



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO II

Nº 2

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 1.140 exemplares

Conselho de Supervisão de Juízes da
Infância e da Juventude – CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, março de 2004.

EXPEDIENTE

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

Elaboração: Dr. José Antônio 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: Ana Luiza de Mesquita M. Santos – DAG/TJ

J93 Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003-

Quadrimestral.

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

CDU 347.157(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desembargador OSVALDO STEFANELLO
Presidente

Desembargador VLADIMIR GIACOMUZZI
1º Vice-Presidente

Desembargador JAIME PITERMAN
2º Vice-Presidente

Desembargador MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA
3º Vice-Presidente

Desembargador ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO
Corregedor-Geral da Justiça

CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – CONSIJ

Desembargador ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO
Presidente

Dr. EDUARDO JOÃO LIMA COSTA
Vice-Presidente

Juizado Regional de Porto Alegre
Dr. BRENO BEUTLER JÚNIOR
Dr. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR
Dra. VERA LÚCIA DEBONI

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
Dr. LUCIANO BARCELOS COUTO

Juizado Regional de Uruguaiana
Dra. ROSMARI GIRARDI

SUMÁRIO

DOCTRINA

Premissas para uma análise da contribuição do Juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente – Eugênio Facchini Neto	9
A idade penal mínima como cláusula pétrea – Eugênio Couto Terra	27
Considerações pontuais sobre a aplicação das medidas socioeducativas – Cleber Augusto Tonial	45
Ato infracional, remissão, advogado e garantismo – Alexandre Morais da Rosa	62
Projeto Justiça Instantânea – José Antônio Daltoé Cezar	67
Dificuldades nas adoções internacionais – Breno Beutler Júnior	77

SENTENÇAS

Ato infracional. Remissão. Advogado e garantismo	85
Adolescente infrator. Aplicação analógica das normas penais atinentes às medidas de segurança. Cabimento	93
Adolescente infrator. Deficiência mental. Cabimento da aplicação de medida socioeducativa.	97

JURISPRUDÊNCIA

Cível	107
-------------	-----

CONCLUSÕES DOS ENCONTROS

Conclusões do 1º Encontro Estadual de Juízes da Infância e da Juventude	113
Conclusões do 2º Encontro Estadual de Juízes da Infância e da Juventude	118

Visite o *site* da Justiça da Infância e da Juventude:

www.tj.rs.gov.br

Link Infância e Juventude.

DOCTRINA

PREMISSAS PARA UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DO JUIZ PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE¹

“O maior desafio da cidadania é a eliminação da pobreza política, que está na raiz da ignorância acerca da condição de massa de manobra. Não-cidadão é sobretudo quem, por estar coibido de tomar consciência crítica da marginalização que lhe é imposta, não atinge a oportunidade de conceber uma história alternativa e de se organizar politicamente para tanto. Entende injustiça como destino. Faz a riqueza do outro, sem dela participar.” (Pedro Demo, Cidadania Tutelada e Cidadania Assistida, Campinas: Autores Associados, 1995)

Sumário: Introdução. 1. O Juiz e suas funções. 1.1. O Juiz-descobridor do Direito. 1.2. O Juiz-aplicador do Direito. 1.3. O Juiz-resolutor de conflitos. 2. A crise do princípio da legalidade, na passagem do Estado liberal para o Estado social e democrático de Direito, e sua repercussão na função judicial. 3. Eficácia jurídica e eficácia social (efetividade) dos princípios. O papel do magistrado. 4. O Juiz da Infância e da Juventude e os princípios e valores constitucionais. Conclusão.

Introdução.

O título do presente texto deixa claro que não se pretende esgotar o tema da contribuição do Juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente – até mesmo pela diminuta extensão do mesmo, comparado com a vastidão do tema. Serão analisadas apenas algumas premissas que conduzem ao dever do magistrado com jurisdição sobre a infância e a juventude de zelar, de forma intransigente, para que os princípios e regras jurídicas que regem tal setor sejam fielmente observados.

O trabalho divide-se em quatro partes. Na primeira parte analisam-se as funções que o Juiz foi chamado a exercer, ao longo dos tempos. Passa-se, em seguida, a analisar a crise do princípio da legalidade e como isso repercute na função judicial. Na terceira parte, analisa-se a questão da eficácia jurídica e da efetividade social dos princípios, especialmente aqueles de matriz constitucional, e qual o papel do magistrado a esse respeito.

1 – Eugênio Facchini Neto. Juiz de Direito. Diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Doutor em Direito Comparado (Florença-Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS.

A derradeira parte analisa a questão dos princípios que regem mais diretamente o Direito da Infância e da Juventude, enfocando a contribuição do Juiz com atuação nesse setor para sua concretização.

1. O Juiz e suas funções.

1.1. O Juiz-descobridor do Direito.

Ao longo da história, o Juiz exerceu várias funções. Inicialmente, nas sociedades primitivas, pretendia-se que ele fosse o *descobridor* do Direito, ou seja, o Juiz buscava diretamente na sociedade os critérios para a solução do caso controverso. Para tanto, procurava saber quais os usos e costumes daquela sociedade, qual a tradição jurídica (que se confundia muitas vezes com as tradições religiosas) de uma particular nação, podendo, inclusive, invocar noções de moral vigente, de senso comum. Esse é o modelo próprio das sociedades antigas, bem como dos povos com ordenamento jurídico de base consuetudinária (como algumas nações africanas ainda hoje, relativamente a certas áreas de sua cultura jurídica – família, sucessões, estatuto pessoal, regime de apropriação da terra, etc.). Nesse modelo, o Juiz é como que o oráculo do Direito, aquele que expressa o Direito existente na sociedade. Esse modelo, como facilmente se pode perceber, repousa sobre a idéia de Direito como fator de conservação do existente – e o Juiz, naturalmente, exerce também uma função conservadora.

1.2. O Juiz-aplicador do Direito.

Um segundo modelo desenvolveu-se sob o influxo das idéias iluministas. A crença no mito do legislador racional e onisciente, que, com o uso da razão, tem condições de estabelecer regras abstratas e voltadas para o futuro, fez com que fosse deslegitimado o papel do Juiz como descobridor do Direito. Entre o Juiz e a sociedade interpõe-se, agora, o legislador. Cabe ao legislador, nesse modelo, filtrar os valores e as necessidades da sociedade e editar normas *claras, coerentes e completas*. O Juiz, nesse modelo, passa a ser um mero *aplicador* de um Direito previamente elaborado por um outro Poder (o Legislativo), legitimado esse pelo voto popular.

Nesse segundo modelo, desenvolvido e praticado substancialmente a partir do século XVIII e tendo seu ápice no formalismo do século XIX, privilegia-se a lógica formal. Pretende-se que o Juiz utilize unicamente o método silogístico, no qual a premissa maior é representada pela regra jurídica previamente elaborada pelo legislador, consistindo a premissa menor no fato concreto que o Juiz deve decidir. Com a incidência da regra abstrata sobre o fato concreto – teoria da subsunção –, o Juiz automaticamente extrai a solução própria para aquele caso.

Sobre tais aspectos, assim nos manifestamos em outro ensaio²: “Mas o mais importante é a ideologia jurídica que predomina, que podemos denominar de ‘a

2 – Eugênio Facchini Neto, *Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado*, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.): *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2003, pp. 20 e 21.

ideologia dos 3 *c's*: pretende-se que a legislação civil (leia-se os códigos) seja completa, clara e coerente. A ideologia da *completude* significa que a legislação é (supostamente) completa, não possuindo lacunas; a idéia de legislação caracterizada pela sua *clareza* significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da *coerência* afasta a possibilidade de antinomias. Tudo isso deriva do mito do legislador iluminista, inteligente, onisciente, previdente, capaz de tudo regular detalhadamente, antecipadamente, de forma clara e sem contradições.

“Partindo de tais premissas, chegava-se à fácil conclusão de que somente o legislador teria legitimidade para editar normas jurídicas, já que ungido pela escolha popular. Aos Juízes, reservar-se-ia o papel de *bouche de la loi*, na visão de Montesquieu, ou seja, ‘seres inanimados que não podem moderar nem a sua [da lei] força nem o seu rigor’. O Juiz nada criaria, apenas aplicaria o Direito (já previamente elaborado pelo legislador) ao caso concreto. O catálogo de todas as soluções possíveis já preexistiria ao caso litigioso. Ao Juiz nada mais se pediria do que confrontar o fato com tal catálogo, até localizar a regra legal que resolveria o problema. Sua atividade mental seria apenas silogística³.

“Percebe-se, assim, que tal ideologia buscou transformar o jurista em simples técnico, operador de atividade meramente cognitiva (e não prático-valorativa), usando métodos lógico-formais e sem nenhuma responsabilidade política. Aliás, em tal sistema, ninguém tem responsabilidades diante de leis injustas – e todos podem olímpicamente lavar as mãos⁴.

“Em termos de técnica legislativa, utiliza-se sobretudo a forma da regra jurídica, contendo *fattispecie* completa (preceito e consequência jurídica). São raros

3 – Para uma análise crítica dessa visão redutiva de função jurisdicional, seja-me permitido enviar o leitor interessado a ensaio de minha autoria – “*E o Juiz não é só de Direito [...] (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’)*” – inserto na obra coletiva denominada *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*, organizada por David Zimerman e Antônio Carlos Mathias Coltro, Campinas: *Millennium Editora*, 2002, pp. 396-413.

4 – Trata-se de uma verdadeira armadilha ideológica, em que o legislador pode afastar sua responsabilidade alegando que não elabora regras voltadas a casos particulares. As normas que elabora são genéricas, abstratas e voltadas ao futuro. Ele não pretende prejudicar ou favorecer quem quer que seja, pois legisla para sujeitos abstratos e desconhecidos. O Juiz, por sua vez, também pode afastar sua responsabilidade diante da decisão por ele dada ao caso concreto, pois tal solução não seria fruto de sua vontade, já que ele simplesmente estaria aplicando a solução preestabelecida pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, funcionaria de forma supostamente neutra e asséptica, não buscando atingir ninguém em particular. Daí por que se podia dizer, ironicamente, na França oitocentista, que as leis francesas proibiam ricos e pobres, de forma majestosamente igual, de furtarem pão e de dormirem sob as pontes de Paris... Ao que os ingleses, no mesmo espírito, retrucavam que também na Inglaterra se vivia sob o reino da igualdade, pois qualquer pessoa, fosse rica ou fosse pobre, podia hospedar-se nos melhores hotéis de Londres, bastando para tanto apenas pagar a diária cobrada...

os princípios expressos, quase ausentes as cláusulas gerais, e parcimoniosos os conceitos indeterminados”.

Não há dúvidas de que tal modelo trouxe várias vantagens em relação ao modelo até então vigente, com todas as degenerações ocorridas no *ancien régime*. Dentre tais vantagens indicam-se o menor arbítrio do julgador, uma maior certeza jurídica, a exigência de motivação racional da sentença, a prévia legitimação do julgador, já que mero aplicador das soluções jurídicas predispostas pelo legislador eleito pelo povo.

Todavia, logo se perceberam algumas desvantagens desse modelo, como a perda de flexibilidade do Direito, o monopólio dos juristas quanto ao fenômeno jurídico, além da superveniência de uma fratura entre a sociedade e o Direito: a sociedade origina novas necessidades e gera novos valores, ao passo que o legislador não consegue regulamentar tais necessidades e expressar os novos valores com a mesma rapidez com que eles surgem na sociedade. A sociedade evolui em um ritmo mais veloz do que a evolução do Direito – daí a inevitável fratura entre um e outro.

Esse segundo modelo insere-se dentro da ampla concepção do princípio da legalidade. Todos os cidadãos e todos os entes públicos estão submetidos à lei. As leis, e não os homens, governam a sociedade. Também o Juiz subordina-se a tal princípio. Ele não cria o Direito (que se pretende equivalha à lei), mas apenas o aplica⁵.

Também nesse segundo modelo o Direito busca substancialmente refletir o existente – não transformar a realidade. E o Juiz, chamado a simplesmente aplicar esse Direito, exerce também aqui uma função de manutenção dos valores que a classe hegemônica conseguiu encastelar nas regras jurídicas elaboradas pelo legislador.

1.3. O Juiz-resolutor de conflitos.

Após as figuras de Juiz-descobridor do Direito e de Juiz-aplicador do direito, pretende-se – e concordamos com isso – que o modelo atual de exercício de jurisdição deva ser o do *Juiz-resolutor de conflitos*⁶.

5 – Na verdade, a idéia de que a administração da justiça seja uma atividade acrítica, a ser desempenhada mediante a aplicação de normas em modo rigorosamente formalístico, com o instrumento da lógica formal, nada mais é do que uma representação ideológica. Como magistralmente expressa Michele Taruffo, “a teoria do silogismo judicial não descreve e nunca descreveu o modo como a decisão é formulada. Essa é, ao contrário, a expressão de um modelo prescritivo ou de uma ideologia da decisão judiciária: mais precisamente, é a representação de como se gostaria que fosse formulada uma decisão da parte de um Juiz burocrata que aplica burocraticamente a lei”. (*Il Modello Burocratico di Amministrazione di Giustizia, in Democrazia e Diritto*, 1993, fasc. 3, p. 253) Ou, nas palavras de Philippe Nonet, “[...] a essência de um julgamento não repousa na aplicação de uma regra a um caso particular, mas, sim, a afirmação, ou reafirmação, da regra a ser aplicada” (*Judgment, in 48 Vanderbilt Law Review*, 1995, p. 988).

6 – Sobre tal modelo, consultem-se, dentre outros, Giorgio Rebuffa, *La Funzione Giudiziaria*, p. 99, e Elvio Fassone, *Giudice-arbitro, Giudice-notaio, o Semplicemente Giudice?*, in *Questione Giustizia*, nº 03, 1989, pp. 584/585.

Nesse modelo, compete ao Juiz encontrar a solução mais justa (materialmente, e não apenas formalmente) e adequada ao caso concreto, solução essa que deverá ser compatível com o sistema globalmente considerado. Não se trata, nesse modelo, de uma simples aplicação de uma solução formalmente pré-dada. Trata-se da demonstração de que a solução justa e apropriada à unicidade do caso *sub judice* é compatível e congruente com o sistema jurídico como um todo. Essa compatibilidade e congruência é evidenciada na motivação do ato decisório, motivação essa que deve observar os princípios da racionalidade dialógica, de inspiração habermasiana.

Esse modelo leva a sério a idéia de que a legislação é apenas uma fonte (embora a mais importante) do direito, mas com ele não se identifica. Por outro lado, também absorve a idéia ressaltada pela hermenêutica moderna de que a legislação não contém apenas regras⁷, mas também se expressa através de princípios⁸,

7 – Segundo a conhecida lição de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, citado na tradução italiana *I Diritti Presi Sul Serio*, Bologna: *Il Mulino*, 1982, p. 93), “a diferença entre princípios e regras jurídicas é de caráter lógico. Ambos orientam o processo decisório, mas diferem pelo caráter da orientação que sugerem. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada. Se estão presentes os pressupostos fáticos estabelecidos na regra, então de duas uma: ou a regra é válida, e em tal caso se deve aceitar a solução que ela fornece, ou a regra é inválida, e em tal caso não influencia a decisão”. (tradução livre)

8 – Para Robert Alexy (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, p. 86), “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que está caracterizados por el hecho de que puedan ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades es determinado por los principios e y reglas opuestos”.

Segundo R. Dworkin (*op. cit.*) os princípios não indicam conseqüências jurídicas que necessariamente devam ocorrer sempre que estejam presentes seus pressupostos (p. 94). “Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: aquela do peso ou da importância.” Quando princípios diversos incidem sobre um mesmo fenômeno (por exemplo, a política de proteção ao consumidor pode colidir com o princípio da liberdade contratual), “para resolver o conflito, é necessário levar em consideração o peso relativo de cada um dos princípios” (p. 96, em tradução livre).

Já para Claus-Wilhelm Canaris (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: *Fundação Calouste Gulbenkian*, 1989, pp. 88 e ss.), “os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si” (p. 88), “não têm pretensão de exclusividade” (p. 90), “ostentam o seu princípio próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas” (p. 92), e “necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio” (p. 96).

Apoiado em Canaris, Inocêncio Mártires Coelho (*Interpretação Constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 2003) refere que “os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos: primeiro, são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se transformam e se concretizam, naturalmente, em normas de decisão que, a partir deles, são criadas pelos intérpretes e aplicadores do Direito” (p. 98). “[S]em

imporem aos seus operadores uma única decisão correta e justa, eles admitem e até mesmo exigem *convivência* e *conciliação* com outros princípios – igualmente operantes e eventualmente concorrentes – que ofereçam razões para solução em sentido diverso, tudo isso num complexo *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas.” (pp. 99/100)

J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1.034/1.035) nos fornece alguns critérios para diferenciar regras e princípios:

- grau de abstração: os princípios jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras de Direito;
- grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (que pode ser do legislador ou do próprio Juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de Direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico;
- proximidade da idéia de Direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de Direito (Karl Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e
- natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Também Gustavo Zagrebelsky se preocupa em distinguir regras e princípios. Diz ele (*Il Diritto Mite*, Torino: Einaudi, 1992): “Sobretudo, somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, isto é, ‘constitutivo’ da ordem jurídica. As regras, ainda que escritas na Constituição, são apenas leis reforçadas pela sua forma especial. Efetivamente, elas exaurem em si próprias as suas potencialidades, não dispondo de qualquer força constitutiva fora de si próprias” (p. 148).

“*Às regras se obedece*. Assim, é importante que a sua formulação seja precisa. *Aos princípios, ao contrário, se adere*. Por isso, é importante compreender o mundo dos valores, as grandes opções da civilização jurídica das quais eles são parte. [...] As regras nos fornecem o critério para orientar nossas ações, nos dizem como devemos, ou não devemos, ou podemos agir em determinadas, específicas, situações previstas nas próprias normas. Os princípios não nos dizem nada, diretamente, a esse respeito, mas nos fornecem critérios para *tomarmos posição* frente a situações *a priori* indeterminadas, quando vierem a determinar-se concretamente. Os princípios determinam comportamentos favoráveis ou contrários, de adesão em apoio ou de dissenso e repulsa. Uma vez que não possuem *fattispecie*, aos princípios, diferentemente do que sucede com as regras, não se pode emprestar qualquer significado operativo a não ser fazendo-os ‘reagir’ com algum caso concreto. O seu significado não é determinável abstratamente, mas somente *in concreto*, e *somente in concreto* pode-se compreender o seu alcance” (p. 149).

“Poder-se-ia assinalar a diferença observando-se simplesmente que as regras – e somente as regras – podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente. Se o Direito fosse composto somente por regras, não seria insensato pensar em uma ‘mecanização’ da sua aplicação através de sistemas informatizados, aos quais se forneceria o fato e eles nos dariam a resposta. [...] Mas uma semelhante idéia, tipicamente positivista, é totalmente insensata enquanto existirem princípios no Direito. Esses somente podem ter uma ‘aplicação’ totalmente diversa, exigindo que ‘se tome uma posição’ em conformidade com eles, perante a realidade, quando essa exige de nós uma ‘reação’ ” (p. 149/150). Para uma excelente visão crítica de síntese das correntes de pensamento sobre o conceito e a função dos princípios, v. Humberto Bergmann Ávila, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, in: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 215 (1999), p. 151-179, posteriormente desenvolvida em sua tese de doutoramento sobre os princípios.

cláusulas gerais⁹, valores¹⁰ e conceitos indeterminados¹¹. Todos esses fenômenos da moderna legislação também são normas – e, portanto, também expressam um dever-ser, ao qual o julgador está vinculado. A menor densidade normativa de tais princípios, cláusulas gerais, etc., faz com que aumente a responsabilidade do intérprete pela construção e reconstrução do Direito. Como o fenômeno jurídico é contínuo, superpondo-se legislação, doutrina e jurisprudência de vários momentos históricos da nação, há uma natural e inafastável incompatibilidade entre determinadas regras, princípios e valores – todos eles presentes no “Direito” que o Juiz deve aplicar, cabendo a este, como intérprete preferencial, resolver tais antinomias, de primeiro e segundo graus, elaborando juízos de compatibilização e ponderação.

O papel do Juiz nesse modelo é quase que complementar ao papel do legislador. Entre a norma legislada e a sentença judicial há um *continuum*, pois o Juiz buscará harmonizar o Direito legislativo às idéias e valores jurídicos dominantes na sociedade, desenvolvendo as virtualidades da norma.

O Direito, nesse modelo, não busca apenas espelhar o passado (e seus valores), mas pretende também estabelecer os marcos, limites e direção da transformação social. Nesse sentido vale a pena referir a lição de Pietro Perlingieri, segundo o qual o Direito contemporâneo, através de normas de cunho promocional, “torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social”¹². É o mesmo mestre italiano quem salienta “a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais,

9 – Segundo Judith Martins-Costa, seguramente a jurista que melhor tratou do tema das cláusulas gerais entre nós, “as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento...” (*A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000, p. 274). Ou seja, trata-se de uma técnica legislativa que se utiliza de “normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas” (*op. cit.*, p. 286).

10 – Sobre a diferença entre princípio e valor, aceitamos o ponto de vista de R. Alexy, quando ele os diferencia pelo caráter deontológico do primeiro e axiológico do segundo. Assim, o modelo dos valores reside naquilo que é melhor; o modelo dos princípios reside naquilo que é devido – sem esquecer, porém, da possibilidade de se passar de um modelo ao outro, segundo o mesmo Alexy – *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 147.

11 – Trata-se de “conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos” (Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 286).

12 – Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional [Profili del Diritto Civile]*, trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

sempre que se deva resolver um problema concreto”. Além disso, da concepção unitária de ordenamento jurídico decorre que “a solução de cada controvérsia não mais pode ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”¹³.

2. A crise do princípio da legalidade na passagem do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito e sua repercussão na função judicial.

Como foi visto, o Direito do Estado liberal era expresso mediante regras supostamente claras, buscando prestigiar o valor maior daquele período: a certeza jurídica. O objetivo a alcançar era a segurança (embora não se indagasse de quem...). A única fonte do Direito era a legislação. Cultuava-se a legalidade – e o seu oráculo era o legislador. Com a dicotomia *público x privado*, os Códigos Civis passaram a exercer um papel de verdadeiras constituições da esfera privada: fundamentavam-se na autonomia da vontade, na liberdade de contratar e no absolutismo da propriedade privada, vista como uma projeção da personalidade no domínio das coisas.

Em virtude do prestígio da doutrina da separação dos Poderes, via-se com naturalidade a função jurisdicional como sendo de mera aplicação mecânica da lei, não tendo o Juiz qualquer responsabilidade ética pelas suas decisões. O Juiz, nessa percepção, é apenas um controlador da atividade privada: protetor dos direitos subjetivos privados (esfera do lícito) ou repressor dos desvios penalmente puníveis (esfera do ilícito). No exercício de suas funções, o Juiz manifesta deferência à legitimidade representativa dos demais poderes: presume a constitucionalidade das leis e respeita a discricionariedade administrativa.

Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, o Estado assume tarefas de promoção social, passando a intervir na economia e na sociedade. Isso acarreta um certo agigantamento do Legislativo (aumenta enormemente a quantidade de legislação extravagante, surgem os microssistemas) e do Executivo (que se viu obrigado a descentralizar-se, criando organismos adequados para a prestação de serviços que o Estado chamou a si). O Direito deixa de ser apenas “protetor” (esfera do lícito) ou “repressor” (esfera do ilícito), para tornar-se também um Direito promocional (e aqui não estamos nos referindo apenas às constituições dirigidas), um Direito que indica objetivos a serem alcançados, metas a serem cumpridas, programas de ação a serem executados. O modelo das regras passa a conviver com o modelo dos princípios, das cláusulas gerais, dos valores, dos conceitos indeterminados. O Direito se torna fluído e dúctil. A responsabilidade pelo preenchimento do seu conteúdo passa parcialmente do legislador para o intérprete e aplicador.

13 – Perlingieri, *op. cit.*, p. 5.

Com o advento das “longas constituições” do segundo pós-guerra, muitas das matérias que antes eram tratadas apenas nos Códigos Civis passam a ser tratadas também nas Constituições (família, propriedade, atividade econômica, etc.). A moderna hermenêutica que se desenvolve a partir de então resgata e realça a normatividade dos princípios.

O *revival* dos direitos humanos, em reação aos horrores no nazi-fascismo, fez com que as Constituições passassem a prever um longo catálogo de direitos fundamentais (aceitando-se, aqui, a distinção entre direitos humanos, que se aplicam a todos os homens, de qualquer nacionalidade, em dimensão suprapositiva, e direitos fundamentais, que são os direitos humanos expressamente albergados nas Constituições nacionais). Quanto a eles, percebeu-se a seguinte dinâmica. Os direitos humanos, historicamente vistos como uma espécie de direito natural, foram *positivados* nas Constituições dos vários países (direitos fundamentais). Em seguida, sofreram um processo de *universalização*¹⁴, pois a ONU passou a liderar o movimento em direção à aceitação internacional de uma pauta de direitos humanos que teriam validade universal – de que servem de exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos de 1966 –, todos ratificados pelo Brasil e plenamente vigentes (ao menos do ponto de vista jurídico) no país. Outro processo foi o da *regionalização* dos direitos humanos, no sentido de que em várias regiões do planeta foram adotadas Cartas de Direitos Humanos aplicáveis a países situados em determinadas áreas geográficas – é o caso da Convenção Européia dos Direitos e Liberdades Fundamentais (a chamada Carta de Roma, de 1950), da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, igualmente ratificada pelo Brasil), da Carta Africana de Direitos do Homem, etc. Por outro lado, ocorreu também um fenômeno de *setorização*, ou particularização, ou seja, percebendo que as condições físicas, biológicas, existenciais ou materiais de vida desiguam, de fato, o ser humano, verificou-se ser necessária uma proteção particular para determinados seres humanos: é o caso das várias Declarações, Convenções, Tratados, Pactos, referentemente aos Direitos da Criança, da Mulher, do Idoso, do Deficiente Mental, dos Doentes, dos Detentos, das Minorias étnicas e raciais, etc.

14 – Bobbio refere, a esse respeito, que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” – Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 30. Em outras palavras, a constitucionalização dos direitos naturais representou um ganho de positividade e eficácia, mas uma perda em termos de universalidade (já que os direitos positivados valem no âmbito territorial de um Estado). A Declaração Universal e os pactos internacionais representam uma tentativa de positivação universal, pois seus destinatários não são os cidadãos de tal ou qual Estado, mas todas as pessoas humanas enquanto tais.

Pois bem, nesse contexto de pluralismo jurídico, em que coexistem regras, princípios, cláusulas gerais, gerais e particulares, nacionais, regionais e internacionais, qual o sentido do princípio da legalidade? O Juiz deve obediência à lei, certo. Mas qual lei? Obediência à regra ou ao princípio (se estiverem em tensão um com o outro)? Ao Direito nacional ou ao Direito internacional (que tem validade e vigência interna, por força da cláusula geral inclusiva do art. 5º, §2º, da CF)? À lei formal ou à sua interpretação jurisprudencial (e a súmula vinculante, de iminente vigência entre nós)?

Além disso, num contexto em que o Direito não mais se preocupa apenas em proteger e reprimir, em garantir o existente, mas assume também o papel de promover, de incentivar, de fixar programas de mudança, qual a função que o Juiz é chamado a desempenhar?

A Justiça, no Estado Social e Democrático de Direito, não só continua a controlar a atividade dos particulares (tanto na esfera do lícito quanto na do ilícito), como também passa a controlar mais incisivamente as atividades dos demais Poderes. A ênfase deixa de ser colocada na doutrina da separação dos Poderes, de matriz francesa, e passa a repousar mais na doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*), de inspiração norte-americana. Nesse cenário, o conflito entre os Poderes passa a ser visto como natural e fisiológico¹⁵, e não como uma patologia do sistema. Na busca de proteção e promoção dos direitos fundamentais, todos os Poderes devem estar envolvidos e comprometidos. O Juiz passa a adotar um *hard look* (uma visão penetrante e rigorosa) quanto ao controle difuso de constitucionalidade, além de interpretar toda a legislação ordinária pelo prisma dos princípios e valores constitucionais (interpretação conforme a Constituição, de origem germânica e difundido por todos os países da tradição jurídica ocidental).

Na esfera do controle dos atos administrativos, o Juiz passa a examinar tal atividade sob a luz dos princípios constitucionais da moralidade administrativa, impessoalidade e eficiência, sem falar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Esse agigantamento do Poder Judiciário se faz necessário, caso se pretenda manter o equilíbrio entre os Poderes, diante do crescimento dos demais Poderes.

O Juiz, enquanto guardião da Constituição, passa a ser o garante não só do existente (daquilo que é), mas também o garante daquilo que deve ser (e por vezes, garante *daquilo que deve ser* contra *aquilo que é*), fiscalizando e compelindo os demais Poderes a cumprirem os programas e objetivos fixados claramente na

15 – O Presidente da Suprema Corte norte-americana, *Chief Justice Warren Burger*, no caso *Bowsher v. Synar*, julgado em 1986, afirmou “que um sistema de divisão e separação de Poderes produza conflitos, confusão, e, às vezes, discórdia, é um fato a ele intrínseco, mas isso foi assim deliberadamente estruturado a fim de garantir o pleno, vigoroso e aberto debate sobre as grandes questões que concernem ao povo e tornar operativos os freios ao exercício dos poderes de governo”.

Constituição¹⁶. Seu comprometimento com os direitos fundamentais faz com que ele seja o tutor das minorias discriminadas e das majorias excluídas.

É por essa razão que a Justiça Civil (no sentido de jurisdição não-penal) passa a ser um instrumento à disposição da cidadania (muitas vezes representada pelo Ministério Público) para fazer implementar políticas públicas, com responsabilidade, consciência e visão prospectiva, atento às naturais limitações de sua atuação (princípio da reserva do possível, princípio da reserva parlamentar, da previsão orçamentária, etc).

Quando se fala em direitos fundamentais, há que se ter presente sempre a distinção que se costuma fazer entre direitos de defesa e direitos a prestações (apesar da recente relativização da importância de tal distinção, colocada em realce por Holmes e Sunstein, em seu conhecido ensaio sobre *The Cost of Rights*). Nos direitos de defesa (que noutra nomenclatura costumam ser identificados com os direitos civis e políticos, de primeira geração ou de primeira dimensão), atua-se na esfera da liberdade: busca-se garantir a liberdade do cidadão, sendo vedadas intervenções na sua esfera particular. Do Estado seria exigível apenas que não agisse no sentido de indevidamente privar alguém de sua liberdade, de sua propriedade, etc. Já nos direitos a prestações (direitos sociais, econômicos e culturais, de primeira geração ou de primeira dimensão), o cidadão pretende obter prestações do Estado. O Estado deve prestar serviços públicos que garantam aos cidadãos o acesso efetivo a certas prestações previstas na legislação: direito à saúde, à educação, à moradia, etc. Os valores com que se trabalha, nessa ótica, são os da igualdade substancial e da solidariedade. No primeiro, um prisma de manutenção do *status quo*; no segundo, a busca de transformações da sociedade, de forma a garantir a todos a plenitude existencial de uma vida com dignidade.

3. Eficácia jurídica e eficácia social (efetividade) dos princípios. O papel do magistrado.

Embora a eficácia social (ou efetividade) das normas jurídicas dependa mais da Administração do que do Judiciário, nós, Juízes, podemos dar uma contribui-

16 – Constantemente se acentua que o papel de uma Constituição moderna não é aquele de simplesmente retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros, mas principalmente a de garantir os direitos de todos inclusive contra a vontade popular. Não se trata, assim, de simplesmente expressar uma determinada homogeneidade cultural, uma identidade coletiva da nação, ou uma certa coesão social. Trata-se, isso sim, de garantir, por meio dos direitos fundamentais, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de legitimidade de uma constituição, diversamente de quanto ocorre com a legislação ordinária ou com as escolhas governamentais, não reside no consenso da maioria, repousando, ao contrário, em um valor superior e mais importante: “a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos precisamente contra leis e atos de governo expressos por majorias contingentes” – nesse sentido, por exemplo, Luigi Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, na obra coletiva organizada por P. Costa e Danilo Zolo: *Lo Stato di Diritto – Storia, Teoria, Critica*. Milano: G. Feltrinelli Editore, 2002, pp. 349-386, pp. 375/376.

ção substancial para garantir, no mínimo, a eficácia jurídica das mesmas. Não devemos jamais perder de vista a idéia de que todas as normas, mesmo as programáticas, são providas de eficácia jurídica. No mínimo, tais normas têm o condão de revogar disposições contrárias que sejam incompatíveis com o novo programa nelas estabelecido. Além disso, elas impõem ao legislador ordinário o dever de legislar em conformidade com as normas programáticas, desenvolvendo e particularizando seu programa. Ao executivo, elas impõem o dever de implementar as políticas públicas necessárias para a paulatina concretização e efetivação do programa constitucional. Relativamente ao judiciário, tais normas representam o paradigma para eventual declaração de inconstitucionalidade da legislação posterior e, mais importante ainda, servem de filtro hermenêutico para a interpretação de toda a legislação infraconstitucional¹⁷.

Diante de tais normas ditas programáticas, de mais tênue densidade e que, por isso mesmo, reclamam maior esforço hermenêutico, acresce o papel do intérprete, a quem é transferida uma parcela de poder – o poder necessário para a efetiva concretização e aplicação da norma. Na teoria jurídica norte-americana, por exemplo, usa-se a expressão *legal implementation* para indicar todas as atividades necessárias (desde a legislação, administração, jurisdição, atuação das agências administrativas, etc.) para que a norma deixe de ser a vaga expressão de um dever-ser e passe a representar algo real e efetivo. O judiciário tem um papel a desempenhar nesse esforço.

Para tanto, é necessário, inicialmente, estar imbuído da “vontade de constituição” (*wille zur Verfassung*) a que se referia Konrad Hesse, ou seja, um comprometimento decisivo e consciente com os princípios e valores constitucionais. Ser fiel à constituição significa aderir às transformações desejadas pelo constituinte, na busca da edificação de uma sociedade justa, solidária e fraterna, fundada sobre a dignidade da pessoa humana¹⁸ (de todas as pessoas) e no respeito intransigente aos direitos fundamentais. Devemos, em suma, levar a sério as promessas

17 – Quanto aos critérios norteadores de uma hermenêutica constitucional rigorosamente científica e grávida de consequências práticas, imprescindível a consulta à obra de Jurez Freitas (*A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002), onde o autor expõe sua idéia de hierarquização axiológica como forma de compor aparentes colisões de princípios e valores.

18 – Em sua tese de doutoramento, Flávia Piovesan refere a “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”, como um sintoma da emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos – *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75. Densificando um pouco mais tal noção, lembra Ingo Sarlet que se tem como certo que “uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência” – Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 311. Recolhendo o escólio de H. Scholler, esclarece o Prof. Ingo que a dignidade da pessoa apenas estará assegurada “quando for possí-

da constituição, das quais somos guardiões (para lembrar Antoine Garapon¹⁹). Se não somos os únicos responsáveis pela eficácia social (= efetividade) dos princípios e programas constitucionais, ao menos sejamos defensores intransigentes de sua eficácia jurídica.

4. O Juiz da infância e da juventude e os princípios e valores constitucionais.

Estabelece o art. 227 da Constituição Federal que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão”²⁰.

Regra elementar de redação de textos legislativos recomenda a extrema parcimônia no uso de adjetivos, superlativos ou ênfases. O constituinte de 88 observou tal recomendação, tanto assim que, coerentemente, utilizou a expressão

vel uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade” (*op. loc. cit.*)

Em outra obra, tratando especificamente sobre o tema, refere o jurista gaúcho, uma das expressões maiores de nossa magistratura, que “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade” – *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 46. Também Genaro R. Carrió, ex-membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ex-Presidente da Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, aponta para o dever do Estado de propiciar as condições necessárias para uma vida digna, ao referir que “*la eficaz tutela de los derechos de ese tipo está estrechamente ligada con la posibilidad efectiva de que las comunidades estatales tienen de llevar a cabo una acción positiva que ponga a disposición de cada uno de sus miembros herramientas de desenvolvimiento individual, material y psíquico, que hagan de ellos hombres que puedan vivir su vida en plenitud*” – *Los Derechos Humanos y su Protección*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 64.

19 – *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1996.

20 – Analisando a normativa constitucional que disciplina a família e a filiação, esclarece Gustavo Tepedino que a Constituição de 88 definiu uma nova tábua de valores que passou a orientar todas essas relações, na qual percebe-se “a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos”; a comunidade familiar “deixa de ser uma sociedade hierarquizada [...], transformando-se em sociedade democrática”, ficando demonstrada também “a tutela instrumental da família, como formação social privilegiada para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana”; “no que tange à filiação, o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial da família passa a ser informado pela prioridade absoluta à pessoa do filho” (*in: Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 393-395). Mais adiante, afirma Tepedino que “na variedade de situações que se configuram, diuturnamente, no âmbito da convivência familiar – incluindo-se, aí, por exemplo a fixação de domicílio e a opção por escolas e critérios pedagógicos –, o limite aos poderes resultantes do pátrio poder é definido pela absoluta

“absoluta prioridade” uma única vez em todo o texto constitucional – exatamente na norma sob análise. Ora, “prioridade” significa “qualidade do que está em primeiro lugar”, ou “qualidade duma coisa que é posta em primeiro lugar, numa série ou ordem”, como consta do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Já “absoluto”, na mesma fonte, significa “não sujeito a condições; incondicional”, “superior a todos os outros”, “que não admite contradição; incontestável”. Parece não haver dúvidas, assim, que o constituinte, ao estabelecer os princípios fundantes e reitores da sociedade brasileira, dentre suas várias preocupações, deliberadamente escolheu uma delas como sendo a principal, aquela que foi colocada em “primeiro lugar”, primazia essa que é “superior a todas as outras”, de forma “incontestável” e sem possível contradição. Esse princípio fundante, tão clara e inequivocamente estabelecido, é o da absoluta prioridade com que a família, a sociedade e o Estado devem-se voltar à proteção dos direitos das crianças e adolescentes em todos os aspectos referidos no próprio texto constitucional.

Ao Judiciário, dentro da sua missão constitucional de estrita aderência aos princípios e valores constitucionais, de concretizador e densificador de tais conteúdos normativos, compete o dever de prestar uma jurisdição atenta a tal primazia normativa²¹. Cabe-lhe, também, ser o fiel fiscalizador, quando provocado, para que também os demais poderes ajam em conformidade com tal primazia, não admitindo transigências. Os princípios e regras constitucionais constituem a pauta de valores sobre a qual existiu consenso num determinado momento histórico da nação (tanto assim que quase sempre as constituições são aprovadas por unanimidade ou por acachapante maioria), e, por isso mesmo, escapa ao jogo das maiorias eventuais. Todos os esforços devem ser envidados, por todos os Poderes, para que tais princípios e valores sejam tornados realidades. Por óbvio que a maioria dos direitos fundamentais, individuais e sociais, dependem, para sua concretização, de condições materiais e econômicas. Ou seja, tais direitos estão condicionados, de certa forma, ao estágio de desenvolvimento econômico da nação. Todavia, se isso é de palmar evidência, não se pode usar tal obviedade para protelar, indefinidamente, a realização dos direitos fundamentais. É necessário, no mínimo, uma política de implementação paulatina de tais direitos, uma gradativa concretização dos direitos – especialmente os de natureza econômica, social e cultural.

Desnecessário dizer que o fato de o legislador constituinte ter previsto a proteção da criança e do adolescente como uma prioridade absoluta, reduz drasti-

prioridade constitucional e legislativa dada ao desenvolvimento da personalidade do filho, a cujo interesse devem submeter-se todos os protagonistas do processo educacional” (*op. cit.*, p. 426).

21 – Como diz Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 72), “a *Constituição* contém, na verdade, uma ‘força geradora’ de *direito privado*. As suas normas não são meras directivas programáticas de carácter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo Juiz e demais órgãos estatais” (em itálico no original).

camente a discricionariedade do legislador constituído. Entender de modo diverso significa aceitar que a criatura (legislador constituído) pode mais do que o criador (legislador constituinte), pois se o poder constituinte estabelece uma determinada prioridade, e determina que tal prioridade é absoluta, não pode o poder constituído, por ações ou omissões, estabelecer uma outra ordem de prioridades. E o Juiz, como é natural, na sua condição de guardião da intransigente da Constituição, deve levar a sério tal prioridade e fazer com que também os demais Poderes assim procedam.

Avançando na concretização do mandamento constitucional acima referido, o art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que “esta lei dispõe sobre a *proteção integral*²² da criança e do adolescente”, acrescentando o art. 3º que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de igualdade”. O *caput* do art. 4º, por sua vez, reproduz, em sua essência, a diretriz constitucional do art. 227. Seu parágrafo único, naquela idéia de *legal implementation* a que antes nos referimos, densifica um pouco mais o princípio da prioridade absoluta, prevendo que “a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

Todos esses dispositivos legais estão umbilicalmente ligados ao art. 227 da Constituição Federal e devem ser interpretados e aplicados em consonância com a relevância do princípio da prioridade absoluta lá estabelecido. Assim, por exemplo, “o apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes”, [...] “não ficando por conta de cada

22 – A doutrina jurídica da proteção integral, consagrada no ECA, representa a adoção, entre nós, de uma idéia que, no plano internacional, não é nova. Já em 1924 a Declaração de Genebra previa “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”, previsão essa que foi reproduzida também na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Por sua vez, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, previa, em seu art. 19, que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Mais proximamente, a Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, consagrou a doutrina da proteção integral a ser dispensada à criança e ao adolescentes. Alusão a estes precedentes normativos internacionais encontram-se em Antônio Carlos Gomes da Costa & Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima, *Estatuto e LDB: Direito à Educação*, e em Munir Cury, *A Educação como Direito Fundamental e seus Instrumentos de Exigibilidade*, ambos os textos inseridos na excelente coletânea denominada *Encontros pela Justiça na Educação*, editada sob a coordenação geral de Antonio Emílio Sendim Marques e Leoberto Narciso Brancher, Brasília: Fundescola/MEC, 2000, pp. 289s. e 643s.

governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhe cuidados especiais”²³.

Discorrendo sobre o princípio da proteção integral, diz o magistrado italiano Paolo Verzelone haver “plena compatibilidade entre a titularidade dos direitos fundamentais e a proteção integral. Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar essa proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos *façam coisas em favor deles*”²⁴.

Aplicando ao procedimento das adoções esse princípio (e também dando vida ao princípio correlato do *Melhor Proveito* ou do *Melhor Interesse da Criança*, consagrado no artigo 3º, nº 1, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança), o colega Breno Beutler, Juiz de uma das Varas da Infância e da Juventude de Porto Alegre, assim se expressou: “A regra se contém na expressão ‘uma família para uma criança’. Como já há muitos anos ocorre no Juizado de Porto Alegre, e há algum tempo no Estado, inverte-se a tradicional posição da busca de filhos para quem os deseja e, a partir das necessidades da criança ou adolescente, parte-se à procura de uma família que lhe possa servir de continente, que tenha plenas condições de acolhê-la, amá-la e propiciar-lhe o pleno desenvolvimento, dentro de todos os paradigmas insculpidos nos artigos até aqui comentados.

“Sem dúvidas crianças com as características invocadas não podem ser submetidas a qualquer inserção familiar. Assim é que, numa inversão da lógica imperante, não se está a dar um filho a uma família que por ele busca, mas, ao contrário, a busca é de uma família para uma criança que nela precisa encontrar um acolhimento especial, uma família que tenha condições de ter um lugar para ela e, observando suas características próprias, possa aceitá-la plenamente, assim como é”²⁵.

23 – Nesse sentido se manifesta Dalmo de Abreu Dallari, comentários ao art. 4º do ECA, no *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, sob coord. de Munir Cury, Antônio F. do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.

24 – Trecho extraído de seu comentário ao art. 3º do ECA, no *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, sob coord. de Munir Cury, Antônio F. do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

25 – Consoante original gentilmente cedido pelo autor.

Conclusão.

O Direito mudou. Se durante a maior parte da história da humanidade, o Direito serviu como mecanismo de contenção, de controle e de conservação, moderadamente, ele passou a exercer também uma função promocional. Como refere Cláudia Lima Marques²⁶, o Direito também pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de garantia à dignidade da pessoa humana, de combate ao abuso do poder econômico e combate a toda a atuação que seja contrária à boa-fé no tráfico social e no mercado. O Direito, assim, pode ter uma função emancipatória, que historicamente lhe foi sonogado. Basta que o intérprete disso se conscientize e preste sua adesão ao programa transformador da Constituição brasileira em vigor.

Do ponto de vista dos operadores jurídicos, trata-se de afirmar que o jurista, especialmente o Juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de *todos* os seus cidadãos.

Isso significa, necessariamente, que a magistratura necessariamente deve ser co-partícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos que possam representar formas excludentes de cidadania, até porque, como salienta Luiz Edson Fachin, trata-se de “não só interpretar a realidade social mas também transformá-la”²⁷. Ou procede assim, ou a magistratura ver-se-á espelhada no diálogo imaginado por José Saramago²⁸: “Posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (e Deus) falando à multidão, anunciou: “A partir de hoje chamar-me-eis Justiça”. E a multidão respondeu-lhe: “Justiça, já nós a temos, e não nos atende”. Disse Deus: “Sendo assim, tomarei o nome Direito.” E a multidão tornou a responder-lhe: “Direito, já nós o temos, e não nos conhece”. E Deus: “Nesse caso, ficarei com o nome Caridade, que é um nome bonito.” Disse a multidão: “Não necessitamos

26 – Cláudia Lima Marques, *Apresentação* à tradução da obra do prof. argentino Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 38. No mesmo sentido orienta-se Maria Celina Bodin de Moraes, ao referir que cabe ao legislador não apenas se esforçar por refletir a realidade, mas, também, conscientemente, buscar a sua transformação. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade – *Constituição e Direito Civil...*, *cit.*, p. 56.

27 – FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

28 – José Saramago. *Terra, Sebastião Salgado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, pp. 10-11.

caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite”.

O Juiz da infância e juventude deve levar a sério o legislador constituinte quando hierarquiza a proteção integral da criança e do adolescente como sendo uma prioridade absoluta. Não só deve ele absorver essa orientação, mas deve zelar, no exercício de suas funções, para que a família, a sociedade civil e os órgãos estatais *efetivamente* ajam em conformidade com tal base principiológica, não esquecendo e não deixando os outros esquecerem que princípio também é norma jurídica, e não ornamento retórico.

Deve ele lembrar sempre o alerta do Prof. Gustavo Neves, quando refere que “o justo nem sempre é ou se justifica racionalmente. Neste quesito, em muitos casos, mais vale a praxe e o argumento do que a categoria. É afirmando, por meio de nosso trabalho como operadores do Direito e como educadores, os valores do sistema e o sistema de valores, que podemos lentamente alterar este quadro²⁹.

29 – Gustavo Kloh Muller Neves, *Os Princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional*, in: Carmen Lucia Silveira Ramos *et alii* (organizadores), *Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 21.

A IDADE PENAL MÍNIMA COMO CLÁUSULA PÉTREA

EUGÊNIO COUTO TERRA
Associado da ABMP, Juiz de Direito-RS,
Mestre em Direito pela UNISINOS-RS,
Professor Universitário – CESUPA/FADIPA

Introdução.

Com a presente exposição, procura-se demonstrar que o artigo 228 da Constituição é uma cláusula pétrea e, portanto, insuscetível de modificação pelo Poder Reformador, pois erigida a tal condição por uma opção política do Poder Constituinte.

Ainda que desbordando a proposta básica da manifestação, alguns esclarecimentos prévios sobre *dados* da idade penal mínima se fazem necessários. Isso porque proliferam notícias desencontradas a respeito, em especial no que se refere a outros países. Inclusive havendo repasse de informações equivocadas para a CCJR da Câmara dos Deputados em alguns casos.

Visando a demonstrar que o Brasil não se encontra em descompasso com o mundo – ao contrário do que se apregoa amiudemente – ao ter estabelecido a idade de responsabilidade penal em dezoito anos, apresenta-se um quadro comparativo com diversos países.

No quadro, quando foi possível a obtenção de dados, apresenta-se a idade da responsabilidade penal juvenil, isto é, a partir de que idade há apuração de infração penal cometida por adolescente. No Brasil, de acordo com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, a idade da responsabilidade penal juvenil é de doze anos.

PAÍS	IDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL	MAIORIDADE PENAL (IMPUTABILIDADE PENAL)
Alemanha	14	18-21*
Argentina	16	18
Arkansas/EUA	–	21
Áustria	14	19
Bélgica	16	18
Bolívia	12	16
Bulgária	14	18

Califórnia/EUA	–	21
Chile	14	18
Colômbia	12	18
Costa Rica	12	18
Dinamarca	15	18-21*
Egito	–	15
Espanha	12	18-21*
França	13	18
Grécia	13	18
Holanda	12	18
Hungria	14	18
Índia	–	15
Inglaterra	7-15	18
Itália	14	18
Paraguai	–	15
Peru	12	18
Polônia	13	17
Portugal	–	16-21*
Romênia	16	18-21*
Suécia	15	18
Suíça	7-15	18-25*
Uruguai	14	18
Wyoming/EUA		19**21***

* Entre as idades apontadas, aplica-se legislação especial para o jovem adulto.

** Sexo masculino.

*** Sexo feminino.

1. Princípios e Estado Democrático de Direito.

Adentrando, agora, diretamente na matéria central, há que se consignar que a compreensão da possibilidade de mudança da Constituição, sem que isso implique a desnaturação de sua essência, passa, necessariamente, pelo exame do papel fundamental que os princípios exercem no Estado Democrático de Direito. Em razão disso, impõe-se, modo prévio, tecer algumas breves considerações sobre a questão dos princípios.

No Estado Democrático de Direito a lei – em especial a Constituição – tem uma função transformadora. É da sua essência a instrumentalização da lei para que o vir-a-ser de uma sociedade justa, solidária, onde a promoção da dignidade humana seja a razão da própria existência do Estado, torne-se uma realidade.

Sem que no ponto de partida do ordenamento jurídico – no caso a Constituição – encontre-se uma base de princípios – explícitos ou implícitos – que oriente a interpretação do sistema, que lhe dê uma unidade de sentido, o Estado Democrático de Direito não se realiza, pois o seu ordenamento transformar-se-á numa junção de preceitos, desprovido de qualquer capacidade de coordenação do todo.

A evolução do Direito, com a superação do legalismo literal, permitiu que os princípios deixassem de ser fonte subsidiária – aliás, de último recurso, só quando todas as possibilidades estivessem esgotadas – para assumir um papel de centralidade interpretativa e aplicativa no ordenamento jurídico. Ou, noutra perspectiva, a valorização dos princípios no nível constitucional permite a afirmação da centralidade antropológica que o Estado deve ter, servindo para que a sociedade consiga evoluir do fetichismo econômico que lhe foi imposto.

A grande complexidade social em que vivemos não permite que as constituições sejam encaradas como mero meio regulatório das funções estatais – no que se refere a sua organização – e como meio de defesa da sociedade contra o Estado, como sustentado pelo liberalismo predominante no início do constitucionalismo moderno, que ainda tem seguidores na atualidade.

A mudança social, que é histórica, gerou alterações radicais no plano jurídico. As normas jurídicas, na sua generalidade, deixaram de lado um caráter condicional que as impregnava, em que tinham, basicamente, o fim de estabelecer uma determinada conduta de acordo com um padrão que, via de regra, era previamente estabelecido, e não a partir delas especificamente.

A evolução histórica exige uma nova postura. Conforme Guerra Filho, “A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas – ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior – precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que então se apresentem”.

Ou seja, os princípios assumem proeminência no sistema jurídico. E, no Direito Constitucional, tornam-se ferramentas essenciais para a interpretação e aplicação da normativa constitucional. O descobrir da importância central dos princípios traz, como consequência, a compreensão de que a Constituição é, no seu todo, uma norma jurídica obrigatória, com o abandono da classificação em enunciados preceptivos e programáticos. Em verdade, tal classificação só servia para afastar qualquer obrigatoriedade aos preceitos ditos programáticos; essa era a concepção civilista – privatística – dos princípios.

Em apertada síntese, como um dado certo e preliminar, pode-se afirmar que a importância reconhecida aos princípios estabeleceu, definitivamente, a força

obrigatória de todas as normas constitucionais (princípios ou regras), independentemente de sua estrutura.

Uma ordem constitucional instituidora do Estado Democrático de Direito, necessariamente, é um sistema normativo aberto, composto de regras e princípios.

Tem de ser um sistema aberto, pois, face à “intenção” de perenidade de toda Constituição, tal desiderato jamais seria atingido se não houvesse a possibilidade de atualização dos conteúdos das normas constitucionais. A normativa constitucional mantém-se porque aprende com a realidade, incorporando novos sentidos ao seu conteúdo – que exerce uma função interpretativa/diretiva, que se espalha por todo ordenamento jurídico. Vale dizer, ao buscar no ser-do-mundo novos significados de verdade e de realização de justiça – que não são estáticos, pois refletem a pauta de valores da sociedade que evolui – a Constituição ganha vida e força para continuar a ser a conformadora do Estado e da vida social.

Não pode, também, afastar-se da condição de um sistema de princípios e regras. Por primeiro, porque um sistema constitucional fundado somente em princípios teria uma grande dimensão axiológica, porém seria de grande indeterminabilidade, em vista do caráter mais geral e abstrato dos princípios. E sendo um conjunto de conteúdos abstratos, não exerceria a sua função normativa, pois ficaria quase que exclusivamente na esfera axiológica (juízos de valor), perdendo a sua condição deontológica (dever-ser), que é essencial para uma função normativa que outorgue segurança jurídica. Em segundo lugar, porque a função da regra é densificar princípios, tornando-os de mais fácil realização ou otimização. Além disso, um sistema somente de regras padeceria de falta de unidade interpretativa, pois lhe faltaria o fio condutor de ligação entre as diversas regras, sendo que tal elo de concatenação é feito pelos princípios.

Os princípios, ao ordenarem o texto constitucional no que diz respeito aos fins a serem alcançados pelo Estado e sociedade no Estado Democrático de Direito, dão o contorno ou a diretriz de conformação do ordenamento jurídico regulado pela Constituição. Por serem a base da Lei Maior, sem a qual não há um sistema organizado, funcionam como vetores de interpretação de toda ordem jurídica. No nível constitucional, para estabelecer qual o princípio que deve preponderar no caso concreto de aplicação de uma norma; em relação à normatividade infraconstitucional, para verificação de sua adequação ao sistema principiológico da Constituição. E, em caso de não estar em conformidade, de ser afastada a sua incidência, por presente vício insanável, o da inconstitucionalidade.

Os princípios também dão a unidade sistêmica da Constituição, fazendo a integração de suas diversas normas, interligando-as em conexões de sentido, pois somente perante uma estrutura normativa referenciada entre si é que será possível uma perfeita interpretação, que, necessariamente, tem de ser sistêmica.

Para além dessas funções, os princípios funcionam como identificadores do núcleo político essencial da Constituição.

A Constituição Federal consigna os princípios fundamentais nos artigos 1º a 4º, no seu Título I – Dos Princípios Fundamentais. A partir daí, mais o que contém o seu preâmbulo, é permitido verificar quais são os princípios explícitos – isto

é, expressos na Lei Magna – que são tidos como fundamentais para a caracterização do núcleo essencial (imodificável, pode-se dizer) da Constituição.

Além dos princípios fundamentais referidos nos artigos do Título I, outros princípios – ou princípios decorrentes daqueles, que funcionam como explicitação dos indicados como fundamentais – emergem de distintos locais da Constituição e também integram o núcleo essencial.

Como exemplo, podemos citar o princípio da prioridade absoluta que, a família, o Estado e a sociedade devem conferir à criança e ao adolescente para que tenham um desenvolvimento pleno e sadio – artigo 227.

Sem a menor dúvida, pode-se afirmar que a proteção normativa outorgada à infância e juventude é uma explicitação do princípio da dignidade humana. Mas o Constituinte acrescentou um *plus*, tornou a consecução plena de tal princípio *prioritária* em relação à criança e ao adolescente. E esse acréscimo – mesmo tendo ocorrido fora das disposições do Título I – erige a total preferência estabelecida como um princípio fundamental, integrativo do núcleo essencial da Constituição.

Ainda, importante salientar a possibilidade de princípios implícitos integrarem o núcleo essencial da Constituição, conforme se extrai do art. 5º, § 2º, da Lei Maior. A ordem constitucional não se restringe à soma dos dispositivos descritos na Carta Magna. Tratando-se de um sistema aberto, perfeitamente possível a localização – via interpretação, a partir dos valores acolhidos pela Constituição e de seu sistema – de princípios que não se encontrem enunciados formalmente. A ausência de referência expressa, entretanto, não lhes retira o *status* de princípio constitucional.

Logicamente, tais princípios não podem ser “criados” ao talante de eventual intérprete, surgindo do nada. A descoberta, necessariamente, passa por uma interpretação ciosa, que leve em conta todo o sistema constitucional, sendo de extrema importância na revelação dos princípios implícitos, o trabalho da doutrina e da jurisprudência.

Identificado o princípio implícito – e como exemplos podemos citar: a supremacia do interesse público, da proporcionalidade – há que se verificar se o mesmo tem natureza fundamental, essencial para a preservação da Constituição. Presente tal caráter, sem a menor dúvida que integra o núcleo essencial da Lei Magna.

2. A limitação material de reforma da Constituição.

Como bem observa MIRANDA, “o sentido a conferir aos limites materiais de revisão constitucional tem sido uma *vaexata questio* (*sic*) que há cerca de cem anos divide os constitucionalistas”. O entendimento adotado como o correto, em conformidade com a fundamentação que segue, é o de que os limites materiais de reforma são imprescindíveis, não sendo possível tê-los como superáveis.

Limites materiais à reforma da Constituição são impedimentos – explícitos e implícitos – estabelecidos pelo constituinte originário e insertos no próprio texto constitucional, que tornam insuscetíveis de modificação determinadas matérias de seu conteúdo.

A existência de conteúdos imutáveis numa Constituição tem recebido críticas, sob a alegação de que não é possível uma Constituição imodificável, pois acarretaria seu imobilismo, gerando um descompasso normativo com a sociedade e, por conseqüência, implicando um desprestígio do texto constitucional.

Canotilho, com a força de seu expressar, assim responde ao questionamento: “A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com suas mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa, e esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. [...] Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total [...], mas também de alterações constitucionais aniquiladoras de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão”.

A tentativa de entender descabida a existência de limites materiais para a reforma de uma Constituição – que à primeira vista pode impressionar, pois implicaria a mumificação de seu texto e desconexão da realidade – passa pela incompreensão da distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado (poder reformador), além de ser apresentada de forma ambígua.

O poder constituinte originário é de natureza política, existindo fora da Constituição e acima dessa – pois o texto constitucional é a obra que realiza. É um poder de natureza excepcional, manifestando-se somente em momentos de viragem histórica de um povo. De outra banda, o poder reformador tem natureza eminentemente jurídica. Inserido na Constituição, tem nessa o contorno de sua atuação, bem como de sua limitação. É um poder de exercício normal, pois existe para funcionar nos períodos de normalidade constitucional.

Logo, na condição de poder instituído ou constituído, o poder reformador sofre limitações no seu poder de modificação da Constituição. Deve respeitar as limitações fixadas pelo poder constituinte originário, que são explícitas quando indicadas no próprio texto (cláusulas pétreas) e, também, as limitações implícitas, oriundas dos princípios que presidem a Constituição e que existem pela necessidade de preservação da essência do núcleo político básico da carta constitucional.

A atividade reformatória de uma Constituição é um meio de sua vivificação, pois é pela reforma que se conserva renovando uma carta constitucional. A modificação de um texto constitucional jamais poderá servir como caminho para o seu fenecimento. Conforme assevera Bonavides, “o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional”.

Em suma, a finalidade dos limites à reforma da Constituição é impedir a subversão da Constituição através de reforma constitucional, preservando-se as suas características e princípios fundamentais e que lhe são estruturantes.

Limitações materiais explícitas – ou expressas, ou cláusulas pétreas, ou cláusulas de intangibilidade, ou cláusulas de irreformabilidade, ou garantias de eternidade – são a enunciação constitucional das matérias que não podem ser objeto de alteração ou, pelo menos, não podem ser modificadas em determinado sentido. Em outras palavras, são as impossibilidades reformatórias indicadas, modo expresse, no texto da Constituição.

Numa retrospectiva das Constituições brasileiras, verifica-se que nunca houve texto constitucional com elencação tão expressiva de limites expressos para a reforma constitucional como o da vigente Carta Magna. O rol de limites expressos encontra-se no artigo 60, § 4º, em que é vedada qualquer deliberação sobre a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes, e os direitos e garantias individuais.

Pode-se dizer que as limitações expressas ao poder de reforma, insculpidas nos textos constitucionais, visam à proteção dos princípios básicos e essenciais da Constituição, bem como às “implicações e desdobramentos” – na expressão de Streck – de tais princípios.

Em relação às vedações expressas, inviolável, ao poder reformador, qualquer possibilidade de alteração. Conforme Streck, “O obstáculo do parágrafo 4º faz desses princípios – que lhe são estruturais, básicos e fundamentais – rigidíssimos, supraconstitucionais, no sentido de que não podem ser solapados, reduzidos, diminuídos, mesmo pelos mais conspícuos poderes constituídos: o Congresso, como órgão de reforma constitucional”.

Ainda que não unânime o entendimento, é possível afirmar que, além dos limites materiais expressos, existem limitações implícitas ao poder de reforma, as quais, apesar de não articuladas na Constituição, extraem-se do próprio texto constitucional, por se relacionarem com princípios fundantes da ordem constitucional.

Ou, no dizer de Streck, “Além dos limites formais/explicitos [...] há aqueles que decorrem da sistematicidade da Carta Política. Tais vedações – implícitas – são limitações de reforma produzidas pela própria estrutura do discurso pelo qual se expressa a Constituição. São aquelas que se originam dos paradigmas adotados pelo próprio sistema jurídico e que definem, com alguma clareza, quais as normas que a ele pertençam ou possam pertencer”.

De outro modo, é possível falar que as limitações implícitas são disposições intangíveis de uma Constituição, aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição, que não devem estar necessariamente expressas ou em instituições concretas, pois vigem como implícitas, imanentes ou inerentes à Constituição. A proibição de reforma produz-se a partir do “espírito” ou *telos* da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional.

O entendimento de que a dificuldade em estabelecer quais seriam os limites materiais implícitos de reforma implica a inexistência desses, como bem observa Canotilho, é algo que não se pode aceitar: “Para esta doutrina, os limites materiais seriam apenas os expressamente previstos no texto constitucional; só os *limites textuais expressos* seriam *autênticos* limites de revisão. Embora se possa admitir que esta doutrina tem ainda a seu favor a presunção de modificabilidade de normas anteriores por normas posteriores do mesmo grau, não devem minimizar-se os resultados a que ela conduzirá quando levada até às últimas consequências. As constituições que não previssem limites textuais expressos transformar-se-iam em meras *leis provisórias*, em *constituições em branco* (*Blanko Verfassung*), totalmente subordinadas à discricionariedade do poder de revisão. Mas, a aceitarem-se limites imanentes deduzidos a partir do *telos* constitucional, então terá de exigir-se que esses limites não sejam meros *postulados*, mas autênticas *imposições* da Constituição, verdadeiros limites impostos por ‘vontade da Constituição’ (*Wille der Verfassung*)”.

Diante do que já foi dito sobre os limites materiais implícitos à reforma de uma Constituição, pode-se concluir que os mesmos só podem ser considerados e visualizados a partir de uma ordem constitucional determinada. Seria impossível tentar delimitar quais são os limites tácitos de reforma da Constituição de uma maneira abstrata, pois sempre serão variáveis, já que devem estar de acordo com os princípios fundamentais que cada normativa constitucional consagrar. Identificadas as vedações implícitas perante uma Constituição, ficam essas no mesmo patamar dos limites materiais expressos, uma vez que também preservam a ordem constitucional de um desvirtuamento que implique ruptura.

Delineado o contorno das vedações – expressas e implícitas – da reforma constitucional, cumpre verificar, ainda que brevemente, qual o âmbito da proteção outorgada pelas limitações materiais reformatórias da Constituição.

As vedações expressas (cláusulas pétreas), previstas no artigo 60, § 4º, incisos I a IV, da Constituição e, também, os limites implícitos conferem proteção contra a atividade reformadora do texto constitucional. Funcionam como verdadeiras barreiras às intenções reformistas, salvaguardando os valores fundamentais da Constituição, pois “O processo de mudança constitucional nada tem a ver com as conveniências dos políticos – os partidos ou chefe do governo – para se soltar dos freios da lei suprema, visto que a Constituição, enquanto produto de um jogo de forças que se estabeleceram na Assembléia Nacional Constituinte, tem uma sistematicidade e uma materialidade que não podem ser ignoradas. A Constituição, em seu sentido amplo, não é uma máscara do jogo do poder que se possa abandonar quando se chega lá”.

A grande questão é visualizar até que ponto as limitações materiais impedem qualquer modificação na Constituição. E isso tem grande relevância – não para as situações de puro casuísmo político, em que modificações são pretendidas para atendimento do governo de plantão ou de algum interesse específico menos sério – mas para aquelas circunstâncias em que modificações são necessárias para a adequação da norma à realidade social que avançou. Eis que tais

instrumentos de garantia da Carta Política não podem servir de entrave para o seu aperfeiçoamento. É necessário chegar a uma posição intermediária: de manutenção da estabilidade com não-impedimento de atualização do texto constitucional.

Para tal, há que se entender a finalidade da imposição de limites à reforma como a intenção de manter o núcleo da Constituição. E isso não quer dizer a manutenção de dispositivo literal da Carta Magna, mas, sim, dos princípios centrais (nucleares) que permeiam os dispositivos tidos como imutáveis e, também, os princípios fundantes da ordem constitucional instituída.

Não é possível estabelecer critérios prévios de verificação, sendo necessária uma aferição tópica, para apuração da adequação da emenda ao caso concreto. Até porque, em determinadas hipóteses, a modificação de um preceito que, aparentemente, não tem conteúdo principiológico ou fundamental, pode ser a expressão da expansão de garantia de um princípio, e sua alteração ou eliminação, portanto, estar vedada.

Por fim, é de ressaltar-se que a redação do § 4º do artigo 60 assegura, em relação às limitações expressas, a sua intangibilidade, tanto em relação a sua supressão como, também, contra as emendas “tendentes a abolir” a limitação. E aqui, também, é impossível fixar aprioristicamente quando uma disposição tende a abolir uma disposição de fundo essencial, a sua averiguação há de ser diante da situação concreta.

Não poderia deixar-se de anotar que, para fins de controle de constitucionalidade, há uma equiparação entre emenda supressiva de dispositivo e aquela que veicula uma tendência abolidora de preceito assegurado por cláusula pétrea explícita, isso porque ambas as hipóteses são proibidas expressamente pela Constituição.

3. A impossibilidade de alteração da idade penal mínima enquanto direito de cidadania.

O trato jurídico da questão da infância e juventude – para ficarmos no campo específico do Direito, pois a matéria, inegavelmente, extrapola esse âmbito – pode ser estudado sob o prisma da crise paradigmática. De um lado, temos o que vai convencionalmente ser chamado de velho paradigma e representa toda a produção legislativa e seu suporte teórico a respeito da “menoridade”, que se estende até a promulgação da Constituição de 1988. E, a partir daí, surge o novo paradigma, quando ocorre uma (r)evolução conceitual e normativa no tratamento dos interesses das crianças e adolescentes.

Comumente se diz que o grande marco de mudança paradigmática da questão da infância no Brasil foi o advento do ECA. Entretanto, tal afirmação é equívoca. A Lei n.º 8.069/90 nada mais é do que a integração legislativa do que estabelece a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, que introduziu em nosso país a doutrina da proteção integral. Logo, possível afirmar que, desde a vigência da atual Carta Política, toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais fixados para a infância e juventude restou derrogada. E assim é, pois, sendo o Estado Democrático de Direito um Estado principialista – como já

referido, não mais subsiste a classificação de normas constitucionais meramente programáticas - não há como subsistir normativa legal que contrarie os princípios que o presidem.

Imperativo esse esclarecimento, ainda que para dizer o óbvio, pois é a falta de clareza ou compreensão do papel representado pela Constituição no Estado Democrático de Direito que leva a equívocos interpretativos tendentes a minimizar a efetivação do texto constitucional.

Durante o processo constituinte, fruto de um intenso debate que se processava no país desde os anos oitenta do século passado, predominou o entendimento de que a nova Constituição deveria incorporar os vários aspectos de proteção da infância e adolescência que consubstanciavam diversos documentos internacionais específicos e tinham como linha básica a proteção dos direitos humanos.

O conteúdo do artigo 227 da Constituição é reconhecido como veiculador da síntese da doutrina da proteção integral, que restou plasmada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 20-11-89.

Passa-se “do menor objeto de compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeito pleno de direitos”. A preocupação deixa de ser com o “menor” delinqüente-abandonado, para existir em relação a toda infância, à qual é assegurado, de forma prioritária, o exercício de seus direitos básicos e fundamentais, face à condição de ser humano em desenvolvimento.

Em outras palavras, a visão agora é de toda população infanto-juvenil, que deverá ter seus direitos garantidos, afastando-se o foco de segregação e repressão da doutrina da situação irregular.

O alvo de ação não será mais o “menor” desviante, pois não é a criança que precisa de controle e reintegração, uma vez que não se encontra irregular. A irregularidade, agora, está nas condições precárias para a sua sobrevivência e desrespeito de seus direitos fundamentais. A ordem é agir para assegurar à criança condições de uma vida digna, e para isso deverá estar voltada a ação do Estado, da família e da sociedade.

No campo da infração penal, não mais subsiste a ótica criminalizadora do Código de Menores. Assegura-se a existência de um procedimento para apuração de atos infracionais, em que é assegurado o amplo direito de defesa, sem uma preconcepção do “menor” como infrator potencial a ser ressocializado. Acaba o estigma e a lógica da segregação como meta. A privação de liberdade passa a ser excepcional. Em caso de ser aplicada, deve-se sempre levar em conta a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente que vier a ser submetido a uma medida de tal espécie.

É dentro desse contexto de acolhimento da doutrina da proteção integral, que assegura direitos à infância e juventude e, no campo da infração penal, estabelece a apuração de eventual responsabilidade dentro de um sistema que oferece garantias processuais, que a Constituição plasmou a idade da inimputabilidade em dezoito anos.

Os defensores da diminuição da idade da imputabilidade penal cometem um grande equívoco, não reconhecendo que a sua fixação foi uma opção política do Constituinte de 1987/1988. Logo, toda e qualquer discussão com base na teoria do discernimento, como vem sendo travada, é desfocada. O critério para estabelecer a idade penal mínima foi político, não tendo relação com a capacidade ou incapacidade de entendimento.

Aceitar-se que a fixação constitucional da imputabilidade penal baseia-se na falta de compreensão do caráter ilícito ou anti-social de uma conduta criminosa implica em equiparar adolescentes a insanos mentais, e isso, à evidência, é algo que padece de um mínimo de coerência. Ninguém tem dúvida de que o jovem e mesmo a criança têm plena capacidade de entender que é reprovável furtar, danificar, matar, etc.

Também não se pode falar na adoção, pelo Constituinte, de um critério puramente biológico. A decisão foi no sentido de valorização da dignidade humana de todas as pessoas menores de dezoito anos, de acordo com a tendência internacional de reconhecimento jurídico da doutrina da proteção integral, que acabou consubstanciada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Em outras palavras, sendo o Estado Democrático de Direito presidido, entre outros, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a fixação da imputabilidade penal aos dezoito anos representa o seu compromisso com a valorização da adolescência, por reconhecer tratar-se de uma fase especial do desenvolvimento do ser humano.

E sendo uma opção política, sequer se pode falar que a idade penal mínima não deveria ter sido erigida à condição de norma constitucional, pois não existe um critério certo para definir o que pode/deve ou não ser constitucionalizado, até porque, em uma democracia pluralista, tudo tem potencial político.

Por tudo isso, é de se reconhecer que andou bem o Constituinte em trazer para a Lei Maior a questão da idade da imputabilidade penal, pois, sendo uma opção política de valorização da dignidade humana, assegurou-lhe o *status* próprio.

Entende-se que o art. 228 da Constituição é um direito fundamental, razão pela qual serão feitas algumas considerações gerais a respeito dessa espécie de direito.

Os direitos fundamentais exercem papel de capital importância no Estado Democrático de Direito, pois são a principal garantia de que o Estado, através de seu sistema jurídico e político, promoverá a proteção do cidadão enquanto individualidade e, também, a solidariedade social, visando a um pleno desenvolvimento da comunidade como um todo. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem o respeito dos direitos individuais e a promoção social baseada na valorização da dignidade humana, cumprindo a função de descortinar o horizonte emancipatório a alcançar no Estado Democrático de Direito, o que decorre do seu compromisso antropológico.

Por força do papel que desempenham, os direitos fundamentais gozam, em nosso ordenamento, de um reforço de efetividade, pois, de acordo com o § 1º do

artgo 5º da Constituição, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal disposição implica uma “juridicidade reforçada”, que é uma característica comum e diferenciada dos direitos fundamentais. Além disso, são os direitos fundamentais protegidos contra a possibilidade de extirpação da Constituição, já que protegidos pela intangibilidade fixada no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

Os processo histórico-evolutivo dos direitos fundamentais demonstra a sua concepção materialmente aberta, pois sempre permite a emergência de novos direitos ou a agregação de novos conteúdos aos já existentes, que passam a ter uma nova conotação.

A Constituição Federal, conforme se vê do § 2º do artigo 5º, abriga o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, pois permite localizar tais direitos em todo o seu texto, e não só aqueles que estão elencados no catálogo que apresenta (Título II). Além disso, autoriza o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não se encontram no texto constitucional (direitos materialmente fundamentais), desde que decorram do regime e princípios por ela adotados, bem como de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Vale dizer, o rol de direitos fundamentais elencados na Constituição não é exaustivo, permitindo a localização de outros.

A fundamentabilidade material de um direito decorre de sua imbricação direta com a pessoa humana, valorizando a sua dignidade; e resulta, também, “da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico colectivo”. O certo é que o princípio da dignidade humana sempre está no centro, ou vinculado, à existência de um direito fundamental fora do catálogo, quer em outro lugar da Constituição, quer se trate de um direito fundamental não-escrito, mesmo que isso não seja de forma exclusiva, “já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados”.

Pode-se concluir, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana é valor-referência da Constituição, podendo ser visualizado como o catalisador (dando o tom de fundamentabilidade a uma posição jurídica) de todos os direitos fundamentais materiais. E como a catálise implica a modificação de uma reação, em que um dos elementos (o catalisador) não se altera no processo, todos os direitos fundamentais materiais exteriorizam-se pela dignidade da pessoa humana – ainda que não de forma exclusiva – tornando-se indissociáveis da mesma.

A idade penal mínima é autêntico direito fundamental localizado fora do catálogo elencado pela Constituição no Título II, pois inequivocamente vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Não só em sede doutrinária há o reconhecimento de direitos fundamentais fora do catálogo e com caráter de cláusula pétrea, pois o Supremo Tribunal Federal já deixou isso assentado, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/93, questionadora da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 17-03-93, que instituía a arrecadação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras – IPMF – a partir de agosto daquele ano, conforme estabeleceu a Lei

Complementar nº 77, de 13-07-93, que também foi objeto de arguição de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 939, exerceu o papel de guardião da Constituição e impediu que o sistema de direitos e garantias fundamentais fosse descaracterizado. Especial relevância teve o julgamento, pois serviu como balizador da impossibilidade de descaracterização paulatina do texto constitucional, além de fixar, com clareza, que as chamadas cláusulas pétreas exercem importante papel na manutenção da unidade sistêmica da Constituição.

Fazendo uma suma da posição majoritária adotada no julgamento da ADIn nº 939, pode-se assentar que: a) restou inquestionável a possibilidade da existência de direitos fundamentais fora do catálogo; b) a unidade sistêmica da Constituição deve ser preservada, pois os princípios e direitos fundamentais apresentam íntima ligação, não podendo ocorrer uma visão da Constituição que não abranja o seu todo, devendo haver respeito incondicional aos princípios que informam a Carta Magna; c) os limites materiais de reforma não podem ser minimizados pela existência de exceções previstas no próprio texto constitucional; d) todas as exceções feitas pelo Constituinte originário são no exercício de uma competência incondicionada e que não se transfere ao Poder Reformador, pois este é, por natureza, subordinado; e) a abrangência da cláusula de intagibilidade do art. 60, § 4º, IV é ampla, pois vai além dos direitos e garantias estritamente pessoais, açambarcando, pelo menos, os chamados direitos de primeira e segunda gerações ou dimensões; f) a possibilidade de alteração do núcleo essencial de direito fundamental que constitui cláusula pétrea tem de ser vista de forma restritiva, sob pena de esvaziamento do direito por novas e sucessivas reformas; g) toda emenda constitucional, por não emanar de poder originário, é suscetível de controle de constitucionalidade.

A Corte Maior apontou a necessidade de preservar-se a obra do Constituinte originário, único legitimado a excepcionar a incidência de princípios ou garantias instituídas em favor do cidadão. Entender de modo contrário seria fazer letra morta da disposição que veda a deliberação a respeito de emenda que tenda à abolição de direito fundamental.

A preservação da obra originária do Poder Constituinte não implica risco de ruptura da ordem constitucional. Pelo contrário, atua no sentido de demonstrar ser possível a efetivação plena do Estado Democrático de Direito, pois traz a certeza – ou pelo menos a esperança – de que os direitos inseridos na Constituição são passíveis de realização e de que em uma sociedade injusta, como a brasileira, há chance de a lei exercer uma função transformadora.

Pode-se proclamar, agora – também no plano da jurisprudência – que a fundamentabilidade material de um direito na Constituição não depende de uma posição topológica (inserção no catálogo), pois localizável em qualquer parte do texto constitucional. A sua caracterização depende da relevância que lhe foi atribuída e da sua imbricação com direito ou princípio que integre o núcleo essencial da Carta Magna. E se a Corte Constitucional assim agiu ao apreciar uma questão de

matéria tributária, com muito mais razão, não deixará de reconhecer a impossibilidade de supressão de qualquer direito fundamental que seja diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 228, ao estabelecer a idade mínima para a imputabilidade penal, assegura a todos os cidadãos menores de dezoito anos uma posição jurídica subjetiva, qual seja, a condição de inimputável diante do sistema penal. E tal posição, por sua vez, gera uma posição jurídica objetiva: a de ter a condição de inimputável respeitada pelo Estado.

Num enfoque do ponto de vista individual de todo cidadão menor de dezoito anos, trata-se de garantia asseguradora, em última análise, do direito de liberdade. É, em verdade, uma explicitação do alcance que tem o direito de liberdade em relação aos menores de dezoito anos. Exerce uma típica função de defesa contra o Estado, que fica proibido de proceder à persecução penal.

Trata-se, portanto, de garantia individual, com caráter de fundamentabilidade, pois diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade de todo cidadão menor de dezoito anos. E não se pode olvidar que a liberdade sempre está vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, especialmente em relação às crianças e adolescentes, pois foram reconhecidos como merecedores de absoluta prioridade da atenção da família, da sociedade e do Estado, em face da peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento.

Se o Constituinte optou pela demarcação da imputabilidade penal aos dezoito anos, estabelecendo um maior grau de liberdade perante o Estado até tal idade, fê-lo de forma livre e soberana, não cabendo ao Poder Reformador a possibilidade de restringir a liberdade, pois afetaria diretamente o núcleo essencial do direito de liberdade, no que diz respeito ao cidadão com idade inferior ao limite consignado na Carta Magna.

Num outro enfoque, possível ver essa mesma regra como condição de exercício dos direitos reconhecidos no artigo 227 da Constituição Federal.

As obrigações para com a infância e adolescência estão diretamente vinculadas com a plena promoção da dignidade humana de tal categoria de cidadãos. A Lei Maior determina um atendimento amplo e digno a todas crianças e adolescentes, nas mais diversas áreas, a fim de que se tornem, na idade adulta, cidadãos conscientes e socialmente integrados. Vale dizer, não se quer uma infância e juventude marginalizada, pois isso gerará cidadãos adultos excluídos do processo social, e, assim, não cumprirá o Estado Democrático de Direito a sua função de promover a dignidade, a igualdade e a solidariedade.

Dentro dessa ótica, inegável que a inimputabilidade penal até os dezoito anos de idade integra o direito de livre desenvolvimento da personalidade, pois permite uma abertura maior de proteção ao ser humano em desenvolvimento e formação.

A idade de imputabilidade penal fixada na Lei Maior, portanto, tem um caráter híbrido – ou uma dupla dimensão. É, por um lado, garantia do direito individual de liberdade dos menores de dezoito anos, e, de outra banda, ao balizar até quando vai a adolescência, estabelece condição de possibilidade para ser titular

dos direitos a prestações – nos sentidos amplo e restrito – em caráter preferencial, que são assegurados às crianças e adolescentes pela doutrina da proteção integral acolhida pela ordem constitucional.

Coarctar a plena possibilidade de desenvolvimento individual e social, instituída por livre e soberana vontade do Poder Constituinte em favor de *todos* os cidadãos menores de dezoito anos, implica cometer agressão contra o conteúdo de dignidade humana dos direitos assegurados aos mesmos. E isso, à evidência – além de atingir direito fundamental que é garantido por cláusula pétreia – apresenta-se em absoluta desconformidade com a idéia de Estado Democrático de Direito.

A impossibilidade de modificação da idade penal mínima, por força do disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, na parte que trata de direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais de que o Brasil é parte, tem merecido pouca atenção, a exigir uma mirada mais atenta.

A partir da Constituição de 1988, intensifica-se a interação e conjugação do direito internacional e do direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos.

Vivemos em um mundo globalizado – quer gostemos ou não disso – e, cada vez mais, há uma interação entre direito interno e direito internacional. A introdução na Carta Magna da doutrina da proteção integral e, também, da fixação da imputabilidade penal aos dezoito anos, decorreu da internalização da vertente protetora dos direitos humanos de caráter internacional, dos quais a proteção da criança e do adolescente é uma das facetas. Tanto é assim, que o disposto no artigo 227 é reconhecido como síntese das diretrizes fixadas pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança. O Brasil, ao ratificar a Convenção – e fez isso sem qualquer ressalva de reserva – assumiu a obrigação de cumpri-la integralmente.

Vale dizer, é vedado ao Estado brasileiro tomar qualquer iniciativa que venha a tornar ineficaz ou contrariar qualquer dispositivo da Convenção sobre os Direitos da Criança, que, entre nós, por força do § 2º do artigo 5º, tem *status* de norma constitucional. Isso porque a Carta Magna de 1988, na esteira de outras Constituições, passou a considerar as normas de tratados de direitos humanos como de hierarquia constitucional.

O tratado em referência, inequivocamente, tem conteúdo de proteção dos direitos humanos. A Convenção, em seu artigo 41, estabelece que nenhum de seus signatários poderá tornar sua normativa interna mais gravosa em vista do que dispõe o tratado. Conforme Saraiva, “Demais, a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da Convenção”.

Ora, em caso de eventual modificação da idade penal mínima, estará o Brasil a descumprir o que foi estabelecido no tratado que se comprometeu a cumprir. E o descumprimento implica a responsabilização internacional do Estado violador.

Pode-se concluir, portanto, que, enquanto o Brasil for Estado-parte da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em respeito ao que estabelece a Constituição, que conferiu estatura constitucional aos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, fica inviabilizada qualquer possibilidade de alteração da idade penal mínima.

Conclusão.

Em sintética conclusão, pode-se afirmar que a Proposta de Emenda Constitucional nº 171/93 e apensadas não podem ser admitidas, pois violam cláusula pétreia – art. 60, § 4º, IV – da Constituição Federal. Eis que:

1. É inviável qualquer interpretação que não passe por um rebate principiológico, ou seja, só é possível a aplicação/interpretação da lei (*lato sensu*) em consonância com os princípios constitucionais que dão a conformação do Estado Democrático de Direito. E assim é, pois só se justifica o existir do Estado – “domínio de homens sobre homens” – porque a razão única de sua existência e finalidade é o ser humano. O Estado que não tenha por fim a promoção da dignidade humana – ou, se preferido, a realização dos direitos fundamentais – não tem razão de ser.

2. Uma Constituição, como obra humana que é, sempre apresentará imperfeições, além de não poder ficar indiferente às modificações que se operam no mundo em que exerce a sua função direcionadora. Logo, a possibilidade de sua reforma é imperativa, até para que não venha a perder a sua “força normativa”. A reforma constitucional é meio de vivificação da Constituição, pois permite a sua atualização e adequação à realidade. Entretanto, a atividade reformatória, por limitada, não pode transformar-se num meio de desnaturação da vontade do Constituinte originário, sob pena de ser cometida fraude contra a Constituição. A impossibilidade de reforma irrestrita tem por finalidade a preservação do núcleo essencial da Constituição, impedindo que ocorra a perda de sua conexão de sentidos, que é o que lhe dá unidade sistêmica.

3. A Constituição, ao determinar prioridade absoluta na concretização das condições de uma existência digna para a infância e juventude, *estabelece* que a promoção da dignidade humana dessa categoria de cidadãos tem natureza fundamental, posto que visceralmente ligada ao princípio da dignidade humana.

4. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 939, que versava sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que instituiu o IPMF, delineou o seu entendimento sobre a possibilidade de existência de direito fundamental fora do catálogo previsto na Constituição. Foi reconhecido o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, posto que podem ser localizados em qualquer local do texto constitucional (e até fora dele), sempre que presente uma posição de fundamentabilidade no conteúdo do direito. Ocorreu, com isso, o acolhimento jurisprudencial da posição da doutrina majoritária. Para além disso, a Corte Constitucional reconheceu que a Constituição é uma unidade sistêmica, em que há um entrelaçamento entre princípios e direitos fundamentais, devendo haver

um respeito incondicional aos princípios informativos da Carta Política. Foi ressaltado, também, que os limites à reforma constitucional devem ser observados, pois visam a assegurar a obra do Poder Constituinte, não cabendo ao Poder Reformador agir para desnaturar os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição, razão pela qual a pretensão reformatória que possa atingir o núcleo essencial de direito protegido por cláusula de intangibilidade deve, necessariamente, ter uma apreciação restritiva.

5. Sendo a regra que estabelece a idade da imputabilidade penal uma opção política do Constituinte, tanto que a erigiu à condição de norma constitucional, deve assim ser respeitada, visto que a sua constitucionalização implicou a mudança de sua natureza jurídica.

6. Apresenta-se como um direito de defesa da liberdade de todo cidadão menor de dezoito anos de idade, a exigir uma abstenção do Estado, qual seja, a de não promover a perseguição penal. Nessa ótica, é garantia (direito-garantia) de direito individual, cuja condição de cláusula pétrea tem expressa (e literal) previsão constitucional (artigo 60, § 4º, inc. IV).

7. Por outra dimensão, apresenta-se como condição de possibilidade do pleno exercício à fruição dos direitos a prestações – garantas de um pleno desenvolvimento social – outorgados à infância e juventude pelo artigo 227 e parágrafos da Lei Maior. E assim é, pois a idade da maioridade penal é que demarca o limite da adolescência. Diminuída, implicaria afastar da condição de adolescente uma parcela dos cidadãos menores de dezoito anos.

8. O artigo 228 da Constituição é regra de imbricação direta com o princípio da dignidade humana, pois preservadora do direito de liberdade, caracterizando-se como autêntico direito fundamental. Logo, pela proibição de retrocesso da posição jurídica outorgada, no que se refere ao seu conteúdo de dignidade humana, é insuscetível de qualquer modificação. Além do que, uma interpretação desse artigo conforme o Estado Democrático de Direito afasta toda e qualquer possibilidade de que sofra alteração.

Referências bibliográficas.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BUARQUE, Cristovam. *A Desordem do Progresso: o Fim da Era dos Economistas e a Construção do Futuro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1983.

MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (compiladores). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1999)*, t. I., 2ª ed. *aum., cor. y act.* Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1999)*, t. II., 2ª ed. *aum., cor. y act.* Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Constituição e Inconstitucionalidade*, t. II., 3ª ed., reimp. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, t. IV., 2ª ed., reimp. Coimbra: Coimbra, 1998.

MOREIRA, Vital. *Constituição e Revisão Constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: LÊ, 1990.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Quadro apresentado em *Curso de Atualização para Magistrados*, realizado em Santa Maria-RS, maio/2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENADO FEDERAL, Consultoria Legislativa. *Estudo comparativo da legislação que trata do menor delinqüente*. Avulso, 17p., set./2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição: Limites e Perspectivas da Revisão*. Porto Alegre: Rigel, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II. Porto Alegre: Safe, 1999.

Para crítica, sugestão ou contato use o correio eletrônico: ecter@via-rs.net

CONSIDERAÇÕES PONTUAIS SOBRE A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

CLEBER AUGUSTO TONIAL
Juiz da Infância e da Juventude
no Estado do Rio Grande do Sul

Sumário: Introdução 1. A natureza jurídica da medida socioeducativa. 2. Propondo o conceito da desvinculação. 3. A desvinculação dirigida. 4. A desvinculação própria. 4.1. A desvinculação por erosão. 4.2. Sugestão de um critério objetivo para identificar a desvinculação por erosão. 4.3 A desvinculação por consunção. 5. Importância do Estudo interdisciplinar. Fases lógicas de julgamento. Culpabilidade e "capacidade de internalizar a experiência pedagógica". 6. Conclusões.

Introdução.

Talvez um dos problemas mais angustiantes no Direito da criança e do adolescente seja aquele que cerca a aplicação das medidas socioeducativas. São multifárias as questões que emergem dessa área específica do direito protetivo e, por isso, não poderiam ser abordadas nos estreitos limites deste trabalho. Procuro focalizar algumas questões primordiais, não apenas para relembra conceitos esquecidos, mas para propor outros novos, no anseio de que alguma solução seja alcançada, senão hoje, para uma futura legislação.

As questões enfrentadas, e que solicitaram solução, pretensiosamente lançadas adiante, são as seguintes: (a) legitimação das medidas frente ao decurso do tempo; (b) legitimação das medidas frente à existência de intervenções socioeducativas em curso; (c) legitimação das medidas diante das necessidades do socioeducando.

1. A natureza jurídica da medida socioeducativa.

Acaloradas discussões já povoaram o mundo jurídico com o objetivo de definir em que constitui uma medida socioeducativa. Filio-me, como não poderia deixar de ser, àqueles que a vêem como uma sanção, ainda que reconhecendo nelas uma natureza jurídica complexa: são *sanções*, mas são, sobretudo, *instrumentos pedagógicos*.

Não é preciso dedicar muita atenção à leitura do texto legal para perceber que ele coloca o instituto dentre as espécies de sanções estatais. São sanções porque só podem ser aplicadas em função da prática de uma conduta previamente definida como típica e antijurídica. O art. 112 do ECA fala em ato infracional como pressuposto para a aplicação da medida socioeducativa, e o conceito de ato infracional nos é dado pelo art. 103 dessa mesma lei, que o conceitua como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal.

O caráter sancionatório da medida socioeducativa (da punição) é evidente, eis que a *reprovabilidade* da conduta está à base dessa atividade de subsunção do fato à norma. O art. 23 do CP, com todas as letras, afirma que não é crime e, portanto, também não é ato infracional a conduta “justificada”, cometida em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Se a medida socioeducativa não é cabível, portanto, nas condutas justificadas, isso implica concluir que o seu conteúdo é sancionatório. E tanto isso é certo que deve o Juiz investigar se o fato constitui ou não ato infracional, ou seja, deverá analisar se existem causas de exclusão da ilicitude (art. 189, III do Estatuto), antes de aplicar qualquer medida.

Ademais, todas as cautelas garantistas que devem revestir a intervenção socioeducativa acabam por revelar de forma indubitosa de que estamos tratando de uma verdadeira sanção. A gravidade do resultado condiciona o nível de garantismo que se deve observar na atividade-meio. Por isso a necessidade, como regra geral, da existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração (art. 114, *caput*); a dependência de que certas garantias processuais rígidas tenham sido observadas para que sejam impostas (art. 110 e 111), e a fixação de limites temporais na sua execução (art. 117; art 121, § 3º; art. 122, § 1º).

Mas dizer que a medida socioeducativa tem natureza sancionatória, ou penal, consistiria em uma meia verdade. O sancionamento se condiciona e se legitima apenas quando estritamente necessário a uma atividade pedagógica. A percepção de que a socioeducação é a finalidade última da sanção nos é dada pelo art. 100, aplicável às medidas socioeducativas por força do art. 113 do Estatuto. E o art. 123, § único, é claro ao determinar que mesmo nas internações provisórias as atividades pedagógicas são obrigatórias. Dir-se-á, então, que a medida socioeducativa, seja ela qual for, tem uma natureza híbrida: *pedagógico-sancionatória*.

Em outras palavras, é uma sanção finalisticamente dirigida a uma *proposta* pedagógica, sem a qual não poderá ser aplicada. A sanção somente se fundamenta pedagogicamente e, como o reverso de uma mesma moeda, a medida pedagógica somente é defensável como resposta a uma conduta infracional. Há uma evidente vinculação umbilical entre uma finalidade e a outra.

Desta natureza híbrida, portanto, extraímos a conclusão de que a aplicação da medida socioeducativa não pode ser tratada exclusivamente como resposta a uma necessidade pedagógica. Não se pode aplicar sequer uma advertência para um adolescente que não tenha praticado uma conduta definível como crime ou contravenção penal. Pelo menos a prova da materialidade e os indícios suficientes da autoria precisam estar presentes (art. 114, § único). De outro lado, não podemos tolerar que quaisquer das medidas socioeducativas sejam aplicadas com uma finalidade exclusivamente sancionatória, sem qualquer finalidade pedagógica. A pura retribuição não é permitida no Direito da Criança e do Adolescente, porque violadora do art. 228 da Constituição Federal.

Temos por conclusão desse excerto que é o hibridismo da medida socioeducativa sua característica mais marcante. Ele é genético. O rompimento de seus

caracteres fundantes a desnatura por completo, tornando-a qualquer outra coisa, menos uma medida socioeducativa.

2. Propondo o conceito da desvinculação.

Ao rompimento dessa essência fundamental mencionado no item anterior chamo *desvinculação*. A desvinculação entre a retribuição e a finalidade pedagógica pode ser sentida em várias situações. Ora ela é *dirigida*, resultado de uma ação voluntária do aplicador do Direito; ora ela é decorrência da degradação do conteúdo pedagógico e preponderância exclusiva do caráter sancionatório (*desvinculação própria*); ora quando, decaído o caráter sancionatório (pelo fato cometido não ser definível como ato infracional), a intervenção pedagógica ainda continue sendo “benéfica” para o adolescente (*desvinculação imprópria*). Seja a desvinculação dirigida, própria ou imprópria, o fato a ser apreendido agora é que o esgarçamento dos conteúdos fundantes de qualquer medida é o seu ocaso. Não há que ser aplicada e, se já o foi, não deve ser executada.

O que realmente nos interessa nesse estudo é a desvinculação própria, que será mais bem desenvolvida adiante. A desvinculação imprópria não será aqui estudada diante da vedação legal clara de descabimento da medida socioeducativa em tal caso (art. 189 do Estatuto). Uma incursão breve sobre a desvinculação dirigida, entretanto, parece-me importante, porque sofre a influência ou acaba influenciando outras situações de desvinculação.

3. A desvinculação dirigida.

A desvinculação dirigida é aquela imputável e, naturalmente, reprovável, pois decorre de uma interpretação equivocada da lei e de sua odiosa aplicação. A descon sideração das finalidades pedagógica ou sancionatória – ou ambas – na medida socioeducativa é feita, consciente ou inconscientemente, pela própria autoridade decisora, que maneja o direito em vigor sem apreender sua verdadeira finalidade, fundado em interpretações de textos revogados, em práticas equivocadamente consagradas ou buscando analogias com outros ramos da ciência jurídica, nesta matéria incabível ou cabível apenas em parte. Aqui se incluem as práticas judiciais que aplicam as medidas socioeducativas com finalidade *protetiva em seu sentido estrito* ou *terapêutica*. Como também se incluem aquelas práticas que reputam a medida, noutro extremo, como puras sanções, de modo a tornar o adolescente um objeto de *perseguição judicial pela conduta praticada*.

Exemplos desse tipo de conduta são facilmente imagináveis. Um deles, clássico, é o de aplicar ao adolescente autor de ato infracional a medida de abrigo em entidade. Muito mais grave se, ainda, for fixado algum prazo. A pretexto de que a internação em uma unidade socioeducativa é prejudicial, maneja-se um tipo inusitado de internação, em abrigos locais...

Outra forma de desvinculação dirigida pode ser vista quando são impostas medidas ao adolescente, antes de encerrada a instrução (via remissão), sem a concordância expressa do adolescente, do responsável e do defensor. Aqui se abrevia o processo, em prejuízo do contraditório e da ampla defesa, e mesmo que

assim se faça para aplicar uma mera advertência (inexistente qualquer indício), tal se faz com um caráter exclusivamente pedagógico (o que é discutível) sem atentar para a natureza punitiva da providência. Pode parecer inofensivo, mas esses “antecedentes” podem ser utilizados, no futuro, como fundamento para medidas mais interventivas ou para a decretação de internações provisórias.

Desvincular, dirigidamente, também consiste em prorrogar medidas socioeducativas em execução com o único fundamento de que estão sendo benéficas para o socioeducando. A prorrogação de uma medida depende, sobretudo, da existência de um descumprimento injustificado, e que essa falta tenha sido apurada, processada e declarada através de procedimento onde se observem as garantias constitucionais.

Da mesma forma isso é visto quando, substituída uma medida de meio aberto pela internação do art. 122, III do Estatuto, e cumprida esta, se continua a exigir do adolescente que cumpra a medida originária, o que em tese levaria a um constrangimento sem fim do adolescente. Basta que se analise a situação de um jovem de 12 anos que não cumpra uma medida de meio aberto e que “*precise*” ser internado mais do que uma dúzia de vezes, pelo prazo máximo previsto na lei. Teríamos uma internação às avessas, por tempo superior aos três anos. Essa situação extrema serve para mostrar o absurdo de tal entendimento. A lei fala em *substituição* de medidas (arts. 113 e 99), não em regressão ou progressão, que são institutos penais aqui inaplicáveis porque evidentemente mais rigorosos do que aquela. O que é substituído não retorna, desaparece do mundo jurídico.

Estes são alguns exemplos simples, dentre uma infinidade de posicionamentos possíveis de ocorrer na prática. De qualquer sorte, não tenho dúvidas em afirmar que a desvinculação dirigida é resultante de um ato ilegal da autoridade pública, passível de correção por *habeas-cópus*.

Importante antecipar que uma desvinculação própria ou imprópria, quando não reconhecida pela autoridade que tem a obrigação de garantir o império da lei, acaba por se tornar uma desvinculação dirigida e, agora, com muito mais gravidade. Adiante, analisaremos detalhadamente em que consiste uma desvinculação própria, a que mais problemas tem causado diante da lacuna legal.

4. A desvinculação própria.

A desvinculação própria é fruto de uma omissão legislativa. Embora não seja de responsabilidade direta do aplicador, pode ser agravada se este aplicador também é agente de uma desvinculação dirigida. Relembremos que a desvinculação própria é a perda, a deterioração, a degradação do *conteúdo pedagógico*, não do conteúdo sancionatório, da medida socioeducativa.

A desvinculação própria pode ocorrer por *erosão* (pelo decurso do tempo); por *consunção* (quando sobrevém uma intervenção socioeducativa de maior profundidade); e por *substituição* (uma intervenção penal colhe o maior de 18 anos preponderando sobre a intervenção socioeducativa que, em tese, prosseguiria até os 21 anos). Trataremos aqui das duas primeiras, eis que a última não encerra nenhuma controvérsia. Vejamos.

4.1. A desvinculação própria por erosão.

A desvinculação por erosão teve solo fértil no exato momento em que a lei não estabeleceu, com a clareza que deveria, um limite temporal para que o Estado desse início à intervenção socioeducativa de forma *naturalmente* aceitável. E digo naturalmente porque socioeducar não é algo que possa ser feito desconsiderando-se o fato de que os adolescentes são pessoas em desenvolvimento. Pois bem, para quem toma primeiro contato com o Estatuto, a idéia que surge é a de que as medidas socioeducativas atingem o adolescente em conflito com a lei de forma irremediável e o constroem inclusive depois da maioridade penal, até que ele complete os 21 anos de idade (art. 2º, parágrafo único, e art. 121, § 5º), não importando se ele tenha praticado o injusto típico há um mês, há um ano, ou há seis anos atrás. A lei preocupou-se com o termo final da intervenção socioeducativa, mas silenciou completamente quanto ao termo inicial.

O exemplo de Saraiva, do jovem de 12 anos que comete atos infracionais de furto e somente aos 18 anos, depois de empregado, casado e morando em outra cidade, vem a ser surpreendido por uma intervenção socioeducativa que inclusive lhe põe preso, é suficiente para bem demonstrar o problema. Não é preciso muito esforço para demonstrar que quaisquer das medidas socioeducativas, mesmo uma advertência, seria no caso incabível, porque desprovida de qualquer eficácia pedagógica. Mas porque a desvinculação ocorreu em tal caso?

O tempo exerce uma influência inquestionável sobre qualquer pessoa. E para aqueles cuja personalidade está em desenvolvimento, com ainda maior visibilidade e rapidez. As mudanças de comportamento no jovem são muito mais comuns, aceitáveis e esperadas do que no adulto, e muito mais improváveis no idoso. Esse é um dado da experiência comum que não precisa de prova para ser tomado como verdade.

A personalidade em formação é dúctil por natureza, tem flexibilidade, estende-se sem rompimentos. Isso, que normalmente é alvo de crítica do adulto, poderia também ser visto como algo extremamente necessário para que qualquer indivíduo esteja predisposto às novas experiências. Creio que socioeducar não significa moldar a personalidade de acordo com um determinado padrão social e esperado de comportamento, mas funda-se antes no fornecimento de experiências adequadas para que o adolescente construa o conhecimento necessário ao relacionamento social de forma juridicamente aceitável.

Deve ser ponderado que um determinado período de tempo, para o jovem em formação, não é redutível à mesma significação temporal do adulto. As modificações pelas quais passa o adolescente, desde os gostos, os juízos e os valores durante o curto espaço de seis meses, são notáveis.

Na sociedade atual, que é uma sociedade de imagens, violentamente *standardizadas*, a avalanche de experiências possíveis com que são bombardeados os adolescentes pode constituir, sim, um problema de manejo talvez impossível de ser enfrentado por muitas famílias. Por outro lado, a variedade e gravidade das experiências também podem acabar, *por si só*, favorecendo o processo de amadurecimento. Tento aqui chamar a atenção para o fato de que as várias instâncias

socioeducativas formais e informais (família, escola, amigos, grupos de jovens e o sistema de garantias – aqui compreendida a autoridade policial, o Ministério Público e o Juiz) não detêm nenhuma exclusividade neste trabalho de integração social diante, justamente, da dinâmica da vida em sociedade.

Em resumo, não devemos crer que apenas o sistema de garantias promova a socioeducação. Esta pode vir a ocorrer pela ação das instâncias informais, e talvez pela própria experiência de vida do adolescente. A socioeducação, repito, não é um privilégio ou uma exclusividade do Poder Judiciário. A socioeducação pode ocorrer na família, na escola, na comunidade, que inegavelmente também possui (ou deve possuir) seus mecanismos de reação à prática de certas condutas indesejáveis. Pensar de modo contrário é atribuir um valor desmesurado à ação estatal, é estabelecer uma presunção *juris et de jure* de imprescindibilidade da providência judicial, o que não é verdade.

Afirma-se, por isso mesmo, que um dos princípios da medida socioeducativa é a *imediatidade*, porque é altíssimo o risco de perda do objeto socioeducativo quando a intervenção não guarda nenhuma relação temporal com a data da conduta que se pretende reprovocar.

De forma que o decurso do tempo é o elemento degradante da finalidade pedagógica de qualquer medida socioeducativa. Sob esse aspecto, as medidas são entidades *perceíveis*. Tanto mais quanto maior tempo transcorrer entre a conduta e a sua aplicação ou execução. E, o que é inegável, tanto mais aceleradamente quanto mais nos afastarmos temporalmente do injusto típico.

De outra parte, sabemos que a intervenção socioeducativa a cargo do sistema de garantias (a intervenção legal) é uma espécie de intervenção de natureza excepcional. Segundo o item 1.3 – *Orientações Fundamentais* – das Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude (Resolução nº 40.33 da Assembléia Geral das Nações Unidas – Regras de Beijing – de 29 de novembro de 1985, deveriam ser minimizadas as hipóteses de encaminhamento de adolescentes à intervenção legal. Esse princípio norteador do sistema é visto novamente no item 11.1 ao tratar da investigação e processamento dos casos.

Justamente por ser uma intervenção “final” e que depende da satisfação de certas formalidades mínimas, não é de se surpreender que as autoridades cheguem “atrasadas”, por mais que existam esforços para tornar expedito o procedimento. Mesmo nas Comarcas onde existem autoridades especializadas para essa atividade (o que é raro), demoras podem ocorrer.

Esses três fatores somados (decurso do tempo + personalidade em formação + não-exclusividade e subsidiariedade da intervenção legal) nos obrigam a aceitar situações em que as autoridades precisem-se retirar, sob pena de causarem mais prejuízos do que benefícios.

Além de ineficaz, a intervenção socioeducativa iniciada com atraso, prejudicial, acabar-se-á constituindo, na medida em que criará espaço para uma ambigüidade: a responsabilidade que se exige do adolescente muito tempo depois da infração não se sustenta diante de nossa própria “irresponsabilidade” enquanto

limitadores, porque lentos, omissos e desconectados da realidade daquele jovem em particular. Mesmo que isso não seja uma verdade justa, já que os atrasos presumivelmente se devem à estrutura do sistema e não propriamente à vontade dos operadores, é interessante notar a remota possibilidade de que algum adolescente seja capaz de fazer tal distinção. Logo, a ambigüidade, ainda que falsa, persiste.

Uma das maiores dificuldades encontradas nesta área específica de apuração de ato infracional e de aplicação e execução de medidas, está justamente na compreensão e no tratamento jurídico dessa degradação do conteúdo pedagógico da medida pelo inexorável decurso do tempo.

Ao contrário do que se verifica no direito penal, onde está consagrado o instituto da prescrição, a legislação especial que trata da intervenção socioeducativa nada dispõe explicitamente. O Estatuto não fala em prescrição da medida socioeducativa e nem dispõe, claramente, de critérios objetivos de que se possa valer o Juiz para *extinguir a punibilidade* do adolescente sem ingressar no mérito da demanda.

A situação, em termos práticos, é insustentável. Porque sem um critério objetivo, então a questão da *degradação do conteúdo pedagógico* da medida acaba necessitando de instrução probatória caso a caso, comprometendo a seriedade da atividade jurisdicional e constringendo o cidadão adolescente a responder um processo para que, enfim, consiga ele, e não o Estado, provar que a socioeducação já ocorreu ou que não é mais necessária. Levada essa situação às últimas consequências, significaria a perversão do princípio da presunção de inocência, onerando esses cidadãos com o encargo da prova.

A questão do decurso do tempo nos coloca em contato direto com outra dificuldade ainda maior, traduzível em termos de normatividade efetiva da carta constitucional. Ao percebermos que a mora estatal é decorrente de uma não-priorização, de uma negativa de estruturação do sistema de justiça, não apenas em termos de oferecimento de recursos humanos e materiais para a célere investigação dos atos infracionais, mas sobretudo por ausência de uma observação rigorosa do princípio da imediatidade da intervenção socioeducativa, então acabamos por reconhecer que a demora na aplicação das medidas é a decorrência imediata de uma flagrante violação do princípio da prioridade absoluta, inserto no art. 227, *caput*, da CF.

Em outras palavras, a morosidade, que é uma decorrência de uma postura de não-prioridade, é imputável ao Estado, tão só, e não ao adolescente. Mas, surpreendentemente, em lugar de o prejuízo recair por sobre quem lhe deu causa, ele normalmente vem sendo tributado, injustamente, aos adolescentes acusados de conduta infracional, que permanecem à mercê da *boa vontade* do Estado.

A definição de um prazo limite para o desencadeamento das intervenções legais (socioeducativas) torna-se, portanto, de uma necessidade óbvia. Mais importante do que isso talvez seja mudar nossa percepção, a fim de que a primeira investigação que deva ser feita, em todos os casos de apuração de ato infracional, seja a própria necessidade desta intervenção. E isso somente se faz

com um judicioso exame da persistência do conteúdo pedagógico, naquele caso concreto, na medida socioeducativa a ser aplicada. Se não houver nenhum conteúdo pedagógico capaz de beneficiar o adolescente, então toda a intervenção estará sendo conduzida de forma ilegal e desvinculada (art. 113 ECA), ou seja, com um caráter estritamente punitivo e persecutório. Essa investigação, naturalmente, será possível através da realização do estudo do caso, por equipe interprofissional.

A *desvinculação própria por erosão*, infelizmente, é um fato. Está presente, já consumada, em nossas mesas de trabalho. Incumbe a nós, operadores, encontrar uma solução racional para o problema, que é urgente. Não apenas para a salvaguarda de direitos individuais, mas como forma de impedir que a autoridade do Juiz da infância e da juventude caia no completo vazio. Para que não nos tornemos meros agentes odiosos de *desvinculações dirigidas*.

4.2. Sugestão de um critério objetivo para identificar a desvinculação por erosão.

A necessidade de que exista um critério objetivo para definir quando ocorre a degradação do conteúdo pedagógico da medida socioeducativa já foi assentada no item anterior.

E esse critério, obviamente, deve ser temporal. Preferível fosse que o legislador tivesse sido claro, fazendo constar no texto legal o prazo, sem deixar margem a dúvidas. Mas tal não impede que o intérprete retire do texto a existência desse prazo, senão como norma aplicável e exigível (o que não vejo dificuldade alguma diante do fato de o Poder Judiciário ser o intérprete autêntico do direito posto e, portanto, criador das normas), pelo menos como um parâmetro lógico para futura legislação reparadora dessa lacuna.

Pois bem. Já foi mencionado neste trabalho que uma das formas de se perceber o caráter sancionatório da medida socioeducativa é observando que a lei limitou temporalmente a execução das medidas socioeducativas (art. 117, *caput*; art. 118, § 2º, art. 121, § 2º).

Desses dispositivos podemos extrair as seguintes regras: que o prazo máximo das prestações de serviços a comunidade é de seis meses. Na liberdade assistida, o prazo mínimo de cumprimento também é de seis meses. O mesmo prazo novamente aparece na internação, agora como condicionante do momento da reavaliação.

Estes seis meses têm um significado, naturalmente. É um critério objetivo que o legislador se valeu como necessário para que a socioeducação ocorra. Seis meses de serviços comunitários é o máximo que um adolescente pode cumprir, porque o legislador entendeu que mais do que isso seria desnecessário para a internalização de regras de convivência social (para aqueles adolescentes com perfil para essa medida). Na liberdade assistida é o mesmo critério, apenas com a adaptação informada pelos princípios da proporcionalidade e da necessidade, justamente porque o jovem com perfil para liberdade assistida é muito diferente daquele que se beneficiaria com uma prestação de serviços à comunidade. Mas

se seis meses é o prazo legalmente fixado, isto quer dizer, novamente, a mesma coisa: que esse é o tempo necessário (para aqueles adolescentes que tenham o perfil adequado para liberdade assistida) para que a socioeducação ocorra.

Na internação, nota-se com muito mais clareza o que pretendeu o legislador. Em seis meses, e não mais do que isso, deve o Juiz submeter o adolescente internado à reavaliação... Mas por quê? Esse, inegavelmente, é o tempo esperado, de acordo com a natureza das coisas, para que a socioeducação ordinariamente ocorra. Manter a internação, depois dos seis meses, só se fará *motivadamente*. A solução da internação é a regra, a manutenção, exceção. Assim se respeita a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, exatamente como o art. 6º do Estatuto manda levar em conta na interpretação de seus dispositivos. Se o Direito não pode pretender ser mais realista do que a natureza, é insustentável negar o fato de que os efeitos do tempo são muito mais rápidos para o adolescente em formação do que para o adulto.

Seis meses é um prazo fatal, enfim. É um prazo onde se presume, ainda que de forma *juris tantum*, que o adolescente está socialmente educado e socialmente reprovado pela conduta desviada. Esse é um critério objetivo, utilizado de forma absolutamente coerente pelo legislador para balizar a atuação socioeducativa no tempo.

Ora, já foi abordado no item 4.1 que a intervenção socioeducativa formal (realizada pelo Poder Judiciário e Ministério Público) não detém nenhuma exclusividade, não é infalível e, além disso, é excepcional. Outras instâncias socioeducativas informais acabam agindo no espaço de seis meses em que o Estado, pela morosidade, não agiu. De outra parte, se a regra, no Estado Democrático, é a presunção de inocência, fica bastante complicado supor – e muito mais difícil sustentar juridicamente – que o adolescente que tenha cometido um ato infracional há mais de seis meses haja ingressado no submundo da delinquência a ponto de exigir uma atuação enérgica por parte das autoridades.

A presunção adequada, muito pelo contrário, ainda mais frente à autonomia da família (o primeiro agente socioeducativo) é a de que o ato infracional foi algo episódico e que esse jovem pôde ser reconduzido com sucesso a uma vida de respeito às regras de convivência. Essa é a presunção jurídica, gostemos dela ou não.

Se assim é, então deve o Estado retirar-se, pois, sendo o único responsável pela morosidade, acabará manejando qualquer das medidas socioeducativas com exclusivo caráter punitivo, sendo agente de desvinculações dirigidas. Propõe-se aqui, desse modo, que a desvinculação própria por erosão das medidas socioeducativas seja reconhecida depois de decorridos seis meses da prática do suposto ato infracional, pois esse é o período de tempo eleito pelo legislador como necessário para a socioeducação. Decorrido esse período de tempo, a pretensão socioeducativa tornar-se-ia impossível juridicamente, porque não podemos impor, como exercício de retórica, com o *nomen iuris* de medida socioeducativa, qualquer outra coisa que talvez somente a teratologia explique, e que na realidade não passa de uma odiosa pena...

Um problema prático e que precisa ser enfrentado é o da exigüidade de tempo. Talvez dificilmente vejamos um processo de apuração de ato infracional onde a representação date menos de seis meses da data do fato. Mas isso não significará que, ao adotarmos o prazo de seis meses para início da intervenção socioeducativa, adolescente algum será responsabilizado. Essa é uma preocupação realmente falsa, porque o que se tem feito hoje, o *responsabilizar* depois de anos, não significa muita coisa. Talvez não signifique nada, além do desprestígio da intervenção legal. Talvez sirva para justificar a existência de nossos cargos, de nossos processos e de nossos custos como prestadores de serviço público (que na prática é o que os cidadãos recebem), mas nada além disso. Seremos hipócritas o bastante para admitir que a mera imposição de sanções e o sentenciar de processos realmente atende aos nossos deveres de proteger integralmente? Não temo afirmar que em termos gerais ainda não possuímos um sistema de intervenção socioeducativa realmente eficaz. Que medo seria esse, então, de impunidade?

Avalio extremamente necessário, antes que o sistema de garantias reste inexoravelmente inviabilizado, que possamos afinar o seu funcionamento tornando-o célere e eficaz. Nem precisaria eu lembrar o que diz o art. 88, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas o faço porque cada vez se faz mais necessário arrancar o óbvio do anonimato. Uma das diretrizes da política de atendimento a *integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional.*

Bem, tal dispositivo, por si só, demonstra que a celeridade é um pressuposto da efetividade do sistema. Não podemos esquecer, também, o caráter profilático da atividade socioeducativa, a colocá-la em uma situação de quase emergência. No processo educativo, tanto o limite não posto no momento adequado, como aquele posto no momento inadequado acabam tendo o mesmo resultado negativo: incentivamos a reincidência, seja porque não houve limitador, seja porque demonstramos a nossa fraqueza ao impor limites com atraso.

Antes de exigirmos de nossos jovens adolescentes o respeito pelas regras de conduta, devemos, antes, por questão ética, observar nós os comandos normativos que a todos vincula. E isso passa por cuidarmos, com absoluta prioridade, a questão da apuração do ato infracional do adolescente. Tal atividade deve ser prioridade da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Priorizar significa colocar em primeiro lugar, em atuar antes nestes casos do que nos demais, mesmo que sejam igualmente urgentes e numerosos. E prioridade sempre existirá quando se tratar de infância e juventude, mesmo que se trate de um garoto de 12 anos que ameaçou a professora. Isso, por ser sempre prioritário, deverá receber atenção primeira mesmo diante de um caso de homicídio, de qualquer processo de réu preso ou de liminares em mandados de segurança. Porque o que é absoluto é incontrastável.

4.3. A desvinculação própria por consunção.

Outra forma de *desvinculação própria* pode ser vista quando, em sede de intervenção socioeducativa, a busca de aplicação de novas medidas não cessa, ainda que o adolescente em conflito com a lei já esteja recebendo atendimento socioeducativo em grau máximo, ou seja, com privação de sua liberdade. O Estatuto não trata dessa questão, e talvez assim ocorra não propriamente por uma falha do legislador, mas porque o sistema não foi pensado ou ajustado para trabalhar com a *mora estatal*.

Em outras palavras, caso a intervenção socioeducativa fosse imediata e célere; caso a prioridade absoluta fosse observada no trâmite processual, então não haveria represamento de casos que demandam investigação nas Delegacias e Fóruns. O represamento acaba por negar o atendimento socioeducativo adequado a quem necessita, no momento que ele necessita. Esse, abrindo um parêntese, é um fator da reincidência. Cooperar com isso, evidentemente, a inexistência de programas e entidades de atendimento socioeducativo de meio aberto na maioria das cidades brasileiras.

Nas varas da infância e da juventude, então, acaba sendo comum a existência de vários processos contra um mesmo adolescente, por fatos ocorridos há meses, senão anos. Não é incomum, nessas circunstâncias, que o adolescente já internado esteja respondendo a processos por fatos cometidos antes da sentença de internação.

Ajuda a compreender melhor o problema quando a intervenção socioeducativa é visualizada em grau. Ela é tópica, ou parcial, quando as medidas aplicadas não retiram dos titulares do poder familiar a liberdade e a possibilidade de intervenção no processo pedagógico. Aqui o Estado intervém na família em menor ou maior grau, conforme a espécie da medida, mas sempre com a manutenção da autonomia familiar e possibilidade interditora que, sem sombra de dúvidas, é fundamental no processo socioeducativo. Ela é total, por outro lado, quando a função interditória da família acaba relegada a plano secundário. Aqui, neste último caso, vislumbra-se uma situação fática similar à suspensão do poder familiar causada não por conduta dos pais, mas pela conduta do adolescente.

Com a internação, a intervenção socioeducativa torna-se total. Ainda que neste caso reste mais escancarado o caráter sancionatório da medida, não podemos esquecer que a finalidade pedagógica é o motivo maior que autoriza o Estado a privar o adolescente da liberdade. A *prisão*, sem eufemismos, surge como a única forma possível de fazer implementar o processo pedagógico. Diria-se, na essência, que o Estado, com a internação, chamou a si a tarefa de educar, gerenciando totalmente a vida do adolescente.

Depois da intervenção socioeducativa ter-se *totalizado*, não há mais espaço para intervenções parciais, que se efetivam, na prática, com a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, advertência ou qualquer outra medida de “meio aberto” prevista na lei.

Ainda que o art. 99, por força de remissão do art. 113 do Estatuto, estabeleça, genericamente, que as medidas socioeducativas podem ser aplicadas cumulativamente, não podemos tomar a assertiva como aplicável em toda e qualquer situação. Porque a intervenção socioeducativa *total* não convive com a intervenção socioeducativa *parcial*. Há aqui uma incompatibilidade lógica flagrante. O adolescente que cumpre internação não pode, ao mesmo tempo, ser obrigado a cumprir uma liberdade assistida. O menor se consome no maior.

Daí que, ao insistirmos na aplicação de medidas socioeducativas de meio aberto para um adolescente já internado, estaremos, em última análise, impondo um rompimento evidente entre o caráter sancionatório e o pedagógico da medida de menor envergadura. Tal postura acaba por manejar, escancaradamente, a medida socioeducativa com caráter unicamente sancionatório ou retributivo, sem qualquer finalidade pedagógica, porque esse atendimento, em nível total, já está sendo oferecido (coativamente) ao adolescente internado.

Daí a evidente *desvinculação própria por consunção*, quanto àquelas medidas de meio aberto já aplicadas ou em curso de serem aplicadas, pois a perda da finalidade pedagógica é decorrência imediata da internação.

Sob o aspecto puramente repressivo também se pode verificar a *desvinculação por consunção*. Como a medida de internação é limitada no tempo, não podendo ultrapassar o módulo máximo de três anos, implica dizer, sob o ponto de vista meramente sancionatório, que não há fundamento jurídico capaz de suportar sequer a análise de qualquer outra pretensão socioeducativa durante o tempo em que a intervenção *total* estiver em curso, já que é impossível agravar a situação jurídica do adolescente internado. As sentenças não poderão fazer somar novos módulos de três anos, porque a limitação temporal do art. 121, § 3º, diz com a medida em si mesma, em sua natureza, não se referindo às decisões judiciais que a impõem. Uma nova internação, *por fato anterior ao recolhimento*, encontra-se desvinculada de suas finalidades pedagógicas, sendo manejada apenas e tão-somente como uma resposta retórica, vazia de conteúdo, das autoridades para com a sociedade. A pretensão socioeducativa, nesses casos, é impossível juridicamente.

E nem se pode falar, de outro lado, que há interesse jurídico em impor uma nova medida socioeducativa de meio aberto para que esta seja cumprida depois de executada a internação. Isso implica admitir que a sentença ficaria sob efeito suspensivo automático, indo de encontro à própria sistemática de imediatidade do Estatuto, que de regra não confere efeito suspensivo nem aos recursos, quando há irresignação contra a decisão. Aqui, estranhamente, ao se sustentar o cabimento das sentenças para execução posterior, a suspensão ocorreria mesmo com a concordância das partes, o que é realmente inusitado.

Mais grave é constatar que uma tal sentença impositiva de medida (automaticamente suspensa), em hipótese, teria sua eficácia restabelecida também automaticamente quando do desligamento do adolescente do estabelecimento educacional. Mas isso nos colocaria em um impasse que categorizo, no mínimo, como

esdrúxulo. Ocorre que o adolescente, quando é libertado, sai por três hipóteses: a) pelo implemento da idade máxima de 21 anos; b) pelo implemento do prazo máximo da internação; c) quando a medida de internação não puder ser mantida, nos termos do art. 121, § 2º.

Na primeira hipótese, (a) é evidente que se o adolescente já não tem mais idade para cumprir internações, não mais terá para cumprir medidas de meio aberto. Na segunda hipótese, (b) depois de decorridos três anos de internação, a *desvinculação própria por erosão* da medida de meio aberto adremente aplicada é de uma evidência solar. Na terceira hipótese, (c) duas situações podem ocorrer: Ou o Juiz da execução reconhece ter sido implementada a socioeducação, admitindo que o adolescente não necessita de mais nenhuma intervenção (socializado ou ressocializado estará!), e a liberdade é consequência lógica, ou o Juiz da execução, observando o art. 121, § 4º, irá impor a semiliberdade ou a liberdade assistida. Nesse último e especial caso, em que o Juiz da execução percebe necessária a manutenção da intervenção socioeducativa, a lei já previamente taxou quais as medidas que devem ser aplicadas, que são duas (semiliberdade ou liberdade assistida), a demonstrar que quaisquer outras medidas são incabíveis.

Ora, se a própria lei já diz, nesta última hipótese (art. 121, § 4º), qual o procedimento a ser tomado pelo Juiz da execução, é inviável acolher-se uma pretensão executória de medidas outras, diversas das previstas na lei, ainda mais quando aplicadas em tempo pretérito, sem guardar nenhuma relação com as necessidades socioeducativas atuais do adolescente.

Portanto, sob qualquer ótica que se queira analisar a questão, não se justifica a aplicação de qualquer medida socioeducativa durante a execução de uma internação, diante da absoluta ausência de resultado pedagógico.

Já se sustentou, ressalve-se, que é necessário processar e julgar os atos infracionais antigos do adolescente internado a fim de subsidiar a decisão que reavalia a manutenção da internação (art. 121, § 2º). Ocorre que o condicionamento do fim da internação à inexistência de conduta infracional anterior briga com o espírito da lei, que não é o de fazer um juízo pretérito sobre a periculosidade, a personalidade, ou a necessidade de atendimento pedagógico por parte do jovem, mas sim de que se proceda a um juízo de necessidade no exato momento da reavaliação.

Esse equivocado entendimento coloca em pratos diferentes da mesma balança os avanços que o adolescente realiza no período de seis meses, com o número de sentenças condenatórias que contra ele tenham sido proferidas. Isso me parece um estranho absurdo, porque acaba por negar o trabalho pedagógico realizado com o jovem naqueles seis meses, além de propiciar que o Juiz mantenha a segregação, não por uma finalidade pedagógica, mas manejando a internação com um caráter puramente sancionatório. A *desvinculação*, estramboticamente, estaria sendo até incentivada (*desvinculação dirigida*).

É certo que, na prática, as coisas não ocorrem exatamente como acima ilustrado, porque se a avaliação técnica for inteira e excepcionalmente favorável

ao adolescente, quer-me parecer que o Juiz da execução, independentemente do número de sentenças anteriores (dos antecedentes), fará cessar a medida. Mas isso, bem analisado, é mais uma prova da absoluta inutilidade das sentenças condenatórias por fatos anteriores ao recolhimento do jovem porque, ao não serem elas capazes de suplantar uma avaliação técnica atual, não poderão, por lógica, fazer diminuir o seu valor.

E mesmo aqueles argumentos garantistas de que todo acusado tem direito ao processo, porque é direito seu buscar uma declaração estatal de que não é culpado, cede diante das peculiaridades da jurisdição protetiva. Aqui não estamos tratando de culpa em sentido jurídico-penal. O adolescente é imputável, e nenhuma sentença, a rigor, lhe impõe a pecha de culpado ou de inocente. Se a decisão, por fim, não tem finalidade alguma para aquilatar de reincidência futura, ou de antecedentes na idade adulta, o processo é inócuo. De outra parte, o direito particular de provar a inocência não está sobrepondo por sobre o direito geral da maioria em não ter que se submeter a um sistema estigmatizador, como sabidamente o é. Como já foi dito nesse artigo, a intervenção socioeducativa formal é excepcional, devendo ser evitada. Porquê processar, então, é a pergunta que permanece irrespondida...

Ressalvo, para fechar essa questão, que esse pensamento não se aplica às medidas socioeducativas de internação aplicadas aos atos infracionais cometidos depois de internado o adolescente, seja no interior do estabelecimento educacional, seja fora, em função das saídas externas.

5. Importância do estudo interdisciplinar. Fases lógicas de julgamento. Culpabilidade e “capacidade de internalizar a experiência pedagógica”.

Logo na introdução desse artigo falou-se que dentre as questões que o ensejaram estava o problema da legitimação das medidas diante das necessidades do socioeducando. Essa questão tem íntima relação com a desvinculação própria por erosão, pois com o estudo interdisciplinar poderemos afastar o risco de que ela passe despercebida. Mas não só. O que se pretende nesse tópico é apresentar outras necessidades que somente o estudo interdisciplinar pode satisfazer.

Primeiro, ao se avaliarem os casos submetidos a julgamento, estaremos cumprindo com o dever de individualizar a medida socioeducativa (art. 112, § 1º). Isso é de uma importância fundamental no sucesso da intervenção legal. Porque não é a gravidade do fato o único critério para definir qual a medida adequada. Não é raro encontrarmos fatos *penalmente* diferentes, onde o mais grave deles mais bem respondido estará mesmo que se aplique uma medida menos interventiva do que a dirigida ao fato de menor relevância.

Talvez seja o momento de reconhecer que o art. 112 do Estatuto, ao estabelecer o rol das medidas socioeducativas, apenas tenha criado graus de intervenção. Não estabeleceu a lei vinculação alguma com a gravidade do fato, exceção feita na internação (art. 122, I). Portanto, é perfeitamente possível e desejável que o aplicador atenda as necessidades socioeducativas atuais do adolescente,

nada impedindo que mesmo para um adolescente com vasto histórico infracional mostre-se suficiente uma mera advertência.

Faço esse comentário, aparentemente óbvio, porque é comum o entendimento de que os adolescentes que receberam medidas mais *brandas* como a prestação de serviços à comunidade, devem, caso reincidam, cumprir medidas mais "*gravosas*", como se existisse um escalonamento ao qual os aplicadores deveriam seguir no mesmo ritmo que se desenvolve a vivência infracional do socioeducando. Mas não, pois a definição da medida socioeducativa depende de uma soma de fatores a serem apurados caso a caso: a gravidade do ato infracional, o cometimento anterior de atos infracionais, desde que não muito distantes do fato em julgamento, a convivência familiar, a inserção social (convivência escolar e comunitária), o juízo crítico do adolescente no momento da avaliação técnica e na audiência de apresentação, a maior ou menor capacidade de internalizar o processo pedagógico... Enfim, estabelecer a medida socioeducativa adequada não é algo estritamente jurídico, como o cálculo de uma pena criminal.

Apenas para exemplificar, tomo a liberdade assistida, que é um tipo de medida mais interventiva do que a prestação de serviços à comunidade. Essa medida é escancaradamente inadequada para situações onde a família do socioeducando está devidamente estruturada, onde os papéis parentais estão sendo exercidos satisfatoriamente e os genitores ainda possuem capacidade para impor limites. Colocar o Juiz um orientador a intervir em uma família estruturada é malferir o princípio constitucional da autonomia familiar, e talvez sirva muito bem para destruir a autoridade dos pais que ainda não havia sido abalada. A inadequação que compromete qualquer medida também é vista no caso de ser aplicada uma prestação de serviços comunitários a um adolescente com vivência de rua e que integra um grupo que nem pode ser chamado de família, tal é o grau de desestruturação a que chegaram. Impor ao adolescente algo que ele sabidamente não tem condições e nem perfil para cumprir é negar o caráter pedagógico da intervenção (art. 112, § 1º).

Mas a importância dessa digressão é única. Serve para reconduzir à idéia de que as avaliações interdisciplinares são absolutamente imprescindíveis para definir o tipo de medida adequada ao caso. Mas também ainda outra é a finalidade do estudo interdisciplinar. E para demonstrá-la, é preciso comentar um pouco sobre as fases lógicas que precisam estar devidamente encadeadas para tornar possível a imposição de uma medida socioeducativa.

Esse juízo ocorre, ou deveria ocorrer, em três etapas bem distintas. A primeira delas já é conhecida, e foi abordada exaustivamente nesse artigo, envolve a investigação sobre a permanência do conteúdo pedagógico da intervenção socioeducativa. Aqui se faz um juízo de *necessidade*. A pergunta norteadora dessa fase é: o adolescente necessita da intervenção? Respondida positivamente a primeira questão, passa-se à segunda etapa, onde as questões inerentes ao injusto típico são equacionadas, onde se verifica a existência do ato infracional; se há tipicidade na conduta e se estão ou não presentes causas de exclusão da ilicitu-

de. Como terceira e última etapa, volta-se à análise do conteúdo pedagógico, porém, para esclarecer sobre sua *possibilidade* ao caso concreto. A pergunta que norteia esta última fase é (art. 112, § 1º): O adolescente tem capacidade pessoal de ser socioeducado?

Esse questionamento tem especial importância, pois existem jovens que mesmo necessitando de trabalho pedagógico e mesmo que tenham cometido atos infracionais, não possuem possibilidade de se beneficiarem com o processo pedagógico. Nessa categoria se incluem os doentes mentais. Estes, mesmo que os juízos lógicos da primeira e segunda etapa sejam positivos, não podem ser submetidos a uma intervenção socioeducativa, porque se descartada for a possibilidade pedagógica, estaremos aplicando a medida com conteúdo exclusivamente sancionatório, sem qualquer finalidade prática senão a pura retribuição. E se isso não pode ser feito sequer com o adulto doente mental, porque o adolescente mereceria tratamento mais rigoroso?

De modo que, assim como o adulto, o adolescente portador de doença ou deficiência mental não pode ser sancionado. Não existe na área socioeducativa a figura da medida de segurança, porque não podemos falar em inimputabilidade por doença, já que inimputáveis eles já são pela idade. Mas há aqui algo muito similar ao referido instituto, que é a medida de proteção. A exemplo do que é a culpabilidade no direito penal, ou seja, a capacidade do agente do fato de ser penalizado, evidentemente que aqui também deve existir um juízo sobre a capacidade do adolescente de internalizar a experiência pedagógica. Sem essa capacidade, não há que se aplicar sancionamento algum.

Interessante trazer ao cotejo essas duas figuras, a culpabilidade e a capacidade de internalizar o processo pedagógico. Esta última ainda carente de um termo técnico que a identifique claramente. Ambas envolvem juízos sobre a pessoa do agente. Não recaem sobre o fato do agente, pois, ao se chegar nessa fase, essa análise já se encontra realizada. Assemelham-se, ainda, porque ambos são juízos sobre a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com tal entendimento. Porém, aqui é que cessam as semelhanças. Enquanto na culpabilidade esse juízo é atual, na avaliação da *capacidade de internalizar a experiência pedagógica* esse juízo é de puro prognóstico... É juízo futuro. A pergunta que se deve fazer é: o adolescente agente do fato será capaz de, no futuro, entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com tal entendimento? Claro que na esmagadora maioria dos casos, esse juízo não será de todo preciso, pois existem doenças que se manifestarão na idade adulta. Porém, para deficiências contemporâneas, tal cuidado poderá evidenciá-las logo, impedindo que uma medida socioeducativa seja aplicada em lugar de uma medida de proteção.

E nada impedirá que o Juiz, para o adolescente doente mental violento, autor de atos infracionais graves, determine seu encaminhamento ao tratamento psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 101, VI, combinado com o art. 112, VII). Naturalmente que deverá o Estado equipar-se adequadamente, criando

um estabelecimento específico para tal clientela, da mesma forma como existem institutos psiquiátricos forenses para adultos. A própria lei é expressa quanto a essa necessidade, dizendo que os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições (art. 112, § 3º). Esse tipo de internação, repetindo, em nada guarda relação com a internação socioeducativa. Essa é uma internação sancionatória, aquela, uma internação médica, protetiva.

A importância do estudo interdisciplinar, portanto, tem passado até então insuspeita. Trata-se de peça fundamental, seja para bem identificar a desvinculação própria por erosão, para firmar a necessidade e a possibilidade da intervenção socioeducativa, seja para individualizar a medida socioeducativa ao caso concreto.

Daí que acertada estava, em parte – *pois a questão é traduzível como uma deficiência, ainda que grave, na instrução probatória e não à existência de vício que conduza a uma nulidade processual absoluta* - a decisão da 8ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação nº 70002848067, em 27-09-01, ao exigir que nos processos de apuração de ato infracional fossem realizadas avaliações técnicas antes da aplicação da sanção. De fato, não há como aplicar uma medida socioeducativa sem antes ter restado claro que ela é pedagogicamente necessária. Investigar a necessidade e a possibilidade pedagógica da medida é um pressuposto de aplicação da sanção.

6. Conclusões.

Atendermos com eficácia e seriedade a questão do adolescente em conflito com a lei passa por tomarmos firme posicionamento no sentido de: (a) reconhecermos que as medidas socioeducativas possuem conteúdo pedagógico perecível; (b) atentarmos para o fato de que é imperiosa a adoção de um critério objetivo claro que defina quando ocorre a perda do conteúdo pedagógico e que, se tal critério não for reputado como norma implícita – extraível do sistema mediante interpretação construtiva – que seja então objetivo de integração legislativa; (c) aceitarmos que as intervenções socioeducativas ou são totais ou parciais, sendo que as primeiras excluem, ou consomem as segundas, que perdem razão de ser; (d) considerarmos fundamentais os estudos interdisciplinares nos processos de apuração de ato infracional, para avaliar a *necessidade* e a *possibilidade* da intervenção socioeducativa, a qual, por imperativo legal, deve ser *individualizada* em cada caso concreto.

ATO INFRACIONAL, REMISSÃO, ADVOGADO E GARANTISMO

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude em Joinville-SC,
Mestre em Direito – UFSC e Doutorando em Direito – UFPR

A remissão como forma de exclusão do processo (ECA, art. 167) pode, desde que cumulada com medida socioeducativa (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida), formar um título judicial a ser executado. E sua formação ainda é motivo de calorosas discussões sobre a necessidade da intervenção de defensor/advogado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que cabe ao representante do Ministério Público o arquivamento, a concessão de remissão ou a representação, todas as decisões devidamente fundamentadas, posto que no Estado Democrático de Direito não existem decisões implícitas, e além disso, circundadas dos requisitos legais. Isso também se aplica ao Magistrado, no seu momento processual (ECA, art. 186).

A validade da remissão combinada com medida socioeducativa, todavia, exige que o adolescente seja assistido por seu responsável e *defensor*, consoante se infere das *garantias processuais* indicadas no art. 111, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na mesma linha é o item 7.1 das Regras de Beijing, art. 40, item 2, *b*, II, da Convenção Internacional da Criança e do Adolescente.

Os que entendem dispensável a participação de defensor sustentam dois fundamentos básicos: a) não ser ainda processo, mas mero procedimento; b) ausência de previsão legal expressa.

O primeiro fundamento demonstra o desconhecimento da atual compreensão de processo, posto que se vincula e aceita a imposição de obrigações legais (e com conseqüências no mundo da vida) em procedimentos administrativos. O *processo*, na contemporânea configuração, segundo Elio Fazzalari¹, é o *procedimento em contraditório*. Nesse pensar, Aroldo Plínio Gonçalves² sublinha que: “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os

1 – FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova : CEDAM, 1989, p. 72 e ss. Consultar ainda: *Rivista di Diritto Processuale*, nº 4, *otoobre-dicembre*, 1994, pp. 911/925.

2 – GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 115.

interessados, e a essência deste está na 'simétrica paridade' da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos."

Essa concepção constitucionalizada de *procedimento* e *processo* parte da constatação de que somente ao final, com a homologação pelo Juiz da remissão (ECA, art. 181), é que o ato impositivo estatal está perfectibilizado. Antes disso, ou seja, com a apresentação, etapa pré-processual, apenas se prepara o ato de império, dentro da competência prevista em Lei (ECA, art. 126). E quando esta preparação se destina a gerar efeitos na esfera de direitos dos administrados, no caso, adolescente, precisa conferir as mesmas garantias processuais (Marcelo Cattoni), na linha, ademais, do que acontece com a Lei nº 9.099/95, art. 76, § 3º, quando se refere a transação penal.

Com efeito, no caso de remissão concedida em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, existe o poder-dever do representante do Ministério Público em analisar motivadamente a conveniência-oportunidade da concessão do direito subjetivo, ofertando eventual medida socioeducativa e/ou protetiva. A aceitação por parte do adolescente e seu representante não se pode dar sem o conhecimento das conseqüências jurídicas. Não se trata de um simples acordo. As conseqüências podem ser graves, chegando-se ao ponto de justificar uma internação por descumprimento reiterado (ECA, art. 122, III), posição, aliás, da qual discordo por ausência do devido processo legal. Então, a *aceitação* de uma medida socioeducativa, no âmbito de uma remissão, ao contrário do que apregoa parte da jurisprudência, exige a participação efetiva de advogado.

João Batista Costa Saraiva³ assevera com razão: "Evidentemente que se na remissão concertada pelo Ministério Público, de caráter pré-processual, vier proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, em nome do contraditório, *haverá de o adolescente estar acompanhado de Defensor na audiência pré-processual realizada junto ao Ministério Público onde operou-se a transação expressa na remissão*. Diz-se tal porque evidentemente quando resultar a remissão de decisão do Juiz, no curso do processo, estará o adolescente representado por defensor, eis que não se admite em juízo adolescente representado pela prática de ato infracional sem o respectivo defensor. Embora esta exigência de defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no ECA, decorre de uma interpretação sistemática das garantias constitucionais asseguradas a todos. Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa pré-processual, porém decisiva, onde pode vir a ser concertado cumprimento de uma medida socioeducativa, um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente, posto que, evidentemente, frente ao Ministério Público estão os pais ou responsáveis do adolescente em flagrante desvantagem. Visando à previsão legal expressa da presença de defensor, nesta audiência já existe projeto de lei em

3 – SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002, pp. 59-60.

tramitação na Câmara dos Deputados, sendo que a proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas – LDSE contempla expressamente este caso em seu art. 12.”

Cabe lembrar, mais uma vez, que desde a mudança havida com o ECA, os adolescentes em conflito com a lei precisam receber tratamento diferenciado e nunca mais gravoso que o conferido aos adultos, posição reiterada no STJ. Portanto, e correndo os riscos do paralelismo, se no âmbito do direito penal a transação e a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, arts. 76, § 3º e 89), exigem a presença (corretamente, diga-se) de advogado, com muito maior razão no caso de adolescentes⁴.

Essas manifestações judiciais buscam cumprir a prometida proteção integral, bem assim a garantia constitucional (CF, art. 5º, LV, e art. 133), estatutar (ECA, art. 111, III, e art. 207) e internacional (art. 5º, § 2º, *c/c* Regras de *Beijing*, 7.1. e 15.1. – 15.1. *O jovem terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país*) – da assistência jurídica. Se acolhida a tese de que se trata de mero procedimento não se pode converter em intimação (ECA, art. 122, III), posto que ninguém poderá ser segregado sem o devido processo legal!

O segundo argumento é por demais dogmático e de uma pobreza hermenêutica impressionante, já refutado por Saraiva, acima. A leitura de qualquer dispositivo legal precisa ser feita em conformidade com os demais dispositivos legais, em especial, a Constituição Federal (Streck e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Não é porque o art. 181 do ECA se omite em relação ao advogado que sua participação é subtraída. Se mantida essa interpretação anêmica, nem mesmo a assinatura do adolescente e seu responsável seria necessária, porque o ECA não faz referência...

Para isso é que existe a necessidade da compreensão do sistema do ECA, o qual não habita uma abadia isolada do medievo, mas está inserida no processo de construção, reconhecimento e efetivação dos direitos e garantias processuais, explicitadas pela *matriz garantista* de Luigi Ferrajoli⁵.

De sorte que a possibilidade de realização do modelo *garantista* está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos *Direitos Fundamentais*, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente Constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do *contra-poder* do modelo *paleopositivista*, buscando-se implementar a racionalidade garantista.

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos *Direitos Fundamentais* constitucionalmente reconhecidos,

4 – Nesse sentido, *v. g.* Apelação nº 70003244217, de Esteio, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. Rui Portanova.

5 – FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, São Paulo: RT, 2002. Conferir, ainda, ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis: Habitus, 2002 e CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante-resistência constitucional.

Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, *renunciar* à função de *boca repetidora* da lei ou mesmo de *corretiva* desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se – até inconscientemente, às vezes – do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranquilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.

No paradigma *garantista*, ao qual me filio, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Luigi Ferrajoli⁶ anota: “a sujeição do Juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do Juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o Juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.”

É a partir dessa nova compreensão do papel do Juiz e na mesma linha dos demais atores jurídicos no *Estado Democrático de Direito* e, assim, do reconhecimento de suas funções de *garantidores* dos *Direitos Fundamentais* inseridos ou decorrentes da Constituição Federal da República, que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido. Com efeito, essa *oxigenação constitucional* pressupõe a compreensão hermenêutica da própria Constituição, principalmente em face da Constituição Federal de 1988, que elencou diversos direitos e garantias no âmbito social e do Estatuto da Criança e do Adolescente anteriormente sonogados pelos textos legais, mormente Código de Menores.

6 – FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como Sistema de Garantias*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 90-91.

Destaco, ao arremate, que descabe a aplicação do art. 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que a divergência se refere aos requisitos para homologação e não sobre seu mérito.

Por tais razões, assumida a matriz garantista, não tendo sido o adolescente assistido por advogado, cabe ao magistrado *deixar de homologar* a remissão encaminhada pelo representante do Ministério Público, *devolvendo* o processado para sanção de tal requisito de desenvolvimento válido e regular do ato judicial. Somente assim se cumpre o *devido processo infracional*. Essa a tarefa...



PROJETO JUSTIÇA INSTANTÂNEA

JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR
Juiz da Infância e da Juventude
no Estado do Rio Grande do Sul

Sumário: Introdução. 1. Previsão legal. 2. Rotina dos procedimentos. 3. Remissão e exclusão do processo de conhecimento. 4. A importância da imediatidade na apuração dos atos infracionais. 5. Garantias processuais do adolescente na Justiça Instantânea. 6. A possibilidade de criação de projeto semelhante em todas as comarcas. 7. Dados da Justiça Instantânea em 2003. 8. Conclusão.

Criada pela Resolução nº 171/96-CM, a chamada Justiça Instantânea, que se constitui em centro de atendimento através de Juiz plantonista da Infância e da Juventude, iniciou suas atividades em 08 de maio de 1996, estando, portanto, com mais de oito anos de atividades ininterruptas.

Os resultados obtidos desde então são, indubitavelmente, amplamente satisfatórios, com o que, a par das dificuldades encontradas para sua implementação, inseriu-se de forma permanente na organização judiciária do Rio Grande do Sul, sendo unânime o entendimento entre aqueles diariamente com crianças e

adolescentes no meio forense, que se trata de um caminho sem volta, o qual se almeja seja estendido a todas as comarcas, observando-se, obviamente, as condições e peculiaridades de cada uma.

Visando-se não a um aprofundamento doutrinário sobre as questões jurídicas que envolvem a área da infância e da juventude, mas a demonstrar, de forma sucinta e objetiva, como e porque este projeto pioneiro foi criado em Porto Alegre, passa-se, a seguir, a relatar os principais aspectos de seu funcionamento.

1. Previsão legal.

Dispõe o artigo 88, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é diretriz da política de atendimento ao adolescente infrator, a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, *preferencialmente em um mesmo local*, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de um ato infracional.

No caso específico de Porto Alegre, quando do início dos trabalhos em 1996, começaram estes a ser desenvolvidos no prédio da antiga administração da FEBEM, situado na Av. Padre Cacique, onde atuavam a Divisão para Proteção da Criança e Adolescente, que contava com duas Delegacias de Polícia, a Curadoria da Infância e da Juventude, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário.

Com a inauguração do Centro Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente, em 22 de janeiro de 2004, edificação com aproximadamente dois mil e setecentos metros quadrados, situada na Av. Carlos Alberto Roxo, que somente foi viabilizada em razão de uma inovadora parceria efetivada entre o Poder Executivo Estadual, Poder Judiciário e Ministério Público, que dividiram os seus custos, uma nova jornada foi iniciada na qualificação dos atendimentos.

2. Rotina dos procedimentos.

Basicamente, em razão de como os fatos são levados ao conhecimento da autoridade policial, e, a partir daí, percorrem as demais instâncias de conhecimento até serem julgados, pode-se afirmar que, como regra de tramitação, dividem-se os atos infracionais em dois grupos, o primeiro, que abrange aqueles decorrentes de flagrante delito, e o segundo, que trata dos delitos cujas persecuções iniciam-se em razão da *notícia criminis*.

No primeiro caso, o do flagrante delito, em Porto Alegre procede o condutor do(a) adolescente o seu encaminhamento para a DECA que, em verificando a efetiva prática do ilícito penal, imediatamente comunica os pais ou responsáveis do infrator para lá comparecerem, e, a partir daí, acompanham todos os procedimentos, não só na fase policial como também perante o Ministério Público e Poder Judiciário, os quais far-se-ão contínua e imediatamente.

Como medida asseguradora da integridade física dos adolescentes, inicialmente todos são encaminhados para exame junto ao Instituto Médico Legal, para após participarem da instrução do procedimento perante a autoridade policial, o qual, em regra, realiza-se de forma sucinta.

Vencida esta etapa, o infrator é encaminhado ao Ministério Público, que exerce suas atividades no mesmo prédio, sendo que este, após inquiri-lo, faz o seu encaminhamento à Justiça Instantânea, que também está instalada no mesmo prédio, ou com proposta de remissão, com ou sem aplicação de medida socioeducativa, ou com representação, a qual poderá conter pedido de internação provisória ou não.

Apresentado o adolescente, em audiência, acompanhado por defensor, após a sua inquirição, homologa-se, ou não, a remissão proposta; havendo sua concordância, aplica-se a medida socioeducativa eleita, ou, tendo havido representação, defere-se, ou não, o pedido de internamento, caso este tenha sido requerido, encaminhando-se o processo para distribuição para uma das Varas da Infância e da Juventude, local onde será processado. É ainda possível, nos termos do artigo 186, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ali mesmo o Juiz conceda a remissão e aplique a medida, extinguindo o processo de conhecimento.

Quando o fato ocorre durante os finais de semana ou à noite, horários que o Ministério Público especializado e a Justiça Instantânea não funcionam, não sendo a infração grave, é o adolescente liberado para o responsável que comparecer na DECA, tomando-se o seu compromisso de apresentar-se perante o Ministério Público no 1º dia útil, para após ser também apresentado ao Juiz de Direito que estiver designado para atender o Projeto Justiça Instantânea.

Sendo grave a infração, a DECA apresenta o adolescente ao Promotor de Justiça de plantão no Foro Central – em Porto Alegre, há plantão ininterrupto de 24 horas, todos os dias da semana –, o qual, após inquiri-lo, poderá tomar uma das seguintes providências: a) requerer o arquivamento do procedimento policial e liberar o adolescente; b) propor a remissão e aplicação de medida socioeducativa, tomando-se o compromisso do adolescente de apresentar-se perante a Justiça Instantânea, no 1º dia útil; c) representar contra o adolescente infrator, requerendo, ou não, seu internamento provisório, o qual será decidido pelo Juiz de Direito de plantão do Foro Central.

Nesta última hipótese, tenha o adolescente sido internado provisoriamente, ou não, sua apresentação à Justiça Instantânea deverá realizar-se no 1º dia útil, a qual, após ouvi-lo, dará o seguimento cabível ao procedimento.

No segundo caso, aquele procedimento iniciado *noticia criminis*, embora a fase perante o Ministério Público e a Justiça Instantânea seja praticamente igual à do flagrante delito, durante 24 ou 48 horas, reconhece-se que perante a autoridade policial não tem ela a mesma agilidade, que determina seja o fato examinado e julgado somente alguns meses após a sua prática.

Isso ocorre porque, em regra, a *noticia criminis* não é encaminhada diretamente à delegacia de polícia especializada para a apuração de atos infracionais, a ela só chegando após prévia confirmação da idade do infrator, quando, então, é dado início à investigação. Efetuada esta, o procedimento é encaminhado ao Ministério Público, que designa data para inquirição do adolescente, promovendo a notificação por funcionários de seus quadros, sendo que, a partir desta inquirição, é que imediatamente é o adolescente encaminhado à Justiça Instantânea.

Guardadas as enormes diferenças existentes entre o processo penal e a apuração de ato infracional por adolescente, cuja comparação foi feita antes para clarear as duas rotinas básicas que foram expostas, pode-se dizer que, no primeiro caso, o do flagrante, em regra, não só o processo de instrução e a aplicação de medida socioeducativa se fazem de forma imediata, fazem, também, toda a investigação que a precede, o que tem possibilitado que, não havendo prévia determinação ou expectativa de privação de liberdade – nessa hipótese o Estatuto da Criança e do Adolescente torna obrigatório o contraditório –, quase que 100% dos casos são resolvidos no mesmo dia ou, não sendo isso possível, em um prazo não superior a 48 horas.

No segundo caso, quando a investigação policial é iniciada em razão da *notícia criminis*, embora o percentual de fatos solucionados pela Justiça Instantânea no mesmo dia seja idêntica ao do flagrante, há de se reconhecer que isso só ocorre algum tempo depois da prática do ato infracional, em alguns casos vários meses, eis que em razão dos diminutos recursos materiais e humanos das instituições policiais, não têm elas condições de agilizar ainda mais as suas ações.

3. Remissão e exclusão do processo de conhecimento.

Questão pacífica entre os operadores do direito que militam junto à Justiça Instantânea, é que está ela baseada desde a sua concepção em duas circunstâncias legais e fáticas, podendo-se afirmar que, sem elas, enخورavelmente, os resultados hoje positivos e saudados sequer em percentual próximo se apresentariam, e o projeto, que busca uma justiça ágil e eficiente, colocando os reais interesses do adolescentes acima de dogmas forenses, como o de que sua proteção só poderá ocorrer através do processo formal de conhecimento, seria de pronto extinto em razão da pouca ou nenhuma serventia para o sistema de Infância e da Juventude.

A primeira, a saber, é a possibilidade que confere ao Estatuto da Criança e do Adolescente – artigos 112, 126, 128, 179, 180 e 201 –, do Ministério Público e do Juizado da Infância e da Juventude, antes de iniciado o processo de conhecimento, ou após o seu início, em qualquer momento, concederem a remissão como forma de *exclusão* do processo, aplicando ao adolescente quaisquer das medidas socioeducativas previstas no artigo 112, do referido dispositivo legal, exceto aquelas que importem em provação de liberdade, eis que para estas o contraditório advém de expressa determinação legal.

Essa possibilidade prevista em lei, embora, em um primeiro momento, transmita a idéia de que o adolescente *foi perdoado*, pela própria característica do vocábulo *remissão*, na verdade, apresentação como *transação*, pois só será ela concedida, e aplicada medida, *com a sua concordância*, não sendo raros os casos que o representado, negando a autoria do ato infracional, ou mesmo a reconhecendo, mas não concordando com a medida socioeducativa proposta, prefira ver-se processado e julgado.

Concedida e homologada a remissão, aplicada medida socioeducativa, na Justiça Instantânea, como regra, *extingue-se* o processo de conhecimento, passando-se à

fase da execução, na qual deverá o adolescente cumpri-la, ou, fundamentando a sua pretensão, requerer ao Juiz a sua revisão.

A idéia defendida por alguns, embora respeitável, de que a concessão de remissão e a aplicação de medida socioeducativa pode apenas suspender o processo de conhecimento e que o seu não-cumprimento não autoriza, em hipótese alguma, a regressão para internamento prevista no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, salvo melhor juízo, desconsidera não apenas o objetivo maior dessa legislação, que visa a proteção e a recuperação do infrator, que ocorre também quando a ele se impõem limites que ainda não conseguiu internalizar, sobrepondo a elas vetusto entendimento de que proteção se dá apenas por instrumentos formais, tal como ocorre no Processo Penal, que em regra servem mais para estender no tempo o julgamento do processo, sem qualquer intento de reeducar o infrator.

Insta seja salientado, que mesmo após ter concordado em receber medida socioeducativa com remissão, o próprio adolescente, ou seus responsáveis, ou ainda o Ministério Público, poderão a qualquer momento requerer a sua revisão judicial.

Vencedora fosse esta conclusão, de que a remissão apenas suspende o processo de conhecimento, *projetos como a Justiça Instantânea perderiam a sua razão de existir*, pois injustificável seria que o Poder Judiciário, nos dias atuais, carente de recursos humanos em seus quadros, designasse com exclusividade Juiz de Direito e servidores para atender imediatamente as ocorrências policiais derivadas de atos infracionais, aplicando as medidas socioeducativas, *e os infratores só as cumprissem quando e como quisessem*, mesmo após aceitá-las, necessitando, por isto, manter em cartório milhares de procedimentos sem andamento, com os custos financeiros e demora de tramitação dos demais processos daí decorrentes, pela mera expectativa de que alguns deles possam ser reabertos.

A segunda circunstância a que se refere é de natureza fática, portanto, foge ao alcance da lei, mas foi por ela bem observada, qual seja, que a grande maioria dos adolescentes, certamente mais de 75% do total, tem como característica assumir a responsabilidade de seus atos, eis que não aprendeu ainda a dissimular, com o que a remissão, que exige provas suficientes da autoria e materialidade – Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 114 –, torna-se possível de ser concedida.

Tanto é verdadeira tal afirmação que, no primeiro ano de funcionamento do Projeto Justiça Instantânea, 68,21% dos adolescentes receberam remissão, o que só viabilizou porque eles reconheceram a prática do ato infracional.

No mesmo período, sem considerar-se outro percentual de adolescentes que reconheceram suas responsabilidades, mas que, em razão de suas circunstâncias pessoais, entendeu o juízo que precederia à aplicação de medida socioeducativa, avaliação técnica mais apurada, portanto, foram seguidos os trâmites processuais formais regulares, foram internados 235 adolescentes, que correspondem a 8,97% do total de adolescentes ouvidos, os quais, também em regra, confessam a prática de suas ações, mas que por disposição devem ser alvos de instruções processuais e de julgamentos.

4. A importância da imediatidade na apuração dos atos infracionais.

A atuação imediata do Poder Judiciário e demais órgãos na apuração e julgamento de atos infracionais praticados por adolescentes, a estes aplicando medidas socioeducativas, a par de aproximar-se do ideal de justiça que todos almejam, responsabilizando na medida correta todos que, de alguma forma, prejudicam com suas ações as normas de boa convivência entre os cidadãos, colabora ainda, de forma inexorável, na formação do adolescente como ser humano, ensejando:

a) a quebra de um conceito muito presente no meio social, qual seja da imunidade de todos perante o Poder Judiciário, eis que não se deve olvidar que a medida socioeducativa também tem um caráter sancionatório;

b) em atos infracionais de pequena repercussão social, praticados por adolescentes bem integrados ao meio em que vivem, com efetivo controle e interesse de seus responsáveis, embora o fato de ser apresentado à Autoridade Policial, Ministério Público e Poder Judiciário em espaço de poucas horas inegavelmente lhe provoque constrangimento, esse se apresenta muito mais eficaz como forma de reverter um agir equivocado, do que um processo que tramita por seis ou mais meses, prazo este e atos formais decorrentes, que poderão servir de motivo de estigmatização do adolescente perante os familiares;

c) em atos infracionais de maior repercussão social, em que se verifica a necessidade de internamento provisório, o fato de receber o adolescente a notícia diretamente do magistrado, a quem teve a oportunidade de apresentar a sua versão, e de que forma funciona o processo e é ele regulado, transmite-lhe a idéia de que a medida não apenas procura puni-lo, mas também busca a sua reeducação, circunstâncias que, embora não afastem a tristeza e rebeldia do momento da privação de liberdade, a tornam mais palatável, posto que exercida de forma bem diversa, àquela que normalmente ocorre, com força física e através do papel, via Oficial de Proteção ou Oficial de Justiça;

d) em razão de a grande maioria dos atos infracionais iniciarem e terminarem a fase de conhecimento na Justiça Instantânea – no ano de 2003 foram 78,80% – as Primeira e Segunda Varas da Infância e da Juventude de Porto Alegre, para as quais são remetidos os processos que não foram concluídos, não só conseguem em tempo razoável instruir todos os feitos de sua competência, por mais leves que sejam as infrações investigadas, como também instruir e julgar, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, os processos onde estão os adolescente internados provisoriamente – Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 108, *caput* –, sendo raríssimos os pedidos de *habeas-córpus* ajuizados no Tribunal de Justiça, fundamentados no excesso de prazo de tramitação, nos processos oriundos da Capital;

e) considerando que as Instituições estão em um mesmo prédio, e que as fases do procedimento desde a autoridade policial se fazem contínuas e imediatas, o serviço cartorial convencional, com notificações, citações e outras diligências, na Justiça Instantânea, quase que inexistem, reservando-se apenas para alguns casos que o magistrado, em razão do não-comparecimento do adolescente e responsáveis, entender necessário. A citação formal, prevista no artigo 111, inciso

I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é feita na própria audiência, pelo magistrado, ficando todos os seus termos transcritos na ata. Ao receber a medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade ou Liberdade Assistida na própria Justiça Instantânea, após a sua aplicação, o adolescente fica ciente da data e do local onde deverá se apresentar para cumprir a medida;

f) ao priorizar a execução da medida e reeducação do adolescente, sem contudo negar-lhe todas as garantias processuais, inserem-se as Instituições Públicas atuantes no projeto, na moderna visão de que o serviço prestado deve efetivo, não apenas formal, ocupando o espaço reservado ao Estado, na Constituição Federal, como titular e gerenciador na solução dos conflitos individuais e coletivos, decorrentes de tensões sociais;

g) considerando que a grande maioria de adolescentes infratores se situa na faixa dos 16 e 17 anos de idade, consegue-se ainda agir em tempo de tentar mudar a sua visão acerca das relações sociais, e como elas se resolvem, afastando da Justiça Criminal muitos casos que, em sendo mantidos os comportamentos repressivos, certamente, no futuro, a elas seriam apresentados.

5. Garantias processuais do adolescente na Justiça Instantânea.

Alvo de algumas críticas a partir de sua instalação, mormente porque, sendo o projeto pioneiro, não era possível antever-se todos os tipos de dificuldades que ocorreriam, no decorrer do primeiro ano de funcionamento algumas modificações foram feitas, no intuito de afastar-se quaisquer dúvidas sobre a regularidade dos atos praticados perante a Justiça Instantânea, sendo essas as suas principais características:

a) havendo representação contra o adolescente, a citação, nos termos do artigo 111, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dar-se-á na própria audiência, cumprindo ao magistrado, na ocasião, referir não apenas o limite da acusação, mas, também, os efeitos do processo, quais as medidas passíveis de aplicação e a possibilidade, em ele querendo, entrevistar-se, prévia e reservadamente, com advogado assim como o seu direito de permanecer calado;

b) a notificação dos pais ou responsável, em regra, é feita de diversas formas pela DECA – fonograma, telefonema, comunicação pessoal, etc. – que os comunica da apreensão do adolescente, bem como para se fazerem presentes não só na Instituição como também perante o Ministério Público e o Judiciário. Não comparecendo os pais, e sendo aplicada medida socioeducativa ao adolescente, que não a internação, ao final da audiência, é ele encaminhado para casa por oficial de proteção, que o entrega aos pais ou responsável, anotando seus dados, bem como cientificando-lhes do fato praticado, da medida socioeducativa aplicada e como será ela executada, ainda, da possibilidade de requererem a sua revisão junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude;

c) perante a Justiça Instantânea, ou o adolescente se faz acompanhar de defensor constituído, ou lhe é nomeado um defensor público, o qual se encontra sempre no local, durante todo o seu período de funcionamento;

d) nos casos em que for oferecida representação, e requerido o internamento provisório do adolescente, sendo este deferido, não estando os pais ou responsáveis presentes, transfere-se a audiência para o primeiro dia útil que se seguir, diligenciando-se novamente, agora já por oficial de proteção, na suas localizações, sendo que, resultando estas negativas, se nomeia curador e se inquirir o adolescente, desta forma atendendo-se ao artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. A possibilidade de criação de projeto semelhante em todas as comarcas.

Inobstante seja o atual projeto aplicado em Porto Alegre não-adequado para aplicação nas demais Comarcas do Estado, não só em razão do elevado número de atos infracionais nela examinados diariamente, havendo dias em que ocorrem mais de trinta apresentações, mas também pela impossibilidade de designar-se um magistrado unicamente, todas as tardes e início de noite, para receber adolescentes infratores em apresentação, e ainda, a inexistência de prédios como aquele que agora está sendo inaugurado, não há dúvida de que, atendendo cada localidade às suas peculiaridades e disponibilidades, seja possível otimizar as ações na área da Infância e da juventude, agregando-se às ações já empreendidas conceitos que nele estão sendo aplicados com sucesso.

A primeira idéia de que deverá ter-se em mente é que o projeto que vier a ser instalado deverá prever o trabalho conjunto da Autoridade Policial, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário, cada um executando a sua parte, mas sempre tendo presentes os elos que unem as ações contínuas e imediatas, e que a falha de um ou de outro prejudicará o resultado como um todo.

Outra idéia que não poderá ser esquecida é que, visando a um bom resultado das ações, deverão ser desprezadas prerrogativas como a prévia individualização dos atos que serão praticados no dia a intimação para as audiências – no caso da Defensoria Pública e do Ministério Público –, bastando, para tanto, antecedente acerto de horários que serão destinados ao atendimento das apresentações dos adolescentes infratores.

Por fim, que o processo por ato infracional, por mais que se possa assemelhar ao processo penal, dele trazendo muito de seus conceitos, em relação a esse se apresenta totalmente diverso. Embora não se negue o conteúdo sancionatório da medida socioeducativa, deve-se ter em mente que sua principal função é reeducar e reinserir o adolescente no meio social, como cidadão completo que é. O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser usado para garantir a perfeição de garantias judiciais, e não a morosidade do processo.

Feitas essas considerações, a título de sugestão, pode-se apresentar, para as demais comarcas do Rio Grande do Sul, o seguinte projeto para adaptação da Justiça Instantânea:

a) prévio acerto entre o Ministério Público e a autoridade policial, fixando dias e horários para a apresentação de adolescentes infratores – neste caso, a autoridade policial científica o adolescente e responsável para o comparecimento –, com o que, em quase todos os casos (excetuam-se aqueles que os adolescentes não comparecerem), não será necessário expedirem-se notificações e demandar serviços cartoriais para a audiência preliminar prevista no artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

b) prévio acerto entre o Ministério Público e o Juizado da Infância e da Juventude, fixando dias e horários para a apresentação de adolescentes infratores, com prévia anuência e concordância da Defensoria Pública ou outro serviço da localidade que a substitua, ou ainda profissionais que se proponham a trabalhar gratuitamente em tais ações, ficando o primeiro encarregado de cientificar o adolescente e responsável para o comparecimento;

c) prévio convênio com entidades para cumprimento das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, para que o adolescente, quando receber a sua aplicação, ou já saia da audiência com o ofício de encaminhamento e ciência das atividades que irá empreender, ou ciente de que deverá comparecer no serviço competente para realização do estudo social, se entender o magistrado que este seja necessário antes do cumprimento da medida;

d) terem o Juízes da Infância e da Juventude como regra que, em razão da característica evidenciada pela maior parte dos adolescentes infratores, de assumirem eles as responsabilidades de suas ações infracionais, mormente porque na maioria dos casos são flagrados nas suas consecuições, que o processo normal de conhecimento, com interrogatório, defesa prévia, inquirição de testemunhas, debates e sentença, reserva-se, somente, aos casos que é necessária a privação de liberdade, ou aos que o representado nega a autoria do ato infracional, ou, ainda, não consegue o Juízo, em um primeiro momento, concluir pela correta medida a ser aplicada, os quais situam-se em aproximadamente 22% do total, apresentando-se aos demais como solução mais eficiente a concessão de remissão com ou sem aplicação de medida socioeducativa.

7. Dados da Justiça Instantânea em 2003.

Procedimentos iniciados	4.529
Procedimentos concluídos	3.569 – 78,80%
Tramitação parcial (iniciados na Justiça Instantânea, mas com o processamento transferido para as Varas da Infância e da Juventude)	792 – 17,49%
Tramitação normal (processos com a apresentação transferida para as Varas da Infância e Juventude)	190 – 4,20%
Aguardam audiências na Justiça Instantânea	56 – 1,24%
Número de audiências realizadas	1.352
Número de adolescentes atendidos	2.790
Número de adolescentes internados provisoriamente	315 – 11,29%
Número de adolescentes abrigados	45 – 1,61%

8. Conclusão.

O Projeto Justiça Instantânea, embora previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente desde 1990, só iniciou suas atividades no ano de 1996, ainda assim pelo idealismo e persistência do colega Marcel Esquivel Hoppe, o qual, não satisfeito com os rumos que o Estatuto da Criança e do Adolescente vinha tendo na implementação de suas políticas, não hesitou em dar início aos trabalhos em uma sala acanhada com não mais do que vinte e cinco metros quadrados, cuja arquitetura e concepção estavam muito distantes do ideal, tendo, na ocasião, sido despendidos aproximadamente noventa reais para a sua primeira adaptação.

A ação desenvolvida, fruto da iniciativa e despreendimento de poucas pessoas, que não hesitaram em contestar conceitos antigos, como os de que se protegem os direitos dos adolescentes, primeiro através da forma, consubstanciada no processo contraditório convencional, e só depois pela *imposição* de medidas socioeducativas, esta própria do processo penal, procurando, ao contrário, com a *transação*, buscar um comprometimento do adolescente com a mudança do seu comportamento, em espaço de tempo infinitamente inferior, com a redução de todos os custos passíveis de aferição, e também com aumento de eficiência, merece o reconhecimento de todos, e, exatamente por não ser um projeto fechado, está constantemente sendo aperfeiçoado, sempre com o intuito de reconhecer o valor humano presente em todas as pessoas e viabilizar, para aqueles que transgrediram as regras para uma boa convivência, a possibilidade e o interesse na mudança, e que isto será bom não só para ele, mas para todo o conjunto.

Assim é que, quando se está a inaugurar o Centro Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente, que serve de modelo para todo o País, espera-se que, em breve, conceitos de Projetos como a Justiça Instantânea sejam aplicados em todas as comarcas do Estado, bem como incorporados a outros ramos do Direito, por serem eles de reconhecida eficiência e ensejadores de mudança que só aproximam a Justiça a grande parte da população, que a ela nunca teve acesso.

DIFICULDADES NAS ADOÇÕES INTERNACIONAIS

BRENO BEUTLER JÚNIOR

Juiz da Infância e da Juventude no Rio Grande do Sul

Este rápido texto tem por objetivo apenas relatar situações tidas por difíceis quando da efetivação de adoções internacionais e, ainda, dos procedimentos adotados em função delas.

Se a postura para o desenvolvimento do tema fosse norteada numa interpretação rígida dos princípios gerais contemplados na constituição da República Federativa do Brasil, art. 227, § 6º, sequer possível seria abordá-lo. Por determinação daquele regramento, ficam proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação, atribuindo-se, independentemente de sua natureza, aos filhos os mesmos direitos e qualificações, regra que, por conta do previsto no artigo 21, letra c, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, resulta estendida às adoções internacionais. Entretanto, a partir desse princípio, que indiferencia a paternidade legal da natural, é possível antever que, em verdade, seja qual for a natureza desta relação, eventualmente haverá dificuldades a demandar intervenção, que deverá ser similar, ao máximo.

Assim sendo, primeiramente, cumpriria estabelecer o que são dificuldades e o que pode ser considerado fracasso, como se este fosse espécie das primeiras e estas, gênero. Apesar da crítica que se possa estabelecer, não custa lembrar que o fracasso acontece também na filiação natural. Assim não fosse, de onde surgiria a maioria das crianças a adotar?

Pelo sistema vigente, que estabelece a crianças e adolescentes o direito ao seio de sua família e comunidade e, apenas na impossibilidade (esgotados todos os meios), à família adotiva, resulta que o encaminhamento à adoção internacional só se dá para infantes ou jovens em função de, pela ordem, serem portadores de necessidades especiais, terem alcançado faixa etária mais elevada, pertencerem a grupo de irmãos ou, por fim, por não serem brancos (neste último caso, normalmente, associado a uma das condições anteriores). Disso resulta, inquestionavelmente, que, nas adoções internacionais, a relação inicial é mais complexa, mais propensa, portanto, a problemas, o que, na criação de crianças pequenas, vem a ocorrer apenas alguns anos mais tarde, quando já mais consolidado o vínculo.

Segundo as observações feitas, fundamentalmente por intermédio dos relatórios de acompanhamento, no curso de muitos anos e inúmeros casos, notou-se como causa primária de dificuldades a ruptura causada pela brusca mudança de hábitos, de cultura, de família, resultando que estes adotados passam a ser vistos como hiperativos (embora nem sempre o sejam), que eles venham a desenvolver depressões ou, em outras e raras ocasiões, possam psicotizar, dentre outros problemas. Este fator, o rompimento, embora imponha riscos, é importante, pois, na

maioria dos casos, vem a ser empregado como alavanca na busca de uma reestruturação de vida para estas crianças, mas é importante saber, antes, se elas podem suportá-lo.

Aqui é possível enumerar, exemplificativamente, alguns casos:

João: Hoje adulto, cometeu um delito e está preso (caso único de que se tem conhecimento). Este jovem foi adotado por uma senhora sozinha, na Bélgica, entretanto, algum tempo mais tarde, ela estabeleceu uma relação homossexual. Revelou ele à assistente social do Juizado de Porto Alegre, em um tipo de queixa, não ter suportado o fato de ser negro e, ainda, ter uma mãe homossexual. Assim, tão logo ela assumiu esta condição, unindo-se a outra mulher, ele praticou a infração, sintomaticamente, contra uma senhora. Está encarcerado, mas as autoridades belgas lhe propuseram que, se aceitasse voltar ao Brasil, ficaria livre. Apesar disso, ele optou por ficar no presídio, exatamente por não ter mais nenhum vínculo com o Brasil.

Mauro: É um menino que foi para a Alemanha. Os pais, médicos, o “diagnosticaram” como hiperativo. Na verdade, Mauro tinha um padrão de conduta muito diferente daquele que vige na Alemanha. Talvez por decorrência de suas vivências, seu comportamento pudesse ser considerado “agitado” até mesmo no Brasil, mas não era hiperativo. Esta percepção dos adotantes, equivocada, mas coerente a partir da realidade e dos princípios deles, contudo, impediu o surgimento do vínculo afetivo e, com isso, o menino resultou sem suporte. O agravamento da situação foi de tal ordem que o pai o mandou “de volta”, “para estudar português”. Na verdade, buscou livrar-se dele. Esta tentativa foi percebida e Mauro retornou para junto dos pais, dada a irreversibilidade da adoção. Os resultados não foram bons. Está ele hoje em uma clínica e sem vínculos.

Felipe: No caso de Felipe, os pais não se deram conta que ele passava por uma crise grave de depressão na adolescência. Ele funcionava muito bem, boa interação, ótimo estudante, bem querido por todos na comunidade. Pai e mãe acham que tiveram muita sorte com sua criação, era o filho mais velho, era adorado por todos. Suicidou-se, o que os deixou muito traumatizados. Deram-lhe um enterro “de rei”, a cidade inteira buscou consolá-los. Ele teria deixado um bilhete afirmando que, embora os amasse muito, não se sentia bem. Não se agüentava mais. Dizia que era muito baixinho e queria ser alto, o pai era um homem muito alto. É um caso que só a psicologia pode explicar. Não foi um problema de interação.

Maria: Uma linda menina, a imagem de seu rostinho, ainda no abrigo, algo inesquecível. Hoje está em um hospital-dia, psicotizou após adotada. Apesar disso, permaneceram os vínculos. Maria foi frágil para suportar a troca de continente, país e família. Mesmo assim, encontrou no pai amparo e afeto. O amor os mantém unidos. (O vídeo sobre o caso retrata bem o acontecido.)

Estas situações são as que podem enquadrar-se no conceito de “dificuldades”, mas não significam todas “fracasso”. Podem elas ajudar a conduzir a esse quadro, mas não são fatores determinantes por si. São aqueles eventos que advêm mais do adotado do que dos adotantes, entretanto, se o enfoque for a par-

tir destes últimos, também se observam problemas que, igualmente, levam a situações que inviabilizam a relação.

Assim, nos exemplos trazidos, é possível caracterizar “fracasso” apenas nos dois primeiros casos, e não nos dois últimos, mesmo sendo estes mais graves. Observe-se que no de Mauro não restou constituído o verdadeiro vínculo de parentalidade, o afeto que poderia fazer o suporte suficiente para a superação de seus problemas. Já no de João, embora inicialmente pareça ter ocorrido a vinculação, ela foi tênue e não suportou as mudanças de vida da mãe. Nos outros dois episódios, ainda que constatadas doenças psico-emocionais sérias, o amor que se construiu entre pais e filhos resultou no elemento diferenciador, capaz de fazer suportar a dor da perda de Felipe e de dar sustentação ao grupo familiar de Maria.

Diante disso, é fácil afirmar que os fracassos se instalam onde não se consegue estabelecer o vínculo, porque, diante das dificuldades, segundo o conceito antes estabelecido, ele surge com mais facilidade.

Se partíssemos do ponto de vista dos adotantes, a situação seria um pouco diversa, mas descabe discorrer mais sobre isso aqui, porque estes problemas estão afetos às autoridades do domicílio deles, não de onde se origina o adotando. Entretanto, apenas para ilustrar, casos há de maus-tratos, opressão, abuso sexual e abandono, tal como ocorre em face da filiação/paternidade natural. A isso haverá referência ao final.

Retomando a questão sob o aspecto dos adotandos ou adotados, considerando o que até aqui já foi explanado, importa relatar o modo como se lida com o problema, não aquele já acontecido, pois este está sob o controle do país de destino, mas na avaliação e preparo das novas adoções, com o objetivo de evitar outras situações indesejadas. Sem dúvidas, neste tipo de abordagem, o trabalho precisa ser preventivo.

Primeiramente, de forma diversa do que ocorre nas demais unidades da federação (Estados do Brasil), no Rio Grande do Sul não há lista de habilitados estrangeiros à espera de uma adoção. Consoante a orientação filosófica esposada “uma família para uma criança”, e não a tradicional prática inversa (que pode dar-se com recém-nascidos ou crianças ainda muito pequenas), a escolha dos adotantes fica por conta da entidade estrangeira com a qual há o convênio, em conformidade com o perfil da criança proposta.

Para possibilitar isso, após definida a situação jurídica do infante ou jovem, em outras palavras, após estar ele apto a ser adotado, busca-se sua colocação em outra família que não a natural. Resultando sem êxito a busca no próprio Brasil, em respeito ao ditame legal e seus fundamentos, passa-se a cogitar da adoção internacional.

Como se sabe, e já foi dito, tem-se a percepção de que nem todas as crianças ou adolescentes têm condições para enfrentar com sucesso a possibilidade de adoção por estrangeiros, embora para outras pareça ser a única alternativa, quando o romper de laços com um passado se torna elemento construtor. Assim, de logo, providencia-se na avaliação psicológica ou até psiquiátrica para aquilatar

da viabilidade disso. Esse é um trabalho lento e meticuloso. Vencida esta etapa, caso o prognóstico seja reservado, não tem andamento o projeto de adoção fora do Brasil. Revelada a fragilidade do adotando, sua incapacidade em absorver essa “transplantação”, não faz sentido submetê-lo a risco de desestruturação.

Em sendo constatada a possibilidade de bons resultados, efetiva-se um “dossiê” com todos os dados possíveis e disponíveis, sobre a criança ou adolescente. Estes documentos são encaminhados para o órgão credenciado com o qual se mantém o convênio, para que busque, entre seus pretendentes habilitados, aqueles que tenham condições para o pleno acolhimento do adotando, aqueles que, mesmo conhecendo todos os detalhes daquela vida, daquele infante, daquele jovem, acreditem poder amá-lo, recebê-lo incondicionalmente.

Achadas as pessoas com perfil adequado, segundo os critérios anteriores, é encaminhado o pedido de habilitação. Uma vez aceito e julgado, presta-se exclusivamente para aquela adoção, nenhuma outra. Inicia, então, a fase chamada “aproximação”, “gestação adotiva” (“*matching*”, “abinamento”), com troca de fotos, presentes e o preparo, em ambos os “lados”, no preparo do encontro. É este um momento fundamental ao sucesso do projeto adotivo. Se tudo estiver a ocorrer bem, é autorizada a viagem.

Com a chegada dos adotantes, passa a fluir o “estágio de convivência”, de trinta dias. Se, neste período, qualquer fator indicar da inconveniência da adoção (exemplo – uma menina que disse gostar dos futuros pais, mas sustentou que não iria embora com eles, por ter seus vínculos com as pessoas do abrigo) o pedido de adoção é indeferido e os pretendentes retornam de imediato, ou seja, sua habilitação não os capacita para outra adoção, que não aquela que estava planejada. Em sendo diverso o curso dos fatos, deferida a adoção, providenciam-se os documentos e o pronto regresso à origem, onde haverá o acompanhamento, com relatórios, por um prazo de dois anos.

Estes estudos técnicos, agora não mais exigíveis, por decorrência das disposições das normas da Convenção de Haia, quanto ao reconhecimento das decisões judiciais de um dos estados ratificantes em outro, são o ponto onde o rigorismo jurídico deve ser flexibilizado. Como se vê, são eles elementos fundamentais ao retrocontrole, ao *feedback*, indispensável ao aperfeiçoamento do instituto da adoção internacional, com resultados diretos na diminuição das possibilidades de fracasso e, por resultado reflexo, na melhoria da qualidade de vida das famílias. Sua manutenção pode ser estabelecida mediante simples adição, no termo de convênio, de previsão a tanto que, de outra parte, deverá ser levada aos pretendentes, via compromisso. Por evidente, tal dever é meramente de ordem moral, não estabelecido em lei e, de certo modo à margem de suas disposições, jamais poderá ser exigido judicialmente, entretanto, não é de presumir que, aceitando esta cláusula e, fundamentalmente, convencidos acerca de seus objetivos e utilidade, venham estas pessoas a deixar de cumpri-la.

É consequência dos relatórios o estabelecimento deste caminho procedimental e seu aperfeiçoamento. Por isso, o desenvolvimento de cada um dos passos antes elencados, particularmente importantes os que têm por objetivo minimizar as

dificuldades, especialmente aquelas reconhecidas como elementos de grande potencialidade à instalação do fracasso. Decorrente da condição de local de onde se originam os adotandos, resulta centrada esta atividade nas crianças ou adolescentes, sobre os quais a responsabilidade do adequado preparo é do país de onde saem, contudo, isso sempre mediante a contrapartida da entidade conveniada, no país de destino, confiando que não só realize triagem entre os pretendentes, aquilate de sua capacidade para lidar com os óbvios problemas que advêm de tão delicada situação como, ainda, se comprometa ao prévio preparo e também com o indispensável apoio nos primeiros momentos do pós-adoção.

Este o motivo da não-tramitação de habilitações de estrangeiros nos Juizados do Estado. A competência a tanto é do local de origem destes pretendentes, a responsabilidade, por conseguinte, também. Impõe-se, por isso, a tais organismos, comprometimento similar ao que aqui se desenvolve, na busca do aperfeiçoamento de seu trabalho através da experiência acumulada. Apesar disso, contudo, na observação dos casos concretos, concluiu-se que, mesmo em face a tal postura, algumas situações, ainda quando relativas ao país de destino dos infantes ou jovens, importavam na reavaliação dos procedimentos adotados aqui, local de sua partida. São fatos de ordem mais ampla, que extrapolam os limites do núcleo familiar, dizem com um contexto cultural, uma estrutura social que não favorece a inserção dos adotandos originários do Brasil, pelo choque de princípios, hábitos, cultura, costumes.

São exemplos os casos dos dois meninos, Mauro, o adotado pelo casal alemão, e Felipe, filho querido dos pais de Luxemburgo. Os episódios que os envolvem ilustram bem o quadro até porque opostos, um de fracasso, outro do mais profundo sucesso no estabelecimento do vínculo, do liame a unir estas pessoas. Em ambos a questão cultural, os padrões de conduta, o modo de lidar com os problemas, muito diferentes aqui no Brasil, onde os garotos forjaram sua personalidade, e nos países de destino, culminaram por ser o fator desencadeante dos problemas que levaram, no primeiro caso, ao não-estabelecimento do afeto ou a ruptura de algum que eventualmente possa ter surgido e, no outro, apesar do intenso amor observado, à depressão e suicídio.

Como não se está a questionar padrões culturais, inclusive porque descabidos, mas simplesmente a observar que eles podem ser fatores determinantes na geração de dificuldades, sofrimentos e, até mesmo, fracasso adotivo, tomou-se a postura de evitar convênios com países culturalmente tão distintos. Cessaram as adoções para a Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Holanda, mas permaneceram sendo realizadas com países de origem latina, França, Itália e Espanha, onde, mesmo ainda presentes grandes distinções culturais, a conduta de nossas crianças não resultasse tão discrepante ou difícil de ser entendida e tratada.

Assim é que, retomando as assertivas colocadas ao início, o princípio de absoluta igualdade da filiação, afirmado pela Constituição Federal, nada mais faz do que trazer ao mundo jurídico aquilo que, na prática, é o mínimo razoável, ou seja, que a adoção seja apenas uma das formas na obtenção de paternidade/filiação, com todas as suas implicações. Se problemas há na adoção, não há quem

não conheça situações idênticas em face da filiação biológica. Se assim é, motivos não há para qualquer diferenciação no trato do problema. Há que se buscar o exaurimento na manutenção dos vínculos. Ausentes quaisquer possibilidades, seja por consequência das dificuldades impostas pelos adotados, consoante os exemplos vistos, seja pela inadequação dos pais no trato que dispensam a prole, impõe-se lançar mão do processo devido para promover a destituição do poder familiar.

Com isso, definindo-se a situação jurídica dessas crianças ou adolescentes, deve-se torná-los, novamente, aptos à adoção. Nisso, ao contrário do que sustentam alguns, nenhuma exceção ao princípio da irrevogabilidade do instituto, que continua intacto, mas o simples reconhecimento da supremacia do princípio da igualdade da filiação. Dizer o contrário é condenar, por abjeta discriminação, justo no ponto mais delicado, o “filho adotivo” a não ter nova oportunidade de inserir-se em uma família, marcando-o pela mais cruel das diferenças, frente a sua “condição” de “adotado”.

Finalizando e resumindo, torna-se conveniente salientar do caráter preventivo de todo trabalho que envolve o processo adotivo, porque, instalado o fracasso, em regra, pouco ou até nada há por fazer. Diante disso, na seleção das crianças ou adolescentes, quando para adoção internacional, importa aquilatar se são capazes de suportar a “transplantação” de um continente a outro, de uma cultura a outra, de uma “mãe” a outra. Na triagem dos pretendentes deve haver extremada atenção em suas condições de suportar as adversidades decorrentes do ato a que estão-se propondo. Quanto aos intermediários (Juizes, Promotores de Justiça, Advogados, Psiquiatras, Psicólogos, Assistentes Sociais e outros), por derradeiro e como consequência, devem ter formação técnica adequada para a execução desta tarefa, pois, caso contrário, serão igualmente responsáveis pelos resultados indesejados, quiçá por fracassos.

SENTENÇAS

ATO INFRACIONAL. REMISSÃO. ADVOGADO E GARANTISMO.

Autos nº 038.03.013174-7
Adolescente: C. T. S. P.

1 – Consta da certidão da fl. 38: “Certifico, para os devidos fins, que nesta data compareceu a Sra. L. L. S., genitora do adolescente infrator e da vítima, informando que não constituiu advogado e que não tem mais interesse em prosseguir com o feito”. O representante do Ministério Público teve vista do feito, dizendo que desimporta a manifestação da vítima, na esteira do que decide o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

2 – A divergência de opiniões é própria do regime democrático e mormente no âmbito jurídico. Tanto assim que existem decisões antagônicas em diversos temas, mormente na área da Infância e Juventude, no qual o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA modificou a doutrina que informava a atuação jurisdicional.

Cumpra recordar a contribuição de Manuel Atienza¹, que, após uma introdução sobre as teorias argumentativas de Viehweg, Perelman e Toulmin, parte para uma teoria integrativa da argumentação jurídica, representada por Neill MacCormick, demonstradora da plena possibilidade de decisões antagônicas/contrárias em regime democrático. Com efeito, MacCormick parte da premissa de que a lógica dedutiva é insuficiente para responder ao complexo raciocínio jurídico contemporâneo, reconhecendo, pois, seus limites, bem assim, procurando maneiras de responder aos diversos problemas jurídicos decorrentes de um mundo complexo e constitucionalizado. Neste pensar, não sendo a decisão fruto somente de um raciocínio lógico e diante da prática que toma como objeto, é necessário admitir que “pessoas honestas e razoáveis possam divergir: o que nos faz aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a nossa racionalidade quanto a nossa afetividade.” (p.174). Rejeita, portanto e de forma veemente, a prometida neutralidade axiológica presente em diversas teorias do Direito (principal expoente Kelsen), assumindo que o julgador (como qualquer outro indivíduo) é formado por suas crenças, idéias e valores². Como diriam Ortega y Gasset: “*Yo soy yo y mi*

1 – ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. São Paulo: Land, 2000.

2 – HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 207, destaca: “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”.

circunstancia". O mérito, pois, de MacCormick é poder olhar para além da frieza da lógica matemática, trazendo a subjetividade para dentro de uma racionalidade jurídica possível.

E, no caso Brasileiro, no qual o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA apresenta uma mudança copernicana na maneira pela qual a doutrina e jurisprudência encaram o tema, exige uma oxigenação constitucional das práticas jurídicas, na linha do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Essa discussão se mostra salutar. Nesse pensar, o magistrado, mesmo com decisões contrárias ao seu posicionamento, possui independência funcional de manter sua convicção, com a devida vênia.

3 – A questão da necessidade ou não da representação demanda a resposta de apenas uma indagação?

– Aplica-se a parte geral do Código Penal (arts. 1º ao 120) aos atos infracionais?

4 – A resposta demanda um resgate importante. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA define o Ato Infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção. Mas quais as regras aplicáveis à configuração da conduta descrita como ato infracional? Nos termos do art. 152 do ECA: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”. E, tenho que a interpretação possível é aplicação das regras processuais penais e, ainda, as regras formadoras do tipo de injusto preconizadas no art. 1º ao 120 do Código Penal, naquilo que não tiver disposto de modo diverso. Destaco desde já que a questão relativa à ação penal (pública, condicionada à representação, ou privada – CP, art. 100 ao art. 106) é matéria processual, como se verá adiante.

Assim é que surge a possibilidade, dentre outras hipóteses, de, no âmbito dos atos infracionais:

- a) violação do princípio da anterioridade (CP, arts. 1º e 2º);
- b) tempo do Crime (CP, art. 4º);
- c) territorialidade (CP, art. 5º);
- d) contagem de prazo (CP, art. 10);
- e) relação de causalidade (CP, art. 13 e parágrafos);
- f) consumado e tentado (CP, art. 14);
- g) desistência voluntária (CP, art. 15);
- h) arrependimento posterior (CP, art. 16);
- i) crime impossível (CP, art. 17);
- j) doloso e culposo (CP, art. 18);
- k) erro de tipo e erro de proibição (CP, arts. 20 e 21);
- l) coação irresistível e obediência hierárquica (CP, art. 22);
- m) estado de necessidade (CP, art. 24);
- n) legítima defesa (CP, art. 25);
- o) emoção e paixão, bem como emoção (CP, art. 28);
- p) concurso de pessoas – concurso e participação (CP, art. 29);
- q) concurso material, formal e continuado (CP, arts. 69, 70 e 71);

- r) erro de execução (CP, art. 73);
- s) resultado diverso do pretendido (CP, art. 74);
- t) extinção da punibilidade (CP, art. 107);
- u) prescrição (arts. 109 a 120).

5 – Aqui nesse ponto, a questão merece um aprofundamento. Apesar da posição contrária à aplicação do instituto da prescrição aos atos infracionais, posicionamento firmado pelos eminentes Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva (v. g. Apelação Criminal nº 02.019019-0, de Chapecó), a maioria do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na linha do que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça – STJ – entende que se aplica a Parte Geral do Código Penal, especificamente o reconhecimento da prescrição.

Dentre os diversos posicionamentos favoráveis ao reconhecimento, cumpre destacar o Hábeas-Cópus nº 99.000311-6, da Capital, Des. Amaral e Silva, no qual resta explicitada a racionalidade: “Em que pese a corrente jurisprudencial que defende a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, tal como a ação de pretensão punitiva, a ação de pretensão e a de execução sócio-educativa prescrevem.

“Não me canso de repetir: ‘O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando os artigos 227 e 228 da Carta Política, ao tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais a crianças e jovens, estabeleceu para os adolescentes responsabilidade penal juvenil, criando regime jurídico onde o adolescente passou a ter a dignidade de responder pelos seus atos, principalmente quando atentarem contra valores sociais tutelados penalmente: vida, integridade física, patrimônio, etc’.

“Essa nova responsabilidade (penal juvenil) tem sólidas bases doutrinárias na Carta Política (arts. 227, § 3º, IV e V e 228) e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Resolução 40/33/85 da Assembleia Geral), incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como ‘a conduta descrita como crime ou contravenção penal’ ”.

Vale dizer, remeteu o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas as complementares do Estatuto, que se referem apenas a natureza da resposta, ou seja, as medidas, que por serem socioeducativas, diferem das penas criminais tão-somente no aspecto predominantemente pedagógico e na duração, que deve ser breve, esta face ao caráter peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Bem por isso, o artigo 228 da Constituição, ao conferir inimputabilidade penal até os dezoito anos, ressalvou sujeição “às normas da legislação especial”. Essas, por sua vez, estabeleceram, como dito, a chamada responsabilidade penal juvenil.

Não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei especial.

Sendo imputabilidade (derivado de *imputare*) a possibilidade de atribuir responsabilidade com base na violação de leis, sejam elas penais, civis, comerciais,

administrativas ou juvenis, não se confunde, com a responsabilidade, da qual é pressuposto. (Ver De Plácido e Silva – *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 435)

Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (atribuir) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, podendo-se-lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondem se submetendo a medidas socioeducativas de inescandível caráter penal especial.

Como as penas criminais, as medidas socioeducativas podem ser restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

Restringindo ou privando a liberdade, é claro que, como as penas criminais, as medidas socioeducativas prescrevem.

Como no Direito Penal Comum, no Estatuto predominam os princípios da despenalização, da descriminalização, do Direito Penal Mínimo, optando a lei juvenil pelas penas restritivas de direitos, como importantes alternativas à privação da liberdade.

Em suma, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os apelantes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e, por isso, respondem penalmente, face ao nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, de boa política criminal, respostas justas e adequadas à prevenção e repressão da delinqüência juvenil.

O que não se admite no Estatuto (Direito Penal Juvenil) são respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas aos condenados adultos.

Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperado pela possibilidade da remissão), do caráter predominantemente pedagógico e excepcional das medidas socioeducativas, constituem garantias de natureza penal (Direito, Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude, muito menos as causas de extinção da punibilidade ou de perda da pretensão punitiva ou executória.

Ora, se os adolescentes respondem por atos infracionais (= crimes e contravenções), submetendo-se a medidas restritivas de direitos e até privativas de liberdade impostas através de ação judicial, é claro que têm direito subjetivo à prescrição. Do contrário, seria admitir para os adolescentes sistema mais rígido do que o dos adultos.

A prescrição, garantia até do direito natural, não pode ser negada aos adolescentes ao argumento de terem as medidas socioeducativas caráter educativo e ressocializador, porquanto também têm essa característica as penas criminais.

Tenha-se presente: estivesse o apelante submetido ao Código Penal, a execução estaria prescrita. Não sofreria qualquer restrição de direitos.

Não prestaria serviços à comunidade, não sujeitaria a liberdade vigiada (*probation*), eufemismo denominado liberdade assistida.

Como admitir numa Lei de Proteção Integral que, por ser adolescente, esteja o paciente submetido a execução forçada judicial e a claras restrições de direitos que não sofreria se fosse adulto?

É que no âmbito dos Atos Infracionais o adolescente somente pode receber uma medida socioeducativa se garantidos todos os Direitos e Garantias processuais deferidas aos adultos. Não se trata mais da invocação do revogado Código de Menores, segundo o qual o adolescente possuía o direito de receber uma medida, típica posição de “defesa social”. Tanto não possui o direito, que não pode requerer a aplicação. Esta somente se legitima se houve a prática de alguma situação conflituosa com a lei que configure, por sua vez, crime ou contravenção.

6 – Assim é que, se a lógica é de estender aos adolescentes as garantias processuais, repito, com a devida vênia, e é aplicável a parte geral do Código Penal, tanto a prescrição como a necessidade de representação devem caminhar juntas. Ou se reconhecem todas as garantias, ou não se reconhece nenhuma.

Anoto, ainda, que imaginemos o seguinte caso: um estupro praticado por um adulto e um adolescente. A vítima decide – seu direito – em não processar o adulto, o representante do Ministério Público estaria legitimado para, ao arrepio do direito da vítima, promover a ação infracional? A resposta, num Estado (que se diz) Democrático de Direito, é negativa. Somente acolhendo-se os postulados da “Nova Escola Penal”, com a devida vênia, o processo seria admitido, deixando evidenciado – de vez – que o adolescente é tratado de maneira mais gravosa que o adulto, em franca violação constitucional e dos reiterados posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça.

Importante destacar o trabalho efetuado por Flávio Américo Frasseto sob o título *Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: a Nova Jurisprudência do STJ*³, na qual faz grande digressão sobre a posição garantista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que merece transcrição: “Deste modo, não obstante a nova legislação reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos – titulares das mesmas garantias outorgadas aos adultos e não incompatíveis com a idade (art. 3º do ECA) –, um sem-número de decisões e práticas diárias contrariam, nos casos concretos, este comando. De outro lado, mesmo tendo o ECA reconhecido o caráter coercitivo, sancionatório, da medida socioeducativa, uma invasão do Estado na esfera de autonomia do adolescente autor de conduta descrita na lei penal, muitos operadores ainda, no dia-a-dia, continuam a torná-la como um direito do jovem, algo em seu exclusivo favor instituído, destinado a protegê-lo do mal e de si mesmo, a tutelá-lo. Ainda que dentre as sanções previstas para adolescentes a privação de liberdade seja a menos recomendada por lei e os centros de internação sejam em sua maioria prisões com outro nome na porta de entrada, neles ingressam, diariamente, jovens recomendados, por sentença, a lá ficarem para crescer como cidadãos, para aprenderem a se comportar em sociedade e tomarem-se “indivíduos úteis”.

3 – *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Ano 7. Número 12. 2º semestre. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2002, pp. 167/191.

“O fato de a evidente invasão do Estado na vida do indivíduo ser tomada como necessária, como salutar, em benefício do inválido e não do Estado, encobre as trincheiras do controle direto de seus passos pelas instâncias oficiais de poder. Em outras palavras, as garantias processuais balizadoras da pretensão estatal de controlar a vida do adolescente que infracionou são ainda com frequência vistas como obstáculos à intenção maior e mais nobre de beneficiar este jovem. Obstáculos a serem afastados, desprezados, ignorados. Esta equivocada inteligência do sistema do Estatuto, partilhada pelos mais diversos operadores do direito, legítima incontáveis violações dos direitos de nossos adolescentes processados.

“Os operadores que não adequaram seu pensamento e sua prática ao ECA ainda raciocinam: ‘já que não estou punindo, estou fazendo um bem para o infrator, não preciso respeitar o procedimento, nem me ater à letra fria da lei. Posso ordenar ao adolescente que faça o que quero e como quero’. Tal raciocínio – e aí ele se torna ainda mais perigoso e traiçoeiro – presta-se ao uso malicioso por parte daqueles que, na pura intenção latente de vingar e retaliar com severidade, argumentam defender o bem do ‘menor’ para livrar-se dos freios legais obstadores do tratamento draconiano desmesurado que apregoam, um sacrifício ao cidadão e um equívoco do ponto de vista de defesa social e política criminal.

“Emílio Garcia Mendes já vem apontando há algum tempo que, ao lado da crise de implementação, o ECA atravessa uma crise de interpretação que se configura então como a releitura subjetiva, discricionária e corporativa das disposições garantistas do ECA e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Dita de outra forma, a crise de interpretação se configura no uso do código ‘tutelar’ de uma lei como o ECA claramente baseada no modelo da responsabilidade.

“Ilustra-se, por exemplo, tal crise com decisão do próprio STJ que, por maioria, desatendendo reclamo da defesa em face de internação teria sido irregularmente aplicada, asseverou: *não se reconhece alegação de constrangimento ilegal quando devidamente fundamentada a decisão que, no caso específico, entendeu que a coação contra a liberdade do menor seria benéfica, pois, com a imposição da medida constritiva, o paciente teria passado a estudar, ficando apartado das drogas e propiciando a realização de trabalho de reaproximação familiar – ao contrário de quando estava cumprindo medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade* (grifei; ver RHC www.stj.gov.br/netacgi/nph-br). O ‘menorismo’ encarnado nesta decisão foi denunciado no voto vencido declarado pelo Ministro Félix Fischer, que ressalta sua perversa consequência de criminalização da miséria: “Dizer-se que (a internação) é medida benéfica, *data venia*, carece de amparo jurídico. Não compete, logicamente, ao Poder Judiciário ficar internando, em forma de medida de recuperação, todos os jovens desassistidos ou carentes, apresentando a ‘solução’ atacada como ideal e necessária. A aceitação deste tipo de pensamento leva à tão criticada seleção daqueles que são excluídos da verdadeira e desejada assistência do Estado. Jovem pobre é internado. Adulto pobre é recolhido ao sistema prisional. *Data venia*, a legislação não permite que assim se atue nem com pretexto ou finalidade de resolver problema social. A questão é saber,

também, se os delinqüentes jovens de classes privilegiadas, que por muito maiores razões não poderiam praticar infrações, têm merecido o mesmo tratamento. Na verdade, são entregues aos pais. O ECA, certo ou não, compõe um sistema legal que deve ser aplicado e obedecido.

“Se o direito é outorgado ao adulto, deve ser outorgado ao adolescente.

“Permitir-se a um adolescente tratamento mais severo do que receberia o maior imputável autor da mesma transgressão é algo que assombra os ministros do Superior Tribunal de Justiça, para quem os rigores na aplicação de uma medida, sobretudo a restritiva de liberdade, devem ser ainda maiores em se tratando de pessoa em desenvolvimento. De qualquer forma, sob disfarce de medida simplesmente educativa, a internação, como já dito, por muitas vezes foi aplicada nas instâncias inferiores sem observância de benefícios outorgados a maiores situações que, à quase unanimidade, foram corrigidas no terceiro grau de jurisdição”.

7 – Por aí se percebe que a minha convicção, longe de desconsiderar a decisão proferida nos autos da Apelação Criminal nº 03.007124-5, desta comarca, relatada pelo eminente Des. Torres Marques, assim ementada [“Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratamento diferenciado entre adolescentes e adultos. Adolescentes e adultos. Inconstitucionalidade. Não-ocorrência. Inteligência do art. 6º do ECA. Ação para apuração de ato infracional. Lesões corporais leves e ameaça. Ausência de representação da vítima. Aplicação analógica das disposições acerca da ação penal para a apuração de crimes cometidos por adultos. Inviabilidade. Fundamento lógico que justifica a diferenciação das ações penais em função do interesse da vítima na aplicação da pena não-aplicável à medida socioeducativa prevista no ECA. Sentença reformada. Recurso provido.”], pretende aplicar aos adolescentes em conflito com a lei todas as disposições da Parte Geral do Código Penal antes indicadas, sob pena de aplicar subsidiariamente apenas o que prejudica, e não o que beneficia.

Em resumo: ao adolescente se aplica, dentre outros institutos, legítima defesa, estado de necessidade, erro de tipo, erro de proibição, prescrição e a ação penal pública, condicionada à representação e privada, estas últimas dependendo de manifestação expressa da vítima.

8 – Destaco, por fim, e com a mesma importância, que, apesar de estar regulamentada no Código Penal, a matéria relativa à ação penal, consoante a melhor doutrina, é matéria processual penal, justificando, ainda mais, a aplicação no âmbito da Infância e Juventude.

Fernando da Costa Tourinho Filho⁴ explica: “A despeito da natureza processual do direito de ação, tema inquietante tem sido pertinente ao enquadramento do instituto da ação penal no sistema normativo. [...] A matéria é, com efeito, de Direito Processual. As regras contidas nos arts. 100 a 106 do Código Penal, pondera Frederico Marques, melhor ficariam no CPP. Na legislação penal deveriam

4 – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 79.

permanecer, tão-somente, os preceitos da parte especial que discriminam, nos delitos em espécie, os casos de ação penal pública dependentes de representação do ofendido e os casos de ação privada. Se as normas processuais penais visam a regular a atividade necessária para tornar evidente a relação jurídico-penal, não se pode negar seja a ação penal um instituto nitidamente processual penal”.

Em sendo a matéria processual – ação penal ou infracional – a sua extensão aos adolescentes é decorrência expressa do art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Nada mais que isso.

9 – No caso presente, a vítima se manifestou expressamente sobre o seu desinteresse em processar o filho, tendo decorrido, ademais, o prazo do art. 38 do CPP. E, sem representação, com a devida vênia, não há interesse em processar o adolescente, falecendo, pois, legitimidade ao representante do Ministério Público.

10 – Por tais razões, *julgo extinto* o feito, ante a inexistência de representação, nos termos do art. 38 do CPP. Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Transitada em julgado, archive-se.
Joinville, 06 de abril de 2004.

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
Juiz de Direito

ADOLESCENTE INFRATOR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS PENAIS ATINENTES ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA. CABIMENTO.

Primeiro Juizado Regional da Infância e Juventude
Porto Alegre
Data: 22 de julho de 2003.
Autos nº 1285246
Juiz Prolator: José Antônio Daltoé Cezar
Representado: R. S.

Vistos.

O Ministério Público representou contra R. S., qualificado, dando-o como incidente nas previsões do artigo 214, *caput*, do Código Penal.

Consta da representação: "No dia 22 de maio de 2003, por volta das 9h30min, no interior do dormitório do A. R. 31, localizado na Rua C., nesta cidade, o representado, mediante violência presumida, constrangeu I. G. P., de seis anos de idade, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

"Na ocasião, o representado tapou com um cobertor sua cama, que fica na parte de baixo do beliche e deitou-se com o menino, baixando as calças de ambos e introduzindo o pênis no ânus da vítima. Uma monitora flagrou o representado, com o pênis ereto, tentando recolocar as calças da criança".

Seguem o rol com o nome da vítima e de uma testemunha, pedido de internação provisória e de diligências, bem como as peças do boletim de ocorrência circunstanciado.

Recebida a representação na Justiça Instantânea, foi decretada a internação provisória do jovem, que foi ouvido (fls. 42/5). Antecedentes, fls. 47/8.

Submetido o representado à avaliação psiquiátrica, sobreveio aos autos o laudo das fls. 56/60. Defesa prévia nas fls. 62 e 64. Autos de exames de corpo de delito realizados com a vítima acostados às fls. 68/9. Foi colhida a prova oral (fls. 71/4).

Em alegações finais, manifestou-se o Ministério Público pela procedência da representação, entendendo devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do ato infracional, dada a prova testemunhal. Considerando a gravidade do fato, as conseqüências e o prejuízo emocional para a vítima, bem como o teor dos estudos técnicos, pleiteou pela aplicação da medida socioeducativa de internação sem possibilidade de atividades externas, cumulada com as medidas protetivas de tratamento para drogadição e psiquiátrico (fls. 83/7).

A defesa, por seu turno, alegando a negativa de autoria do representado, o depoimento da monitora do Abrigo, o teor do laudo psiquiátrico e ausência de provas quanto à materialidade do fato, pugnou pela improcedência da representação com a conseqüente absolvição de R. Alternativamente, pediu a realização de tratamento psiquiátrico, em conformidade com os dispositivos do ECA (fls. 88/90).

Juntada às fls. 91/2 informação remetida pelo Centro de Internação Provisória Carlos Santos.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Segue a decisão.

A materialidade do ato infracional está indiretamente comprovada pela prova oral produzida.

Quanto à autoria dos fatos, foi negada pelo representado. R. referiu na Justiça Instantânea que usou o cobertor “para fazer uma casinha no beliche”, mas estava só brincando com I. Negou que tenha tentado ou tido relação sexual com ele e que nem mesmo estava com o pênis ereto. Estavam deitados na mesma cama, mas nenhum com as calças baixadas. I. sempre ia ao seu dormitório. É usuário de drogas e já esteve internado diversas vezes, dentre elas no Hospital Universitário de Santa Maria e no Hospital São Pedro. Os pais estão separados. “Nunca transou com uma mulher, mas já transou com outros guris”. Mencionou ser tanto ativo como passivo nas relações. “Transou também com égua, prá fora, quando o pai tinha fazenda” e, ainda, afirmou ter tido sua primeira relação sexual aos cinco anos de idade com outro menino que possuía mais ou menos a mesma idade.

Realizada audiência através do “Projeto Depoimento sem Dano” com a vítima, esta confirmou que uma vez estava no beliche com R., que lhe pediu para baixar as calças, colocando o “pinto em sua bunda”.

A testemunha C. R. L. A., monitora do Abrigo, contou que estava de plantão quando na unidade chegou o Diretor. Levou-o até a sala da monitoria e colocou uma chaleira de água para esquentar. Como mantinha ininterrupto controle sobre R., olhou para o lugar onde o tinha visto pouco antes com I. e, ao observar que não estava ali, passou a procurá-lo. Ao entrar no quarto, encontrou o beliche todo tapado com cobertores. Por conta disso, puxou imediatamente estes cobertores e encontrou R. e I. deitados, meio de lado, com as calças baixadas, “daí eu arranquei o I. dali”. Naquele dia, I. comentou que o representado “estava botando o pinto na bunda dele”. Ao indagá-lo dos motivos pelos quais ele não gritou nem negou-se a acompanhar R., ele respondeu que o representado havia mandado que ficasse quieto e que ficou com medo. Não percebeu traumas em I., até porque ele passou a ter atendimento psicológico individual e em grupo a partir do fato. Calcula que foi, no máximo, cinco minutos o tempo que os perdeu de vista. Dada a exigüidade temporal, pensa que não tenha chegado a acontecer alguma coisa. Não sabe se a “cabaninha” de cobertores já estava feita ou não. Dias antes, havia determinado para R. desfazê-la.

A avaliação psiquiátrica efetuada denotou pobreza de pensamento do representado, que evidencia retardo mental, preservando parcialmente sua capacidade de juízo crítico. Admite o uso de drogas e a própria impulsividade, à qual atribui inúmeras brigas, condutas anti-sociais e violentas, incluindo a falta de controle sobre sua conduta sexual.

A informação remetida pelo Centro de Internação Provisória Carlos Santos diagnosticou, ainda, transtorno mental e do comportamento decorrente do uso de múltiplas drogas, esquizofrenia paranóide, transtornos de hábitos e impulsos e retardo mental leve. Concluiu sugerindo que o adolescente seja mantido em local adequado a sua faixa etária, capaz de manter supervisão psiquiátrica continuada, sendo essencial o uso de medicação psicotrópica e um local capaz de propiciar ao jovem a continência necessária. Além disso, restou atestado que R. não possui condições de entender o caráter ilícito de suas condutas ou determinar-se em consonância com este entendimento.

A prova coligida conta com o depoimento prestado pela pequena vítima, que confirma o abuso, para condenar o representado. A prova testemunhal corrobora no mesmo sentido, tendo a monitora confirmado que I. falou que R. “botou o tico na sua bunda”. Assim, em que pese a ausência de laudo probatório da materialidade, conforme alegado pela defesa, nessas situações, há de ser valorada a palavra da vítima. Ademais, quando da realização do estudo técnico, constatou-se a impulsividade sexual do representado, que até mesmo relatou algumas relações já mantidas. Portanto, tem-se um contexto suficiente capaz de ensejar um decreto condenatório e proporcionar a conseqüente aplicação de medida socioeducativa.

Entretanto, conforme atestado pela avaliação psiquiátrica remetida pelo Instituto onde se encontra o jovem, ele não possui condições de entender o caráter ilícito de suas condutas ou determinar-se em consonância com este entendimento. Trata-se, pois, de jovem inimputável frente a medidas socioeducativas. Assim, não tem como beneficiar-se das medidas previstas pelo art. 112, do ECA, pois não tem como compreender o fim punitivo, pedagógico e curativo destas medidas e agir de forma a adequada para cumpri-las.

Em função do comprometimento mental e dos riscos que impõe a si e aos que lhe estão próximos, impõe-se aplicar-lhe medida protetiva, consistente em uma combinação de previsões, no intuito de buscar-se analogia com as Medidas de Segurança, previstas aos adultos quando, diante do Direito Penal, em situações similares, em consonância com os dispositivos do art. 98, III, 101, V e VI, e 112, § 3º, todos do Estatuto, ou seja, inclusão em programa psiquiátrico, em regime hospitalar, além de tratamento em função de sua toxicomania, isto em estabelecimento adequado e capaz de disponibilizar o atendimento necessário ao jovem, com contenção física. Em outras palavras, em local congênere ao IPF, mas com um perfil mais adequado à faixa etária do representado ou, até mesmo, naquela instituição, pela inexistência de outra que logre dar continência, limites e efetivo tratamento a R.

Face ao exposto, imperativo é julgar procedente a presente ação, tendo-se R. S. como incurso nas previsões do art. 214, *caput*, do Código Penal. Tendo em

conta sua inimizabilidade, vão aplicadas as medidas protetivas antes enumeradas e na forma já estabelecida.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Formem-se os autos de execução de medida de proteção, remetendo-se após ao 3º JIJ, considerando-se que foi ela aplicada em razão da prática de ato infracional.

Após o trânsito em julgado, encaminhe-se a certidão e arquivem-se.

Porto Alegre, 22 de julho de 2003.

JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR
Juiz de Direito Substituto

ADOLESCENTE INFRATOR. DEFICIÊNCIA MENTAL. CABIMENTO DA APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA.

Primeiro Juizado Regional da Infância e Juventude
Porto Alegre
Sentença nº
Data: 12 de abril de 2004.
Autos nº 1285246
Juiz Prolator: Breno Beutler Júnior
Representado: R. S.

Vistos.

O Ministério Público representou contra R S., qualificado, dando-o como incidente nas previsões do artigo 214, *caput*, do Código Penal.

Consta da representação:

“No dia 22 de maio de 2003, por volta das 9h30min, no interior do dormitório do A. R. 31, localizado na Rua C., nesta Cidade, o representado, mediante violência presumida, constrangeu I. G. P., de seis anos de idade, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

“Na ocasião, o representado tapou com um cobertor sua cama, que fica na parte de baixo do beliche, e deitou-se com o menino, baixando as calças de ambos e introduzindo o pênis no ânus da vítima. Uma monitora flagrou o representado, com o pênis ereto, tentando recolocar as calças da criança”.

Seguem o rol com o nome da vítima e de uma testemunha, pedido de internação provisória e de diligências, bem como as peças do boletim de ocorrência circunstanciado.

Recebida a representação na Justiça Instantânea, foi decretada a internação provisória de R., que foi ouvido acerca das imputações (fls. 42/5). Antecedentes, fls. 47/8.

Submetido o representado à avaliação psiquiátrica, sobreveio aos autos o laudo de fls. 56/60. Defesa prévia nas fls. 62 e 64.

Autos de exames de corpo de delito realizados com a vítima acostados às fls. 68/9. Foi colhida a prova oral (fls. 71/4).

Em alegações finais, manifestou-se o Ministério Público pela procedência da representação, entendendo devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do ato infracional, dada a prova testemunhal. Considerando a gravidade do fato, as conseqüências e o prejuízo emocional para a vítima, bem como o teor dos estudos técnicos, pleiteou pela aplicação da medida socioeducativa de internação

sem possibilidade de atividades externas, cumulada com as medidas protetivas de tratamento para drogadição e psiquiátrico (fls. 83/7).

A defesa, por seu turno, alegando a negativa de autoria do representado, o depoimento da monitora do Abrigo, o teor do laudo psiquiátrico e ausência de provas quanto à materialidade do fato, pugnou pela improcedência da representação com a conseqüente absolvição de R. Alternativamente, pediu a realização de tratamento psiquiátrico, em conformidade com os dispositivos do ECA (fls. 88/90).

Juntada às fls. 91/2 informação remetida pelo Centro de Internação Provisória Carlos Santos.

Prolatada sentença que aplicou ao adolescente medida de proteção, em analogia às medidas de segurança, dada sua incapacidade de entendimento quanto à ilicitude de seu agir, restou ela desconstituída pela segunda instância, pelo entendimento da impossibilidade de aplicação, tão-somente, de medida de proteção, sem cumulação de outra, socioeducativa, por falta de amparo legal.

Oportunizada a manifestação das partes, silenciaram.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Segue a decisão.

Quanto à fundamentação da sentença, relativamente à imputação, nada há por fazer, que não seja reiterar os argumentos postos na sentença originária. Assim: “A materialidade do ato infracional está indiretamente comprovada pela prova oral produzida.

“Quanto à autoria dos fatos, foi negada pelo representado. R. referiu na Justiça Instantânea que usou o cobertor ‘para fazer uma casinha no beliche’, mas estava só brincando com I. Negou que tenha tentado ou tido relação sexual com ele e que nem mesmo estava com o pênis ereto. Estavam deitados na mesma cama, mas nenhum com as calças baixadas. I. sempre ia ao seu dormitório. É usuário de drogas e já esteve internado diversas vezes, dentre elas no Hospital Universitário de Santa Maria e no Hospital São Pedro. Os pais estão separados. ‘Nunca transou com uma mulher, mas já transou com outros guris’. Mencionou ser tanto ativo como passivo nas relações. ‘Transou também com égua, prá fora, quando o pai tinha fazenda’ e, ainda, afirmou ter tido sua primeira relação sexual aos cinco anos de idade com outro menino que possuía mais ou menos a mesma idade.

“Realizada audiência através do ‘Projeto Depoimento sem Dano’ com a vítima, esta confirmou que uma vez estava no beliche com R., que lhe pediu para baixar as calças, colocando o ‘pinto em sua bunda’.

“A testemunha C. R. L. A., monitora do Abrigo, contou que estava de plantão quando na unidade chegou o Diretor. Levou-o até a sala da monitoria e colocou uma chaleira de água para esquentar. Como mantinha ininterrupto controle sobre R., olhou para o lugar onde o tinha visto pouco antes com I. e, ao observar que não estava ali, passou a procurá-lo. Ao entrar no quarto, encontrou o beliche

todo tapado com cobertores. Por conta disso, puxou imediatamente estes cobertores e encontrou R. e I. deitados, meio de lado, com as calças baixadas, 'daí eu arranquei o I. dali'. Naquele dia, I. comentou que o representado 'estava botando o pinto na bunda dele'. Ao indagá-lo dos motivos pelos quais ele não gritou nem negou-se a acompanhar R., ele respondeu que o representado havia mandado que ficasse quieto e que ficou com medo. Não percebeu traumas em I., até porque ele passou a ter atendimento psicológico individual e em grupo a partir do fato. Calcula que foi, no máximo, cinco minutos o tempo que os perdeu de vista. Dada a exigüidade temporal, pensa que não tenha chegado a acontecer alguma coisa. Não sabe se a 'cabaninha' de cobertores já estava feita ou não. Dias antes havia determinado para R. desfazê-la.

"A avaliação psiquiátrica efetuada denotou pobreza de pensamento do representado, que evidencia retardo mental, preservando parcialmente sua capacidade de juízo crítico. Admite o uso de drogas e a própria impulsividade, à qual atribui inúmeras brigas, condutas anti-sociais e violentas, incluindo a falta de controle sobre sua conduta sexual.

"A informação remetida pelo Centro de Internação Provisória Carlos Santos diagnosticou, ainda, transtorno mental e do comportamento decorrente do uso de múltiplas drogas, esquizofrenia paranóide, transtornos de hábitos e impulsos e retardo mental leve. Concluiu sugerindo que o adolescente seja mantido em local adequado a sua faixa etária, capaz de manter supervisão psiquiátrica continuada, sendo essencial o uso de medicação psicotrópica e um local capaz de propiciar ao jovem a continência necessária. Além disso, restou atestado que R. não possui condições de entender o caráter ilícito de suas condutas ou determinar-se em consonância com este entendimento.

"A prova coligida conta com o depoimento prestado pela pequena vítima, que confirma o abuso, para condenar o representado. A prova testemunhal corrobora no mesmo sentido, tendo a monitora confirmado que I. falou que R. 'botou o tico na sua bunda'. Assim, em que pese a ausência de laudo probatório da materialidade, conforme alegado pela defesa, nessas situações há de ser valorada a palavra da vítima. Ademais, quando da realização do estudo técnico, constatou-se a impulsividade sexual do representado, que até mesmo relatou algumas relações já mantidas. Portanto, tem-se um contexto suficiente capaz de ensejar um decreto condenatório e proporcionar a conseqüente aplicação de medida socioeducativa.

"Entretanto, conforme atestado pela avaliação psiquiátrica remetida pelo Instituto onde se encontra o jovem, ele não possui condições de entender o caráter ilícito de suas condutas ou determinar-se em consonância com este entendimento. Trata-se, pois, de jovem inimputável frente a medidas socioeducativas. Assim, não tem como beneficiar-se das medidas previstas pelo art. 112 do ECA, pois não tem como compreender o fim punitivo, pedagógico e curativo destas medidas e agir de forma adequada para cumpri-las".

Face ao exposto, imperativo é julgar procedente a presente ação, tendo-se R. S. como incurso nas previsões do artigo 214, *caput*, do CP.

Quanto à medida a ser aplicada, impõem-se inúmeras considerações, contudo.

Primeiramente, traz-se à colação (na íntegra) acórdão da 8ª Câmara Cível em situação análoga, com grifos desta sentença:

“Apelação Cível nº 70004795159, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre. Ato infracional. Adolescente com indícios de incapacidade mental. Internação. Descabimento. Havendo indícios nos autos de que o representado apresenta incapacidade de entender o caráter lícito 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.

“A. M. F., apelante – Ministério Público, apelado. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em desconstituir a sentença para reabrir a instrução, nos termos dos votos a seguir transcritos. Custas, na forma da lei.

“Participaram do julgamento, além do signatário, as eminentes Senhoras Doutoras Agathe Elsa Schmidt da Silva e Jucelana Lurdes de Pereira dos Santos. Porto Alegre, 05 de setembro de 2002. Des. José S. Trindade, Relator.

“Relatório. Des. José S. Trindade (Relator) – Partes. Trata-se de apelação interposta por A. M. F. nos autos da representação contra si ofertada pelo Ministério Público.

“Sentença recorrida. Inconforma-se o insurgente com a sentença que julgou procedente a representação, aplicando-lhe medida socioeducativa de internação, sem possibilidades de atividades externas, cumulada com medida protetiva de tratamento para drogadição e tratamento psicológico (fls 109/113).

“Razões recursais: em resumo, alega o apelante que admitiu prática do ato descrito na representação, tendo negado, apenas, ter atirado contra os policiais militares. Sustenta que os documentos juntados comprovam que o adolescente vem recebendo tratamento psiquiátrico desde abril de 2001, sendo que foi internado várias vezes no Hospital Pronto Socorro, além de já ter sido internado também no Hospital Psiquiátrico São Pedro. Assevera que há prova nos autos, através das avaliações psicológicas, que o recorrente tem grave comprometimento mental, onde foi diagnosticada esquizofrenia, necessitando de tratamento específico para sua doença. Pede provimento (fls. 119/122).

“Contra-razões: ao contra-arrazoar, o apelado pugna pela manutenção da sentença monocrática (fls.123/130). Mantida a sentença recorrida (fl.130v.) os autos foram remetidos a esta Corte.

“Ministério Público: em parecer das fls. 135/136, o Procurador de Justiça opinou pelo improvemento do presente recurso. É o relatório.

“Voto. Des. José S. Trindade (Relator) – O recurso está em condições de ser conhecido, mas seu exame fica prejudicado. A sentença deve ser desconstituída, e a instrução do procedimento deve ser reaberta.

“A exemplo do que ocorre na esfera penal com os inimputáveis que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, são inteiramente incapazes da entender o caráter ilícito do fato praticado (art. 26, *caput*, do

Código Penal) ou não são inteiramente capazes de entender tal ilicitude (parágrafo único do precitado art. 26), quando então lhes serão aplicadas medidas de segurança (arts. 96 a 99 do CP). Também para os adolescentes há a previsão da aplicação de medida de proteção, conforme arts. 98 a 102 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Assim, aplicando-se analogicamente o disposto no art 26 do Código Penal à esfera menorista, se o adolescente ao praticar o ato infracional era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, deve ficar isento de medida socioeducativa e receber medida de proteção. Se não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato. A medida socioeducativa poderá ser substituída pela medida de proteção, por aplicação analógica do art. 98 do Código Penal.

“Há informações nos autos de que o representado apresenta ‘núcleo psicótico intenso’ (estudo psicológico, fl. 07), esquizofrenia dos tipos ‘paranóide’ e ‘desorganizado’ (laudo psicológico, fl. 72) e ‘esquizofrenia hebefrênica’ e ‘deterioração comportamental intelectual e social, após desencadeamento da doença psicótica’ (laudo psiquiátrico, fl. 100).

“Ou seja, há sérios indícios nos autos – até porque o representado já foi internado em hospital psiquiátrico com ‘surto psicótico’ (conforme se vê do boletim de atendimento da fl. 51 e verso) – de que ele fosse inteiramente incapaz ou não inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato descrito na representação, com o que não poderá receber o mesmo tratamento que um adolescente infrator comum, mas sim, deverá receber medida de proteção específica. Na hipótese de ser inteiramente incapaz, sequer poderá receber aplicação de medida socioeducativa.

“Por isso é que laudo psiquiátrico específico nesse sentido deveria ter sido elaborado nos presentes autos. Ou seja, valiação psiquiátrica deverá ser procedida no juízo *a quo* indicando se o representado era inteiramente incapaz ou não inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, para que possamos avaliar do cabimento de medida socioeducativa ou de medida de proteção.

“De outra banda, também deverá ser informado pelo juízo singular se há estabelecimento especial para o cumprimento de medida de proteção para tratamento psiquiátrico hospitalar ou ambulatorial para adolescentes.

“Assim, pelo todo exposto, outro caminho não resta senão desconstituir a sentença para determinar a elaboração de avaliação psiquiátrica no representado para o fim acima aludido, devendo o representado ser posto em liberdade já que se encontra internado em razão da medida que lhe foi imposta na presente sentença. É o voto. Dra. Agathe Elsa Schmidt da Silva – De acordo. Dra. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos – De acordo”.

A base legal deste aresto (em sentido absolutamente oposto daquele constante destes autos), embora não mencionada especificamente, está no dispositivo do inciso VII do art. 112 do ECA (Das Medidas Socioeducativas) que prevê a possibilidade de aplicação de “qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”, uma vez verificada a prática de ato infracional, segundo seu *caput*. O aludido art. 101 enumera as medidas de proteção, cabíveis quando presentes as circunstâncias

elencadas no art. 98 (todos do diploma legal invocado), dentre elas, “em razão de sua conduta” (inc. III).

Apesar de isso poder levar à conclusão da possibilidade de aplicação tão-somente de medida de proteção, ante a prática de ato infracional, não esposa o signatário esta corrente, pelo entendimento de que o “sua conduta” diz com o surgimento de situação de risco, em decorrência dela (sua conduta), para o próprio jovem, e não para terceiros, caso dos atos infracionais graves, caracterizados pela violência ou grave ameaça à vítima (art. 122, I), de molde a autorizar a internação (medida privativa de liberdade, não hospitalar). Para esta situação, salvo melhor entendimento em contrário, a norma regente é aquela do parágrafo terceiro do art. 112, que está inserido no capítulo referente às medidas sócioeducativas. Entender de modo diverso é admitir que o legislador propiciou tratamentos distintos para situações análogas, fez dispositivos “supérfluos”, porque disciplinou duas vezes o mesmo tema, de formas diversas, embora semelhantes. O posicionamento deste magistrado, portanto, é de que, frente a ato infracional grave, não se pode olvidar da proteção da sociedade, que também vem insculpida na medida socioeducativa, pela via da privação da liberdade e o impedimento, assim, da reiteração, pelo óbice material, pela contenção física, corporal, o que não é contemplado nas medidas de proteção (que “não implicam privação de liberdade”). Viável, portanto, apenas e tão-somente, a aplicação de medida de internação, observadas, por óbvio, as exigências trazidas pela regra do parágrafo terceiro do art. 112, e esta, se for o caso, cumulada com medidas de proteção específicas e convenientes à situação.

Em decorrência exatamente do teor deste dispositivo legal, do § 3º do art. 112, verifica-se, primeiro, que o legislador previu a possibilidade de prática de ilícitos por adolescentes portadores de “doença ou deficiência mental”, tanto que sua inserção se dá no Capítulo IV do ECA, “Das Medidas Socioeducativas” e que, segundo, estabeleceu o procedimento a adotar, determinando que recebam “tratamento individual e especializado” e, ainda mais, em “local adequado às suas condições”. Assim sendo, não há como falar de falta de previsão legal para tal internação, doutra banda, também é impossível não vislumbrar desta redação a similitude com as medidas de segurança previstas para os adultos. Dita “internação”, contudo, necessita de “local adequado”, para que o jovem possa beneficiar-se dela, e aí o diferencial com a simples internação (privação de liberdade) que está destinada aos demais infratores.

Por evidente, não há que se cogitar de providência tão gravosa para delitos de pequeno potencial ofensivo, ainda que praticado por jovens com problemas mentais, pois, para estes, até mesmo uma remissão pura e simples, caso não tenham condição de entendimento para mais do que isso, resolve a questão dita “penal”, restando, via medida protetiva, de tratamento psiquiátrico ou psicológico, atendidas suas outras necessidades que, no caso, preponderam.

Por estas razões todas é que não segue este magistrado a linha de pensamento da doutrina colacionada e de lavra do Dr. Saraiva, daquelas que embasa-

ram a sentença antes desconstituída, com o devido respeito ao seu signatário e, ainda menos, das referências da citada Dra. Vera, quando afirma que o ECA “não contempla previsão legal de medida de segurança ou análoga” e que inexistente no estado “local que possa ser enquadrado no estabelecido na decisão”. Tanto a situação é diversa que não cabe lamentar a “internação” de R. porque foi adequadamente “privado de liberdade”.

Óbvio, R. cometeu um delito grave (não só um, mas tal não é a questão a discutir aqui), logo, capaz ou não de entender a ilicitude de seu agir, impõe-se sua privação de liberdade, sendo indiferente se isso se dá por decreto de internação ou pelo reconhecimento de “medida de segurança” no já batido dispositivo do art. 112, § 3º, do ECA. Se, por um lado, no direito penal, se absolve o agente para então aplicar a medida de segurança (teoria da culpabilidade), não se vislumbra qualquer problema, na área da adolescência, em condená-lo, aplicar-lhe uma internação e determinar que ela seja cumprida na forma do diploma já citado, cumulando ou não medida de proteção, o que parece despiciendo, dado que o tratamento já faz parte das previsões ali contidas, exceto alguma situação especial.

Quanto ao local, nada faz concluir não possa ser a FASE, embora o ideal fosse uma casa própria a tanto. Evidentemente, descabe “misturar” este tipo de jovem com o infrator dito “comum”. Parece ser isto contraproducente para ambos, contudo, havendo reserva de espaço próprio e “adequado”, além de “tratamento”, “individual” e “especializado”, não se culminaria por concluir, tal como a nobre colega da 3ª Vara que, de modo lamentável, “pela primeira vez em sua vida R. recebe o atendimento a que tem direito”. Houvesse atendimento anterior, é muito provável não ocorresse a internação. Chegada a situação a este ponto, contudo, vem a ser gratificante ver os resultados obtidos (peças que seguem juntadas a esta sentença).

Por fim, mostra-se de todo pertinente noticiar do ingresso recente de ação civil pública tendo por objeto a criação do espaço e de programa hábil ao trato da situação. (Também aqui vai ilustrada a decisão com cópias do inquérito civil público que lhe serviu de esteio). Diante de tudo isso, verifica-se trilhado um caminho e, inquestionavelmente, vislumbrado um destino. Sem dúvidas, muito há por fazer, entretantes inegáveis os progressos já alcançados.

Assim, julgada procedente a presente ação e condenado R. S. por incurso nas previsões do art. 214, *caput*, do CP, decorrente dos argumentos antes explicitados, vai aplicada a ele a medida socioeducativa de *internação, sem possibilidade de atividades externas*, na forma preconizada pelo § 3º do art. 112 do mesmo diploma legal, a ser cumprida, na falta de local melhor, em estabelecimento da FASE.

O jovem deverá ser reavaliado em seis meses, conforme previsto no art. 121, § 2º, da Lei 8.069/90.

Tendo em conta o trâmite da execução, pela ausência de efeito suspensivo ao recurso e a progressão já efetivada, com extremo sucesso, a medida supra vai

substituída por liberdade assistida, pelo prazo inicial de seis meses, cumulada com medida protetiva consistente nos tratamentos já estabelecidos, do que R. deverá fazer comprovação perante o juízo próprio.

Formem-se os autos de execução de medida, remetendo-os ao 3º JIJ, para eventual redirecionamento à Comarca de Caçapava.

Após o trânsito em julgado, encaminhe-se a certidão e arquivem-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 12 de abril de 2004.

BRENO BEUTLER JÚNIOR
Juiz de Direito

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007315922 7ª CÂMARA CÍVEL PORTO ALEGRE

ECA. ATO INFRACIONAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INTEMPESTIVIDADE DO APELO, QUE LEVA AO NÃO-CONHECIMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA DE OFÍCIO, EM RAZÃO DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS PENAIS ATINENTES ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA. NÃO CONHECERAM DO APELO E, DE OFÍCIO, DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA.

R. S., apelante – Ministério Público, apelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os Desembargadores integrantes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em não conhecer do apelo e, de ofício, desconstituir a sentença. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Maria Berenice Dias, Presidente, e José Carlos Teixeira Giorgis.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 2003.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Relator.

RELATÓRIO

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Relator) – Inicial. O Ministério Público apresentou representação contra o adolescente R. S., pela prática da infração tipificada no art. 214 do CP, porque, conforme narra a vestibular: “No dia 22 de maio de 2003, por volta das 9h30min, no interior do dormitório do A. R. 31, localizado na Rua C., nesta cidade, o representado, mediante violência presumida, constrangeu I. G. P., de 6 anos de idade, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

“Na ocasião, o representado tapou com um cobertor sua cama, que fica na parte de baixo do beliche, e deitou-se com outro menino, baixando as calças de ambos e introduzindo o pênis no ânus da vítima. Uma monitora flagrou o representado, com o pênis ereto, tentando recolocar as calças da criança”.

Sentença. A representação foi julgada procedente, mas, em virtude da inimputabilidade do adolescente, visto o seu comprovado comprometimento mental, o juízo aplicou-lhe medidas de proteção consistentes em tratamento psiquiátrico em regime hospitalar, e tratamento ao toxicômano (fls. 93/96).

Apelação. Irresignado, o adolescente apela da decisão, negando a prática da infração imputada. A cabana de lençóis foi feita apenas a título de brincadeira entre o adolescente e a criança. O espaço de tempo em que ficaram juntos, sem a vigilância dos monitores do abrigo, foi curto, insuficiente para a ocorrência da conduta tipificada. Ademais, o exame de lesão corporal e verificação de ato libidinoso constatou que não existiu nenhuma violação à integridade física da vítima. Assim, inexistente a comprovação material do ato infracional. Diante do exposto, requer a improcedência da representação (fls. 104/106).

Contra-razões. Em resposta, o Ministério Público pugna pela manutenção da decisão de primeiro grau (fls. 107/115).

Parecer. O parecer de segundo grau, de lavra da Procuradora de Justiça Maria Regina Fay de Azambuja, é, preliminarmente, pelo não-conhecimento do apelo por intempestividade e pela nulidade da sentença em virtude de embasamento, exclusivamente, em princípios de Direito Penal, afastando-se dos fundamentos da ação socioeducativa. No mérito, pelo improvimento da apelação. Recomenda, ainda, a aplicação de medida protetiva de tratamento psicológico à vítima (fls. 120/133).

Diligência. Foi enviado ofício ao 3º Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, solicitando informações detalhadas sobre a situação do adolescente (fls. 134/135).

Informações. A magistrada informou que o adolescente encontra-se recolhido na FASE. Ponderando que o ECA não contempla previsão legal de “medida de segurança” ou análoga, e que não existe no Rio Grande do Sul local adequado que pode ser enquadrado no estabelecido na decisão. Então, buscando a melhor solução da situação, buscou-se com a Assessora Técnica do Juizado o desligamento do adolescente da FASE e sua colocação na rede de proteção. Porém, depois de longa e persistente busca, constatou-se há recusa sistemática do recebimento do jovem pelos abrigos e hospitais. A magistrada, então, deixou de consignar o desligamento da FASE, porque no local o adolescente está muito bem atendido, estudando, freqüentando oficinas e regularmente medicado. Por fim, foram anexadas as informações colhidas pela assistência técnica (fls.137/142).

Vista. Deu-se nova vista ao Ministério Público, que exarou parecer no mesmo sentido do anterior (fls. 144/159). É o relatório.

VOTO

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Relator) – Estou em acolher a preliminar de não-conhecimento do apelo, face à intempestividade, nos precisos termos do bem-lançado parecer ministerial, de lavra da eminente Procuradora de Justiça Maria Regina Fay de Azambuja, que, quanto ao ponto, transcrevo: “O Defensor Público foi intimado da sentença em 29-07-03 (fl. 101v.). O recurso, interposto em 20-08-03 (fl. 104), se mostra flagrantemente intempestivo, por inobservância do prazo previsto no art. 198, inc. II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

In casu, foram aplicadas ao apelante as medidas protetivas de tratamento psiquiátrico, em regime hospitalar, além de tratamento contra a drogadição (fl. 96),

devendo a intimação da sentença recair, exclusivamente, na pessoa do defensor, nos termos do art. 190, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula (*in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*, Coordenador Munir Cury e outros, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 570/571): “Excluindo-se da intimação da sentença de internação ou semiliberdade, nos demais casos (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e medidas de proteção aplicáveis ao infrator) estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente que a intimação far-se-á unicamente na pessoa do defensor (art. 190, § 1º)” (grifo nosso).

Deste entendimento compartilha a jurisprudência: “Ato infracional. Prestação de serviços à comunidade. Intempestividade da apelação. Não sendo aplicadas as medidas de internação ou regime de semiliberdade, a intimação é feita apenas na pessoa do defensor. A tempestividade é pressuposto recursal, e sua inobservância impede o exame da irresignação. Inteligência do art. 190, §1º, do ECA. Recurso não conhecido, por maioria” (TJRGS, AC n.º 70005161476, em 06-11-02, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, São Lourenço do Sul).

“A manifestação do apelante, no sentido do desejo de recorrer da sentença que lhe aplicou as medidas de proteção (fl. 102v.), não afasta o caráter intempestivo do apelo. A intimação e a manifestação positiva do adolescente, no sentido de recorrer da decisão, se refere, *exclusivamente*, aos casos de aplicação de medida privativa de liberdade (internação e semiliberdade), conforme se vê o art. 190, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, cabe transcrever parte do voto do eminente Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 70005009519 (TJRGS, 7ª Câmara Cível, julgado em 16-10-02, Farroupilha): “Por oportuno, *destaco que é irrelevante a manifestação pessoal do apelante, visto que a sentença aplicou-lhe a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade*, e somente quando se trata de medida privativa de liberdade é que se reclama a intimação pessoal do infrator” (grifo nosso). Opina-se, assim, pelo não-conhecimento do apelo, porquanto intempestivo”.

Embora não conhecido o recurso, há que examinar a segunda preliminar suscitada pelo Ministério Público, de nulidade da sentença, por haver-se embasado, “exclusivamente, nos princípios do Direito Penal, afastando-se dos fundamentos da ação socioeducativa” (fl. 124).

Com efeito, o magistrado singular, constatando a incapacidade do adolescente em agir de acordo com o entendimento limitado que possui acerca da ilicitude de seus atos (conf. Laudo da fl. 56/60), deixou de aplicar medida socioeducativa, e, fazendo uso da analogia com os princípios do Direito Penal relativos à aplicação de medidas de segurança aos inimputáveis, aplicou-lhe medida protetiva, resultante de “uma combinação de previsões” (fl. 96), e consistente na “inclusão em programa psiquiátrico, em regime hospitalar, além de tratamento em função de

sua toximania, isto em estabelecimento adequado e capaz de disponibilizar o atendimento necessário ao jovem, com contenção física” (fl. 96).

Dissertando sobre o tema, preleciona João Batista da Costa Saraiva: “Questão ainda muito mal resolvida no sistema de atendimento a adolescentes infratores diz respeito ao mandamento inculcado no art. 112, § 3º., do ECA, relativamente ao direito assegurado aos adolescentes infratores portadores de doença ou deficiência mental em receber atendimento individual e especializado, em local adequado às suas condições. Qual o local adequado e a quem incumbe esta responsabilidade? O ECA silencia neste aspecto, extraindo-se a convicção, pelo sistema proposto pela norma, que prevê um atendimento em rede, de que a responsabilidade por este atendimento seria dos setores de saúde. [...] O ECA não fornece maiores elementos para fixação de regras de atendimento a adolescentes com este perfil, silencia se a medida socioeducativa (de internação, por exemplo) fica suspensa ou não durante o tratamento individual e especializado que necessita o jovem; tratamento este, muitas vezes, de longo prazo. [...] Impõe-se, pois que se criem mecanismos viabilizando a existência de unidades especiais de atendimento, com custódia, em especial em face de situações de jovens agressivos e violentos, ou se qualifiquem equipes de atendimento especial”. (*Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, Ed. Liv. do Advogado, Porto Alegre, 1999, pp. 125/126)

As dificuldades resultantes do quadro acima traçado e do cumprimento da medida imposta no caso em exame foram de imediato percebidas pela eminente magistrada substituta do 3º JRIJ, que, por solicitação deste Relator, enviou as informações das fls. 137/138, onde conclui que, frustrados todos os esforços para encontrar um local de atendimento adequado para o adolescente, viu-se forçada a mantê-lo na FASE, registrando que “é lamentável, mas ‘privado de liberdade’, pela primeira vez em sua vida, R. recebe o atendimento a que tem direito”.

Diante desse quadro, não tenho como divorciar-me do entendimento ministerial também nesse ponto, especialmente quando destaca que “muito embora o laudo psiquiátrico afirme que o adolescente não tenha condições de entender o caráter ilícito de sua conduta (fls. 59/60), não há como deixar de aplicar ao apelante medida socioeducativa, eventualmente cumulada com medida de proteção, por absoluta falta de amparo legal” (fls. 125/126).

Entretanto, a aplicação de medida socioeducativa nesta instância mostra-se aqui inviável, ante a inexistência de apelo do Ministério Público. Por isso, outra solução não resta a não ser em, de ofício, desconstituir a sentença, por sua nulidade – pela aplicação analógica das normas relativas às medidas de segurança previstas para maiores – determinando o retorno dos autos à origem para nova decisão de acordo com os fundamentos da ação socioeducativa. Em conclusão: não conheço do apelo e, de ofício, desconstituo a sentença.

Desª Maria Berenice Dias, Presidente – De acordo.

Des. José Carlos Teixeira Giorgis – De acordo.

Julgador de 1º grau: Jose Antonio Daltoé Cezar

CONCLUSÕES DOS ENCONTROS

CONCLUSÕES DO 1º ENCONTRO ESTADUAL DE JUÍZES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Bento Gonçalves-RS – Dezembro/2002

MATÉRIA CÍVEL

1. POLÍTICAS PÚBLICAS: Atuação do Juiz da Infância e da Juventude em duas frentes: uma, de instalação e colaboração à constituição e funcionamento dos Conselhos (COMDICA e Conselho Tutelar), outra, de efetiva participação comunitária (paralela – pessoal), com atração dos diversos segmentos sociais. É de extrema importância a sintonia entre Juiz e Ministério Público nas questões da infância. *(Aprovado por unanimidade)*

2. EQUIPES TÉCNICAS:

2.1. Vedação de realização de estudo social pelos Conselhos Tutelares, Oficiais de Justiça, Oficiais de Proteção ou qualquer profissional sem habilitação específica. *(Aprovado por unanimidade)*

2.2. Admissão da feitura de relatório de constatação, pelos Conselhos Tutelares e Oficiais de Proteção/Justiça. *(Aprovado por maioria)*

2.3. Melhor estruturação dos juzados regionais, visando à efetiva regionalização. *(Aprovado por unanimidade)*

3. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO:

3.1. Reconhecimento da competência dos Conselhos Tutelares para execução de medidas de proteção e da necessidade de estruturação dos Conselhos Tutelares para que possam fiscalizar. *(Aprovado por unanimidade)*

3.2. Necessidade da ampliação do número de vagas públicas para internação hospitalar específica para a infância e juventude. Iniciar movimento político, com expedição de ofício ao Conselho Regional de Psiquiatria. *(Aprovado por unanimidade)*.

3.3. Conveniência de orientação do CONSIJ quanto ao procedimento para internação hospitalar. *(Aprovado por unanimidade)*.

4. Adoção de recém-nascido (adoção direcionada/admissão da adoção *intuitu personae*).

Conveniência do ajuste de um procedimento entre hospitais e Judiciário (modelo de Porto Alegre), retirando o Conselho Tutelar do circuito do processo de adoção, ressalvadas as hipóteses de provocação do Poder Judiciário. *(Aprovado por unanimidade)*.

5. Dar visibilidade à rede de atendimento mediante requisição ao COMDICA de todos os programas de atendimentos registrados. *(Aprovado por unanimidade)*.

5.1. Fomentar o debate em face dos três níveis de garantia preconizados pelo ECA (políticas públicas, medidas de proteção e medidas sócioeducativas). *(Aprovado por maioria)*

5.2. Buscar o fortalecimento do Conselho Tutelar, estimulando o debate sobre a legislação municipal referente à composição do Conselho, visando a sua qualificação. *(Aprovado por maioria)*

5.3. Enfatizar a competência do Conselho Tutelar na aplicação das medidas protetivas, evitando a superposição de atividades e as repetidas ações destinadas à aplicação das medidas protetivas em nível judicial. *(Aprovado por maioria)*

5.4. Ressalvada a colocação em família substituta, a competência judicial protetiva é subsidiária e não concorrente com a do Conselho Tutelar, justificando-se apenas quando comprovadamente esgotadas as providências a cargo do Conselho. *(Aprovado por maioria)*

6. No consentimento dos genitores para adoção mediante comparecimento espontâneo, é de se afirmar a imprescindibilidade de avaliação social e/ou psicológica da genitora, dado o estado puerperal. *(Aprovado por unanimidade)*

6.1. Insistir na identificação do suposto genitor, oportunizando sua ouvida. *(Aprovado por maioria)*

6.2. A decisão judicial respectiva a tal consentimento acarreta a extinção do pátrio poder. *(Aprovado por maioria)*

7. Propor a realização de termo de cooperação, versando sobre a medida de abrigamento, com o Conselho Tutelar, entidades de abrigo, Conselho Municipal, Poder Executivo Municipal e a interveniência do Ministério Público, tomando-se como sugestão o Termo firmado pelo Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, publicado no *site* da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça. *(Aprovado por unanimidade)*

8. Propor que os Juízes com jurisdição na área da Infância e da Juventude se abstenham de expedir portarias genéricas disciplinando ingresso, permanência e participação de crianças e adolescentes em estabelecimentos e espetáculos, nos termos do art. 149, § 2º, do ECA. *(Aprovado por unanimidade)*

9. Descabe ao Juiz da Infância e Juventude a concessão de alvará para autorizar que adolescentes trabalhem, ressalvadas as hipóteses do art. 98 do ECA, recomendando-se divulgação e esclarecimentos à comunidade. *(Aprovado por unanimidade)*

10. Em que pese não ser *a priori* ilegal, a adoção dirigida não é recomendável, devendo-se adotar cautelas quanto à legitimidade do consentimento materno, bem como promover, como regra, a observância do Cadastro de Pretendentes à Adoção, inclusive advertindo e responsabilizando entidades e pessoas que promovam o agenciamento de crianças para adoção. *(Aprovado por unanimidade)*

11. Recomendar que os Juízes da Infância e da Juventude participem do controle da escolaridade, incentivando e promovendo a utilização da FICAI. *(Aprovado por unanimidade)*

12. ABRIGO: É conveniente a criação de abrigos em todos os Municípios, no mínimo, nas diversas microrregiões, preservando-se as peculiaridades locais, quando se tratar de portadores de necessidades especiais.

Os abrigos devem ser de pequeno porte, aproximando-se o máximo possível de uma realidade familiar, mantidos eventuais vínculos de parentesco, e preservado o caráter temporário da medida. Adota-se posição contrária à compra de vagas em outros Municípios, por gerar prejuízo ao vínculo da criança ou do adolescente com as suas realidades pessoais e por transferir responsabilidade de um administrador para outro. Excepcionalmente, quando houver necessidade, em situações especiais, o município poderá responsabilizar-se pelo pagamento de despesas em entidades privadas. *(Aprovado por unanimidade)*

13. O apadrinhamento afetivo é necessário e conveniente para concretização dos direitos e garantias de crianças e adolescentes abrigados, resgatando o sentimento de pertencimento. No entanto, deve ser verificada, do ponto de vista prático, a adequação do atual programa. A responsabilização pela organização e seleção do cadastro deve ser das ONGs, mediante homologação judicial. Deve-se, ainda, deixar claro aos padrinhos e apadrinhados quais as conseqüências do apadrinhamento afetivo, notadamente sobre as diferenças entre essa medida e a adoção. *(Aprovado por unanimidade)*

14. Em atenção ao princípio da prioridade absoluta, o Poder Público pode ser compelido, por meio de ação civil pública, a realizar valores no tocante ao Fundo Municipal das Crianças e dos Adolescentes, ainda que sem a existência de previsão orçamentária. *(Aprovado por unanimidade)*

15. A competência do Juiz para determinar a internação do portador de doença mental e/ou necessidades especiais rege-se pelas disposições da Lei nº 10.216/2001, devendo o Juiz intervir em caso de internação compulsória. *(Aprovado por unanimidade)*

16. REGISTRO DE NASCIMENTO: Continua em vigor o art. 47 do ECA, em virtude do princípio constitucional de proteção à criança e por haver flagrante equívoco de redação no art. 10, incs. II e III, do Novo Código Civil. *(Aprovado por unanimidade)*

17. Efetividade da regra do art. 227 da CF: A regra da discricionariedade administrativa não pode ser alegada para a inobservância do princípio da prioridade absoluta, nos casos concretos. *(Aprovado por unanimidade)*

18. GUARDA PREVIDENCIÁRIA: Não se admite a guarda para fins exclusivamente previdenciários. *(Aprovado por maioria)*

19. Não há necessidade de Resolução do Conselho Municipal para implementação dos programas de atendimento por meio de ação civil pública. *(Aprovado por maioria)*

MATÉRIA CRIMINAL

1. Afirmar a imediata necessidade de uma Lei de Execuções de Medidas Socioeducativas. *(Aprovado por unanimidade)*

2. Incluir urgentemente o módulo do Juizado da Infância e da Juventude no Sistema Themis de Informática do 1º Grau. *(Aprovado por unanimidade)*

3. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA: Sem prejuízo da sua finalidade pedagógica, é penal a natureza jurídica da medida socioeducativa, devendo sua aplicação e execução ser revestidas de todas as garantias correspondentes. *(Aprovado por unanimidade)*

4. MUNICIPALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE MEIO ABERTO: Ratificam o enunciado nº 2 do CONSIJ, segundo o qual “É de responsabilidade do Poder Executivo Municipal, e não do Poder Judiciário, promover execução do atendimento de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de meio aberto, nos termos do art. 88, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente”. *(Aprovado por unanimidade)*

5. A responsabilidade do Poder Executivo Municipal pela implementação e execução do programa de MSE em meio aberto não exime a co-responsabilidade do Poder Executivo Estadual pelo financiamento e assessoramento técnico. *(Aprovado por unanimidade)*

6. Solicitar ao Tribunal de Justiça respaldo às gestões institucionais do processo de Municipalização no âmbito estadual, bem como retaguarda técnica para a viabilização de sua implantação no âmbito local. *(Aprovado por unanimidade)*

7. Realizar, no primeiro semestre de 2003, encontros para definir a atuação regionalizada nas sedes dos Juizados Regionais, visando à implementação de MSE em meio aberto nos Municípios abrangidos. *(Aprovado por unanimidade)*

8. Ressalvada a hipótese do inc. VI do art. 136 do ECA, é ilegal o exercício de atribuições na área socioeducativa pelo Conselho Tutelar. *(Aprovado por unanimidade)*

9. REMISSÃO: Ratificam o enunciado nº 1 do CONSIJ, segundo o qual “Estará constitucionalmente apta a receber homologação judicial apenas a remissão transacionada entre o Ministério Público, adolescente autor de ato infracional, seus pais ou responsável, desde que estes tenham sido assistidos por advogado ou defensor público.” *(Aprovado por maioria)*

10. É recomendável que a homologação da remissão seja realizada em audiência, na qual pode também ocorrer o ajustamento da medida com o Ministério Público, precedido da oitiva do adolescente, acompanhado de defensor técnico. *(Aprovado por maioria)*

11. No interesse e com o consentimento do adolescente e sua defesa, o Juiz pode alterar a medida ajustada na remissão, nos termos do art. 128 do ECA, inclusive por ocasião da sua homologação. *(Aprovado por maioria)*

12. É inconstitucional o art. 127 do ECA, ao autorizar a remissão com aplicação de medida sem o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade,

por submeter o adolescente à constrição penal sem a caracterização da responsabilidade correspondente. *(Aprovado por maioria)*

13. O descumprimento da medida ajustada na remissão pode acarretar a regressão nos termos do art. 122, inc. III, do ECA, desde que observado o devido processo legal tanto no ajustamento da remissão quanto na execução, representado pela garantia de defesa técnica e realização de audiência para apuração do descumprimento, assegurada a oitiva do adolescente. *(Aprovado por maioria)*

14. A regressão da medida de meio aberto deve respeitar o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e o rigor na sanção socioeducativa tanto no que se refere à utilização ou não, quanto no que se refere à duração da eventual privação da liberdade. *(Aprovado por unanimidade)*

15. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE: A medida de internação é una, podendo cumprir-se em regime com ou sem atividades externas. A não-especificação na sentença importa autorização para início de cumprimento, com possibilidade de saídas, não impedindo sua revogação pelo Juiz da execução se o adolescente não se mostrar apto para tal fim. *(Aprovado por maioria)*

16. As medidas supervenientes por fatos anteriores ao cumprimento de internação poderão ser unificadas com esta. Não serão considerados em detrimento do adolescente, no entanto, fatos pelos quais não tenha sido responsabilizado em sentença, ainda que homologatória, de remissão. *(Aprovado por maioria)*

17. Na internação provisória, a jurisdição da execução não se transfere, se diverso, ao juízo com jurisdição sobre a unidade de internação. *(Aprovado por maioria)*

18. Na internação por regressão, a jurisdição da execução se transfere, se diverso, ao juízo com jurisdição sobre a unidade de internação. *(Aprovado por maioria)*

19. Para o caso de cumprimento da medida em comarca diversa da sentença, deve ser formado e remetido o processo de execução, não se adequando a tal fim a utilização de carta precatória. *(Aprovado por unanimidade)*

CONCLUSÕES DO 2º ENCONTRO ESTADUAL DE JUÍZES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Canela-RS – Dezembro/2003

1. Referendar, em todos os seus termos, a nota oficial do CEDICA-RS, datada de 25-11-03, posicionando-se contra a redução da idade penal. *Aprovado por unanimidade*, com recomendação de imediata comunicação à Presidência do CEDICA.

2. Aplicar o instituto da prescrição relativamente ao ato infracional. *(Aprovado por maioria)*

3. Encaminhar aos candidatos à Presidência do TJ-RS proposta de compromisso político quanto à manutenção dos encontros dos Juízes da Infância e da Juventude. *(Aprovado por unanimidade)*

4. Sugerir ao CONSIJ a realização de encontros regionais para preparação do Encontro Estadual. *(Aprovado por maioria)*

5. Realizar encontros eventuais com os Escrivães que atuam em Varas da Infância e da Juventude. *(Aprovado por unanimidade)*

6. Rogar aos colegas que, quando da *internação de adolescente em hospital psiquiátrico*, observem:

– preliminarmente, na tentativa de solução local, que o Ministério Público ajuíze ação civil pública para obrigar o Município a pagar a vaga em rede privada, se não houver na rede pública;

– posteriormente, que o Ministério Público ou Defensoria Pública ajuíze pedido de avaliação médica e internação compulsória, com pedido de antecipação de tutela;

– caso o Município não obtiver vaga, que sejam, então, estes atos deprecados (e não remetido mandado) à Comarca da Capital, para avaliação médica e eventual internação;

– que seja providenciado serviço de atendimento local quando da desinternação do paciente. *(Aprovado por unanimidade)*

7. Incentivar o cumprimento do inc. IX do art. 136 do ECA: assessoramento pelo Conselho Tutelar do Poder Executivo na elaboração de proposta orçamentária.

O Conselho Tutelar não tem competência para executar programas de medidas socioeducativas em meio aberto. *(Aprovado por unanimidade)*

8. Adotar mecanismos para a efetivação dos registros de nascimento. *(Aprovado por unanimidade)*

9. Os requisitos do art. 41 do CPP para o recebimento da denúncia encontram correspondência na redação do § 1º do art. 182 do ECA, não havendo entre eles antinomia. Por isso, inaplicável o teor do § 2º do art. 182 do ECA, não devendo ser recebida a representação, com fundamento na ausência de justa causa

para o processo, ressalvadas as hipóteses de atos infracionais correspondentes a infrações de menor potencial ofensivo, observado-se o art. 77, *caput*, da Lei nº 9.099/95.

A representação oferecida pelo Ministério Público deve ser instruída com documento que identifique o adolescente.

Devem ser observadas as formalidades do art. 226 do CPP no reconhecimento do adolescente, com a presença dos pais ou responsáveis e Advogado. *(Rejeitada por maioria)*

10. Adequar, imediatamente, os Juizados da Infância e da Juventude ao Sistema Themis de Informática. *(Aprovado por unanimidade)*

11. Atualizar, anualmente, com verificação e retificação de dados, o cadastro dos habilitados à adoção, em cada comarca. *(Aprovado por unanimidade)*

12. Sugerir, nas comarcas onde houver abrigos, a adoção de medidas de fiscalização pelo Juiz, tais como: obrigatoriedade de informação ao juízo, em 48 horas, dos casos de abrigo; preenchimento de guias pelo Conselho Tutelar contendo todas as informações pertinentes ao abrigado, inclusive o motivo de abrigo; relatórios bimestrais sobre as condições de abrigo, a serem feitos, preferentemente, pela Assistente Social, ou pelo Oficial de Proteção e, na falta deste, pelo Oficial de Justiça. *(Aprovado por maioria)*

13. Objetivar, na implantação da municipalização da execução das medidas de meio aberto, a criação de programas governamentais. Quando, alternativamente, os programas forem baseados no voluntariado e em ONGs, deverão ser considerados como preparatórios da futura incorporação do programa na estrutura de serviços e de orçamento municipal. *(Aprovado por unanimidade)*, com recomendação de remessa ao titular da Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social.

14. Em casos de adolescente infrator portador de doença mental (art. 26 CP), julgar improcedente a representação e aplicar medida de segurança. *(Rejeitada por maioria)*

15. Em casos de adolescente infrator portador de doença mental (art. 26 do CP), julgar improcedente a representação e aplicar medida de proteção. *(Aprovado por maioria)*

16. Recomendar a construção de estabelecimento adequado ao cumprimento da medida preconizada pelo art. 112, parágrafo 3º, do ECA. *(Aprovado por maioria)*

17. É possível que lei municipal estabeleça requisitos para o cargo de Conselheiro Tutelar, além dos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, obedecido o princípio da razoabilidade.

Os Conselheiros Tutelares são agentes públicos em sentido amplo, cujos direitos e deveres deverão ser regulados em legislação específica.

A Vara da Infância e da Juventude é a competente para o julgamento de processo em que se verifica a conduta irregular de Conselheiro Tutelar. *(Aprovado por maioria)*

18. Nas ações contra entes públicos que versem sobre as matérias elencadas no art. 208 do ECA, a competência é das Varas da Infância e da Juventude e, em grau recursal, das Câmaras Especializadas respectivas, observado o art. 209 da mesma legislação.

Nas demais ações contra entes públicos, a competência é das Varas da Fazenda Pública, onde houver.

O Ministério Público é parte legitimada para promover ação civil pública na defesa de interesse individual da criança e do adolescente. *(Aprovado por unanimidade)*

19. Havendo reiteração de ato infracional durante o cumprimento de medida socioeducativa de internação, o prazo máximo de 03 anos conta-se a partir da data da última sentença que aplicou nova medida de internação, ressalvada a hipótese de internação provisória. *(Aprovado por maioria)*

20. Para adequação de procedimentos registraes da adoção entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil, deve a adoção ser inicialmente averbada (art. 10, III, do CC) no registro originário do adotando, sendo o registro, ato contínuo, cancelado e lavrado novo registro (art. 47 do ECA). *(Aprovado por unanimidade, sugerindo-se à Corregedoria-Geral da Justiça a expedição de provimento a respeito)*

21. A idade mínima para adoção é de 18 anos (art. 1.618 do CC). Revogação tácita do art. 42 do ECA. *(Aprovado por maioria)*

22. É cabível o restabelecimento do poder familiar, por meio de ação própria, no mesmo grau de jurisdição. Desnecessária a ação rescisória. *(Aprovado por unanimidade)*

23. A competência para o desligamento do adolescente internado, quando ultrapassado o prazo do art. 183 do ECA, é do Juiz do processo de apuração do ato infracional. *(Aprovado por unanimidade)*

24. No caso de recusa de vagas para internação, cumprir o art. 185, §§ 1º e 2º, do ECA, e comunicar à Corregedoria-Geral da Justiça. *(Aprovado por unanimidade)*

25. Cabe ao Juiz da execução fixar o prazo da internação por substituição/regressão (art. 122, III, § 1º, do ECA), quando o Juiz que a determinou não a tenha fixado, respeitado o prazo legal.

Não há óbice à substituição/regressão de medida socioeducativa em meio aberto quando o adolescente já completou 18 anos e não responde a outros atos infracionais. *(Aprovado por unanimidade)*

