendo em vista sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

“Por fim, assevere-se que, em sendo a adoção um procedimento jurisdicional, ainda que cancelado o assento original, sempre haverá possibilidade de se conhecer o teor do assento anterior, mediante consulta ao processo a ser oportunizada por quem evidencie real interesse. [...]”

Necessário, portanto, nos casos de adoção, prevalecer o que estabelece a Lei especial que trata da criança e do adolescente – ECA (sem revogação expressa, estando em vigor segundo os termos do art. 2º, §2º, da denominada Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657/42), assim como determina a Constituição Federal, que proíbe quaisquer atos de publicização da adoção e de designações ou de situações discriminatórias em relação ao adotado.

Isto posto, respondo a presente CONSULTA apresentada pelo OFICIAL DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS DA 1ª ZONA, para determinar que, nos casos de Adoção, *deverá ser cancelado o registro original do adotado, lavrando-se novo assento de nascimento com os dados do adotante, nos exatos termos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.*

Dou caráter normativo à presente decisão. Encaminhe-se cópia aos Juizados da Infância e da Juventude desta Capital e aos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais. Devolva-se à Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, mantendo-se arquivado em cartório cópia integral do expediente.

Diligências legais.

Porto Alegre, 15 de Abril de 2003.

ANTONIO C. A. NASCIMENTO E SILVA
Juiz de Direito

