



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

# JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

*ANO III  
Nº 5*

*Periodicidade: quadrimestral  
Tiragem: 1.450 exemplares*

Conselho de Supervisão de Juízes da  
Infância e da Juventude – CONSIJ  
Corregedoria-Geral da Justiça  
Porto Alegre, março de 2005.

## EXPEDIENTE

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

Elaboração: Dr. José Antônio Daltoé Cezar, Juiz de Direito do 2º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Impressão: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques – DAG/TJ

Editoração: Ana Luiza de Mesquita Maia 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.

ISSN 1807-0957

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  
Dr. LEOBERTO NARCISO BRANCHER

*Juizado Regional de Osório*  
Dra. CLÁUDIA JUNQUEIRA SULZBACH

*Juizado Regional de Passo Fundo*  
Dr. CLÓVIS GUIMARÃES DE SOUZA

*Juizado Regional de Novo Hamburgo*  
Dr. VOLNEI DOS SANTOS COELHO

*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

Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas – Carla Carvalho Leite ....	9
Reflexões sobre o instituto da remissão e o Estatuto da Criança e do Adolescente – João Batista Costa Saraiva .....	25
Homoparentalidade por adoção no Direito brasileiro – Roberto Arriada Lorea .....	37
O caminho da judicialização e a produção de subjetividade da criança vítima: uma interlocução e/ou uma contradição – Sonia Biehler da Rosa ..	45
A origem como herança – Sylvia Baldino Nabinger e Verônica Petersen Chaves .....	61
PARECER .....	73

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

[www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)

*Link* Infância e Juventude.

**DOUTRINA**





# DA DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: ASPECTOS HISTÓRICOS E MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS

CARLA CARVALHO LEITE  
Promotora de Justiça-RJ

## I – BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL DESDE O ESTADO IMPERIAL

Desde a formação do Estado imperial brasileiro (1822–1889) até o início da República Velha, os olhares sobre a criança no Brasil passaram por questões de saúde – preocupação liderada pela Medicina higienista –, pela responsabilidade penal (Código Criminal de 1830), pela assistência aos “ingênuos” – assim chamados os filhos de escravas, nascidos após o início da vigência da Lei do Ventre Livre<sup>1</sup> – e pela assistência à criança órfã ou abandonada, que se dava, em grande parte, através do seu acolhimento em instituições mantidas pela Igreja Católica, notadamente as Santas Casas de Misericórdia, que geralmente acolhiam as crianças através das “rodas de expostos”<sup>2</sup>.

No período da República Velha (1889–1930), as atenções voltaram-se para a criança enquanto “problema social”<sup>3</sup>, intensificando-se o recolhimento de “vadios” – assim consideradas as pessoas de qualquer sexo e idade – nas ruas da Capital Federal. Entrou em vigor o Código Penal de 1890, que instituiu a responsabilidade penal a partir dos 09 anos de idade, legitimando, assim, a repressão e a internação de crianças e adolescentes nas chamadas “casas de correção” ou “reformatórios”, instituições destinadas a “menores delinquentes e abandonados”. Enfim, a política de “proteção” à criança, na República Velha, caracterizou-se pelo recolhimento

---

1 – A Lei do Ventre Livre entrou em vigor em 28-09-1871.

2 – MARCILIO, Maria Luiza. *A Roda dos Expostos e a Criança Abandonada na História do Brasil. 1726–1950*, em *História Social da Infância no Brasil*, de FREITAS, Marcos Cezar (org.). São Paulo, Ed. Cortez, 2003. As “rodas de expostos” tiveram origem na Idade Média e foram utilizadas no Brasil desde o período colonial até a década de 1950. Consistiam em dispositivos de forma cilíndrica onde se colocava bebês que se pretendia abandonar. As rodas de expostos eram fixadas no muro ou na janela da instituição e tinham uma divisória no meio. Após depositar a criança na roda dos expostos, o expositor girava a roda, tocava um sino para avisar que um bebê acabava de ser abandonado e se retirava sem ser identificado.

3 – ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. *Olhares sobre a Criança no Brasil: Perspectivas Históricas*, em *Olhares sobre a Criança no Brasil – Séculos XIX e XX*. Org. RIZZINI, Irene. Rio de Janeiro. Série Banco de Dados – 5, Ed. Universitária Santa Úrsula, 1997, pp. 26-27.

em associações filantrópicas subvencionadas pelo Estado e em instituições oficiais.

Na década de 1920, houve importantes marcos referentes à questão infanto-juvenil. Em 1921, na cidade do Rio de Janeiro – que, à época, era o Distrito Federal –, foi criado o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente. Em 1923, foi instituído o Juízo de Menores no Distrito Federal, e, em 1927, entrou em vigor o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como “Código Mello Mattos”, que consolidou normas de assistência e proteção aos menores, extrapolando a esfera do jurídico.

O Código de Menores de 1927 tinha forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre.

Ao tratar do Código Mello Mattos, Rizzini sustenta que “o que o impulsionava era ‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os menores, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação”<sup>4</sup>.

No Governo Vargas (1930–1945), principalmente a partir do pós-1937 (política estadonovista), época em que se pregava a imagem de um Estado neutro e se consideravam o trabalho e a família como os principais objetos de intervenção assistencial, pode-se dizer que a preocupação do Estado com a criança tinha forte cunho assistencialista. Através do DL nº 3.799, de 05-11-41, criou-se o Serviço de Assistência a Menores – SAM<sup>5</sup>, “destinado a atuar junto aos menores desvalidos e delinqüentes”<sup>6</sup>.

Não foi necessário muito tempo para que inúmeras denúncias, advindas até mesmo de diretores do SAM, revelassem a violência cotidianamente praticada contra crianças e adolescentes institucionalizadas. Aliadas a mudanças no cenário político, tais circunstâncias fizeram desencadear o processo de extinção do SAM e de criação de um “novo” sistema, a Política Nacional de Bem-Estar do Menor – PNBEM, que tinha por função instituir o “Anti-SAM”<sup>7</sup>.

A PNBEM, criada no primeiro ano da ditadura militar, que durou 20 anos no Brasil, tinha como meta integrar o “menor” na comunidade e, como discurso, “internar em último caso”<sup>8</sup>. Sua configuração era centralizadora quanto ao planejamento de assistência ao “menor”, partindo as decisões do órgão federal (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM), o qual tinha autonomia financeira

4 – RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, p. 28.

5 – Nas palavras de Martha Abreu e de Alessandra Frota Martinez, o SAM é definido como “órgão cujas atribuições se envolviam com a organização do atendimento, com a realização de estudos sobre os menores e com a racionalização das formas de tratamento”. Ob. cit., p. 30.

6 – RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, p. 47.

7 – RIZZINI, Irene. *A Institucionalização de Crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Edições Loyola, 2004, pp. 33-35.

8 – RIZZINI, Irene. Ob. cit., p. 36.

e administrativa<sup>9</sup>. Por outro lado, a execução da assistência ao “menor” era descentralizada, cabendo tal função aos Estados da Federação, através das Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor – FEBEMs, que não tinham poder de decisão quanto ao planejamento das ações, nem autonomia financeira e administrativa, atributos específicos da FUNABEM.

Até o fim da década de 1970, não houve significativas alterações na “questão dos menores”, apesar de terem surgido algumas vozes que clamavam por mudanças nas políticas públicas relativas à infância e à adolescência<sup>10</sup>. No entanto, na contramão dos anseios dos que clamavam por mudanças no olhar do Poder Público com relação ao tema, foi instituído, no ano de 1979, o novo Código de Menores, que adotou a Doutrina da Situação Irregular – cujos paradigmas serão adiante analisados – e teve curto período de vigência.

Depois de 20 anos de silêncio, o cenário de abertura democrática, iniciado nos anos 80, foi terreno fértil para o debate das múltiplas questões relativas aos direitos humanos, incluindo-se, como não poderia deixar de ser, os direitos da criança e do adolescente. Antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança<sup>11</sup>, a Constituição da República de 1988 rompeu definitivamente os paradigmas da Doutrina da Situação Irregular, adotada pelo Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79), ao consagrar no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral<sup>12</sup>, que veio a ser posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90).

Analisando os pilares de sustentação do sistema vigente anteriormente ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se melhor compreender o que se pretendeu destruir, o que se pretendeu construir e o que ainda se pretende transformar com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

---

9 – ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. Ob. cit., p. 31.

10 – Martha Abreu e Alessandra Frota Martinez, em artigo já mencionado, citam os seguintes marcos históricos daquela época: em 1975, a instituição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, com o objetivo de “investigar as causas de tantos problemas entre as crianças carentes brasileiras”; em 1978, a criação da Pastoral do Menor e do Movimento de Defesa do Menor.

11 – A Convenção da ONU sobre Direitos da Criança foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20-11-89, e a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada no dia 05-10-88.

12 – A Doutrina da Proteção Integral encontra respaldo constitucional no art. 227, *caput*, da Constituição da República: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

## II – CÓDIGO DE MENORES (LEI FEDERAL Nº 6.697/79) – DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E SEUS PARADIGMAS

A Lei Federal nº 6.697/79 instituiu o novo Código de Menores, estabelecendo, no ordenamento jurídico brasileiro, a Doutrina da Situação Irregular, que tinha por destinatários crianças e adolescentes considerados em situação irregular, em conformidade com “tipos abertos” previstos naquela Lei.

Para melhor compreensão acerca da Doutrina da Situação Irregular, convém transcrever os arts. 1º e 2º do Código de Menores de 1979:

“Art. 1º – Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

“I – até 18 anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

“II – entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei.

“Parágrafo único – As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação”.

O art. 2º dispõe sobre a “situação irregular” mencionada no inc. I do art. 1º, nos seguintes termos:

“Art. 2º – Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

“I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

“a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis;

“b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-los;

“II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

“III – em perigo moral devido a:

“a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

“b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

“IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

“V – com desvio de conduta, em virtude de grave estado de inadaptação familiar ou comunitária;

“VI – autor de infração penal.

“Parágrafo único – Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial”.

Observa-se que a expressão “situação irregular”, nos termos da Lei ora comentada, englobava os casos de delinquência, vitimização e pobreza das crianças e dos adolescentes, além de outras hipóteses extremamente vagas, que autorizavam a atuação amplamente discricionária do Juiz de Menores. De fato, o Código de Menores instituiu tipos abertos para caracterizar situações irregulares que justificariam a intervenção do Estado, através do Juiz de Menores, na vida da criança ou do adolescente que estivesse “em perigo moral” ou “com desvio de conduta”.

Menores autores de infração penal, menores “privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”, menores vítimas de maus-tratos, menores com “desvio de conduta”, menores em “perigo moral”, menores privados de representação ou assistência legal... Todos estavam em situação irregular.

Outro dado importante é o de que o Código de Menores não fazia qualquer distinção entre menor abandonado e menor delinqüente, considerando ambos em situação irregular e, portanto, passíveis de aplicação das mesmas medidas – geralmente, a de internação –, cujo cumprimento, em ambos os casos, se dava numa mesma unidade de atendimento. Apesar do discurso de internação “em último caso” pregado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor – PNBEM, instituída no primeiro ano do Golpe de 1964, na verdade, era expressivo o número de internações em decorrência da chamada “situação irregular”<sup>13</sup>.

A respeito do assunto, cumpre destacar a lição de Martha Abreu e Alessandra Frota Martinez, para quem o Código de Menores de 1979 “reafirmava a concepção de anormalidade dos ‘menores criminosos e delinqüentes’, ampliando seu leque de ações ao caracterizar uma série de situações chamadas de ‘risco’ (abandono, violência doméstica, pobreza, indigência, exploração do trabalho, criminalidade, vícios, orfandade, etc.) nas quais a intervenção do Estado – via Judiciário – seria legítima e necessária”<sup>14</sup>.

A Doutrina da Situação Irregular, nas palavras de João Batista Costa Saraiva, “é aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social, assim definida legalmente (no revogado Código de Menores, em seu art. 2º)”<sup>15</sup>.

Sob a vigência do Código de Menores havia, portanto, uma clara distinção entre “criança” e “menor”, considerando-se “criança” o(a) filho(a) proveniente de família financeiramente abastada e “menor” o(a) filho(a) de família pobre, consistindo a assistência à infância, mais especificamente aos “menores” – assim considerados os que se encontravam no vasto conceito legal de “situação irregular” –, na proteção da criança contra a ação ou a omissão de sua família, vista pelo Poder Público, em suas três esferas (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), e, por vezes, pela própria família, como incapaz de educá-la.

Em interessante estudo sobre a história da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil, Irene Rizzini, com base em dados estatísticos e textos da FUNABEM, constata que as próprias famílias manejavam o sistema de internamento, buscando internar seus filhos em idade escolar, “desejando um ‘local seguro onde os filhos estudam, comem e se tornam gente’ ”<sup>16</sup>. Por oportuno, convém

13 – RIZZINI, Irene. Ob. cit., pp. 36-39.

14 – Ob. cit., pp. 31-32.

15 – SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 14.

16 – RIZZINI, Irene. Ob. cit., p. 40.

transcrever trecho em que a citada autora, ao concluir sua análise sobre o tema, pontua crítica pertinente a respeito da Doutrina da Situação Irregular: “A legislação menorista confirmava e reforçava a concepção da incapacidade das famílias pobres em educar os filhos. O novo Código de Menores, instaurado em 1979, criou a categoria de ‘menor em situação irregular’, que, não muito diferente da concepção vigente no antigo Código de 1927, expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza”<sup>17</sup>.

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a “situação irregular”, o “menor” passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado “menor em situação irregular”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do “menor” no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor<sup>18</sup>.

Por fim, e nem por isso menos importante, ao se tratar da Doutrina da Situação Irregular e seus paradigmas, não se poderia deixar de tecer comentários a respeito do Juiz de Menores, autoridade a quem o Código de 1979 incumbia várias atribuições que ultrapassavam a função jurisdicional.

Sobre o tema assim leciona Edson Seda<sup>19</sup>: “O Código ampliou a função legislativa do magistrado, atribuindo-lhe o poder de determinar medidas de ordem geral à sociedade, através da instituição da chamada ‘portaria’; facultou a qualquer pessoa e encarregou as autoridades administrativas (na prática, a Polícia e o Comissariado de Menores) a conduzir ao magistrado os menores encontrados na referida situação irregular; deu ao magistrado amplos poderes para praticar atos *ex officio*, provenientes da caracterização do Juiz como autoridade que assume totalmente funções que pedagógica, funcional e democraticamente deveriam ser distribuídas entre vários estratos da sociedade e da Administração Pública; no caso dos infratores, fez do magistrado a autoridade que investigava os fatos, denunciava ou acusava, defendia, sentenciava e fiscalizava suas próprias decisões, ou seja, o novo Código instaurou o processo inquisitivo para aqueles a ele submetidos”.

---

17 – RIZZINI, Irene. *A Institucionalização de Crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Edições Loyola, 2004, p. 41.

18 – Tratou-se da Política Nacional do Bem-Estar do Menor na parte introdutória deste trabalho.

19 – SÊDA, Edson. *O Novo Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Bloch, 1991, citado em RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, pp. 72-73.

Observa-se que o Código de 1979 atribuía ao Juiz de Menores o exercício de função essencialmente legislativa, através do poder de editar portarias<sup>20</sup>, atos de natureza normativa, bem como a função de aplicar medidas de assistência, utilizando-se do sistema da PNBEM e nele interferindo diretamente, valendo lembrar que a FUNABEM era órgão do Poder Executivo Federal, e a FEBEM, do Poder Executivo Estadual. Em relação aos “menores” que praticavam “infrações penais”<sup>21</sup>, o Juiz de Menores também tinha amplos poderes para agir *ex officio*, aplicando a medida de internação independentemente de provocação por outro órgão ou agente, não se observando o “princípio da inércia”, que constitui uma das características essenciais da função jurisdicional<sup>22</sup>.

Como já se mencionou, foi curto o período de vigência do Código de Menores de 1979. Diante de inúmeras denúncias apontando injustiças cometidas contra crianças e adolescentes internados, além de questões como a prostituição e o trabalho infanto-juvenil, emergiram debates sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como críticas sobre os paradigmas do sistema então vigente, surgindo no cenário político vozes não isoladas que pregavam o fim do estigma decorrente da expressão “menor”, claramente excludente e classista, e das situações (chamadas) de risco, pugnando pelo reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos<sup>23</sup>.

Os anseios de vários segmentos da sociedade acarretaram uma conquista sem precedentes na história brasileira, com a criação, na Assembléia Constituinte, da Comissão Nacional Criança e Constituinte, culminando com a inserção, na Constituição da República, de princípios da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e, especialmente, com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

### III – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E SEUS PARADIGMAS

A Doutrina da Proteção Integral, instituída pela Constituição Cidadã e posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8.069/90 –, rompeu de vez os paradigmas que lhe antecederam: da “situação irregular”, do “assistencialismo”, da “estatalidade” e “centralização” das ações e das “funções anômalas” do Poder Judiciário.

20 – Assim dispunha o art. 8º da Lei nº 6.697/79: “A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder”.

21 – Note-se que estamos nos utilizando da terminologia adotada pelo Código de Menores de 1979, que, no inc. VI do art. 2º, se refere ao (“menor”) “autor de infração penal”.

22 – A doutrina processualista é pacífica ao consagrar o princípio da inércia como inerente à função jurisdicional. O processualista Alexandre Freitas Câmara trata do tema em *Licções de Direito Processual Civil*, vol. I, 1998, Ed. Freitas Bastos, p. 75.

23 – ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. Ob. cit.

No cenário legislativo internacional, a Doutrina da Proteção Integral veio a ser consagrada na Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20-11-89, observando-se, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05-10-88, antecipou-se à Convenção da ONU a respeito dos direitos infanto-juvenis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece logo em seu primeiro artigo que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

No art. 2º, expõe a definição legal de “criança” e de “adolescente”, estabelecendo que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui a toda e qualquer criança e adolescente, sem distinção, uma série de direitos especiais, reconhecendo a sua “condição de pessoa em desenvolvimento” (art. 6º)<sup>24</sup>. Ao contrário do Código de Menores de 1979, que criou um verdadeiro estigma ao voltar a atenção do Estado para “menores em situação irregular”, o Estatuto não estabelece distinções entre “tipos” de crianças e de adolescentes. Na verdade, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que pode estar em “situação irregular” é o Estado ou a sociedade, jamais a criança ou o adolescente.

O Estatuto reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral (art. 3º)<sup>25</sup> e do reconhecimento de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, impõe à família, à sociedade e ao Estado, na mesma linha da Constituição da República (art. 227, *caput*), o dever de assegurar, com prioridade absoluta, a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 4º, *caput*) e define o que se deve entender por “prioridade absoluta” (art. 4º, parágrafo único)<sup>26</sup>.

---

24 – “Art. 6º – Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

25 – “Art. 3º – A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

26 – “Art. 4º – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único – 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.”



Com relação a atos infracionais<sup>27</sup>, houve uma significativa ruptura com o sistema anterior, notadamente no que diz respeito a direitos individuais e garantias processuais. A título de exemplo, note-se que, no sistema do Código de Menores de 1979, a apreensão e a internação de “menores”, incluindo-se, portanto, as crianças, constituíam a regra e se submetiam ao subjetivismo da autoridade competente, o Juiz de Menores. Já o Estatuto somente admite a apreensão de adolescentes (não admitindo a de crianças) em duas hipóteses: em caso de “flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 106, *caput*)<sup>28</sup>. Por sua vez, a medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada nas hipóteses previstas taxativamente na Lei (art. 122, incs. I a III)<sup>29</sup>, a qual também traça limites de ordem temporal para o seu cumprimento (art. 121, §§ 2º a 5º)<sup>30</sup>, inclusive para o caso de internação provisória (“antes da sentença”), conforme se extrai do art. 108<sup>31</sup>.

Em meio a comentários sobre os paradigmas da Doutrina da Proteção Integral, João Batista Costa Saraiva ressalta o seguinte: “A ideologia que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e se sujeitam a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, posto que, analisada a Doutrina da Situação Irregular, se constatava que, para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente”<sup>32</sup>.

---

27 – É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece três sistemas de garantia: o sistema primário, referente às políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes (arts. 4º e 87); o sistema secundário, que se volta a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, que merecem a aplicação de medidas de proteção (arts. 98 e 101); e o sistema terciário, que diz respeito às medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei.

28 – “Art. 106 – Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.”

29 – “Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.”

30 – “Art. 121 – A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 1º – *omissis*. § 2º – A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 06 (seis) meses. § 3º – Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 03 (três) anos. § 4º – Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. § 5º – A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.”

31 – “Art. 108 – A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias.”

32 – Ob. cit., p. 16.

Além de tais aspectos mais diretamente ligados a crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, insta ressaltar que o Estatuto também “redistribuiu” os papéis entre “velhos atores” – Poder Executivo e Poder Judiciário –, definindo suas atribuições, restringindo as funções do Juízo da Infância e da Juventude (que se limitam àquelas previstas nos arts. 148<sup>33</sup> e 149<sup>34</sup>), determinando a municipalização do atendimento (art. 88, inc. I)<sup>35</sup> e prevendo a responsabilização do Poder Público<sup>36</sup> por omissão ou oferta irregular de todos os serviços exemplificativamente elencados no art. 208<sup>37</sup>. Por outro lado, também coloca em cena novos atores,

---

33 – “Art. 148 – A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II – conceder remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção a crianças ou adolescentes; VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis. Parágrafo único – Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimento judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.”

34 – “Art. 149 – Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I – a entrada e a permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão; II – a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º – Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º – As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.”

35 – “Art. 88 – São diretrizes da política de atendimento: I – municipalização do atendimento; II a VI – *omissis*.”

36 – Em razão da “municipalização do atendimento” (uma das diretrizes da política de atendimento previstas no art. 88 do ECA), todos os serviços elencados no art. 208 são de atribuição do Município (BEZERRA, Adão Bomfim. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, pp. 686-689).

37 – “Art. 208 – Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular: I – do ensino obrigatório; II – de atendimento educacional especializado

como o Conselho Tutelar (arts. 131 a 140), o Conselho de Direitos (arts. 88, inc. II, e 89) e a sociedade civil, além de atribuir ao Ministério Público (arts. 200 a 205) funções compatíveis com o seu perfil institucional estabelecido pela Constituição da República.

Numa linha completamente diversa da concepção “menorista”, que incumbia somente ao Poder Estatal o dever de promover ações dirigidas aos estigmatizados “menores”, o Estatuto chama a sociedade civil para promover ações de atendimento (art. 86)<sup>38</sup> e, com base na democracia participativa imposta pela Constituição da República (art. 204, inc. II, c/c o art. 227, § 7º), a convoca para participar da formulação das políticas e do controle das ações em todos os níveis (art. 88, inc. II)<sup>39</sup>, o que se faz através dos Conselhos de Direitos.

Abolindo os paradigmas da centralização das decisões na esfera federal – decisões que emanavam da FUNABEM, de acordo com a Política Nacional do Bem-Estar do Menor – e da promoção de políticas sociais através do Juízo de Menores, o Estatuto determina a municipalização do atendimento – que decorre da descentralização político-administrativa imposta pelo art. 204, inc. I, da Constituição da República – como uma das diretrizes da política de atendimento (art. 88, inc. I), significando que o Município deve “assumir poderes até então privativos daquelas instâncias superiores da Federação brasileira”<sup>40</sup>.

Outra significativa mudança paradigmática consiste na nova feição dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao Ministério Público no trato da defesa dos interesses individuais e transindividuais de crianças e adolescentes, em consonância com o perfil institucional estabelecido pela Constituição da República de 1988.

---

aos portadores de deficiência; III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e aos adolescentes que dele necessitem; VII – de acesso às ações e serviços de saúde; VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade. Parágrafo único – As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei.”

38 – Ao tratar da política de atendimento, o Estatuto assim determina no seu art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

39 – “Art. 88 – São diretrizes da política de atendimento: I – *omissis*; II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III a VI – *omissis*.”

40 – SEDA, Edson. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. Ed. Malheiros, 2002, p. 272.

Em capítulo que lhe é dedicado com exclusividade<sup>41</sup>, o Estatuto confere ao Ministério Público uma série de atribuições relativas à atuação extrajudicial e à deflagração de ações judiciais cuja legitimidade a citada Lei lhe atribui (art. 201), além de determinar a sua intervenção em todos os processos e procedimentos em que não for parte (art. 202), sob pena de nulidade absoluta (art. 204). Determina, ainda, a sua intimação pessoal (art. 203), que se lhe dê vista dos autos depois das partes e faculta-lhe o requerimento de juntada de documentos e a realização de diligências (art. 202), determinando, outrossim, a fundamentação de suas promoções (art. 205).

No intuito de destacar a relevância alçada pelo Ministério Público no cenário da defesa dos direitos infanto-juvenis, cumpre mencionar, nesta oportunidade, as atribuições que lhe incumbe o Estatuto, ainda que sem tecer comentários específicos sobre cada uma delas, a fim de não se escapar do objeto deste trabalho.

O art. 201 do ECA confere ao Ministério Público as seguintes atribuições: legitimação para promover ações em face de adolescentes pela prática de ato infracional e, inclusive, para lhes conceder remissão (incs. I e II); legitimação para promover e acompanhar ações de alimentos, de suspensão e destituição de poder familiar, de nomeação e de remoção de tutores, curadores e guardiães (inc. III)<sup>42</sup>; oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude (inc. III); promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização da hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98 (inc. IV); promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência (inc. V); instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los, expedir notificações para colheita de depoimentos, requisitar condução coercitiva em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais, federais, da Administração Direta ou Indireta, requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas, além de promover inspeções e diligências investigatórias (inc. VI); instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude (inc. VII); zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (inc. VIII); impetrar mandado de segurança, mandado de injunção e hábeas-cópus na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente (inc. IX); representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de

---

41 – O Capítulo V do Título VI do Livro II do Estatuto da Criança e do Adolescente é composto dos arts. 201 a 205, que tratam do Ministério Público.

42 – O dispositivo deve ser aplicado em consonância com o disposto nos arts. 98 e 148, parágrafo único, ambos do ECA.

proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção das responsabilidades civil e penal do infrator, quando cabível (inc. X); inspecionar as entidades (públicas e particulares) e os programas de atendimento, adotando as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas (inc. XI); e requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições (inc. XII).

O Código de Menores de 1979 tratava do Ministério Público no Capítulo III do Título I (“Do Processo”) do Livro II (“Parte Especial”), mais especificamente nos arts. 90 a 92<sup>43</sup>, os quais determinavam, basicamente, que as funções do Ministério Público seriam exercidas pelo Curador de Menores, o qual seria intimado pessoalmente nos processos e procedimentos regulados por aquela Lei e teria livre acesso a qualquer local em que se encontrasse um menor. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou novas e modernas atribuições do Ministério Público, condizentes com o perfil institucional delineado pela Constituição da República de 1988.

No entanto, não se pode deixar de destacar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente ainda traz em seu texto alguns resquícios do chamado “sistema menorista”. No art. 149<sup>44</sup>, permite que o Juiz da Infância e da Juventude edite portarias regulamentadoras (ou disciplinadoras), que, contudo, à luz da nova ordem constitucional, não têm caráter legiferante, ao contrário da portaria instituída pelo Código de Menores de 1979. No intuito de não se ultrapassar o objeto específico deste trabalho, deixa-se de aprofundar, nesta oportunidade, o debate sobre o instituto da portaria disciplinadora, fazendo-se breve menção ao entendimento dominante entre os pensadores da área do Direito da Criança e do Adolescente<sup>45</sup> no sentido de que a portaria disciplinadora, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, configura ato judicial proferido em decorrência de prévia tramitação de procedimento jurisdicional no qual necessariamente deve intervir o Ministério Público, sob pena de nulidade.

Além de tal aspecto, também importa salientar que o Estatuto, ao contrário do Código de Menores, que autorizava ao Juiz de Menores determinar medidas de

---

43 – Lei nº 6.697/79 (Código de Menores): “Art. 90 – As funções do Ministério Público serão exercidas pelo Curador de Menores, ou por quem suas vezes fizer, nos termos da legislação local. Art. 91 – O representante do Ministério Público será intimado, pessoalmente, para qualquer despacho ou decisão proferida pela autoridade judiciária nos procedimentos e processos regulados por esta Lei. Art. 92 – O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre menor”.

44 – O art. 149 do ECA está transcrito na nota de rodapé nº 34.

45 – A respeito do assunto, remete-se o leitor a excelente artigo de autoria do Dr. Murillo José Digiácomo, membro do Ministério Público paranaense, intitulado *O Estatuto da Criança e do Adolescente e as Portarias Judiciais*, publicado na página da *Internet* do Ministério Público do Estado do Paraná, na parte do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente ([www.mp.pr.gov.br](http://www.mp.pr.gov.br)), acessado em 30-06-05.

“ordem geral”, de acordo com seu “prudente arbítrio”, estabelece requisitos específicos e prevê hipóteses taxativas para a edição de portarias. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente somente admite a edição de portarias que tenham por objeto a entrada e a permanência de crianças e adolescentes nos estabelecimentos mencionados no inc. I do art. 149 e a participação de crianças e adolescentes nos eventos mencionados no inc. II do art. 149, estabelecendo, ainda, os limites previstos nos §§ 1º e 2º. Nesse particular, é importante ressaltar que abusos vêm sendo cometidos por grande parte dos Juízos da Infância e da Juventude, não sendo raros casos de instauração de portarias que extrapolam as matérias admitidas taxativamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Que dizer da observância da prévia instauração de procedimento com a intervenção do Ministério Público... Via de regra, edita-se a portaria e se dá posterior ciência de seus termos ao Ministério Público.

Adotando outro resquício do “menorismo”, o Estatuto permite a instauração de auto de infração “por servidor efetivo ou voluntário credenciado” (art. 194, *caput*)<sup>46</sup>. O servidor efetivo – Comissário de Justiça da Infância e da Juventude – e o servidor voluntário credenciado – que, no Estado do Rio de Janeiro, é o “colaborador voluntário” – pertencem aos quadros do Poder Judiciário, sendo lotados no Juízo da Infância e da Juventude. Ora, a instauração de auto de infração por servidor do Poder Judiciário parece contrária ao princípio da inércia, que caracteriza essencialmente a função jurisdicional.

Feitas essas considerações críticas, que, por fugirem ao tema proposto neste trabalho, não devem ser analisadas, pelo menos nesta oportunidade, com a profundidade que merecem, resta concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto do desejo de que crianças e adolescentes – que, durante décadas, ficaram à margem da sociedade brasileira – nunca mais tenham seus direitos fundamentais violados. Infelizmente, ainda nos dias atuais, lêem-se nos jornais manchetes discriminatórias com relação a crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco por omissão do Estado, por omissão de seus pais ou em razão de sua conduta<sup>47</sup>. Ainda são veiculadas matérias jornalísticas – que, na verdade, refletem o pensamento corrente na sociedade – cujo discurso subjacente não muito difere daquelas manchetes de jornal, tão comuns na década de 80, que anunciavam “menor assalta criança”<sup>48</sup>.

---

46 – “Art. 194 – O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, ou por auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.”

47 – Recentemente, foi publicada em jornal de grande circulação nacional a seguinte matéria sobre a operação realizada no Município do Rio de Janeiro denominada “Operação Turismo Seguro”: “Turismo: 130 menores já estão de volta às ruas. Dos 188 detidos em 3 dias, só 17 continuavam em abrigos”.

48 – SARAIVA, João Batista Costa. Ob. cit., p. 15.

Parece que nosso pensar e nosso agir com relação às crianças e aos adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados ainda estão profundamente enraizados nas bases da Doutrina da Situação Irregular. Parece também não ser o Estatuto da Criança e do Adolescente fruto de transformações já sedimentadas. Ao contrário, o Estatuto nos convoca a uma transformação de mentalidade, impondo um modelo que, com o esforço de quem nele acredita e por ele luta, vai, aos poucos, se tornando realidade.

Seria o Estatuto da Criança e do Adolescente uma “lei utópica”, e, por isso, inalcançável o sistema por ele estabelecido? O Estatuto conteria normas praticamente inaplicáveis? Ultimamente, muitas vezes têm-se levantado contra o Estatuto da Criança e do Adolescente, em tons de crítica quanto a um suposto excessivo favorecimento conferido aos sujeitos de direitos a quem dita Lei se dirige. Certamente, o Estatuto não é uma “lei perfeita”, eis que, por princípio, qualquer fruto da atividade humana padece de imperfeições que, paradoxalmente, movem a atividade humana numa constante busca do que falta para se chegar ao perfeito, ao ideal... Contudo, antes de criticá-lo, deve-se refletir até que ponto se permitiu, ao longo desses 15 anos, a aplicação do sistema garantista e inovador imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A quem queira refletir e porventura venha a fazer tais perguntas, responde-se com outra, juntamente com Jorge Trindade, para início de conversa: “Acaso estava equivocado Calderón de La Barca quando percebeu que *la vida es sueño*?”<sup>49</sup> Sem sonho, sem utopia, não há construção.

---

49 – TRINDADE, Jorge. *Delinqüência Juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 181.





# REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA REMISSÃO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA  
Juiz da Infância e da Juventude  
Professor Universitário

Sumário: 1. O instituto da remissão. 2. Perdão e transação. 3. Remissão e regressão. 4. Conclusões.

## 1. O INSTITUTO DA REMISSÃO

O instituto da remissão trouxe agilidade ao sistema de apuração de ato infracional, se constituindo em inovação importante, cuja esteira veio a ser trilhada, em relação a determinados delitos praticados por imputáveis, pela Lei nº 9.099/95, que consagrou o direito de transação no sistema penal adulto brasileiro.

Este instituto faz-se admissível no procedimento do Estatuto em dois momentos: ainda na fase pré-processual (antes do oferecimento da representação), quando será concertada pelo Ministério Público (o Estatuto adota a expressão *concedida* a sugerir a conotação de perdão – remissão simplesmente –, e efetivamente será *concedida* se nenhuma medida socioeducativa for composta cumulativamente, como admite o art. 127) e terá como efeito a exclusão do processo de conhecimento (arts. 126 e 180, II); ou já na fase judicializada, passível de ser aplicada pelo Juiz até antes da sentença, em qualquer etapa do processo (art. 188) com exclusão ou suspensão do processo, algo próximo ao *probation* dos norte-americanos.

É possível que seja concedida remissão ao adolescente, e que, ao mesmo tempo, venha este a se submeter à medida socioeducativa, desde que não seja esta privativa de liberdade. Cabível, pois, cumular remissão com advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, medidas que podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, desde que não incompatíveis entre si.

O instituto da remissão, tal e qual o concebe o Estatuto, encontra sua origem no art. 11 do texto das Regras Mínimas Uniformes das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, Regras de Beijing. O conceito “remissão” constante da tradução para o português<sup>1</sup> foi extraído da versão oficial em espanhol

---

1 – Tradução feita por Maria Josefina Becker e publicada pela primeira vez em português pela FUNABEM, em 1988.

daquele documento, que define o instituto como *remisión*. Como se sabe, os documentos oficiais da ONU são editados em “língua de trabalho”, onde não se inclui o português. No documento em inglês, o instituto chama-se *diversion*, que poderia ser traduzido para o português como “encaminhamento diferente do original”. Cumpre observar que a palavra inglesa *remission*, ato de *remitting* (que significa perdoar ou deixar de infligir uma pena), não foi utilizada na versão em inglês.

A versão em espanhol poderia ter utilizado o termo *derivación*, mais próximo do inglês *diversion*, mas optou por *remisión*, dando a esta expressão um sentido mais amplo do que de simples perdão, pois, em verdade, poderá implicar inclusive a aplicação de medida (não-privativa de liberdade), resultando na supressão do processo judicial ou na sua suspensão.

## 2. PERDÃO E TRANSAÇÃO

A remissão, pois, não se constitui em perdão. Até poderá resultar nisso, mas, riqueza da língua portuguesa, poderá também, quando concertada medida de forma cumulativa com a remissão (art. 127), significar um *remeter* para um procedimento diverso: supressão do processo de conhecimento com instauração de um processo de execução, quando composta medida socioeducativa, ou a suspensão do processo de conhecimento, até que cumpra a medida aplicada, se já instaurado aquele (art. 188).

Geraldine Van Bueren e Anne-Marie Tootell<sup>2</sup>, comentando o art. 11 e alíneas das Regras Mínimas de Beijing, dão a exata dimensão ao instituto, como concebido pela normativa internacional e após transposto para a legislação brasileira nos arts. 126 a 128 do Estatuto, com seu caráter de transação e da possibilidade de restar concertada a aplicação de medida socioeducativa não-privativa de liberdade: *“La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, com frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos com carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de esse modo.*

*“Como se prevé en regla 11.2, la remisión puede utilizar-se en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía, el Ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden reali-*

---

2 – *Administración de la Justicia de Menores: Reglas de Beijing, Defensa de los Niños-Internacional, Secretariado Internacional, com el apoyo del Ministerio de Assuntos Exteriores de Holanda y de la Unión Europea, Ginebra, 1995, p. 14.*

zarla una, varias o todas las autoridades, según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las presentes Reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante.

“La regla 11.3 pone de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor delincuente (o de sus padres o tutores) con respecto a las medidas de remisión recomendadas (la remisión consiste en la prestación de servicios a la comunidad sin dicho consentimiento, constituiría una infracción al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso). No obstante, es necesario que la validez del consentimiento se pueda impugnar, ya que el menor algunas veces podría prestarlo por pura desesperación. La regla subraya que se deben tomar prEstatuto da Criança e do Adolescenteuciones para disminuir al mínimo la posibilidad de corción e intimidación en todos los niveles del processo de remisión. Los menores no han de sentirse presionados (por ejemplo, a fim de evitar la comparencia ante el tribunal) ni deben ser presionados para lograr su consentimiento en los programas de remisión. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervegna una ‘autoridad competente cuado asi se solicite’ en las actuaciones relativas a menores delincuentes.

“[...] recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del processamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los procuran evitar futuras transgressiones de la ley gracias a la supervisión e orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aun cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.)”.

No procedimento de remissão adotado pelo Estatuto, concertado pelo Ministério Público e o adolescente (é imprópria a expressão “concedido”, eis que a remissão operada perante o Promotor de Justiça tem evidente caráter de transação), os autos são encaminhados ao Juiz, que a homologará ou não. Homologada a transação, estará concedida a remissão. Divergindo o magistrado, haverá de encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, para que naquela esfera seja deliberada a manutenção do concerto ou determinado o oferecimento de representação contra o infrator<sup>3</sup>.

---

3 – 1) “Estatuto da Criança e do Adolescente. Menor. Estatuto da Criança e do Adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente). Medida socioeducativa. Imposição, não obstante a concessão de remissão pelo Ministério Público. Inadmissibilidade (ECA, arts. 126 e 181, § 2º). A remissão é faculdade atribuída ao Ministério Público a fim de que se não instaure o procedimento. Se dela o Juiz discorda, não a homologará, mas remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Correição deferida.” (*Biblioteca da Criança e do Adolescente dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – vol. 01/97, CParc nº 1.683-6, TJPR, Rel. Des. Newton Luz, julgada em 10-03-97*)

A remissão concertada perante o Ministério Público, sujeita à homologação pelo Juiz, tem caráter supressivo do processo de conhecimento. Se nesse concerto for proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, faz-se imprescindível que esteja o adolescente acompanhado de advogado para assisti-lo, como forma de assegurar o equilíbrio da relação, sob pena de reeditar-se nessa etapa pré-processual práticas nefastas de inquisitivo do tempo do Código de Menores. Não mais como o Juiz de Menores, mas agora com o Promotor.

Já a remissão, quando concedida pelo Juiz, no curso do processo de apuração de ato infracional – o que pode ser feito a qualquer tempo, até a sentença –, tanto poderá decidir pela extinção do processo quanto por sua suspensão.

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. Reitera-se essa afirmativa 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 Estatuto, decorre de uma interpretação sistêmica 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.

---

(continuação)

2) “A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida socioeducativa aplicada pelo Juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA.” (REsp nº 241.477-SP, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, julgado em 08-06-00)

3) “Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Art. 127. Remissão. Medida socioeducativa. Cumulação. Ausência de constrangimento ilegal. 1. Não há falar em constrangimento ilegal decorrente da homologação pelo Juiz de remissão concedida pelo Ministério Público, simultaneamente à aplicação de medida socioeducativa, prestação de serviços à comunidade, ante a possibilidade de sua cumulação, *ex vi* do art. 127 do ECA. Precedentes.” (REsp nº 191.175-SP, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, de 04-10-99)

4) “Lei nº 8.069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 127. Remissão. Medida socioeducativa. Cumulação. Possibilidade. 1. É possível a cumulação entre a remissão, concedida pelo Ministério Público, e medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, aplicada pelo Juiz.” (REsp nº 141.138-SP, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU*, de 14-12-98)

Visando à previsão legal expressa da presença de defensor nesta audiência, já houve tentativa de aperfeiçoamento do Estatuto no Congresso através de projeto de lei<sup>4</sup>.

No que pertine à remissão concedida pelo Juiz, no curso do procedimento de apuração de ato infracional, posiciona-se o magistrado José Luiz Leal Vieira pela conveniência da concessão de remissão suspensiva, e não extintiva do procedimento, e argumenta: “Sendo concedida remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade e/ou liberdade assistida, o processo fica suspenso até o integral cumprimento dessas medidas. Na hipótese de descumprimento injustificado por parte do adolescente, o processo reinicia onde parou, com possibilidade, conforme o caso, de internação provisória e aplicação, ao final, de medida mais severa do que aquela ajustada em sede de remissão. Dessa forma, apenas suspendendo o feito, a remissão incute no adolescente maior responsabilidade, na medida em que ele, ciente de que o processo não findou, empenhar-se-á mais no correto cumprimento do que foi ajustado”.

Nos Juizados Especiais, onde a transação penal restou consagrada, o tema relativo à obrigação imposta ao réu, visando à efetividade de seu cumprimento, tem produzido debates, tanto que no XVI Encontro Nacional dos Juizados Especiais, realizado em Campo Grande-MS, foi alcançada a seguinte conclusão: A transação penal será homologada de imediato e poderá conter cláusula de que, não cumprida, o procedimento penal prosseguirá.

No Rio Grande do Sul, em sede de Juizados Especiais, quando da audiência a homologação da transação. Com extinção do procedimento, fica condicionada à comprovação do cumprimento do encargo assumido.

O Estatuto, ao tratar da remissão concertada perante o Ministério Público, na fase pré-processual, determina a supressão do processo de conhecimento quando homologada a remissão pelo Juiz. O descumprimento da medida composta, inobstante o disposto no art. 128, por certo não poderá resultar em privação de liberdade, que reclama ampla dilação probatória (art. 127, parte final).

### 3. REMISSÃO E REGRESSÃO

O tema relativo à regressão da medida socioeducativa em meio aberto (reparação do dano, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade) resultante de remissão com imposição de internação-sanção, em face do descumprimento injustificado e reiterado da medida não-privativa de liberdade, carece ter suas práticas revistas. Aqui estabeleço, revendo posição anterior, uma necessária releitura do tema, à luz das garantias constitucionais.

---

4 – Projeto de Lei nº 256, de 1999, de iniciativa da Deputada Luíza Erundina, que introduz o seguinte parágrafo ao art. 179 do ECA: § – A oitiva do adolescente necessariamente será realizada com a presença do advogado constituído, nomeado previamente pelo Juiz da Infância e da Juventude ou pelo Juiz que exerça essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária local.

A possibilidade insculpida no art. 122, III, do Estatuto, com aplicação de medida privativa de liberdade por descumprimento de medida em meio aberto anteriormente imposta, em caso de injustificado e reiterado descumprimento, com observância do módulo máximo da internação pelo período de 03 meses (art. 122, § 1º), somente será cabível se aquela resultar de uma sentença lançada no devido processo de conhecimento, asseguradas todas as prerrogativas de defesa.

A propósito, cumpre salientar que o conceito de reiteração não nos é dado pelo Estatuto, que se utiliza dele duas vezes no art. 122 (tanto no inc. II quanto no inc. III). O entendimento jurisprudencial, na linha ditada pelo Superior Tribunal de Justiça, é de que só há reiteração quando houver três ou mais condutas<sup>5</sup>.

Duas são as possibilidades de remissão: aquela extintiva do processo, composta perante o Ministério Público e homologada pelo juízo, e a judicializada, já recebida a representação, passível de ser imposta a qualquer tempo, até a sentença (art. 188), que poderá resultar na extinção do processo ou na sua suspensão.

Em se tratando de remissão extintiva, a medida que vier a ser imposta (que jamais poderá ser privativa de liberdade) somente poderá ser substituída por outra não-privativa de liberdade.

Do contrário, mesmo em se admitindo (revendo posição anterior) que no curso do processo de execução se assegurará o contraditório e a ampla defesa (em face da prova do descumprimento injustificado e reiterado), a aplicação de medida privativa de liberdade implicará a subtração do direito de defesa do fato originário da sanção, do próprio ato infracional, cuja admissão da autoria, condição para concessão da remissão, não implica culpa, no sentido de responsabilização e reprovabilidade. Essa prática se faz incompatível com o sistema de garantias vigentes, bastando lançar um olhar sobre os procedimentos consagrados no Juizado Especial Criminal, desde o advento da Lei nº 9.099, não se podendo pretender tratar o adolescente de forma mais desfavorável do que o adulto.

Sabendo-se que em sede de remissão não é possível a aplicação de medida privativa de liberdade, como, então, por regressão de medida originária em remissão poderá haver privação de liberdade? Inobstante o disposto no art. 128 do Estatuto, da remissão não poderá resultar privação de liberdade, que reclama ampla dilação probatória (art. 127, parte final).

---

5 – “Hábeas-cópus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes. Internação. Inexistência de reiteração de conduta infracional ou descumprimento de medida socioeducativa anterior. Impossibilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 1. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo menor quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. 2. A teor do art. 122, inc. III, do ECA, não restou configurada a reiteração de descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta ao paciente. 3. Ordem concedida.” (HC nº 27.273-RJ, 5ª Turma do STJ, Relª Minª Laurita Vaz, julgado em 10-06-03, DJU, de 04-08-03, p. 347)

O tema ainda produz debate em renovadas discussões, cabendo rememorar aquele havido em São Bernardo do Campo-SP, por ocasião do I Encontro de Juizes e Promotores da Infância e da Juventude do Grande ABC, promoção do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do ABC, da Escola Paulista de Magistrados e da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, entre 26 e 27-08-93. Naquela ocasião, por maioria, houve o entendimento do cabimento da regressão desde que tenha sido o jovem assistido por defensor quando da composição da remissão perante o Ministério Público (vez que, na remissão concedida diretamente pelo Juiz, o procedimento já se faz instaurado, e, neste caso, a intervenção de advogado de defesa faz-se impositiva, sob pena de nulidade).

O argumento da insusceptibilidade da aplicação da chamada internação-sanção pelo descumprimento reiterado (mais de três vezes, segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça) e injustificado de medida anteriormente imposta, originária em sede de remissão, se afigura mais apropriado, a reclamar reconsideração de posicionamento exposto em trabalhos anteriores<sup>6</sup>.

Em se tratando de remissão simples – ou própria –, sem composição de cumulação de medida socioeducativa, reconhecendo-se que os mecanismos sociais de controle (família, escola, propósito, etc.) forem suficientes, não se cogita discussão. O procedimento resta extinto tão logo homologada pelo juízo.

Se houver composição por advertência (que deverá ser feita em juízo) igualmente, haja vista que a sanção se esgota no ato de admoestação. Formulada a admoestação, o procedimento resta extinto.

Poderá optar-se pela extinção, na homologação da remissão, quando composta outra medida não-privativa de liberdade (reparação do dano, prestação de

---

6 – Em publicação anterior a este trabalho, dissertava que a composição da remissão, com aplicação de medida socioeducativa por decisão judicial, extintiva ou suspensiva do processo de conhecimento, por implicar a formação de um processo de execução de medida socioeducativa, estabeleceria uma nova relação jurídica entre o adolescente e o Estado, onde é buscada a satisfação do “título executivo”. Originava-se este “título” na decisão que homologou o concerto presidido pelo Ministério Público ou concedeu a remissão no curso do processo de conhecimento. Restava formado o respectivo processo de execução de medida, estabelecendo nova relação Estado/adolescente, diversa daquela que existia na fase de conhecimento. No processo de execução, procedimento judicial que é, qualquer incidente envolvendo o adolescente determina a intervenção obrigatória de defensor. Assim, o descumprimento reiterado e injustificado da medida somente poderá ser apurado e declarado à luz do contraditório, com coleta de prova, assegurados a ampla defesa e todos os recursos que lhe são próprios. Haveria, neste caso, a incidência de todas as regras relativas ao devido processo legal, e somente após este procedimento contraditório pronunciar-se-á o Juiz sobre o cabimento ou não da regressão. A regra insculpida no art. 128 do Estatuto é no sentido do cabimento da revisão judicial da medida aplicada por força de remissão, afirmando o art. 99, em sua parte final, a possibilidade de substituição de medida socioeducativa a qualquer tempo. Este argumento, todavia, não sustenta a possibilidade de privação de liberdade. Mesmo em havendo essas garantias, não há possibilidade de haver imposição de internação-sanção por descumprimento de medida ajustada em sede de remissão. Essa somente poderá ser substituída por outra, não-privativa de liberdade.

serviços à comunidade ou liberdade assistida), mas, nesse caso, se extintiva do processo de conhecimento, na hipótese de descumprimento não se poderá cogitar em internamento do adolescente por tal conduta.

Assim, se o Ministério Público pretender infligir um caráter de maior coercibilidade à medida concertada na etapa pré-processual, a alternativa será o oferecimento da representação com proposta de remissão (aos moldes da suspensão condicional do processo na forma expressa na Lei nº 9.099).

A representação será recebida, e o juízo, então, admitida a autoria perante o Ministério Público, com assistência de defensor ou em juízo (onde necessariamente estará assistido por defensor), aplicará a remissão impondo a medida concertada. Em caso de descumprimento da medida, o processo será retomado até a sentença. Em sentença, comprovada a responsabilidade do adolescente, o Juiz aplicará a sanção, que, de regra, será novamente uma medida não-privativa de liberdade, porém, neste caso, seu descumprimento reiterado e injustificado poderá resultar em internação em sede de execução (observado o disposto na Súmula nº 265 do STJ<sup>7</sup>).

Quanto ao fato de o Estatuto facultar ao Ministério Público a possibilidade de concessão de remissão na fase pré-processual, e restar estabelecida a obrigação de o adolescente submeter-se a uma das medidas socioeducativas passíveis de serem aplicadas em remissão, estabeleceu-se, também aqui, polêmica no mundo jurídico, relativamente ao Ministério Público poder ou não aplicar medida socioeducativa no âmbito de sua competência.

A polêmica, já vencida, resultou no advento do Enunciado da Súmula nº 108 do STJ, que estabelece competência exclusiva do Juiz de Direito na aplicação de medida socioeducativa.

Na verdade, o Estatuto, ao estabelecer que a remissão concedida (*rectius* concertada) pelo Ministério Público se sujeita, para sua eficácia, à homologação do Juiz de Direito (que, como já dito, se não concordar com aquela representará ao Procurador-Geral de Justiça, a exemplo do que também ocorre quando divergir acerca de pedido de arquivamento de inquérito), implicitamente afirma que será o Juiz de Direito quem, homologando a transação efetuada, estará aplicando a medida socioeducativa ajustada entre as partes<sup>8</sup>.

Cabe destacar que o adolescente poderá não concordar com a remissão, pois embora esta não implique reconhecimento ou comprovação de responsabili-

---

7 – Súmula nº 265: “É necessária a oitiva do menor antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa”. *DJU*, de 29-05-02, p. 135, *RSTJ* nº 155, p. 457.

8 – “Lei nº 8.069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 127. Remissão. Medida socioeducativa. Cumulação. Possibilidade. 1. É possível a cumulação entre a remissão, concedida pelo Ministério Público, e medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, aplicada pelo Juiz. Não há constrangimento ilegal daí decorrente.” [REsp nº 141.138-SP (97/0050995-8), 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU*, de 14-12-98, p. 268]



de nem prevaleça para efeitos de antecedentes, poderá não convir ao jovem, que tem o direito de desejar provar sua inocência em procedimento formal, máxime se a pretensão do Ministério Público for pela remissão com cumulação de medida socioeducativa.

A propósito do tema, permanece atual a contribuição trazida por Breno Moreira Mussi<sup>9</sup>: “A remissão que se concede – tanto o Ministério Público como o Juiz – ao autor do ato infracional tem um misto de perdão, afrouxamento, diminuição e abrandamento, podendo ser total ou parcial.

“No primeiro caso – remissão ‘própria’ –, haveria o perdão puro e simples, sem aplicação de qualquer medida; no segundo – remissão ‘imprópria’ –, haveria dita aplicação, isolada ou cumulativa, salvo semiliberdade ou internação, conforme o art. 127.

“A remissão será concedida em função da atribuição da prática de ato infracional a adolescente, tanto faz o seja pelo Promotor de Justiça como pelo Juiz de Direito. O momento próprio é que difere: no primeiro, logo após apresentado o adolescente e tomadas as medidas de esclarecimento da situação de fato (arts. 171 a 179, c/c o art. 180, II), convencido o Ministério Público não ser caso nem de arquivamento e nem de representação (art. 180, I e III). No segundo, durante o processo de conhecimento instaurado a partir da representação de que tratam os arts. 180, III, e 182 e parágrafos.

“Como se sabe, a apuração do ato infracional atribuído a adolescente está no Livro II (Parte Especial do Estatuto da Criança e do Adolescente), Título IV (Do Acesso à Justiça), Capítulo III (Dos Procedimentos), Seção V (arts. 171 a 190).

“A apresentação do adolescente ao Órgão do Ministério Público dar-se-á, em princípio, nas dependências do Juizado da Infância e da Juventude, onde o responsável pelo Cartório Judicial (conferir no art. 179) autuará os documentos (auto de apreensão, boletim, relatório, etc.) e informará sobre os antecedentes. Nada impede o seja em outro lugar (instalações do próprio Ministério Público, FEBEM, etc.).

“O Promotor de Justiça tomará as providências pertinentes (ouvirá o adolescente, pais, vítimas, testemunhas, proporcionando os elementos de esclarecimento suficientes para formar convicção, mesmo que provisória) e terá, em princípio, três caminhos a trilhar: promover arquivamento dos autos (art. 180, I), conceder a remissão (*idem*, II) ou representar (*ibidem*, III).

---

9 – *In Breve Contribuição ao Debate sobre a Aplicação de Medidas Socioeducativas ao Adolescente nos Casos de Remissão Concedida pelo Ministério Público*, in *Revista da AJURIS* nº 55, ano XIX, julho de 1992, Porto Alegre, p. 249.

“É claro que as três hipóteses não são esgotantes, vez que se trata de faculdade (poderá), sendo possível prever-se, *v. g.*, necessidade de perícia, vistoria, etc., para poder tomar uma posição definitiva.

“Neste caso, as variações também são muitas: dispensar e designar outro dia para ouvir a vítima, se for impossível fazê-lo no momento, solicitar internamente provisório, etc.

“A opção que o Ministério Público irá adotar, dentre as três acenadas, diz respeito à avaliação do quadro como um todo, no exercício de sua função constitucional.

“No ato da apresentação do adolescente apontado como autor do ato infracional, o legislador brasileiro não previu a hipótese de aplicação de qualquer medida. Seguiu, no particular, as ‘Regras de Beijing’ constantes da 2ª Parte (‘investigação e processamento’), resguardando a 3ª Parte para ‘Decisão Judicial e (aplicação de) medidas’.

“A publicação deste documento normativo internacional pela FUNABEM (‘Série Documentos’, tradução de Maria Josefina Becker) deixou claro que os primeiros contatos devem ser feitos de modo a evitar sofrimento ao adolescente, salientando que ‘o envolvimento da Justiça de Menores pode ser prejudicial em si mesmo para os jovens’ (comentários à regra 10).

“Sobre a remissão nos casos onde houver algum tipo de encaminhamento a instituições da comunidade (regra 11) foi enfatizado, ‘entretanto, a decisão relativa à remissão do caso será submetida ao exame de uma autoridade competente, se assim for solicitado’.

“Assim, confiou ao Ministério Público a tarefa de fazer o primeiro exame e determinar, desde logo, o arquivamento ou conceder a remissão; ou, então, propor a ação socioeducativa para aplicação final da(s) medida(s) correspondente(s).

“O arquivamento e a remissão estão sujeitos à homologação (ou não, caso em que se procederá na forma utilizada aos adultos, ou seja, mediante remessa ao Procurador-Geral, conforme o art. 28 do CPP, *c/c* o art. 181, § 2º). E, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não o diga, de perfeita aplicação as normas dos arts. 41/3 do CPP sobre a adequação instrumental da representação, pena de rejeição (atribuição relativa a fato que não corresponde a um tipo penal, extinção da ‘punibilidade’ por qualquer das causas previstas em lei, etc.).

“Como se vê, seja qual for o caminho adotado, haverá pronunciamento judicial a respeito do tema, esgotando a fase de conhecimento: a) no arquivamento, sequer poder-se-á falar em ‘processamento’, encerrando-se o caso com as meras investigações; b) na remissão, houve exclusão do procedimento relativo à fase de conhecimento, o que resulta diretamente na sentença (homologatória), caso acolhida; e c) na representação, fase de conhecimento em todos os seus trâmites, até final *decisum*.

“A fase da aplicação das medidas está dentro da que trata da decisão judicial, na 3ª Parte das Regras de Beijing e, igualmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

“A razão é a que deriva do art. 189 do ECA, impossibilitante da aplicação de qualquer medida desde que reconhecidas: prova da inexistência do fato (inc. I), não haver prova da existência do mesmo (inc. II), não constituir o fato infracional (inc. III) ou não haver prova tenha o adolescente concorrido para o ato infracional (inc. IV). Estas disposições não estão isoladas, mas dentro do sistema processual penal, como se vê do art. 386, I a IV, do CPP. Em face do que não se poderá falar em aplicação de medida pelo Ministério Público, mesmo em sede de remissão.

“O art. 127 do ECA está situado, topologicamente, depois dos dispositivos que tratam da concessão da remissão pelo Ministério Público (art. 126, *caput*) e pelo Juiz (art. 126, parágrafo único).

“Ora, se em termos institucionais somente o Juiz pode aplicar medidas, ao agente do Ministério Público caberá propô-las, se pretender adicioná-las ao ato da concessão da remissão. Nesta hipótese, o Juiz, depois de certificar-se de que não é o caso do art. 189 e acreditar cabíveis, aceitá-las-á ao ensejo do ato homologatório, o que oportunizará sua execução, nos termos do art. 181, § 1º, do ECA”.

#### 4. CONCLUSÕES

a) O instituto da remissão somente terá natureza de perdão quando aplicado isoladamente. Configura-se como tal na chamada remissão própria. Do contrário, estará associada à idéia de remeter para um procedimento diverso, quando cumulado com aplicação de medida, em caráter supressivo ou suspensivo do processo<sup>10</sup>.

b) Descumprida a medida composta em sede de remissão, se houver sido esta suspensiva do processo, passível a retomada deste até imposição de sanção. Se a opção houver sido pela remissão supressiva do processo, não haverá possibilidade de esta vir a ser revertida em privação de liberdade.

c) Assim, em se tratando de remissão composta pelo Ministério Público na fase pré-processual, admitida a autoria pelo adolescente, assistido por defensor e pretendendo o agente do *Parquet* atribuir caráter de coercitibilidade à medida

---

10 – Se faz atual a decisão lançada no HC nº 597054931, pela 8ª Câmara Cível do TJRS, em 24-04-97: “Hábeas-córpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão com extinção do processo. Aplicação de medida. Impossibilidade. A remissão judicial, perdão que é, como forma de extinção do processo, não comporta aplicação de medida socioeducativa que não se esgote em si mesma. Sendo advertência a única medida com esta característica, só esta tem o condão de ser aplicada na remissão judicial como forma de extinção do processo. As demais medidas cabíveis na exceção legal só podem ser aplicadas com suspensão do processo. Se o magistrado extingue o processo e aplica a medida de prestação de serviços à comunidade, que, por não cumprida, converte em internação, duplo é o constrangimento ilegal sofrido pelo adolescente, reparável pela via de hábeas-córpus”.

composta, haverá de ofertar a representação e juntamente oferecer a proposta de remissão. Recebida a representação e concedida a remissão, naquelas condições, o processo ficará suspenso. Cumprida a medida concertada, imposta pelo Juiz, restará extinto o processo de execução que se formará e, por conseqüência, extinto o processo de conhecimento que restou suspenso. Descumprida a medida socioeducativa, a requerimento do Ministério Público ou da entidade executora da medida socioeducativa de meio-aberto, após prévia escuta do adolescente, poderá o processo de conhecimento ser retomado até a sentença.

d) A imposição de internação-sanção (art. 122, III, do Estatuto), apta a implicar regressão da medida de meio-aberto para outra privativa de liberdade, supõe que tenha havido na aplicação da medida descumprida o devido processo, com ampla dilação probatória.

e) Medida socioeducativa originária em remissão não poderá ensejar privação de liberdade.

# HOMOPARENTALIDADE POR ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

ROBERTO ARRIADA LOREA

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Mestre e Doutorando em Antropologia Social (UFRGS). Pesquisador associado ao Núcleo de Pesquisa em Antropologia do Corpo e da Saúde, NUPACS/UFRGS. Professor na Escola Superior da Magistratura, da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ESM/AJURIS.

O presente artigo tem por objetivo contribuir para a reflexão acerca do tema da homoparentalidade. Nesse sentido, utilizo o conceito de homoparentalidade como sendo a criação de filhos no contexto de uma família onde ao menos um dos pais é homossexual. Desde logo esclareço que abordarei apenas uma dentre as muitas possibilidades de famílias homoparentais, qual seja a homoparentalidade decorrente da adoção por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo.

Para essa finalidade, a partir de uma introdução que visa a desconstruir a família natural, revelando-a como a construção social que é, pretendo apontar os dispositivos legais que autorizam o deferimento do pedido de adoção em favor de ambos os pais ou de ambas as mães.

Por fim, valendo-me de outros saberes que não o conhecimento jurídico, aponto o equívoco de se imaginar que o convívio com pessoas homossexuais deva ser considerado, em si mesmo, prejudicial ao desenvolvimento das crianças.

Antecipo que abordarei o tema sem me afastar do enfoque jurídico da questão. Entretanto, essa linha de raciocínio não impede que haja contribuições dos saberes produzidos em outros ramos da ciência, para que se obtenha uma adequada solução jurídica da questão posta em exame.

Isso porque o enfrentamento do tema favorece a contribuição de outros saberes à reflexão jurídica, na medida em que examinar questões ligadas à sexualidade humana exige do operador do Direito conhecimentos que nem sempre estão disponíveis na produção intelectual do campo jurídico.

Estabelecidas as premissas do que pretendo expor, passo ao primeiro ponto, a compreensão da família, como uma construção social, não como uma decorrência da natureza.

Como afirma Danièle Hervieu-Léger (2003), as novas tecnologias reprodutivas contribuíram para que se perceba mais claramente a família natural como o que realmente é: uma construção social, política, histórica e cultural.

No mesmo sentido, apontando para essa realidade nem sempre percebida, Mariza Corrêa (1994) propõe repensar a família patriarcal brasileira, justamente chamando a atenção para o fato de que foi apenas um dentre tantos modelos de estruturas familiares existentes, que se viu guindado a modelo hegemônico, como se

fosse representativo das famílias da época, o que não correspondia, e não corresponde, à realidade.

Também Françoise Héritier (2000), ao afirmar como exigência comum de todas as sociedades a reprodução de seus membros, salienta que “Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação. É uma terceira constante”. (Héritier, 2000: 102)

No caso brasileiro, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente define, no art. 25, o que seja a família natural: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Vê-se que há definição “legal” do que seja “natural”.

O tema pode ser ainda melhor compreendido se nos reportarmos aos diferentes critérios de filiação que têm sido adotados no Brasil nas últimas décadas.

Até a segunda metade da década de oitenta, filhos havidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos. Não se ignorava que os mesmos fossem “sangue do sangue” de seus pais. Convencionou-se porém, legalmente, que os mesmos não poderiam ser reconhecidos como filhos, em defesa da honra da família. Tratava-se, então, de afastar o critério biológico de filiação.

Mais recentemente, com o advento da Constituição de 1988, extinguiram-se as diferenças entre os filhos adotados (entre si) e os filhos biológicos.

Atualmente, está-se questionando a filiação biológica frente à consolidação da filiação socioafetiva, não raro com a preponderância desta sobre aquela. Trata-se, novamente, de uma inequívoca preponderância do critério social sobre o biológico.

Essa reflexão é importante para que se compreenda que argumentos que apelam à natureza para obstaculizar a adoção homoparental não têm sustentação, haja vista que partem de premissas equivocadas quanto ao que seja a família natural.

Apenas para finalizar essa breve incursão sobre o tema da desconstrução da família natural, importante destacar a visão de Martha Nussbaum (2000), a qual destaca que o termo natural está longe de ser inequívoco, salientando quatro premissas que podem levar à naturalização da família.

São, resumidamente: 1) biológico: baseada em dons inatos ou tendências; 2) tradição: esse é o único jeito que conhecemos, as coisas sempre foram assim; 3) necessidade: esse é o único modo possível, as coisas não podem ser de outro modo; e 4) norma: esse é o modo correto e apropriado, o modo como as coisas devem ser. (Nussbaum, 2000: 254).

Vê-se, portanto, que a naturalização limita nossa criatividade, restringindo a nossa capacidade de pensar em modalidades outras de família, que não necessariamente correspondam àquela a que fomos induzidos a idealizar por ocasião de nossa formação jurídica.

Feitas essas considerações, com o intuito de organizar o pensamento acerca das possibilidades de coexistirem diversas formas de família, sejam aquelas a que estamos acostumados ou próximos, sejam muito diferentes daquelas a cujo convívio estamos familiarizados, passo ao exame de alguns textos legais que podem ser acionados para assegurar o direito à homoparentalidade por adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, principal instrumento jurídico no que respeita ao procedimento da adoção, no *caput* do art. 42, dispõe que “podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente de seu estado civil”. Primeiramente, deve-se referir que a adoção não pressupõe que a pessoa adotante seja casada, o que assegura a possibilidade de que pessoas vivendo em união estável possam exercer o direito de adotar.

Essa possibilidade está expressamente prevista no art. 42, § 2º, do ECA, que estabelece: “A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família”.

Vê-se que, para que duas pessoas adotem conjuntamente, não há a necessidade de que sejam formalmente casadas entre si. Há previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente de que concubinos possam adotar conjuntamente, desde que comprovada a estabilidade familiar.

Esse dispositivo, seguindo a lógica do sistema legal, estende-se à hipótese de adoção por conviventes em regime de união estável. Tanto assim que o Código Civil de 2002, em seu art. 1.622, *caput*, expressamente prevê a possibilidade de adoção por duas pessoas que vivam em união estável.

Nem poderia ser diferente, porque o art. 226, § 3º, da CF reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Já se vê que convivência em união estável, equiparada constitucionalmente à entidade familiar, autoriza a que se defira a adoção, conjuntamente, para ambos os conviventes.

Assim, sendo a união estável uma entidade familiar e havendo previsão constitucional (art. 226, § 7º, da CF) de que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, conclui-se que os conviventes em união estável têm o direito constitucional de adotar conjuntamente.

Sob outro enfoque, merece destaque o fato de que o instituto da adoção está voltado para o melhor interesse da criança, estabelecendo o art. 43 do ECA que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Para tratar dessa questão, examinarei primeiro as vantagens da adoção – formalizada por ambos os conviventes – para a criança adotada para, após, apreciar a legitimidade do desejo de filhos por parte de *gays* e *lésbicas*.

Eventualmente, uma pessoa que convive em união estável pode ingressar em juízo com o pedido de adoção apenas em seu nome. Essa prática, que não é ignorada pelos operadores do Direito, possivelmente decorre da crença de que assim não se enfrentará a questão da sexualidade.

Todavia, em que pese as chances de sucesso de um pedido de adoção possam de fato ser maiores nos casos de união estável entre pessoas do mesmo sexo – em face de práticas preconceituosas ainda existentes no meio jurídico –, existem fortes razões para acreditar que a exclusão de um dos conviventes do processo formal de adoção vem em prejuízo da criança.

Para tal conclusão contribui o cotidiano das Varas de Família, que autoriza que formulem algumas hipóteses para refletir sobre as conseqüências de a adoção ser formalizada apenas em nome de um dos conviventes.

Imagine-se a morte do convivente que não formalizou vínculo parental com a criança, acarretando a inexistência do direito à herança, situação que não aconteceria se a adoção houvesse sido formalizada em favor de ambos os conviventes. Outra hipótese é a de separação do casal, impondo a quem não detém o vínculo formal o ônus de ajuizar demanda para postular o direito de visitação (precisando provar a existência da união estável), em prejuízo da criança, que se verá – temporária ou definitivamente – privada do convívio de um dos pais de fato.

Ainda na hipótese de separação do casal, pode-se cogitar do prejuízo à criança, desprovida de ação de alimentos perante um dos pais que pudesse ser compelido a contribuir para o seu sustento, em razão da inexistência de vínculo formal com o potencial alimentante.

A multiplicação de exemplos é desnecessária, pois é evidente a vantagem de que a adoção se faça em nome de ambos os conviventes, para que se vejam integralmente protegidos os interesses da criança adotada. Interesses que transcendem a esfera patrimonial e alcançam a esfera afetiva.

Nesse aspecto, também o cotidiano aponta para a necessidade de que na certidão de nascimento constem os nomes de ambos os adotantes, assegurando-se, para todos os efeitos, direitos e deveres dos integrantes da família.

Em sendo assim, faz-se certo que aos conviventes em união estável é de ser assegurado o direito de adoção, não apenas por ser um direito dos mesmos, mas por ser também um direito da criança adotada receber a máxima proteção que o Estado lhe possa assegurar.

Partindo-se dessa premissa, que é o direito de que pessoas que convivem em união estável têm assegurado o direito a exercer livremente o planejamento familiar, aí incluída a possibilidade de ter filhos através da adoção, passo ao exame da questão relativa à adoção por entidades familiares constituídas por duas pessoas do mesmo sexo que convivem em união estável.

A partir do que foi visto até aqui, faz-se necessário refletir sobre a existência de alguma justificativa que autorizasse negar a gays e lésbicas o direito de adotarem.

Para tanto, é preciso que se faça um exercício de raciocínio que leve em conta não apenas os interesses das partes adotantes, mas que contemple especialmente os interesses das crianças.

Não fez o legislador ordinário qualquer ressalva quanto à orientação sexual do adotante. Assim agindo, adequou-se à Constituição Federal, que veda qualquer forma de discriminação, dentre as quais a discriminação por sexo ou orientação sexual.



Convém explicitar que não há razão para dúvida acerca da extensão do dispositivo constitucional. O art. 3º, inc. IV, da CF estabelece como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

É dizer, seja porque já abrangida pela menção direta a “sexo”, seja porque vedada qualquer forma de discriminação, que a orientação sexual não se pode constituir em obstáculo ao exercício do direito à adoção, sem que se incorra em afronta ao texto constitucional (Rios, 2002; Lopes, 2003).

Essa normatização se harmoniza com os princípios constitucionais já referidos e dá plena eficácia às legislações locais, de que é exemplo a Lei Estadual nº 11.872, de 19-12-02, na qual o Estado do Rio Grande do Sul se compromete com a defesa da liberdade de orientação sexual.

Dispõe o art. 1º da referida Lei: “O Estado do Rio Grande do Sul, por sua Administração Direta e Indireta, reconhece o respeito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo, para tanto, promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízos a terceiros”.

Dito isto, é importante mencionar que no Rio Grande do Sul há um provimento administrativo, de nº 06/04<sup>1</sup>, da Corregedoria-Geral da Justiça, que determina o registro civil de uniões estáveis independentemente da orientação sexual dos conviventes, nos seguintes termos: “As pessoas plenamente capazes, independentemente da oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar documentos que a isso digam respeito”.

Como visto, não há no Direito brasileiro qualquer obstáculo legal à homoparentalidade por adoção. Assim, eventual resistência, necessariamente, precisaria ser encontrada em outras fontes de saber. Entretanto, justamente em outras áreas do conhecimento humano é que se encontram sólidas razões para que se defiram, sem qualquer ressalva, os pedidos de adoção nos quais figuram como autores casais formados por pessoas do mesmo sexo.

O que se vê, de fato, em matéria de resistência à possibilidade de homoparentalidade por adoção, em geral, são manifestações preconceituosas e desprovidas de embasamento científico.

Como já tive oportunidade de afirmar, partindo-se do senso comum, toma-se a homossexualidade por uma patologia (Lorea, 2005), e, em decorrência desse

---

1 – Publicado no *Diário da Justiça* nº 2.806, de 03-03-04, p. 02. Esse Provimento altera a Consolidação Normativa Notarial Registral, acrescentando-lhe o parágrafo único ao art. 215.

primeiro equívoco, segue-se um segundo erro: a convicção de que é prejudicial às crianças conviver com pessoas homossexuais.

A homossexualidade não constitui doença, distúrbio ou perversão, conforme explicitado na Resolução nº 01/99 do Conselho Federal de Psicologia.

Se refletirmos sobre a homossexualidade a partir de uma perspectiva médica, chegamos também à conclusão de que não se trata de uma patologia. O DSM IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Fourth Edition*) estabelece, em nível internacional, os distúrbios mentais, não incluindo o homossexualismo nesse rol.

Utilizando uma figura de linguagem comum ao operador do Direito, assim como o Código Penal estabelece as condutas típicas, não podendo o magistrado criar tipos penais à revelia da legislação, o DSM IV classifica as patologias mentais, não podendo o profissional da saúde ignorar essa realidade.

No mesmo sentido, tanto a Organização Mundial da Saúde – OMS quanto o Conselho Federal de Medicina não classificam a homossexualidade como uma patologia.

Diante dessa realidade, parece-me insustentável que se negue a adoção a casais formados por pessoas do mesmo sexo, a pretexto de se estar protegendo as crianças, pois seria necessário questionar do que estariam sendo protegidas.

Nesse ponto, oportuno citar Elizabeth Zambrano, quando a mesma afirma: “Não seria, portanto, hora de começarmos a exigir que essas pessoas fossem respeitadas no seu desejo de filhos e tivessem acesso à adoção sem serem questionadas quanto às suas práticas homoeróticas, da mesma forma como não são questionados todos os outros cidadãos brasileiros?” (Zambrano, 2005)

É dizer: todas as pessoas que pretendem adotar se devem submeter ao mesmo procedimento, independentemente de sua orientação sexual. O que deve ser objeto de análise é a aptidão para a parentalidade, não o desempenho sexual.

Outro ponto que chama a atenção de quantos se dedicam ao estudo desse tema é a desinformação por parte de operadores do Direito acerca da existência de pesquisas realizadas com crianças, adolescentes e adultos que são (ou foram) criados por casais formados por pessoas do mesmo sexo.

É fato que a literatura sobre o tema, geralmente, se encontra em inglês ou francês. Porém, mesmo em espanhol se encontram publicações a respeito. Assim, revela-se equivocado o argumento, ainda recorrente, de que seria necessário, por cautela, que se aguardassem os resultados das pesquisas acerca das conseqüências da criação de filhos por casais homossexuais.

Os resultados das pesquisas estão disponíveis. O seu conteúdo aponta para a inexistência de qualquer ressalva à homoparentalidade decorrente, ou não, da adoção (*American Psychological Association*, 1991; Golombok & Tasker, 1996; Paterson, 1996; Fassin, 1999; Gross, 2005).

Basta que se examinem os conteúdos desses estudos<sup>2</sup> para que se afastem mitos como o de que filhos de *gays* terão orientação sexual voltada para o mesmo sexo, de que pais homossexuais irão abusar sexualmente dos filhos, de que filhos de casais homossexuais serão discriminados de um tal modo que se justificaria negar o direito à adoção.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, é preciso que se leve em conta as manifestações oficiais de entidades representativas de categorias profissionais cuja atividade está relacionada com o bem-estar de crianças. São entidades como: Academia Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente; Academia Americana de Pediatria; Associação Americana de Psicologia; Associação Americana de Psiquiatria; Associação Psicanalítica Americana; Conselho Norte-americano sobre Crianças Adotáveis; Academia Americana de Médicos de Família; Associação Americana de Advogados; Associação Americana de Antropologia.

Essas instituições<sup>3</sup>, dentre outras, posicionaram-se favoravelmente à idéia de que não se adotem quaisquer restrições de direito em face da orientação sexual dos pais. Tratam-se de *statements*, tomada de posição oficial da categoria, que têm por origem ou um caso concreto em que profissionais daquela especialidade são chamados a se manifestar, e cuja avaliação é depois levada a debate em diversos níveis da categoria até se chegar a uma posição oficial, ou, partindo-se de uma situação-hipótese, adota-se uma posição para esclarecer alguma questão polêmica.

A importância dessas manifestações, calcadas no resultado das pesquisas, não pode ser desconhecida da Magistratura, pois justamente se dão em razão de temas que são recorrentes nos tribunais. A decisão judicial, necessariamente, deve alcançar o máximo de razoabilidade possível, e, no caso da homoparentalidade por adoção, estando disponível essa enorme quantidade de dados, não se pode simplesmente ignorá-los.

Portanto, nós, operadores do Direito, precisamos refletir sobre a nossa dificuldade em lidar com o fato de que uma criança possa ser registrada como filha de dois pais do mesmo sexo.

---

2 – O Projeto de Pesquisa “Direito à Homoparentalidade”, cuja coordenação está a cargo da Dra. Elizabeth Zambrano, e no qual atuo como pesquisador assistente, dentre outros resultados, apresenta uma revisão de mais de 300 obras sobre o tema, onde se analisa detalhadamente as principais pesquisas realizadas nos últimos trinta anos. Para obter informações, consultar a página [www.homoparentalidade.blogspot.com](http://www.homoparentalidade.blogspot.com).

3 – As manifestações referidas estão disponíveis em <http://www.hrc.org>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

"AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION – APA". *Empirical Studies on Lesbian and Gay Parenting*. 1991. Disponível em [www.apa.org](http://www.apa.org) (acessado em 27-10-04).

CORRÊA, Mariza. *Repensando a Família Patriarcal Brasileira*. In *Colcha de Retalhos, Estudos sobre a Família no Brasil*. Campinas: 1994, Editora da UNICAMP, pp. 15-42.

FASSIN, Éric (org.). *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homossexualité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

GOLOMBOK, Susan, e TASKER, Fiona. *Do Parents Influence the Sexual Orientation of their Children? Findings from a Longitudinal Study of Lesbian Families*. *Development Psychology*, vol. 32, nº 1, 1996, pp. 3-11. Disponível em: <http://www.france.qrd.org/assoccs/apgl/> (acessado em 07-10-04).

GROSS, Martine (org.). *Homoparentalités, état des lieux*. Ramoville Saint-Agne: Éditions Érès, 2005.

HÉRITIER, Françoise. *A Coxa de Júpiter. Reflexões sobre os Novos Modos de Procriação*. *Revista Estudos Feministas*, ano 8, vol. 1, 2000, pp. 99-114.

HERVIEU-LÉGER, Danièle. *Preface*. 2003. In Martine Gross. *L'Homoparentalité*. 2003. Paris: Presses Universitaire de France, pp. 5-8.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito ao Reconhecimento de Gays e Lésbicas*. 2003. In Célio Golin, Fernando Altair Pocaly e Roger Raupp Rios (orgs.). *A Justiça e os Direitos de Gays e Lésbicas – Jurisprudência Comentada*. Porto Alegre: Ed. Sulina, pp. 20-21.

LOREA, Roberto Arriada. *O Amor de Pedro por João. Reflexões sobre o "Casamento Gay"*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VIII, nº 31, agosto e setembro de 2005, pp. 31-38.

NUSSBAUM, Martha. *Women and Human Development – The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2000.

PATERSON, Charlotte J. *Résultats des Recherches Concernant l'homoparentalité*. Université de Virginie/APA, 1996. Disponível em [www.france.qrd.org](http://www.france.qrd.org) (acessado em 28-09-04).

RIOS, Roger Raupp. *Homossexualidade e a Discriminação por Orientação Sexual no Direito Brasileiro*. 2004. In Cláudia Fonseca, Veriano Terto Jr. e Caleb Farias Alves (orgs.). *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, pp. 143-174.

ZAMBRANO, Elizabeth. (Coord.) *Filho de Gay, Gayzinho é?* 2004. Projeto Direito à Homoparentalidade. Instituto de Acesso à Justiça – IAJ. Conteúdo disponibilizado no site [www.homoparentalidade.blogspot.com](http://www.homoparentalidade.blogspot.com).

# O CAMINHO DA JUDICIALIZAÇÃO E A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADE DA CRIANÇA VÍTIMA: UMA INTERLOCUÇÃO E/OU UMA CONTRADIÇÃO

SONIA BIEHLER DA ROSA

Juíza de Direito aposentada-RS, psicóloga, mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e especializanda em Direitos Humanos pelo Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos – IPEJUR, Passo Fundo-RS, em parceria com o Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC.

## INTRODUÇÃO

Coloco em debate a judicialização e a produção de subjetividade da criança vítima de incesto. O tema é complexo e pode ser analisado de muitas maneiras. Vou abordá-lo no que tem de mais próximo das questões que investigo, qual seja subjetividade, práticas sociais e direitos humanos.

Neste sentido, discuto a cultura judicializante de práticas sociais como solução de relações conflituosas. E sigo a criança abusada sexualmente no caminho da judicialização, perseguindo a produção de subjetividade no enfrentamento de violações de direitos humanos.

O texto que segue é fruto de um recorte de dissertação<sup>1</sup> problematizando a condição da criança que, submetida à violência do incesto, é, ainda, levada a percorrer o caminho do mundo judicializante atravessado pelos mais diversos discursos.

Analiso os discursos dos julgadores contidos em acórdãos da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, utilizando o mecanismo da interrelação ideológica. O regulamento para a análise do discurso está baseado na teoria de Michel Pêcheux e nas leituras de Eni P. Orlandi.

A final, proponho a cada profissional, inclusive legisladores, ressignificar sua prática para acolher a criança com a dignidade que a condição de sujeito requer e que o conjunto dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, impõe.

## A CULTURA DA JUDICIALIZAÇÃO

O princípio jurídico de que o que não está nos autos não está no mundo me fez pensar e questionar os julgamentos sobre abuso sexual infantil intrafamiliar/incesto. Para a existência deste princípio é pressuposto que só exista o que

---

1 – Dissertação defendida em fevereiro de 2003, junto ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina, na linha de pesquisa *Práticas Sociais e Constituição do Sujeito*, sob a orientação da Profª Dra. Mara Coelho de Souza Lago.

está escrito nos autos do processo, obstaculizada a visibilidade da trama subjetiva das relações que impõe a demanda judicial. Assim sendo, cabe pensar o mundo da judicialização como a metade do mundo em que demandantes e demandados estão inseridos, o que significa que vai ficar alguma metade sem o seu complemento. Algo vai ficar faltante. Por isso, a busca da verdade está além. É preciso uma inversão estratégica com o mesmo objetivo de vontade de verdade.

O que é feito com o mundo que não é o mundo jurídico? Ele não existe? Qual a posição do sujeito-criança no processo judicial? A criança abusada sexualmente na família se constitui em sujeito no discurso do julgamento judicial? Ou não passa de uma vítima apenas?

Trata-se de enfatizar como os “adultos” do Judiciário, hoje, oferecem uma jurisdição às “crianças”. Penso nos aspectos relacionados com a subjetivação da criança, incentivada pela cultura de direitos humanos, comprometida com a doutrina da proteção integral à criança e com o dever de assegurar prioridade absoluta na efetivação dos direitos que sustentam o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, tido como expressão do “processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade”<sup>2</sup>. A criança é aqui tomada como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, a qual foi contemplada pela normativa internacional<sup>3</sup> a ter “direitos a cuidados e assistência especiais”, passando a ser sujeito de direitos, isto é, deixando o lugar de objeto passivo para tomar assento num lugar em que lhe é reconhecida a titularidade de direitos, juridicamente protegidos. É garantia destes direitos exigir tratamento diferenciado para a criança e com mais razão para a criança abusada dentro da família, que, através do segredo comumente mantido sobre o abuso, tanto na ordem privada quanto na ordem pública (o Judiciário), pode sofrer repercussões na construção de sua subjetividade.

O estudo enfoca o processo judicial criminal, *locus* do julgamento do abusador sexual, permeado pela lógica jurídica, cuja finalidade está relacionada com a busca e a produção da verdade, na forma prescrita pela lei. Todos os fatos, documentos, indícios, declarações, todas as provas chegarão ao processo pela devida forma legal. É com base nos autos que o Juiz formula seu julgamento, que será tomado como verdadeiro, porque o que não está ali não está no mundo dessa verdade. É com esse fundamento que a sentença será prolatada.

Faz parte desta cena judicial a criança, que é instada a quebrar a aliança secreta que mantém com o pai/abusador-mãe/abusadora. Pensar a articulação do jurídico e do psicológico, do julgar e da constituição do sujeito-criança abusada, serviu como motivo desta pesquisa. Uma pretensão de rever práticas jurídicas num diálogo com a Psicanálise como matriz de pensamento, ou seja, “enquanto

---

2 – Saraiva, 2005, p. 23.

3 – Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20-11-89, e assinada pelo Governo brasileiro, em 26-01-90.

instrumento de 'sinalização' de novas respostas a velhas perguntas que o saber jurídico não consegue contemplar"<sup>4</sup>.

#### A CRIANÇA COMO SUBJETIVIDADE SINGULAR

Ao enfrentar a conexão da Psicanálise com o Direito, a concepção de sujeito, o objeto psicológico não pode estar dissociado da realidade social, do espaço político em que está inserido, por isso introduzo no debate o sujeito assujeitado, sujeito do inconsciente de Freud, aquele que sofrerá alterações nos processos de pensamento, determinando construção de subjetividade, inclusive em razão de práticas violadoras dos direitos humanos, da desconsideração da dignidade humana, valor-fonte de subjetividade.

Enfatizo o referencial psicanalítico do sujeito do inconsciente posto como alternativa para compreender de outra maneira o sujeito criança judicializado, porque esta concepção de sujeito é definida como essencialmente distinta da noção de indivíduo. Para a Psicanálise, o sujeito do inconsciente estrutura-se não linearmente, nada de causa e efeito entre a ordem corporal e a ordem psíquica. Para o discurso freudiano, o sujeito é fundamentalmente dividido. Além da consciência e do comportamento, Freud inaugura uma nova vertente no pensamento moderno quando se refere ao inconsciente, evidenciando uma multiplicidade estrutural na constituição do sujeito. O caráter desta estruturação inconsciente é dinâmico. Vai estar-se engendrando no dia-a-dia, no cotidiano da vida, sem concluir-se. É também o envolvimento com o familiar e com o social.

Freud<sup>5</sup> formaliza as instâncias psíquicas estruturantes do sujeito humano, acessando a subjetividade. Ele reconhece condições de singularidade na medida em que o sujeito da diferença se constitua, a partir das condições de engajamento deste sujeito nos laços sociais. Há um campo poroso entre interior e exterior. Uma concepção de sujeito conectado com as relações sociais que o cercam e o fundam. A estruturação edípica para a constituição do sujeito não está limitada à tríade das inter-relações familiares, mas também à diversidade de possibilidades de estabelecimento de laços sociais.

O ser humano constitui-se sujeito tanto pelas inter-relações familiares quanto pelas influências recebidas da sociedade, quando é introduzido na ordem da cultura. Por isso, é neste contexto de uma sociedade elitista e excludente, hoje representada pela violência e por injustiças da singularidade, que importa destacar e promover a cultura do respeito à diferença, da preservação e da constituição da dignidade da pessoa humana e da instauração da justiça social. Nessa perspectiva, garantir a possibilidade de que o outro seja vislumbrado como algo da ordem da diferença e da singularidade é reconhecer a instauração do sujeito.

---

4 – Philippi, 1996, p. 127.

5 – Freud, 1996. *O Ego e o Id* (1923) e *Novas Conferências Introdutórias* [Conferência XXXI – 1933(1932)].

Acredito que a Psicanálise, pelo seu sistema de pensamento teórico-clínico, como também pela atuação interdisciplinar de Freud, que dialogou com a arte, com a História, com a Mitologia, com a Antropologia, seja razoavelmente suficiente para indicar uma direção promissora de diálogo com outras disciplinas, especialmente com o Direito e com os direitos humanos, considerando também as teorias psicanalíticas relacionadas à cultura e à sociedade.

O ensinamento é de que a personalidade de cada um não tem origem na herança orgânica, mas de que ela se constrói, e as peças desta construção têm a marca das experiências dos primeiros anos infantis. Vale lembrar que estas experiências para cada criança estão profundamente ligadas e são determinadas pela história inconsciente daquelas pessoas que se encarregam dos cuidados de cada uma delas.

As marcas vão-se estabelecendo uma a uma. As inscrições que acontecem permanecem no imaginário até receberem significação pela palavra, pela linguagem, que permite o acesso ao simbólico, condição necessária para a constituição do inconsciente, que é uma função simbólica.

É a construção das subjetividades singulares, uma a uma, que passa pelo reconhecimento das diferenças, o desafio ético que proponho neste campo de interlocução e produção de conhecimento.

#### A PESQUISA

Nesta investigação trabalhei em acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina publicados a partir de 1990, escritos dos julgamentos em formato de estrutura narrativa. Textos e discursos relatados. Selecionei as narrativas jurídicas com ocorrência de incesto propriamente dito ou ordinário, aquele que se constitui nas relações sexuais dentro da própria família, com consangüíneos, entre pai/mãe e filho/filha, configurando uma quebra no pacto social através do qual se constitui a família, a exogamia.

#### O MÉTODO

Ao pensar esta pesquisa, muitas dúvidas surgiram no que diz respeito ao procedimento para investigar este mundo que não está nos autos, mas que pode estar dentro das situações dos processos judiciais, e ali averiguar como é subjetivada a criança abusada sexualmente na família. A dimensão da análise do discurso – AD com filiação específica em Michel Pêcheux foi a possibilidade esperada, porque esta concepção é contrária ao ideal da transparência da língua. Ela ultrapassa a linguagem transparente. O campo remete, de um lado, à questão do sujeito e, de outro lado, à questão dos atos de fala, do comportamento, das práticas, da realidade, ou seja, dos condicionantes do discurso.

Os sentidos das palavras podem mudar conforme a situação em que são usadas e conforme o lugar social ocupado pelo sujeito que fala<sup>6</sup>. Desnaturalizando

---

6 – Pêcheux, 1997.



os sentidos institucionalizados é que se realiza o movimento da produção de sentidos. Busca-se a ordem do discursivo, diferente da ordem da língua e da ordem das coisas. A ordem do discurso não está colada nas coisas<sup>7</sup>.

E, assim, a análise do discurso, cujo axioma é que em matéria de linguagem não se pode dizer tudo, constituiu-se no dispositivo teórico para que eu pudesse ir além da linguagem transparente que está nos autos do processo<sup>8</sup>.

A dimensão da AD articula sujeito-língua-história. O sujeito, para se constituir, se submete à língua, na História, na produção dos sentidos. Este é o processo constitutivo do jogo da significação. Isto porque as relações do indivíduo estão imbricadas nas relações ideológicas, as quais têm a ver com as condições materiais de existência, com a vida deste indivíduo, considerando que a ideologia se materializa na língua e no inconsciente. O indivíduo é interpelado como sujeito num processo discursivo, simbólico, no momento em que interpreta, produzindo sentido (por exemplo, criança abusada). Nascem juntos os processos de constituição de sentido e de constituição de sujeitos. Este sujeito, com efeito de interpelação ideológica, é um sujeito da posição do imaginário que se vê fonte do seu dizer. Ele é afetado pelo esquecimento, porque, na verdade, o que está operando nele, que ele esquece, é uma outra instância, que é da interpelação. Ele é materialmente dividido, sujeito à língua e à História (efeitos simbólicos constituídos pela estrutura da ideologia) para se produzir, para falar, para produzir sentidos. A interpelação ideológica opera no inconsciente e pelo inconsciente.

#### UM RECORTE DA ANÁLISE – VÍTIMA MENOR

Assim instrumentalizada, num recorte do material que encontrei na pesquisa, analisei, conjuntamente, 07 acórdãos. Nestes acórdãos, a referência de se tratar de um crime contra uma criança somente foi possível constatar depois da leitura e da verificação da idade. Exemplo: “Apelação criminal. Delito sexual. Atentado violento ao pudor. Vítima menor. Prova suficiente da autoria. Sentença confirmada”. (*Jurisprudência Catarinense*, vol. 75, p. 598) Tal acontece porque o art. 224 do CP brasileiro traz a presunção de violência ou violência ficta, quando os crimes de estupro e atentado violento ao pudor forem praticados contra vítima com menos de 14 anos; contra vítima alienada ou débil mental, e que o agente sabia desta circunstância; e contra vítima que não tem condições de oferecer resistência.

O efeito do enunciado da ementa supra e do art. 224 do CP brasileiro não é protetor especificamente à criança, mas àquelas pessoas que sejam frágeis para oferecer resistência. Silencia sentidos que dizem de qualquer dimensão da criança como saber, como discurso. A subjetividade da criança não interessa à língua que o discurso jurídico oferece, a não ser sua condição de fragilidade,

---

7 – Foucault, 1992.

8 – Orlandi, 2001, p. 127.

comparável à de debilidade mental e à alienação, mas não representativa de sua singularidade. Intervém apenas no plano da lei. É uma condição legal. A criança não acontece no discurso jurídico destes acórdãos.

A posição discursiva da criança é de vítima. A lei lhe reserva este lugar pela sua condição de fragilidade. A criança é interpelada em sujeito pela ideologia do discurso jurídico apenas como vítima. Vale lembrar que sujeito e sentido se constituem ao mesmo tempo.

Ao constituir a criança como vítima, o discurso jurídico produz o apagamento do sujeito criança na língua. Tanto que em nenhuma ementa dos acórdãos analisados aparece a palavra criança, a não ser quando é feita referência ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos julgamentos, a criança não é falada. Ela passa a reproduzir o significado de vítima no processo, ou seja, aquela que, por ter sofrido a ação criminosa, é provavelmente quem mais sabe do fato, tornando-se objeto precioso de prova para sustentar a punição do acusado. É uma vítima menor, como reproduz a ementa antes transcrita.

O efeito sentido da subjetividade como vítima no processo vai distanciá-la dos laços familiares, deslocando-a da posição de filho/filha. Vai torná-la “acusadora do seu carrasco”, na expressão de Vrignaud (1994). Ela está ali posta, afastada de sua condição de filha, investida na condição de instrumento de prova. Esta substituição pode produzir efeitos maléficos na subjetividade desta criança. Mas a fragilidade psíquica não está prevista na lei. Ali é destacada a fragilidade física, na medida em que a criança está emparelhada a outro sujeito, alienado ou débil mental, e mesmo a outro não-alienado e nem débil mental, mas que não tenha força suficiente para oferecer resistência.

As regras, as formas e as posturas de um processo judicializante dirigidas ao adulto não consideram o sujeito-criança e deixam passar despercebida a exigência do deslocamento da posição de filho/filha junto à família. A posição de filho/filha, provavelmente, vai sofrer alteração. Ser ou não ser instrumento de prova, deixando de ser filho/filha para ser o carrasco do pai, ou não ser instrumento de prova e continuar sendo a mulher do pai. É a condição de desamparo presente na subjetividade da criança, ocupando lugar de adulto, porque é este lugar que lhe colocam à disposição. Lembro do século XIII, quando criança não passava de uma miniatura do adulto<sup>9</sup>.

#### A PROTEÇÃO NÃO-PROTETORA

É a condição de situação abusiva da criança que está no processo, passando por revitimizações. Inúmeros estudiosos do assunto atribuem o lugar de revitimizadas para estas crianças que participam da judicialização do abuso sexual incestuoso. Dentre eles, Furniss<sup>10</sup> mostra como o Judiciário, através do processo visando à punição do pai incestuoso, coloca-se na condição de protetor não-protetivo

---

9 – Ariés, 1981, p. 41.

10 – Furniss, 1993, p. 98.

desta criança que foi submetida ao incesto, quando toma medidas de proteção à criança fora do contexto do tema. Isto pode acontecer quando os Juizes não compreendem as implicações específicas do abuso sexual da criança como síndrome conectadora de segredo e adição<sup>11</sup>. Nestes casos, juridicamente, uma absolvição criminal significa apenas que não há nenhuma prova além de dúvida razoável no domínio legal. Todavia, isto não significa que não tenha ocorrido abuso. Então, é aí que a adição e o segredo se podem tornar reforçados e levar à continuação do crime de abuso, porque a criança não esta sendo protegida. Ao contrário, a questão jurídica está encerrada, mas a criança permanece no livre acesso do(a) pai-abusador/mãe-abusadora, sem supervisão ou o cuidado ou controle do que ele(ela) possa estar fazendo com os(as) filhos(as).

Estas questões resultaram da análise do Acórdão nº 99.008670-4<sup>12</sup>, que trata de apelação criminal com provimento do recurso para absolver o réu que havia sido condenado pelo crime de estupro por ter mantido relações sexuais com sua filha de 11 anos. A motivação para absolver o pai incestuoso se sustentou no “[...] elenco probatório sobre o qual pairam dúvida e contradições” (p. 616).

A menina procurou ajuda no SOS Criança, e por isso os fatos vieram à tona. No processo, ela relata um estupro que teria acontecido aproximadamente 06 meses antes da realização do laudo. Ela não é mais virgem, e “os vestígios de desvirginamento eram recentes, com hiperemia do hímen”<sup>13</sup>. Esta divergência na questão temporal do desvirginamento foi o argumento para absolver o pai da menina como autor do estupro, porque “a sentença condenatória criminal deve vir fundada em uma certeza incontestável, o que não ocorreu [...]”<sup>14</sup>.

A menina foi interpelada pelo discurso de proteção à criança “SOS Criança”. Ela queria um basta na situação que vivenciava na sua casa com seu pai. Mas como o assunto implicava crime, o encaminhamento legal foi feito, e o processo tramitou. Ela passou a ser interpelada em outro crivo pelos adultos: a Polícia, o médico, o Juiz. Uma interpelação que não acontece diretamente, é referida pelo outro. Uma interpelação que se dá pela objetivação, como ressalta M. Foucault<sup>15</sup>. No caso da judicialização, é o poder do Estado que aplica práticas individualizantes. São modos de objetivação que significam a menina/filha em vítima de crime.

Há um processo ideológico que possibilita chegar ao julgamento, o discurso jurídico. Está dito que “tudo indica que o recorrente tenha efetivamente atentado

---

11 – Conforme Furniss, 1993, a síndrome de adição para o abusador significa excitação com o posterior alívio sexual, criando a dependência psicológica pela criança, que serve de instrumento dessa excitação e alívio; e a síndrome de segredo para a criança e a família acontece porque o abusador precisa que a criança guarde segredo para a continuidade da adição. É um funcionamento dialético; a síndrome de adição impulsiona o abusador à exigência do segredo para garantir a repetição do abuso e a sua satisfação.

12 – *Jurisprudência Catarinense*, vol. 87, pp. 614-17.

13 – *Jurisprudência Catarinense*, vol. 87, p. 616.

14 – *Idem*, p. 617.

15 – Foucault, 1995, p. 231.

contra a infante, mas as declarações da menina acabaram por destruir aquela uniformidade [...]”<sup>16</sup>. A dúvida foi (não foi) enfrentada, servindo-se de um princípio do Direito Penal que também faz parte do processo ideológico: na dúvida, se absolve.

Como a minha análise não está presa ao discurso jurídico, à dúvida e à absolvição impõem-se uma significação, um gesto simbólico que, na interpretação da Psicanálise, pode ter significado na constituição da subjetividade, no significado daquela menina/filha abusada com 11 anos que retorna ao convívio da família e talvez para junto daquele pai incestuoso. Há uma permissão ao ato incestuoso. Furniss (1993, pp. 98-9) trata deste assunto como a “prevenção de crime promotora de crime”, onde diz que “uma absolvição criminal significa apenas que não há nenhuma prova além de dúvida razoável no domínio legal. Não significa que não tenha ocorrido abuso. A adição e o segredo reforçado podem, então, levar à continuação do crime de abuso se a pessoa que abusa é absolvida”.

A natureza específica do abuso sexual da criança como síndrome de segredo e adição também pode capturar o jurídico em não querer descobrir o segredo que reveste o incesto. Esta é a não-história. A possibilidade de dizer que ele não é culpado pelo incesto vem pelo efeito de sentido que põe ali no acórdão a ausência da história, não ter o laudo a data que corresponderia à versão da menina. A cronologia que impõe o discurso jurídico não é a lógica temporal do discurso da Psicanálise, onde o sentido não é instantâneo. É retroativo, fruto de um produto histórico. A menina/filha é submetida ao assujeitamento da ideologia jurídica, onde a sua singularidade não está em causa, e, sim, a sua condição de vítima do processo, que é caracterizada por uma racionalidade e por uma identidade construídas a partir de um dispositivo político de dominação e sujeição, a ordem jurídica, ou seja, submetida à lei e ao controle da sociedade. Ela é também assujeitada ao discurso médico, ser uma vítima com sinais ou não da agressão sexual. Ela é um objeto de prova, um instrumento do processo para punir o pai agressor.

Nos casos de abuso físico e abuso sexual, o discurso médico é utilizado “enquanto suporte necessário ao discurso jurídico. Por exemplo, no caso do termo vítima, há aí um acoplamento de maneira que a criança ou adolescente, para serem considerados como vítimas, devem-se submeter à prática do discurso médico”. (Roure, 2001, p. 68)

Esta construção depura a singularidade em busca da objetividade, construindo verdades universais, a partir de uma entidade transcendental, não de um sujeito concreto de carne e osso, falante e situado em meio a condições materiais.

Enquanto o discurso jurídico fala das provas, silencia em relação ao abuso da criança. Parece uma maneira de aliança com o segredo que é fundante desta peculiar forma de abuso. Mas nesse discurso o silenciamento é fruto da ausência da articulação destas práticas do abuso sexual de uma criança com um domínio

---

16 – *Jurisprudência Catarinense*, vol. 87, p. 617.

de saber, no caso, o jurídico. De acordo com a proposta arqueológica de Foucault<sup>17</sup>, no caso em questão não existe esta relação discursiva.

Valem o discurso do silenciamento e a importância do silêncio no discurso jurídico, onde vige o princípio de que “todos são iguais perante a lei”, cujo significado é de produzir “o apagamento das diferenças constitutivas dos lugares distintos”, reduzindo ao silêncio aquele que se volta à interlocução com o discurso jurídico pleiteando pela sua singularidade<sup>18</sup>. Conforme Orlandi<sup>19</sup>, o homem significa sempre falando ou calando; simbolicamente, esse silêncio significará na constituição da subjetividade da menina. O silêncio em relação à criança e ao abuso exsurge entre fragmentos de linguagem, permitindo observar que essa produção decorre das condições em que a criança se apresenta para o mundo jurídico.

Além do espaço reservado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos 10 anos, não se vislumbra sedimentada a condição da criança como sujeito de direitos, mercedora de proteção integral e irrestrita, em outras áreas do Direito. Não são oferecidas condições para pensar a criança como objeto de saber, porque a perspectiva adultocêntrica, parcial e preconceituosa, torna mais difícil tal pensamento<sup>20</sup>. É a impossibilidade de falar, de dar estatuto para estes relatos de violência entre adultos e crianças no seio familiar. O SOS Criança foi uma tentativa. A criança está posta em relação e faz parte do nível de circulação das palavras, das práticas, dos processos. Mas não irrompe como um domínio de saber e de poder, como uma ordem de discurso que proporcione a articulação com estas relações e práticas.

Inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente é um inventário arqueológico destas relações e práticas que, para dar a ver em relações discursivas, importa em um “mais”. Foucault (2000, p. 56) explica este “mais” dizendo ser uma tarefa diferente, “que consiste em não mais tratar os discursos como conjuntos de signos (elementos significantes que remetem a conteúdos ou a representações), mas como práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam. Certamente, os discursos são feitos de signos; mas o que fazem é mais utilizar esses signos para designar coisas. É esse ‘mais’ que os torna irreduzíveis à língua e ao ato da fala. É esse ‘mais’ que é preciso fazer aparecer e que é preciso descrever”.

Conforme o acórdão, o julgamento do caso se efetivou. Os sujeitos que ali estão envolvidos foram homoganeamente tratados como partes de um processo em que todos são iguais. É preciso reconhecer a fronteira de uma singularidade nesta criança, onde estão coladas várias formas de subjetivações. Ela não é um ser homogêneo, não é igual a ninguém. Olhar para um sujeito homogêneo tem a

---

17 – Foucault, 2000.

18 – Orlandi, 1997, p. 43.

19 – *Idem*.

20 – Alanen, 2001.

ver com a disciplinarização, onde o sujeito é fruto de uma ideologia e de uma política<sup>21</sup>.

Cabe questionar: será que as subjetivações que estão atuando dentro daquela menina/filha de 11 anos, submetida ao ato incestuoso, foram articuladas e/ou estariam em conflito, num fluxo de tensões que podem desestabilizá-la? O pai não foi punido. A criança deixou de ser vítima e voltou para casa. Ela retornou ao lugar de menina/abusada, objeto do ato incestuoso, porque o lugar ocupado antes já não era o de filha, porquanto a relação incestuosa elimina essa filiação. No caminho da judicialização, não restou amparo à menina que lhe garantisse sair ilesa na sua subjetividade. As marcas simbólicas da violência física do abusador e da violência invisível da Justiça ficaram marcadas no corpo e na subjetividade dessa menina. Que lugar ocuparia esta menina/abusada? O Judiciário é capaz de responder através do processo? Foi suficiente o processo para ajustar os lugares do parentesco? A insistente visibilidade da violência doméstica ressignifica as relações incestuosas?

Diante de tantas interrogações, as práticas neste processo apresentam a criança como um instrumento das instituições envolvidas na visibilidade da violência doméstica, como uma vítima. No caso *sub judice*, é ilusão que aquele que fala pela criança a tome como sujeito/criança. É sujeito/vítima da própria instituição jurídica que, diante da forma padronizada de exame da prova, vê superada a dimensão da importância do corpo como pilar do emocional. O corpo da menina não foi pensado como modalidade de relação com os registros do psiquismo, diante de um complexo estruturante do sujeito, considerando seu gênero, suas identificações e subjetividade. Existiu uma prova no processo, o laudo do exame de corpo de delito, que acabou não servindo ao discurso do poder jurídico, mesmo dizendo que o corpo da criança foi violado.

Resgatando os ensinamentos de Orlandi<sup>22</sup> e os trabalhos de Foucault, na compreensão da subjetividade das relações desta menina aparecem dois momentos. Vê-se um primeiro momento de assujeitamento com a linguagem, afetada pelo simbólico, na História, sendo interpelada ideologicamente em sujeito protegido pelo discurso de proteção à criança, o SOS. Ele a salvaria das investidas sexuais do pai. Num segundo momento, a relação da menina com a judicialização e o poder do Estado que a coloca no lugar de vítima e se propõe a punir o criminoso, também para protegê-la. Mas, como os pressupostos jurídicos não foram atendidos, o Estado não pode fazer o que ele concebeu para protegê-la. E o pai provavelmente volta para casa sem qualquer encaminhamento de que se tenha dado notícia. É uma decisão para além da vida do pai absolvido, considerando que uma relação abusiva incestuosa não se resume ao réu e à vítima. Trata-se de um envolvimen-

---

21 – Foucault, 1991.

22 – Orlandi, 1999.

to familiar. Esta é a sociedade disciplinar de que Foucault<sup>23</sup> fala e que pratica formas de individualização do sujeito em relação ao Estado. É a expressão de poder interferindo na vida do réu, da vítima e de todas as pessoas nas mais diversas condições em que o Estado as coloca, objetivando-as através de “processos identitários e de subjetivação”<sup>24</sup>.

Os efeitos que constituem a subjetividade se estruturam sob o modo da contradição<sup>25</sup>, porque quando a criança foi chamada a falar no processo não significa que lhe tenha sido dado um lugar de sujeito singular. Ela foi falada por outro. Seu discurso foi apagado. Vejo nesta criança a criança desamparada de que Freud (1896; p. 210) fala na *Etiologia da Histeria*, “que em seu desamparo fica à mercê dessa vontade arbitrária que é prematuramente despertada para todo o tipo de sensibilidade e exposta a toda a sorte de desapontamentos [...]”. No caso, é o desamparo da criança que sofre abuso sexual. Ela foi objetivada na condição de vítima instrumentalizando a prova do processo. Ela foi escutada na ordem discursiva dos julgadores. Não há um movimento de escuta desta criança em direção a uma posição de singularidade.

É a condição da criança-vítima que está no processo. Não a vítima conceituada processualmente, mas a criança-vítima porque o adulto não se importa com ela. Aí inclui-se o adulto do Judiciário, o adulto da Polícia, o adulto legislador, o adulto da Medicina, que a obrigam a se submeter a uma legislação de mais de 60 anos. Existem, sim, alterações posteriores nesta lei, mas nada que tenha alterado as condições da criança no sentido de dar a ela a visibilidade da sua singularidade. O efeito é a produção da ausência da constituição da criança como objeto de saber, de discurso. De um lado, a criança e a constituição de uma subjetividade. De outro lado, a criança e os aparelhos disciplinares utilizados pelo Estado através de mecanismos individualizantes que servem para “fabricar” indivíduos. Todos são iguais perante a lei. É o aparelho judiciário invadido pelo poder disciplinar<sup>26</sup>.

A nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, incorporada nacionalmente como garantia constitucional<sup>27</sup> da criança-sujeito de direitos, reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que poderia mediar a interlocução entre a judicialização e a subjetividade, ainda não é plenamente reconhecida, porque no processo e no Direito Penal não é dada visibilidade à diferença de idade, nem à sua singular condição de pessoa em desenvolvimento, pressuposto para que a forma sujeito-criança se constitua.

Trago para reflexão esta forma de contradição que na AD aparece entre a interpelação pela ideologia e a individualização pelo Estado<sup>28</sup>. Na AD, a forma sujeito resultante da interpelação pela ideologia é histórica, uma forma de assujeita-

---

23 – Foucault, 1991.

24 – Orlandi, 1999, p. 24.

25 – Orlandi, 1999.

26 – Foucault, 1991.

27 – CF/88, art. 227.

28 – Orlandi, 1999.

mento que procura levar em conta que o indivíduo afetado pelo simbólico seja sujeito e se subjetive. Este sujeito-criança filho/filha constituído pela ideologia, em processo simbólico, passa a ser criança abusada em busca de proteção e vítima, instrumento probatório de processo, estabelecendo outro estatuto do sujeito, quando o Estado apresenta um modo que individualiza a forma sujeito na História, como vítima em processo-crime. Esta contradição produz diferentes efeitos nos processos de subjetivação.

Sendo assim, ignorando quem é o sujeito na sua singularidade, categorizando-o e deliberando sobre a sua individualidade, o Judiciário, nas suas práticas, produz modos de objetivação (vítima objeto de prova) que resultam em formas de subjetivação (vitimização)<sup>29</sup>. São contribuições para “fabricar” o indivíduo<sup>30</sup>. Um indivíduo que, no discurso jurídico, não é, no entanto, singularizado.

Para além da contradição na AD, ela também está presente quando se trata de articular o Direito e a Psicanálise. O primeiro propõe um sujeito abstrato e igual a todos os seus semelhantes, e a segunda prima pela singularidade do sujeito, a constituição um a um. Razão pela qual se evidencia necessária atenção à estratégia de luta nas relações de poder<sup>31</sup>, que se fazem presentes a cada instante nas relações judicializadas objetivantes entre adultos e crianças, incorporando os desafios aos atributos que formam o modelo para a igualdade, cujas transformações não podem mais ser ignoradas.

#### PARA NÃO TERMINAR

Porque não cheguei a uma resposta, porque não me propus a silenciar as perguntas. Não sei o que é bom para o sujeito-criança. O perigo da resposta é fazer da criança um sujeito silenciado e privado de responsabilidade. Portanto, para concluir, mas não para terminar de estudar o tema, trago sucintas considerações oriundas de um tempo de reflexões.

É na análise do discurso jurídico sobre a subjetividade da criança quando ela é interpelada a falar que se reitera o apagamento de sua fala e se desloca a posição de filho/filha para de instrumento de prova. A criança está ali para ser o carrasco do abusador(a)/pai-mãe ou sair dali para continuar sendo a mulher do abusador/pai ou o companheiro da abusadora/mãe. O discurso de proteção à criança cede às práticas disciplinadoras, porquanto o processo funciona inscrevendo-a enquanto criança-objeto e vítima, outorgando-lhe uma marca simbólica, que supunha rica na produção de efeitos a partir deste discurso. Penso que a tomada desta criança pelo processo de judicialização necessita considerar a posição subjetiva e histórica desta criança, tramando articulações. O lugar desta criança no percurso judicializante é crucial e cruel, conforme estatuto de individualização imposto

---

29 – Foucault, 1995.

30 – Foucault, 1991.

31 – Foucault, 1995.



pelo Estado, esquecidos o simbólico, o histórico e a ideologia, condições possíveis para a interpelação do indivíduo em sujeito.

O campo jurídico é insuficiente para dar conta da objetividade que lhe é peculiar, porque o impasse do litígio, da demanda, extrapola este lugar, defrontando-o com a contradição da singularidade, onde não é possível reter toda a verdade do sujeito do direito nos autos de um processo. É o ponto em que o jurídico não dá conta, porque o que não está no processo não está no mundo jurídico. Não existe.

Assim, penso possível e necessário ampliar a reflexão sobre os direitos humanos da criança, procurando discuti-los, seguindo o que preconiza a doutrina da proteção integral e atentando para a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, incentivando os diversos profissionais para a maior consideração da criança, em casos de violação destes direitos quando submetidos a processos judicializados, pela compreensão e reflexão crítica e pela abordagem cruzada entre o jurídico, o psicológico, o social e o familiar. Com certeza, esta é uma perspectiva de humanidade e podendo reduzir contradições.

Esta criança não poderia ser tratada como são tratadas as pessoas adultas nas audiências. A proposição é de que a lei estabeleça procedimentos diferenciados para as crianças, quando o abuso é o alvo da investigação, e estas sofrem exposição numa estrutura onde circula a violência invisível, tanto na área penal quanto na área cível da jurisdição de família. Isto porque as regras legais e a postura jurídica estão direcionadas às partes autora e ré (pai, mãe e outros) do processo, sendo a criança o objeto do direito discutido em juízo, e não o sujeito desse direito. Já é chegado o momento de a criança/adolescente ser sempre representada por Defensor Público quando esteja envolvida em juízo, quando a vida dela está em discussão entre partes. Uma prática, um “mais” na ordem do discurso<sup>32</sup>.

A criança contou seu segredo correndo riscos e pagando um preço em busca da esperança de se constituir como sujeito na triangulação com a lei materializada, livre do incesto. Poder-se-ia esperar que o Juiz ao qual a criança abusada foi encaminhada no seu apelo compartilhasse a constituição do sujeito-criança, percebendo essa dimensão simbólica?

Importante foi descobrir e pensar na dimensão simbólica, no significado para a vítima daquela cena judicial. Um Judiciário que funciona como lugar de inscrição no corpo (auto de corpo de delito), de nomeação de criança – vítima –, vai forjando na criança as marcas do discurso jurídico. Ela não é só o sujeito de direito abstrato. Mas, está ali um ser humano em condição peculiar de desenvolvimento, que tem assegurada a proteção integral e garantidas todas as oportunidades e facilidades neste desenvolvimento em condições de liberdade e de dignidade.

Importante foi descobrir que, pela cooperação dos sujeitos operadores do Direito participantes do processo, pode ser criada uma orientação direcionada para

---

32 – Foucault, 2000, p. 56.

a garantia dos direitos da criança com intervenções afirmativas, conforme lhe assegura a garantia constitucionalmente prevista<sup>33</sup>, ou estratégias de luta nas relações de poder, como diz Foucault<sup>34</sup>.

Importante foi observar que o poder do Juiz não precisará ser ameaçado se a abordagem do incesto não for a puramente jurídica. Plausível que o julgador, ao tratar da violência infantil intrafamiliar, se permita envolver por todo um esforço de análise crítica, de desconstrução de interpretações jurídicas, e ser incentivado a construir intervenções positivas (estratégias de luta) diante de violações dos direitos humanos da criança/adolescente.

Pensar em transgredir o discurso jurídico, aplicá-lo de outra forma ou subvertê-lo, é uma postura possível? Esta pergunta não quer calar desde 1999, quando passei a estudar a questão da criança na trama judicializante. Aproveito para destacar intervenções afirmativas (estratégias de luta) da Magistratura e do Ministério Público gaúchos colhidas em práticas de sustentação e asseguramento da subjetividade da criança abusada. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado publicada em 1999, em julgamento de embargos infringentes, foi confirmada a decisão do Juiz Dr. Breno Beutler Júnior, que não tomou declarações de uma criança que sofrera abuso sexual, determinando que ela fosse ouvida pela equipe de profissionais do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre (*RJTJRS* nº 192, p. 58). Necessário apontar que esta alteração no processo aconteceu porque as partes interessadas concordaram.

Em 2001, Velela Dobke lança importante obra, *Abuso Sexual: a Inquirição das Crianças – uma Abordagem Interdisciplinar* (Porto Alegre, Ricardo Lenz Editor), contribuição significativa no enfrentamento do despreparo técnico-jurídico daqueles profissionais que lidam com o sofrimento infantil causado pelo abuso intrafamiliar. O ano de 2003 é marcado por outras intervenções afirmativas. É o *depoimento sem dano*. Experiência que vem pelo trabalho do Juiz da Infância e da Juventude Dr. José Antônio Daltoé Cezar desenvolvida em juizado da Capital-RS e se caracteriza pela valorização do sujeito-criança, cuja ouvida se realiza em sala reservada com profissional da Psicologia ou serviço social, devidamente capacitado. Esta conversa é filmada e gravada para fazer parte do processo.

É a *I Jornada Estadual contra a Violência e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes*, coordenada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, Comissão de Direitos Humanos, pela Fundação Maurício Sirotsky Sobrinho e pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, seguindo-se a *II* e a *III Jornadas Estaduais* em 2004 e 2005. Outra intervenção afirmativa envolveu Juízes para, inclusive, debater a inquirição da criança abusada sexualmente, no *II Encontro dos Juizes da Infância e da Juventude*, realizado em Canela-RS. E, pelas mais diversas ações e realizações de eventos, segue-se ampliando as es-

---

33 – CF/88, art. 227.

34 – Foucault, 1995.

estratégias de luta para garantir, proteger e defender os direitos humanos da criança e do adolescente.

Por isso, insisto que a tarefa é de movimento prolongado e permanente. É para não terminar. Questionar em cada profissional para na sua prática abordar em cada criança um sujeito que precisa se alojar no outro para poder se situar: a criança-sujeito do inconsciente. Repensar nas suas práticas sobre as crenças de generalização do que é bom e do que é mau para todas as crianças, dos efeitos da individualização/segregação que o discurso do ser falante contemporâneo constitui, impõe. Acolher nas suas práticas o sujeito-criança com a dignidade que a condição requer. A minha expectativa de singularização é, no mínimo, de que ali, naquele momento de julgamento, se reflita sobre a existência de um sujeito, uma criança singular, e não uma vítima instrumento de prova somente.

Para não encerrar, trago Freud (1996[1930[1929]]), p. 120): “Quando, com toda a justiça, consideramos falho o presente estado de nossa civilização, por atender de forma tão inadequada às nossas exigências de um plano de vida que nos torne felizes e por permitir a existência de tanto sofrimento que provavelmente poderia ser evitado; quando, com crítica impiedosa, tentamos pôr à mostra as raízes de sua imperfeição estamos indubitavelmente exercendo um direito justo, e não nos mostrando inimigos da civilização. Podemos esperar efetuar, gradativamente, em nossa civilização alterações tais que satisfaçam melhor nossas necessidades e escapem às nossas críticas”.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALANEN, Leena. *Estudos Feministas/Estudos da Infância: Paralelos, Ligações e Perspectivas*. In Castro, Lúcia R. de. *Crianças e Jovens na Construção da Cultura*. Rio de Janeiro: NAU Editora: FAPERJ, 2001.

ARIËS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: LTC Editora. 2ª ed., 1981.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. SP: Saraiva. 8ª ed., 2002.

BRASIL. *Constituição Federal*. SP: Saraiva. 21ª ed., 1999.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. RS: CEDICA, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. RJ: Ed. Vozes Ltda. 9ª ed., 1991.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: uma Arqueologia das Ciências Humanas*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o Poder*. In Dreyfus, Hubert & Rabinow, Paul. *Michel Foucault, uma Trajetória Filosófica: (para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica)*. RJ: Forense Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. RJ: Forense Universitária, 6ª ed., 2000.

FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id*. RJ: Imago Editora. In *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*, 1996 (1923).

FREUD, Sigmund. *O Mal Estar na Civilização*. RJ: Imago Editora. In *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*, 1996 (1930/1929).

FREUD, Sigmund. *Novas Conferências Introdutórias sobre Psicanálise*. RJ: Imago Editora. In *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*, 1996 (1933[1932]).

FURNISS, Tilman. *Abuso Sexual da Criança – Uma Abordagem Multidisciplinar*. POA: Artes Médicas, 1993.

ORLANDI, Eni P. *Interpretação, Autoria, Leitura e Efeitos do Trabalho Simbólico*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1996.

ORLANDI, Eni P. *As Formas do Silêncio: no Movimento dos Sentidos*. 4ª ed. Campinas-SP: Editora da UNICAMP, 1997.

ORLANDI, Eni P. *Do Sujeito na História e no Simbólico*. In *Escritos – Contextos Epistemológicos da Análise do Discurso*. Nº 4. Campinas-SP: Nudetri – UNICAMP, 1999.

ORLANDI, Eni P. *Discurso e Texto: Formação e Circulação dos Sentidos*. Campinas-SP: Pontes, 2001.

PÊCHEUX, Michel. *Semântica e Discurso: uma Crítica à Afirmação do Óbvio*. 3ª ed. Campinas-SP: Editora da UNICAMP, 1997.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Direito e Psicanálise: na Trilha da Interdisciplinaridade*. In Argüello, Kátia. *Direito e Democracia*. Florianópolis-SC: Ed. Obra Jurídica, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*. Nº 192.

SANTA CATARINA. *Jurisprudência Catarinense*. Tribunal de Justiça.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da Indiferença à Proteção Integral: uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil*. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

VRIGNAUD, Dominique. *Les Comptes de l'Inceste*. In F. Hèritier, B. Cyrulnik e A. Naouri. *L'Inceste*. Paris: Editions Odile Jacob, 1994.

# **A ORIGEM COMO HERANÇA A EQUIPE DE ADOÇÃO COMO MEMÓRIA DO ADOTADO NO CONTEXTO DO JUDICIÁRIO**

SYLVIA BALDINO NABINGER

Assistente Social do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Doutora em Direito de Família. Especialista em terapia de família.

VERÔNICA PETERSEN CHAVES

Psicóloga do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Mestre em Psicologia do Desenvolvimento pela UFRGS – [veronicachaves@hotmail.com](mailto:veronicachaves@hotmail.com).

## **RESUMO**

A família adotiva no século XXI é uma família como todas as outras. Porém, as questões dos segredos são manejadas de forma diferente do que antigamente, uma vez que os sujeitos implicados têm hoje o desejo de conhecer sobre sua origem biológica e cultural. A reivindicação de acesso ao conhecimento de sua origem é considerada como o exercício de um direito subjetivo. O Poder Público, através do Judiciário, completamente implicado no tema, deve dar uma resposta para esta solicitação de uma forma segura, ágil e humana, uma vez que é o único responsável, no Brasil, pela mudança de identidade. A Equipe de Adoção deverá funcionar como memória na busca das informações, devidamente respaldada por leis e normativas que traçam diretrizes a este acompanhamento.

# **THE ORIGIN AS INHERITANCE THE ADOPTION TEAM AS THE ADOPTED'S MEMORY IN THE JUDICIARY CONTEXT**

## **ABSTRACT**

The adoptive family of the XXI century is a family like any other. However, the issues of the secrets are handled in a different way than before, once the involved nowadays wish to know about their biological and cultural origin. The revindication for access to knowing their origin is considered as exercising a subjective legal right. The Public Power, through Judiciary, completely implicated in the matter, must answer to this solicitation in a safe, agile and human way, once it is the only responsible, in Brazil, for the change of identity. The adoption team

must work as a memory in search for the information, properly based on laws that rule procedures to this attendance.

#### PALAVRAS-CHAVE

Adoção – Interdisciplinaridade – Adolescência – Identidade

#### KEYWORDS

Adoption – Interdisciplinarity – Adolescence – Identity

O ser humano sempre procurou descobrir sobre sua origem, não apenas a de sua espécie, mas a do Universo como um todo. Pensadores, filósofos, pesquisadores de diversas épocas, de diversas correntes de pensamento se debruçaram sobre esta questão, gerando diferentes perspectivas de compreensão sobre o assunto. No entanto, é somente no final do século XII que a questão do surgimento da vida, antes de domínio da religião, passa a ser de domínio científico (Forestier, 1996). O biólogo francês Louis Pasteur põe por terra a crença da geração espontânea, demonstrando que mesmo os microorganismos unicelulares teriam a marca da origem genética, portanto pais, com os quais eles se pareceriam. Charles Darwin e Alfred Russel Wallace inquietaram a sociedade ao apresentarem suas teorias de mutação e adaptabilidade do indivíduo ao meio. O obscurantismo na ciência começa a ser desvendado, e a visão religiosa é colocada de lado.

O homem se sente fascinado por esses temas, mas nada se pode dizer de definitivo sobre o momento zero. Vivemos neste novo milênio com as mesmas dúvidas acerca da origem, que ainda são numerosas e misteriosas, situadas dentro de um âmbito filosófico. O conhecimento sobre a origem da vida e do homem nos dá informações preciosas para compreender a pequena história de vida de cada sujeito e para dimensionar seu futuro (Forestier, 1996).

A busca às origens dentro de um contexto adotivo é uma realidade que fascina todos os personagens deste cenário pela possibilidade de intromissão no mundo obscuro dos segredos da parentalidade (Botbol, Barriguet e Benchetrit, 2000). O filho adotivo, ao descobrir a genitorialidade e o todo que implica uma verdade que não lhe era de todo desconhecida, busca, além de sua parentalidade psíquica, sua origem biológica.

Como personagens coadjuvantes desta trama, a Equipe de Adoção acompanha os adotados e suas famílias nesta jornada. Nossa memória, nossa escuta, o acolhimento da dúvida, muitas vezes mais do que o próprio desvendar do segredo, serão material de reconstrução a ser oferecido às lacunas do passado destes jovens.

#### A QUESTÃO DO SEGREDO

O nascimento do psiquismo humano e os vínculos de parentalidade e filiação que fundamentam as nossas famílias são questões bastante inquietantes em diversas esferas do conhecimento. O que realmente faz com que alguém se sinta

pai ou mãe de uma criança e como este filho tem certeza de que aqueles são seus pais. Essa é uma questão global que nos atrai tanto quanto a origem do Universo e que tem relação com nossas histórias de família.

Soulé e Nöel (1986a) nos falam de dois tipos de crianças. Aquelas que são criadas por seus verdadeiros pais, genitores, e que não têm qualquer inquietude acerca de suas origens, e outras que não conhecem seus genitores e que passarão a vida com angústias irremediáveis a respeito. Toda a criança com história de abandono, em algum momento de sua vida, questiona-se sobre sua verdade biológica. Como salientam ainda os autores, origem, seja no singular ou no plural, nos faz pensar na *verdadeira mãe* ou no *verdadeiro pai*, os quais são muito difíceis de serem nomeados.

Em alguns casos, há um sofrimento afetivo por não se saber quem foram os genitores (nome, rosto, história de vida, etc.). Esses dados passam a ser buscados como elementos valiosos para que o sujeito possa compreender o que aconteceu em sua história. Os conflitos internos, mal conhecidos ou pouco conhecidos, entre o desejo consciente de dar um fim ao sofrimento ligado à ignorância da origem e a crença inconsciente de que devemos ser protegidos estão ligados. Trata-se aqui de um profundo *conflito de lealdade* dividindo os investimentos e as expectativas daquele que possui uma história de dupla filiação, biológica e afetiva ou adotiva.

No entanto, como se pergunta Lauru (1997), que família não possui segredos? O segredo, continua ele, é um elemento fundador e se instala em uma perspectiva transgeracional de transmissão, seja do simbólico, seja do nome. Transmissão esta que funda a humanidade geração após geração e que institui dessa forma o sujeito.

Soulé e Nöel (1986a) dizem ainda que os segredos, o não-dito, as verdades ocultas, a ignorância imposta, as mentiras e outros aspectos são fenômenos e práticas comuns que se infiltram nas culturas e nas legislações nas quais o impacto e suas funções nas relações sociais e psicológicas entre os homens jogam um papel fundamental no desenvolvimento psíquico de cada um. Tentaremos aqui abordar a função do segredo não em seu sentido amplo, mas, sim, naquele que atinge a questão da filiação.

Atualmente, a procriação medicamente assistida – a fertilização *in vitro* – FIV, a inseminação por doador –, nos propõe um novo questionamento acerca da identidade dos genitores. Todos os questionamentos éticos e jurídicos que se vive a partir da ignorância dos doadores do material genético se assemelham às já conhecidas e vivenciadas inquietudes a respeito da origem de filhos adotivos. O desejo dos pais adotivos de serem reconhecidos como os *verdadeiros pais* destes filhos perante a lei é o mesmo dos pais que vivenciam outros modos particulares de procriação através de intervenções médicas diversas, como a doação de gametas, por exemplo.

Entre as crianças encontradas abandonadas em locais públicos ou a terceiros, sem indicação de identidade, crianças declaradas ao nascer, sobre uma identidade

outra que não seja a de seus genitores, crianças adulterinas, crianças de uma primeira relação passageira e que são reconhecidas pelo marido da mãe, crianças de pais desconhecidos, crianças adotadas ou legítimas, crianças geradas através de procedimentos medicamente assistidos, não importa, muitas delas ignoram suas origens biológicas, desconhecendo os nomes das pessoas que as gestaram<sup>1</sup>. A ignorância nasce da recusa do reconhecimento do nascimento e, conseqüentemente, da declaração legal que os legitimaria pais daquela criança.

Os argumentos invocados por aqueles que buscam conhecer suas origens são, em primeiro lugar, o sofrimento afetivo de não conhecer pelo menos o nome, o rosto, uma imagem de sua verdadeira mãe. Em segundo lugar, existe uma decepção e uma dificuldade no estabelecimento de sua *verdadeira identidade*. Os casos graves de distúrbios de personalidade com delírios de filiação são encontrados em famílias onde o segredo da origem foi estabelecido, como mostrado por estudiosos como Guyotat (1980).

Todos os estudiosos do assunto concordam que o segredo de filiação ocupa uma função importante no estabelecimento das interações familiares, sejam elas adotivas ou não, e, conseqüentemente, a verdade tem uma função primordial no desenvolvimento psíquico da criança. Desvelar o segredo tem um grande valor preventivo na vida fantasmática da criança e no seu futuro.

#### O DIREITO DE SABER

A adoção vive seus dias de glória, pois não mais pesa sobre ela a dupla maldição, o estigma de que tínhamos de um lado a ferida narcísica de pais inférteis e de outro o abandono da criança indesejada. Hoje, é corrente dizer que a criança adotada tem direito a saber sobre a sua origem, que os pais adotivos lhe devem contar a *verdade*. A proteção dos arquivos de adoção é, portanto, de extrema importância, uma vez que os informes contidos nos processos são elementos preciosos para o adulto adotado. Esta corrente de pensamento é acompanhada dos textos legislativos que regulam as garantias fundamentais da pessoa humana.

No Direito Internacional, a Convenção dos Direitos da Criança de Nova York (1989) prevê que a criança tem direito a uma identidade<sup>2</sup>. Na Constituição Federal brasileira de 1988, o conhecimento das origens surge como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que pertence à categoria dos direitos fundamentais do Estado brasileiro. O Estatuto da Criança e do Adolescente não iden-

---

1 – A falta de organização social com relação à identificação de pessoas em nosso País pode ser ilustrada através da forma de identificação de crianças e adultos doentes, em estado de inconsciência, que ingressam no Hospital de Pronto-Socorro Municipal de Porto Alegre. Eles passam a ser chamados de IG (ignorados), seguidos de um número de chegada: IG1, IG2, etc. Quando estes casos vão a óbito, assim permanecem identificados.

2 – O termo identidade é usado aqui no sentido que coloca a própria Convenção, ou seja, identidade como sinônimo de identificação (o direito a um nome, sobrenome, local e data de nascimento), e não no sentido psicológico do termo, que prevê a constituição subjetiva do sujeito.



tífica de forma específica a proteção da identidade e da origem da criança, apesar de respeitar na íntegra os pressupostos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Poucos são os países que possuem leis específicas para pessoas que desejam conhecer suas origens. No Canadá, Quebec, a Lei de 14-06-84 dá direito ao encontro dos adotados com a sua família biológica. Este enquadre é realizado por uma equipe de profissionais que acompanham a solicitação dos interessados. A Lei de Quebec delega ao Instituto Universitário as funções de busca, apoio, capacitação e valorização das práticas profissionais aplicadas. Na França, o Conselho Nacional para Acesso às Origens Pessoais – CNAOP se situa no coração de um dispositivo criado pela Lei nº 202-93, de 22-01-02, que tem como objetivo preciso facilitar o acesso às origens pessoais de pessoas adotadas e de pupilos do Estado. O CNAOP é uma jovem instituição que teve início efetivamente em setembro de 2002 e que se esforça em responder a seus objetivos em rede com outras instituições. Desde a abertura do centro, vários casos estão em andamento.

No Brasil, a grande dificuldade enfrentada quotidianamente por aqueles que buscam informações sobre suas origens é, justamente, a falta de uma normativa precisa que regulamente a preservação e o arquivamento dos dados de crianças adotadas ou institucionalizadas. Muitos documentos importantes são mal formulados, mal preenchidos e, muitas vezes, extraviados ou até mesmo incinerados pelos órgãos públicos e judiciais, que deveriam ser os responsáveis por esta memória. Além disto, temos ainda a realidade da *adoção à brasileira*, tão comum e frequente, na qual a falta da intervenção do Estado faz com que as informações permaneçam apenas no foro subjetivo dos envolvidos, comprometendo ainda mais a possibilidade do sujeito de buscar dados de realidade e com estes construir ele próprio sua leitura destes.

#### A EFETIVAÇÃO DA BUSCA: ONDE ESTÁS?

A busca de informações sobre a família de origem tem sido cada vez mais um pedido rotineiro no dia-a-dia da Equipe de Adoção de nosso Juizado. Adolescentes e adultos adotados, bem como pessoas com longas histórias de institucionalização, procuram informações sobre si. Criamos um projeto de acolhimento a estas pessoas que nos são encaminhadas e para as quais é aberto um procedimento formal na busca das informações.

Desde antes do primeiro contato do adotado, muitas das questões acerca de sua origem já foram remoídas, pensadas, atuadas, discutidas ou não com sua família ou amigos. Trata-se de um longo percurso interno de discussão acerca de si mesmo e de sua origem antes de tomar uma decisão de materializar isto de alguma forma. A chegada na Equipe de Adoção, muito provavelmente, ocorrerá depois de uma série de outras tentativas menos organizadas de contato com seu passado. O primeiro encontro será fundamental para a construção de um vínculo de confiança e segurança, portanto, o estabelecimento deste lugar como local de escuta e continência para as dúvidas e questionamentos trazidos se faz neste instante.

Queremos ressaltar a importância da qualidade do acolhimento da pessoa que busca suas origens, pois com certeza ela estará perpassada por sentimentos de angústia e sofrimento psíquicos intensos. Em geral, é possível observar um pensamento persecutório relacionado aos temas do abandono, da origem, com muitas projeções das problemáticas vividas junto aos pais adotivos, que serão deslocadas para este espaço ainda desconhecido de sua memória. Existe uma expectativa mágica de que o desvelamento deste segredo resolveria todas as suas conflitivas e angústias.

Muitos dos entrevistados pela primeira vez conseguem falar sem dificuldades sobre o tema, uma vez que este tipo de abordagem não foi feito anteriormente com ninguém, nem mesmo em situação de tratamento psicoterápico, tal a intensidade que suscita. A história poderá ainda ser fragmentada, precisando da escuta do outro para que comece a fazer sentido. Por tal motivo, os profissionais devem procurar o aprofundamento teórico sobre o tema, tornada a escuta especializada. Os fragmentos de recordações ou de informações muitas vezes são constituídos de fantasias, histórias contadas, falsas lembranças, que o pesquisador deverá se apropriar cuidadosamente para, posteriormente, confrontá-los com os dados de realidade encontrados. A participação ou colaboração de outros familiares, em alguns momentos, é importante, principalmente nos casos em que existem quadros de intenso sofrimento psíquico. O encaminhamento e o trabalho consecutivo com equipes de saúde mental poderão ser indicados.

Os motivos que o levam a esta busca podem ter as mais diferentes influências. Podem estar ligados a questões que desde sempre foram motivo de reflexão por parte do adotado e que interferiram ao longo de sua vida, como, por exemplo, pessoas que referem desde criança questionarem seus pais adotivos sobre sua história pregressa, pessoas que percebem problemas de relacionamentos familiares ou interpessoais que julgam ligados à sua história de origem. Estes problemas intra ou intersubjetivos estão dentro de um largo espectro a ser avaliado, considerando a possibilidade de distúrbios afetivos graves associados. Podem também estar ligados a questões situacionais, mudanças de vida acidentais, como, por exemplo, uma importante perda afetiva, perda de um dos pais adotivos, perda de algum relacionamento duradouro. Outra questão motivadora para a busca das origens pode ainda estar ligada a mudanças de *status* na vida adulta, dentro de uma perspectiva evolutiva normal, como o casamento ou o nascimento dos filhos.

A compreensão dos motivos manifestos e latentes pelo profissional que acompanha as buscas é fundamental. As expectativas com relação aos resultados e as repercussões das informações e dos contatos devem ser dimensionadas e avaliadas junto a este adolescente/adulto. Desde o início, a frustração da demanda é também alvo de trabalho da equipe mediadora, pois muitos casos não terão nenhuma resolução pela ausência de vestígios motivada pela negligência do arquivamento do Poder Público ou de informações vagas a respeito do ocorrido no momento de seu abandono.

O primeiro contato com este adotado terá, portanto, um caráter exploratório de sua história de vida, de sua experiência de adoção, de seu funcionamento

emocional no momento da procura, de qual a motivação para esta busca neste momento de vida (fatores desencadeantes), de sua adaptação psicossocial e laboral.

Depois desta primeira etapa, passamos à pesquisa propriamente dita. Para tanto, remexemos nossos arquivos judiciais, institucionais, fotos, cartas de longa data guardadas, para tentar esta reconstrução. À medida que estes vestígios são buscados pelo profissional, abre-se a possibilidade de que este adotado comece a construir a sua própria história. Muito provavelmente, ele se perceberá ator de uma série de conluios, negações e falsas construções a respeito de sua história. Informações que possivelmente estiveram ao seu alcance, mas que não foi capaz de se apropriar. Desta forma, se delineará melhor os motivos que o levam, neste determinado momento de vida, a se deparar com este passado longínquo. Também será possível, pouco a pouco, direcionar os objetivos e o foco da investigação. Até onde vai o desejo deste adotado. Ele precisa saber sobre sua história, ou efetivamente entrar em contato com ela, conhecendo lugares, pessoas, ver imagens, conhecer objetos, etc.

Os pedidos a respeito da busca das origens, na verdade, são bastante variados. Muitos procuram, em um primeiro momento, por irmãos. Perguntam-se sobre a possibilidade da existência de outros irmãos, levados por uma fantasia de incesto, ou seja, pelo medo de relacionarem-se com alguém ao acaso, com quem possam ter um vínculo genético. A experiência de alguns indivíduos em momentos próximos ao casamento foi esclarecedora neste sentido. Outros, no entanto, seu desejo é de contato com a história familiar genética no sentido de conhecer seu mapa anagráfico, já que em muitas vezes o sujeito foi adotado por uma família de origem étnica diferente à dele. Esta demanda é ainda mais comum entre pessoas com história de institucionalização ou com experiências de adoção tardia.

O falecimento dos pais adotivos também é fator desencadeante comum na busca das origens. De certa forma, o sujeito necessita saber sobre suas raízes de forma a minimizar o sentimento de solidão e distanciamento. Por outro lado, a morte destes objetos de amor libera este filho adotivo do contrato de lealdade a estes que o aceitaram e acolheram.

Nas adoções internacionais, é muito comum o forte desejo de entrar em contato com o seu país de origem, a língua, os costumes e principalmente o tipo étnico do povo. Quando os adotados residentes no exterior retornam ao Brasil e passeiam pelas ruas de sua cidade natal, o seu olhar incessante às pessoas é uma busca de algum aspecto físico semelhante que possa conectá-lo àquela cultura. Isso se observa principalmente nas adoções inter-raciais.

A demanda da maioria dos adotados concentra-se apenas em uma esfera de informações. Primeiramente, reconstruir sua história, checar as informações dúbias relativas ao seu nascimento, aos motivos de seu abandono, à identificação desta mãe biológica, e outras informações possíveis que possam levá-lo a compreender o desencadeante desta outra trajetória de vida.

Poucos são os casos em que o pedido é o contato com a família de origem. Esta, em geral, será uma demanda daquele adotado que, por outros meios

ou em um momento anterior, já percorreu o caminho de reconstrução de sua história. O desejo de contato com a família de origem, no entanto, poder-se-á constituir, à medida que este adotado tiver os dados a respeito de sua história e esta passar a ser menos ameaçadora.

Para efetivar a busca é necessária a formalização de um pedido para que se possa dar prosseguimento, principalmente, à busca documental. Uma vez recebido o processo do arquivo, a Equipe de Adoção lê detalhadamente os autos, prestando atenção a datas, lugares e pessoas, na tentativa da reconstituição da história, motivos do abandono, institucionalização, tudo o que ocorreu desde o momento da primeira intervenção no caso até a sua adoção. A interação da Equipe com o sujeito objetivará a constante reflexão sobre os conteúdos ofertados, disponíveis, e as repercussões destes em sua vida.

#### A ORIGEM COMO HERANÇA

O sujeito se constitui não só de uma identidade física, mas também de ritos, costumes e uma história que o constrói como indivíduo inscrito em um lugar (Le Run e Renard, 1997). A transmissão, aquilo que nos é contado, ocorre no cotidiano das interações com nossos pais e aqueles que nos são próximos. A partir daquilo que nos é transmitido, construímos uma nova história, que, por sua vez, será transmitida à próxima geração. Nos casos de adoção, as questões a respeito da origem emergem quase que naturalmente, fazendo com que a criança passe a questionar a autoria de sua identidade, trazendo sofrimento psíquico, pois se sente diferente e desejosa de mudar seu destino.

A busca das origens pelos sujeitos abandonados constitui, na verdade, um trabalho psíquico de tentativa de reconstrução de sua história transgeracional. Apropriar-se desta história significa dar um sentido ao corte na transmissão biológica. A história deste sujeito se tecerá então no entrelaçamento de duas linhagens, a transmissão rompida e aquela vivida junto às figuras substitutivas. Este entrelaçamento escreverá uma nova história, que, por sua vez, será transmitida como uma nova herança àqueles que virão.

Sabemos que o estabelecimento da saúde mental, a coesão interna e o sentimento de identidade se estabelecem muito antes de que este adotado saiba a respeito dos segredos de sua origem, através das interações e das identificações precoces (Soulé, 1986b). No entanto, devemos considerar que suprimir a verdade implica conseqüências concretas múltiplas naquele que a deveria portar.

Portanto, além da abordagem preventiva e precoce com as famílias adotivas desde o início de seu projeto de terem filhos, os serviços de atendimento de crianças em situação de risco necessitam refletir sobre este assunto. É importante que estes se organizem para receber a informação e mantenham os arquivos em funcionamento como memória viva e acessível às antigas crianças privadas do convívio familiar, das comunidades de origem, por vezes até de sua cultura de origem. Da mesma forma, o Judiciário, como único órgão competente a realizar adoções, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem a obrigação de manter es-

tes registros preservados e acessíveis aos interessados, acesso este que deve ser qualificado.

A sociedade civil necessita organizar, modernizar e tornar acessíveis seus arquivos, como cartórios, bibliotecas, arquivos institucionais, setores de identificação da Polícia, etc., para ajudar os cidadãos a localizar familiares, atendendo aos direitos fundamentais no que toca à sua identidade. Atualmente, a informação digital – *sites*, armazenamento de informações – e a possibilidade de acesso a estas através da informatização têm ajudado na busca e localização de pessoas desaparecidas. A mídia, com seus programas televisivos, tem levado a grande público o tema, no entanto, de forma não-especializada e fantástica.

O Brasil necessita dar um novo enquadre às solicitações de centenas de pessoas que, tendo sido adotadas ou tendo vivido sob a guarda do Estado, buscam resgatar sua história e vínculos afetivos ou biológicos para a reconstrução de sua identidade. A criação de uma lei que proteja os direitos destes cidadãos, dando as diretrizes de acompanhamento individual destes casos, que merecem a proteção do Estado, pelo sofrimento humano vivenciado em cada história.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GUYOTAT, J. (1980). *Mort, Naissance et Filiation. Études de Psychopathologie sur le Lien de Filiation*. Paris, Masson, coll. Médecine et Psychothérapie.

#### CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Nova York, 1989.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

FORESTIER, François (1996). *Origine de la Vie, Origine de l'Homme*. Em: M. Soulé e outros. *Origines, Identités, Destinées*. ESF, Paris.

LAURU, D. (1997). *Lê Secret des Origines. Enfances & Psy: Questions d'Origines*. 1, 128-134.

LE RUN, J. e RENARD, L. (1997). *Questions des Origines. Enfances & Psy: Questions d'Origines*. 1, 8-10.

RAPPORT D'ACTIVITÉ 2002-2003. *Ministere de la Famille et de L'Enfance*. Paris.

SOULÉ, M. e NÖEL, J. (1986a). *Aspects Psychologiques des Notions de Filiation et Identité et le Secret des Origines*. Em: Verdier, Pierre e outros. *Le Secret sur les Origines*. ESF, Paris.

SOULÉ, M. e NÖEL, J. (1986b). *Filiation, Identité et Secret des Origines*. Em: Verdier, Pierre e outros. *Le Secret sur les Origines*. ESF, Paris.



**PARECER**





**COMARCA DE SANTO ÂNGELO –  
JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE  
EXPEDIENTE Nº 20.126/05-6**

Trata-se de estudo que tramita junto à Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça objetivando a ampliação da competência da Vara Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Santo Ângelo.

Após juntada de informações sobre número de feitos que tramitam em outras Varas daquela Comarca, execuções de alimentos, feitos cíveis e criminais, exarou parecer o Coordenador de Correição José Milton de Freitas Silveira, no sentido de que seja feita a adjunção do Juizado Especial Criminal, a exemplo do que ocorre na Comarca de Osório, após a oitiva da Dra. Pretora que ora atende àquele Juizado, a ser efetivada através de resolução do Conselho da Magistratura.

Por designação do Juiz-Corregedor Eduardo João Lima Costa, na condição de membro integrante do Conselho de Supervisão da Infância e da Juventude – CONSIJ, recebi para parecer. É o breve relato.

Com a devida vênia do entendimento esposado pelo Sr. Coordenador de Correição, entendo descabida a ampliação de competência proposta.

Segundo Mauro Cappelletti, o *sistema legal* ora em vigor precisa ser entendido, sob pena de não alcançarmos o asseguramento mínimo da prestação jurisdicional pretendida pela população, a partir de *três pilares de sustentação*: o conteúdo do Direito, a estrutura do Direito e a cultura do Direito.

O *conteúdo* do Direito nos aponta para o regramento constitucional em vigor, que estabeleceu de forma clara e precisa princípios a serem seguidos pela família, pela sociedade e pelo Estado, neste compreendido o Poder Judiciário, por óbvio.

Reza o art. 227 da CF/88 que criança e adolescente são “prioridade absoluta”, e quando da criação das Varas Regionais da Infância e da Juventude, através da Lei Estadual nº 9.896/93, o “Princípio da Prioridade Absoluta” foi introjetado no sistema judicial do Rio Grande do Sul, quando, com coragem e ineditismo, o Poder Judiciário gaúcho estruturou o então novo modelo de jurisdição, com a especialização de Varas com competência territorial ampliada para a execução de medidas socioeducativas em meio fechado, adoções internacionais e fiscalização das entidades de atendimento.

Passaram elas a ser patrimônio de qualidade na prestação jurisdicional da área, conquistado após longa luta da Magistratura rio-grandense e que passou a ser seguido como modelo por outros Estados da Federação.

Quanto à *estrutura* do Direito, temos que, quando da criação das Varas Regionais, outros elementos integrantes do Sistema de Justiça também foram compelidos a se organizar, a saber: o Ministério Público criou cargos para Promotores Especializados; a Defensoria Pública remanejou quadros; técnicos foram concursados

pelo Poder Judiciário; casas apropriadas para execução de medidas socioeducativas de internação foram construídas, efetivando, assim, a descentralização pretendida como modelo para o nosso Estado e que, repita-se, passou a ser copiado por outros Estados.

Pretender-se agora, sob o argumento de que na Vara Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo tramitam poucos feitos, ampliar a competência, agregando outras demandas não-específicas da área, significaria retrocesso na qualidade da prestação jurisdicional e, por óbvio, desatendimento ao estabelecido na Constituição Federal, demonstrando que o terceiro elemento, a *cultura* do Direito, continua impregnado pelo simplismo da interpretação da prestação jurisdicional somente através de números, e não pela qualidade e efetividade da justiça.

De outro lado, a forma proposta pelo Sr. Coordenador de Correição, ou seja, através de resolução do Conselho da Magistratura, também não se adequa.

Ainda que a Vara Regional da Infância e da Juventude de Osório tenha sofrido a mesma espécie de modificação proposta – a meu sentir equivocada no mérito, conforme já dito –, a alteração deveria ter sido feita, necessariamente, através de lei estadual, conquanto, quando da criação das Varas Regionais, sua competência ficou expressa e limitada, não constando qualquer ressalva quanto à possibilidade de modificação.

Assim, a alteração de competência não poderia ter sido efetuada por norma administrativa, mas apenas por alteração legislativa, segundo infere-se do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.890/93: “Parágrafo único – Também se incluem na competência dos Juizados Regionais da Infância e da Juventude outras atribuições *definidas em lei*, que lhes forem pertinentes”. (grifei)

Em suma, ampliar a competência da Vara Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo atenta contra o princípio constitucional da prioridade absoluta; está em desacordo com a estruturação do Sistema de Justiça como um todo; e afasta a possibilidade da prestação jurisdicional com qualidade que ora é exercida.

Ademais, qualquer modificação na competência dependerá de alteração legislativa, conquanto fixada expressamente em lei estadual.

É o parecer que submeto à consideração do CONSIJ.

Porto Alegre, 24 de junho de 2005.

Vera Lúcia Deboni  
Juíza de Direito Substituta  
Projeto Justiça Instantânea