



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO VI

Nº 14

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 1.470 exemplares

Impresso em setembro de 2008

Conselho de Supervisão de Juízes da
Infância e da Juventude – CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, março de 2008.

EXPEDIENTE

Coordenação-Geral:

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

Elaboração:

Dr. João Batista Costa Saraiva, Juiz de Direito do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo

Diagramação, Revisão e Impressão:

Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques – 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 ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA
Presidente

Desembargador ROQUE MIGUEL FANK
1º Vice-Presidente

Desembargador JORGE LUÍS DALL'AGNOL
2º Vice-Presidente

Desembargador LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS
3º Vice-Presidente

Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS
Corregedor-Geral da Justiça

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

MEMBROS EFETIVOS

Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS
Corregedor-Geral – Presidente

Dra. MARIA CLÁUDIA MÉRCIO CACHAPUZ
Juíza-Corregedora – Vice-Presidente

JUÍZES DE DIREITO

Dr. BRENO BEUTLER JÚNIOR
1º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Dr. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR
2º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Dr. LEOBERTO NARCISO BRANCHER
3º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Dra. VERA LÚCIA DEBONI
Projeto Justiça Instantânea

Dr. CHARLES ABADIE VON AMELN
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Canoas

Dr. SÉRGIO FUSQUINE GONÇALVES
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Caxias do Sul

Dr. JOÃO CARLOS CORRÊA GREY
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Novo Hamburgo

Dra. CONCEIÇÃO APARECIDA CANHO SAMPAIO GABBARDO
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Osório

Dr. DALMIR FRANKLIN DE OLIVEIRA JÚNIOR
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Passo Fundo

Dra. MARIA DO CARMO MORAES AMARAL BRAGA
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Pelotas

Dr. BRENO BRASIL CUERVO
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santa Cruz do Sul

Dra. LILIAN PAULA FRANZMANN
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santa Maria

Dr. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo

Dra. ANA BEATRIZ ROSITO DE ALMEIDA FAGUNDES
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Uruguaiana

MEMBROS INDICADOS

Dr. ANDRÉ LUÍS DE MORAES PINTO
Vara de Família de Lajeado

Dr. ÉDISON LUÍS CORSO
Vara Judicial de Nova Petrópolis

Dr. GILBERTO PINTO FONTOURA
Vara Judicial de Palmares do Sul

Dra. FABIANA ARENHART LATTUADA
2ª Vara Judicial de Torres

Dr. OSMAR DE AGUIAR PACHECO
2ª Vara Judicial de Rio Pardo

Dra. LOURDES HELENA PACHECO DA SILVA
1ª Vara Criminal de Rio Grande

SUMÁRIO

DOCTRINA

Dezoito anos do Estatuto – João Batista Costa Saraiva	9
Juízo: os adolescentes exigem da Justiça – Eduardo Rezende Mello	13
Justiça Instântanea: uma análise dos mecanismos de integração operacional para o atendimento inicial de adolescentes em conflito com a lei – Christian Nedel	15
Violência e afeto – Paulo J. B. Leal	21
Programa de Execução de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto em Santa Rosa: a trajetória da implantação do CEDEDICA Santa Rosa – Adriana Henchen	23

SENTENÇAS

Processo nº 6244-094	29
Processo nº 015.06.4518-8	35

JURISPRUDÊNCIA

STF – 1ª Turma – Hábeas-Córpus nº 85.598-9 – São Paulo	49
STJ – 3ª Turma – Recurso Especial nº 847.597 – Santa Catarina – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Adoção. Intimação do Ministério Público para audiência. Art. 166 da Lei nº 8.069/90. Fim social da lei. Interesse do menor preservado. Direito ao convívio familiar. Ausência de prejuízo. Nulidade inexistente. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se – a teor do acórdão recorrido – o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido. O art. 166 da Lei nº 8.069/90 deve ser interpretado à luz do art. 6º da mesma Lei	53
STJ – Recurso Especial nº 972.576 – Rio Grande do Sul	57

STF – Suspensão de Liminar nº 235-0 – Tocantins	65
ENUNCIADOS CONSIJ	75
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
Abusos – Emílio García Méndez	81

Visite o *site* da Justiça da Infância e da Juventude: www.tjrs.jus.br
Link Infância e Juventude.

DOUTRINA

DEZOITO ANOS DO ESTATUTO

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA
Magistrado

O último 13 de julho marcou o transcurso dos dezoito anos da Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mais do que a regulamentação dos arts. 227 e 228 da CF, que incorpora à ordem constitucional brasileira a Doutrina das Nações Unidas de Proteção dos Direitos da Criança, o Estatuto se constitui na versão brasileira da Convenção da ONU para a proteção dos direitos da criança. A Convenção sintetiza esta Doutrina, expressa em diversos outros documentos internacionais dos quais o Brasil também se faz signatário.

É, pois, um compromisso da Nação brasileira não apenas com suas crianças e seus adolescentes, prioridade absoluta do Estado brasileiro nos termos de nossa Constituição, mas também um compromisso perante a comunidade internacional. Nos anos oitenta o Brasil obtinha reconhecimento internacional pelo futebol, pelo Carnaval, e por ser o país que matava suas crianças...

De certa forma o Estatuto da Criança e do Adolescente teve um efeito para a infância brasileira a partir de 1990, como o Estatuto da Mulher Casada tivera para a mulher brasileira nos início dos anos sessenta. Sabe-se que a mulher brasileira somente conquistou um *status* de cidadania efetivo, consagrado definitivamente em 1988, a partir daquela norma, pois até então era relativamente capaz, ao lado dos menores púberes, dos silvícolas e dos pródigos...

O Estatuto deu à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos, e não mais de meros objetos do processo. Substituiu o paradigma da incapacidade pelo conceito de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, titular de certos direitos e de certas obrigações, no limite dessa peculiar condição.

A municipalização do atendimento, em substituição ao modelo centralizado, introduziu uma nova concepção, desjudicializando a questão social, desconstruindo a idéia do Juizado de Menores como órgão de controle da pobreza e introduzindo novos protagonistas. O menor do velho Código dá lugar à criança e ao adolescente, não se cogitando de uma infância dividida.

O Conselho Tutelar passou a se constituir no braço articulado das políticas de proteção, visando a crianças e adolescentes vitimizados, instituindo-se órgãos deliberativos, os Conselhos de Direitos, em todos os níveis de organização de Estado, com vistas à formulação de políticas públicas de atendimento.

Como se constata nesses anos, a lei, por si só, não opera milagres. A primazia brasileira na adoção das diretrizes da ONU nos trouxe, na formulação do Estatuto, algumas concessões ao velho sistema que ainda nos custam a plena efetivação de suas metas. Ao longo dos anos noventa e já neste século, cada

país foi produzindo sua norma, superando o velho modelo, e muitas experiências interessantes poderiam nos servir para o aprimoramento de nossa Lei, visando a sua operacionalidade e efetividade, até porque ainda há muita gente operando com o Estatuto, mas raciocinando com a lógica do Código de Menores, servindo-se de algumas imprecisões da norma. Como no tema do meio ambiente, em uma sociedade onde alguns setores chegaram a considerar Lutzemberger um lunático, trata-se de uma mudança de cultura, e isso não se opera por decreto.

O Conselho Tutelar poderá ser aprimorado, mas aqui vale a regra, cada Município tem o Conselho Tutelar que merece, pois é a lei municipal que lhe dá os contornos definitivos, e assim por diante.

Apesar de quantitativamente ser inexpressivo, em cotejo com o conjunto da população infanto-juvenil, o tema do adolescente autor de infração, o tema da delinqüência juvenil, ocupa largo espaço e acaba monopolizando os debates em torno do Estatuto, por conta de sua visibilidade, em especial em uma sociedade com medo.

Responsabilizar o Estatuto por um suposto aumento da delinqüência juvenil e apresentar a redução da idade penal como uma solução seria a mesma coisa que atribuir à Lei nº 8.072, que também completa dezoito anos, a responsabilidade pelo aumento indubitado dos chamados crimes hediondos no País nesse mesmo período e introduzir a pena de morte.

No caso dos adolescentes autores de delitos, a responsabilização se dá a partir dos doze anos, o que empresta um caráter quase draconiano à nossa Lei, em cotejo com os demais países, em cuja maioria a idade de responsabilização se dá aos quatorze.

É certo que o sistema socioeducativo, relativo às sanções a que se sujeitam esses adolescentes, carece de efetividade. Programas de meio aberto ainda são poucos e muito ineficientes, a reclamar urgentes providências. Isso passa pela necessária compreensão do que são essas sanções, no que se distinguem das penas aplicáveis aos maiores de dezoito anos e quais suas convergências. Também é preciso superar, nessa mudança cultural, o paradigma da ambigüidade, do que o velho sistema era pródigo.

No que respeita às medidas socioeducativas, enquanto penalidades, com finalidade pedagógica, como destaca Konzen, permito-me fazer a analogia entre o sutiã, a calcinha e o biquíni. Se em um dia de sol, em um condomínio, uma dona de casa resolver cortar a grama de sua casa, de calcinha e de sutiã, causará escândalo. Se estiver de biquíni, provavelmente não. É o conceito. A finalidade. A calcinha e o sutiã são roupas de baixo. O biquíni é roupa de banho. E há calcinhas e sutiãs que tapam mais do que muitos biquínis. Assim a medida socioeducativa e a pena.

No caso do adolescente autor de infração, o primeiro tema ainda a ser superado diz com a responsabilização desse sujeito e a efetivação do modelo proposto pela Lei. Nesse caso, desde que superada a questão e entendido o modelo de responsabilização juvenil que o Estatuto introduziu, faz-se razoável, e até recomendável, que se busque o aprimoramento da norma e a qualificação de seus

operadores, aproveitando-se esses dezoito anos para avaliarmos os acertos e os erros, por ação e por omissão. Não será a redução da idade penal que resolverá nossa questão, mas será a efetividade das propostas do Estatuto e a realização de correções pontuais, necessárias, que não o descaracterizem, mas o afirmem enquanto instrumento de cidadania e responsabilidade.

JUÍZO: OS ADOLESCENTES EXIGEM DA JUSTIÇA

EDUARDO REZENDE MELO

Eduardo Rezende Melo, 39, Juiz de Direito de São Caetano do Sul (SP), é presidente da ABMP (Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude).

“Juízo” é uma dura crítica ao abandono e à falta de valorização a que é relegada a Justiça da Infância e da Juventude neste país.

Novembro de 1989, 200 anos depois da Revolução Francesa, finalmente crianças e adolescentes tornam-se cidadãos. Ficava claro que não era suficiente a generalidade da proteção de direitos humanos para que crianças e adolescentes fossem respeitados. Era hora de equacionar as relações de poder de cunho geracional.

Foi uma ruptura histórica. Não se poderia mais aceitar supostas ações protetivas de adultos que, em nome de valores os mais diversos, outorgavam-se poderes e permitiam-se ações sobre crianças e adolescentes que jamais admitiriam se praticadas em relação a si próprios. Era preciso que crianças e adolescentes fossem vistos socialmente, como atores sociais, como sujeitos de direitos, sobretudo de participação na tomada de decisão dos assuntos que lhes concerniam.

Pouco mais de 18 anos se passaram daquela data histórica, tempo suficiente para que pudéssemos crer ter atingido a maioria de uma cultura de respeito e dignidade a crianças e adolescentes pelo mundo. Afinal, nenhuma outra norma internacional relativa a direitos humanos alcançara ratificação tão extensa.

Ledo engano. “Juízo”, documentário da diretora Maria Augusta Ramos, traz um desalentador retrato, não apenas de certa cultura judicial deste país, mas sobretudo das instituições que deveriam estar voltadas à garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes.

Durante pouco menos de duas horas, tem-se uma sucessão de situações que causariam horror a qualquer jurista – a qualquer pessoa sensata, diria –, especialmente se relacionadas a um adulto. No entanto, tudo parece justificar-se, em maior ou menor medida, a magistrados, Promotores de Justiça e defensores do filme por terem à frente... apenas adolescentes!

Em nome de uma suposta ação educativa para trazê-los à razão, esquecem-se do principal: o exercício de um papel institucional que deveria se pautar pela garantia de direitos e pelo respeito às liberdades fundamentais.

Desconsideram que a verdadeira educação, nos próprios termos da convenção, não tem senão esses mesmos objetivos.

É nesse ponto que o filme mostra seus limites. Focado em alguns poucos operadores do direito, deixa de lado o contexto institucional e cultural em que se inserem.

A despeito de ações várias da sociedade civil denunciando a falta de formação específica desses profissionais para lidar com crianças e adolescentes, vê-se que o direito da criança e do adolescente é considerado disciplina “menor”, como “menores” são vistos os profissionais que atuam na área.

Raras são as faculdades de direito do País que contemplam em seus currículos a matéria – nem como optativa, muito menos como obrigatória. Quando esses profissionais prestam concursos de ingresso às carreiras jurídicas, quantas não deixam de questioná-los sobre conhecimentos específicos na área. Sem preparo, são lançados a lidar com processos envolvendo questões tormentosas, individuais e sociais, faltando-lhes não apenas uma visão holística e interdisciplinar como referenciais de ações sistêmicas que lhes permitam efetivamente a garantia de direitos. “Juízo” representa uma dura crítica ao abandono e à falta de valorização a que é relegada a Justiça da Infância e da Juventude neste país.

Como vilão neste filme não é apenas a Justiça, ele põe em xeque ainda muito mais: a capacidade da sociedade civil e do Poder Público de questionar o modo de funcionamento do que deveria ser um sistema de garantia de direitos, como a própria abertura da Justiça e das demais instituições às críticas que lhes sejam feitas.

A Justiça da Infância e da Juventude tem por missão, constitucionalmente, a defesa e a garantia de direitos humanos individuais e sociais de crianças e adolescentes e de suas famílias e já foi capaz de demonstrar sua capacidade vanguardista no cumprimento de suas ações neste país.

Se o Brasil é reconhecido mundialmente pela qualidade de sua legislação e pela força de suas instituições, isso se deve em muito à ação articulada e integrada de magistrados, Promotores de Justiça e advogados comprometidos com uma perspectiva garantidora de direitos.

Não por outra razão, é a única área em que Juízes e Promotores – e defensores, talvez, agora – conseguem superar diferenças e se associam por uma causa comum, que passa continuamente por uma busca de aprimoramento e reordenamento institucional para cumprimento de sua missão.

“Juízo” é um retrato daquilo que não podemos nem queremos ser, é a fala calada de adolescentes a exigir realmente de nós, magistrados, Promotores de Justiça e defensores públicos, mas também de toda a sociedade... justiça.

JUSTIÇA INSTANTÂNEA: UMA ANÁLISE DOS MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO OPERACIONAL PARA O ATENDIMENTO INICIAL DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

CHRISTIAN NEDEL

Dissertação defendida em 19-12-07, junto ao Mestrado em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação da PUCRS.

RESUMO

A presente dissertação teve por objetivo analisar a política implantada em Porto Alegre para o atendimento do adolescente autor de ato infracional ou em conflito com a lei, por meio de um Sistema Integrado de Justiça de atendimento inicial de adolescentes a quem se atribua a autoria de atos infracionais, no caso a Justiça Instantânea, cuja previsão legal encontra-se insculpida no art. 88, inc. V, do ECA (Lei Federal nº 8.069, de 13-06-90), bem como a relação existente entre a celeridade preconizada pela Justiça Instantânea e as doutrinas que norteiam os direitos, deveres, obrigações e responsabilidades de crianças e adolescentes, dando ênfase à Doutrina da Proteção Integral, de cunho garantista e consolidada em um estado democrático de direito, e o movimento do Direito Penal Juvenil, que reconhece o caráter penal e sancionador das medidas socioeducativas aplicáveis pela autoridade judiciária a adolescentes infratores.

Outrossim, por meio do presente estudo, procurou-se abordar o papel e a função dos órgãos intervenientes na Justiça Instantânea, bem como a relação entre eles e as entidades executoras de medidas socioeducativas em meio aberto e em meio fechado, vinculadas, respectivamente, à Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC) e à Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE).

No presente estudo, vinculado à linha de pesquisa em Criminologia e Controle Social, concluiu-se que o Sistema Articulado de Atendimento Inicial ao Adolescente Autor de Ato Infracional, exteriorizado por meio da Justiça Instantânea, tem produzido resultados positivos, em função da eficácia e da eficiência de ação na área infracional, principalmente no que concerne à celeridade, à rapidez, à imediatidade, à agilidade e à presteza no atendimento inicial ao adolescente infrator ou em conflito com a lei.

A idéia de desenvolver uma pesquisa relacionando a experiência emergente da Justiça Instantânea com seus mecanismos de integração operacional, visando

à celeridade, à rapidez, à agilidade, à presteza e à imediatidade no atendimento inicial ao adolescente autor de uma conduta infracional, com os mecanismos hoje existentes relativamente à responsabilização criminal do adolescente infrator, que fazem parte, dentro de um contexto maior e majoritário, do chamado Direito Penal Juvenil, surgiu a partir da experiência prática, pessoal e profissional do autor na área da infância e da juventude, pois labuta há mais de sete anos, desde maio de 2000, junto ao complexo “Justiça Instantânea”, atuando como Delegado de Polícia do Departamento Estadual da Criança e do Adolescente (DECA), da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, sendo titular, atualmente, desde março de 2007, da 1ª Delegacia de Polícia para o Adolescente Infrator (1ª DPAI), responsável pelas demandas policiais ocorridas nas Zonas Centro e Sul da Capital, não revestidas de situação de flagrância.

É importante que a percepção de um atendimento integrado, muito mais do que a existência de uma estrutura física conjunta, o que hoje está devidamente consolidado, a partir da inauguração do Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA), em janeiro de 2004, deve estar pautada pelo sentimento da necessidade de uma efetiva atuação articulada entre todos os operadores do Sistema de Justiça, a começar pela Polícia Militar e pela Polícia Civil (DECA), passando pelo Instituto-Geral de Perícias (Departamento de Identificação), pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelo Juizado da Infância e da Juventude e, por fim, pelas instâncias executoras de medidas socioeducativas em meio aberto e fechado, vinculadas, respectivamente, à FASC, da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, e à FASE, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

Por intermédio de uma análise vinculando a Justiça Instantânea com o Direito Penal Juvenil, procurou-se verificar a eficácia do funcionamento de um Sistema Integrado de Atendimento Inicial de Adolescentes a quem se atribua a autoria de atos infracionais, o que acaba por dar efetividade e cumprimento a mandamento constitucional, previsto no art. 227 da CF/88, e infraconstitucional, previsto no art. 88, V, do ECA de 1990, os quais determinam o preferencial atendimento integrado do adolescente em conflito com a lei, promovendo a imediata resposta legal ao ato infracional praticado e desmistificando a propalada impunidade e irresponsabilidade de adolescentes infratores, os quais, se praticarem ato infracional, que é a conduta definida em lei como crime ou contravenção penal, segundo preceito constante no art. 103 do ECA, serão responsabilizados criminalmente e processados em conformidade com a legislação penal juvenil, sendo imputáveis perante esta, mas inimputáveis perante a legislação penal comum.

Para a realização do trabalho, adotou-se a seguinte metodologia: a) coleta de dados quantitativos, por meio de análise estatística; b) coleta de dados qualitativos, por meio de entrevistas individuais não-estruturadas ou focalizadas, com operadores que trabalham na área da infância e da juventude, direta ou indiretamente vinculados à experiência da Justiça Instantânea.

O trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro trata da delinquência juvenil, onde é feita uma análise acerca de suas motivações e causas, bem como acerca da evolução da legislação “menorista” e dos reflexos do uso de drogas lícitas e ilícitas por adolescentes como desencadeadores da prática de atos infracionais. O segundo trata de debate teórico acerca da responsabilidade do adolescente autor de ato infracional, exteriorizado por meio dos movimentos do Direito Penal Juvenil e do Direito Infracional. Dentro deste capítulo, é feita, outrossim, uma análise acerca da Doutrina da Proteção Integral, que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente. O terceiro capítulo aborda a experiência da Justiça Instantânea na Capital, com a apresentação de fluxogramas do procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescentes infratores, relativamente às fases policial, ministerial e judicial, bem como com a análise dos dados obtidos nas pesquisas, descritos na metodologia supra referida.

Os dados coletados na presente dissertação, tanto na análise teórica e dogmática quanto na análise estatística e nas entrevistas individuais não-estruturadas ou focalizadas, permitem demonstrar que a eficácia da Justiça Instantânea no trato da questão infracional pode ser verificada por meio de alguns dos seguintes componentes:

a) celeridade, rapidez, imediatidade, agilidade e presteza no atendimento inicial ao adolescente infrator ou em conflito com a lei.

A experiência tem demonstrado que um processo que perdure por prazo indeterminado poderá servir de motivo de estigmatização, rotulação e etiquetamento do infrator perante seus responsáveis e perante a coletividade;

b) redução da reincidência;

c) mudança no perfil da clientela apresentada ao Sistema de Justiça, possibilitando o ingresso de adolescentes das diversas faixas de renda familiar e de nível de escolaridade, ao contrário do que ocorria na época do Juizado de Menores, tachado como um “Juizado para os pobres”, que vigorava sob o império da Doutrina da Situação Irregular, sob o manto do Código de Menores de 1979, que entrou em vigor em 1980;

d) efetiva formação do adolescente como ser humano e cidadão, adquirindo ele a noção de responsabilidade e a ciência de que suas justificativas estarão sendo consideradas e de que existem autoridades isentas examinando seu comportamento à luz das normas do convívio social;

e) em atos infracionais de pequena repercussão social, praticados por adolescentes bem integrados ao meio em que vivem, com efetivo interesse e controle de seus responsáveis, o “constrangimento” provocado pela apresentação às autoridades policiais, ministeriais e judiciais, mesmo que em um pequeno espaço de tempo, tem-se apresentado muitas vezes eficaz, como forma de reverter um agir equivocado, criando a figura do arrependimento e prevenindo, por conseguinte, futura reincidência, conseguindo-se ainda agir em tempo de tentar mudar a visão do infrator acerca das relações sociais e de como elas se resolvem;

f) de outra banda, em atos infracionais de maior repercussão social, em que se verifique a necessidade de internação provisória, o fato de receber o adolescente a notícia diretamente do magistrado, a quem teve a oportunidade de apresentar a sua versão, recebendo informações de que forma funciona o processo e é ele regulado, transmite-lhe a idéia de que a medida não busca apenas puni-lo, como também procura a sua reeducação, circunstâncias que, embora não afastem a tristeza, indignação e rebeldia do momento da privação de liberdade, a tornam mais palatável, na medida em que exercida de forma bem diversa daquela que normalmente ocorre, com o emprego de força física e por meio do papel, via Oficial de Proteção ou Oficial de Justiça;

g) outrossim, em razão de a grande maioria dos atos infracionais iniciarem e terminarem a fase de conhecimento na “Justiça Instantânea”, na Capital, as 1ª e 2ª Varas da Infância e da Juventude, para as quais são remetidos os processos que não foram concluídos, não só conseguem em tempo razoável instruir todos os feitos de sua competência, por mais leves que sejam as infrações investigadas, como também instruir e julgar, no prazo de quarenta e cinco dias, os processos onde estão os adolescentes internados provisoriamente, sendo raríssimos os casos de impetração de hábeas-córpus perante o Tribunal de Justiça com fundamento no excesso de prazo na formação da culpa;

h) rápida compreensão pelo adolescente dos fundamentos sancionatórios e pedagógicos da medida socioeducativa que lhe for aplicada;

i) racionalidade e proporcionalidade na aplicação das medidas socioeducativas, permitindo o fim da banalização da aplicação de medidas em regime fechado;

j) rompimento do imobilismo dos atores do Sistema de Justiça e experimentação coletiva e articulada de novas formas de trabalho;

k) criação de um novo perfil dos profissionais que atuam no Sistema de Justiça;

l) idéia de desburocratização, com a redução do número de processos em tramitação.

O remanescente será processado e julgado, na Capital, pelos 1º e 2º Juizados da Infância e da Juventude, que não fazem parte do complexo “Justiça Instantânea” e que, conforme já mencionado, estão instalados no Foro Central de Porto Alegre;

m) quebra do mito de que “com ‘menor’ não dá nada”, demonstrando que, na verdade, ao contrário do que é maciçamente divulgado e difundido nos meios de comunicação, os adolescentes não são irresponsáveis por seus atos. Não se pode confundir inimputabilidade com irresponsabilidade pessoal ou social, muito menos com impunidade.

A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável. Respondem os adolescentes, sim, perante normas especiais, específicas e peculiares, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante registrar, por oportuno, que, atualmente, a utilização da terminologia “menor” é equivocada, uma vez que remonta à situação irregular do Código de Menores e não se coaduna com a Doutrina da Proteção Integral, preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que conceitua os inimputáveis no seu art. 2º;

n) consagração, na área infracional, do direito à celeridade do processo, como decorrência dos princípios da prioridade absoluta e da preferência, os quais estão inseridos dentro da Doutrina da Proteção Integral, tudo em consonância com as disposições constantes no art. 227, *caput*, da CF, e arts. 4º, *caput*, 108, *caput*, e 183, todos do ECA, celeridade esta que, segundo João Batista Costa Saraiva, é considerada um direito público subjetivo do adolescente infrator ou em conflito com a lei;

o) consagração da garantia de prioridade à criança e ao adolescente, exteriorizada por meio da precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, cujo mandamento legal encontra-se insculpido no art. 4º, parágrafo único, *b*, do ECA.

Por derradeiro, vislumbra-se a importância da vinculação estabelecida entre a experiência emergente da Justiça Instantânea, que incorporou os princípios e vetores decorrentes do garantismo penal e processual penal, com respeito, inclusive, às garantias substanciais e processuais insculpidas nos arts. 106 a 111 do ECA, com o movimento do Direito Penal Juvenil, que estabelece, em síntese, o caráter penal, sancionador e aflitivo das medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente autor de uma conduta infracional.

Aplicam-se tanto na Justiça Instantânea como no Direito Penal Juvenil, relativamente ao ato infracional, toda a principiologia própria da legislação penal e processual pertinentes, as quais são valoradas, consoante o disposto nos arts. 152 e 226, ambos do ECA (Lei nº 8.069/90), de forma suplementar e subsidiária, incidindo, na *fattispècie*, as regras garantidoras dos Códigos Penal e de Processo Penal, limitadoras do poder sancionador do Estado, as quais contemplam e consolidam o movimento do Direito Penal Juvenil como um modelo limitado por garantias.

Palavras-chave: Adolescentes. Ato infracional. Sistema de Justiça. Justiça Instantânea. Integração operacional. Celeridade. Atendimento imediato. Doutrina da Proteção Integral. Direito Penal Juvenil.

VIOLÊNCIA E AFETO

PAULO J. B. LEAL
Filósofo

Os estudos que estão sendo realizados pelos pesquisadores da PUC e da UFRGS não obterão outra comprovação além da que o comportamento pacífico ou violento dos seres é resultado das impressões que recebem do meio em que vivem. Até entre animais é possível aprender com evidência que comportamentos dóceis ou agressivos são conseqüências da educação, que pode ser promovida por atos de violência ou de afeto.

Embora a inegável importância da pesquisa que se propõe a examinar as áreas neurológicas que comandam atos humanos, para descobrir as causas da violência não é necessário examinar o cérebro, basta observar o homem. Ao fazer isso, os pesquisadores irão se deparar com pessoas ricas, pobres, brancas, pretas, com e sem estudos, violentas: só não se depararão nessa pesquisa com um único membro das comunidades Guaranis e, queira Deus, que não se deparem nunca.

Não obstante a marginalidade a que o índio brasileiro foi relegado, em que nascem em meio à extrema pobreza, privados de tudo, é digno de nota o comportamento extremamente dócil dos integrantes das comunidades Guaranis.

Aparentemente uma situação contraditória, pois se a pobreza é tida como a principal causa da violência, qual a razão de não gerar então, entre eles, atos dessa natureza? A resposta impressionante, digna de lição a todos nós, os brancos civilizados, é a de que a relação de afeto corporal cultivada pelos “selvagens” Guaranis é um dos fundamentos de sua cultura, sendo ela a responsável pela construção de uma vida comunitária de pessoas meigas e extremamente felizes.

Entre outras grandes virtudes desse povo, que sobreviveu ao genocídio, à fome e a toda sorte de privações, mantendo-se à margem da criminalidade, da violência ou de qualquer outra das mazelas que assolam os povos civilizados, poucos conseguem perceber a relação quase divina que eles estabelecem com suas crianças, que vivem os primeiros anos de vida permanentemente no colo de suas mães.

Essa relação afetiva, resultante da mais dignificante impressão da ordem natural, introduz no espírito infantil uma relação de afetividade de tal grandeza que praticamente anula a possibilidade de comportamentos violentos. E a explicação é relativamente simples. A personalidade humana é resultante das relações estabelecidas entre impressões e juízos. As impressões têm origem biológica e são introduzidas na estrutura neurológica através do corpo pelos sentidos, e os juízos, relações estabelecidas entre essas impressões e o mundo. O homem

age, portanto, segundo relações que estabelece entre impressões e juízos, e se quisermos um mundo sem violência, miremo-nos no exemplo do afeto Guarani.

Os pesquisadores da PUC e da UFRGS descobrirão que o cérebro humano é programado pelas impressões do mundo, e que a violência juvenil não é outra coisa senão fruto da ausência de referências entre a sua existência e a de outros humanos. E essas referências não podem ser produzidas por discursos, mas pelo afeto, que tem no corpo o único instrumento.

E isso podemos aprender com o povo Guarani.

PROGRAMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO EM SANTA ROSA: A TRAJETÓRIA DA IMPLANTAÇÃO DO CEDEDICA SANTA ROSA

ADRIANA HENCHEN

Coordenadora do Programa de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto do
CEDEDICA Santa Rosa.

No ano 2005 o Juizado da Infância e da Juventude de Santa Rosa, juntamente com a ONG CEDEDICA Santo Ângelo e a ONG CRER realizaram um projeto para atendimento jurídico ao adolescente em conflito com a lei.

No mês de agosto de 2005, com o Projeto de Atendimento Jurídico ao Adolescente em Conflito com a Lei, realizado juntamente com a UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul –, ocorreu capacitação dos acadêmicos do Curso de Direito e, posteriormente, foram selecionadas três estagiárias para a realização do Projeto.

As estagiárias do Curso de Direito da UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – passaram por Curso de Capacitação de Atendimento Jurídico ao Adolescente em Conflito com a Lei, ministrado pelo CEDEDICA Santo Ângelo – Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

No início do Projeto, cada estagiária foi encaminhada para um Órgão para ter noção mais precisa de todo o funcionamento da estrutura processual, ou seja, Adriana Henchen foi para o Gabinete da Dra. Mariana Silveira de Araújo Lopes, Juíza da Infância e da Juventude da Comarca de Santa Rosa, para fazer um estudo mais aprofundado dos processos, sentenças processuais e acompanhamento de audiências de adolescentes infratores. A estagiária Graciele Medeiros foi encaminhada para a Defensoria Pública juntamente com a Defensora Pública Claudete Capaverde Pereira, onde auxiliou a Defensora em vários processos. Ao mesmo tempo, a estagiária Sueli Koscheck foi encaminhada para a Promotoria, juntamente com o Promotor Heitor Stolf Júnior, fazendo o acompanhamento dos adolescentes em Audiências de Apresentação e Remissão.

O trabalho foi desenvolvido com o objetivo de proporcionar a integração operacional dos Órgãos do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, pois a Medida Socioeducativa não é a simples aplicação da lei.

Após o estágio em cada órgão, as estagiárias foram encaminhadas para o atendimento aos adolescentes e suas famílias, trabalhando nos processos dos

adolescentes juntamente com a Defensora Pública, acompanhando os adolescentes em audiências tanto no Ministério Público como no Juizado da Infância e da Juventude. Sendo de suma importância o acompanhamento de um Defensor ao adolescente infrator na remissão cumulada com medida socioeducativa, pois infere das *garantias processuais* indicadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Visto que, em caráter pré-processual, se o Ministério Público proponha ao adolescente aplicação de uma Medida Socioeducativa, o adolescente deverá ser acompanhado pelo Defensor em nome do contraditório, sendo uma garantia constitucional do mesmo.

Foi realizado acompanhamento de todas as Audiências de Apresentação no Ministério Público, mesmo na fase pré-processual, pois o adolescente tem direito ao contraditório e à ampla defesa e, estando somente acompanhado dos pais ou responsáveis, se encontra em desvantagem perante o Promotor. Foram realizadas reuniões semanais com a Juíza da Infância e Juventude Dra. Mariana Silveira de Araújo Lopes, para relatos sobre os processos e o não-cumprimento da medida de Prestação de Serviços à Comunidade, sempre evitando uma possível internação. Logo após o término do Projeto, e com os resultados alcançados, foi apresentado relatório, para o Prefeito, das atividades realizadas e da importância da continuação do trabalho.

Apresentação da Franquia CEDEDICA

A execução e fiscalização das medidas socioeducativas em meio aberto é de competência do Município, sendo assim, este deve investir na formulação e execução de políticas para seu devido funcionamento. *Não existia em Santa Rosa uma política de atendimento voltada à execução e fiscalização das medidas socioeducativas em meio aberto que realizasse o acompanhamento aos adolescentes infratores e suas famílias, fazendo com que as medidas socioeducativas não atingissem seu caráter punitivo e ao mesmo tempo ressocializador.*

Entendendo que o Prefeito é a liderança desse processo, o CEDEDICA Santo Ângelo apresentou sua Franquia Social para implantação de um CEDEDICA em Santa Rosa, contribuindo para o aprofundamento da gestão política, para que cada vez mais, democrática e participativa, melhorem efetivamente as condições de vida de nossas crianças e adolescentes do nosso Município.

O Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDEDICA Santo Ângelo teve início em 1994, quando da instalação na Comarca de Santo Ângelo do Juizado Regional da Infância e da Juventude.

O CEDEDICA Santo Ângelo é uma organização não-governamental (ONG) que tem a finalidade de executar as Medidas Socioeducativas em Meio Aberto dos adolescentes em conflito com a lei, sendo elas Prestação de Serviço à Comunidade (PSC) e de Liberdade Assistida (LA).

Na evolução deste processo, hoje a ONG CEDEDICA é reconhecida internacionalmente implantando suas Franquias.

Após o CEDEDICA Santo Ângelo apresentar sua Franquia Social à Administração, não mediu esforços para implantar um CEDEDICA em Santa Rosa. Hoje temos a honra de sermos uma das quinze unidades CEDEDICA criadas no Estado.

Tendo o Município realizado convênio com o CEDEDICA Santa Rosa desde agosto de 2006, onde nos é repassado um valor mensal para a execução e fiscalização das medidas socioeducativas em meio aberto de Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida, conforme os princípios previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, tendo como objetivo o acompanhamento do adolescente desde o início quando cometeu o ato infracional, e suas fases processuais até a extinção de sua medida socioeducativa.

Hoje a ONG CEDEDICA executa as medidas socioeducativas em meio aberto de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade, no Município de Santa Rosa, sempre com o Apoio do Juizado da Infância e da Juventude e do Ministério Público e Defensoria Pública. Estando localizado na sala 301, 3º andar, nas dependências do Fórum de Santa Rosa, sala cedida sob Termo de Concessão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nosso trabalho é desenvolvido com adolescentes e jovens entre 12 e 21 anos de idade em conflito com a lei. O trabalho envolve, além de questões jurídicas e legais, o amparo psicológico, pedagógico, entre outros. A Organização acredita que o adolescente em conflito com a lei apresenta lacunas e desorientação na sua esfera familiar e está em posição de desvantagem econômica e emocional na sua comunidade. Além do trabalho realizado com os adolescentes em MSE de Prestação de Serviço à Comunidade e Liberdade Assistida, estamos acompanhando os adolescentes de nosso Município que se encontram em privação de liberdade junto ao Centro de Atendimento Socioeducativo – Regional de Santo Ângelo – CASE.

Este trabalho está sendo desenvolvido desde agosto/2006, com a realização de visitas e atendimentos prestados de forma individual a cada adolescente e ao mesmo tempo acompanhamento junto a sua família. Nestas visitas de acompanhamento à família, fazemos um levantamento do perfil socioeconômico e histórico dessas pessoas, a fim de diagnosticar, em sua essência, qual ou quais motivos que levaram esses adolescentes e jovens a cometer atos infracionais. Ressaltamos às famílias a importância da realização de visitas aos seus filhos privados de liberdade.

O trabalho realizado com os internos tem trazido experiências muito positivas quando do retorno dos adolescentes e jovens ao seu Município, pois é criado um vínculo de confiança entre eles e a Equipe do CEDEDICA, melhorando em muito sua auto-estima e auxiliando bastante em sua ressocialização. Isso demonstra que a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida tem obtido ótimos resultados, pois o adolescente, quando privado de liberdade, em nenhum momento foi esquecido pelo CEDEDICA, já tendo o vínculo de confiança criado pela coordenadora e pela orientadora voluntária (que realiza todas as visitas juntamente

com a coordenadora da Liberdade Assistida). O CEDEDICA Santa Rosa, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, entende que o adolescente e o jovem, como seres humanos em desenvolvimento, em formação, têm direito de trilhar com tranqüilidade o seu Processo de Desenvolvimento Humano.

Através do trabalho realizado pelo CEDEDICA, conseguimos diminuir consideravelmente o índice de atos infracionais no Município, no início do Projeto em Santa Rosa, existia 185 processos de atos infracionais, e o trabalho com adolescentes infratores era realizado de forma precária. Hoje nos sentimos orgulhosos por estarmos atendendo 20 adolescentes em Prestação de Serviço à Comunidade e 05 em Liberdade Assistida.

Apesar das dificuldades financeiras e do pouco investimento dado ao adolescente infrator e suas famílias, a Equipe do CEDEDICA presta um serviço de qualidade a estas pessoas desprovidas de assistência.

SENTENÇAS

Comarca de Soledade-RS
Juizado da Infância e da Juventude
Processo n° 6244-094
Natureza: Interrupção de gravidez
Requerente: XXXX
Juiz Prolator: Charles Maciel Bittencourt
Data: 19-06-08

Rh. Vistos.

Trata-se de pedido de interrupção de gravidez apresentado por XXXX, na condição de genitora de XXXX, de 15 anos de idade, sob a alegação de que esta, portadora de retardo mental (fl. 10), foi vítima de estupro. O feito restou distribuído junto à 1ª Vara Judicial desta Comarca, tendo sido indeferido o pedido de urgência (fl. 17).

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 18-20, opinando tratar-se de matéria de competência do Juizado da Infância e da Juventude, bem como pela intimação da autora para que traga laudo médico indicando a possibilidade de realização do aborto.

Este magistrado declinou da competência para o Juizado do Tribunal do Júri (fls. 21-2). A Colega que jurisdiciona o Tribunal Popular declinou da competência para o Juizado da Infância e da Juventude (fls. 24-6). Este Juízo firmou sua competência para processamento do feito (fls. 29-30).

Sobreveio laudo pericial (fl. 37), e sua complementação (fl. 42), bem como cópia de inquérito policial (fls. 45-84). Oportunizada vista dos autos à parte requerente, esta se manifestou pelo deferimento do pedido (fl. 86). O Ministério Público opinou pela procedência do pedido (fls. 88-90).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, convém salientar que o presente feito somente foi ajuizado em 30-05-08 (fl. 02), e que, ainda que este Juízo tenha buscado imprimir máxima celeridade ao seu processamento (especialmente considerada a insuficiência de elementos aportados com a inicial), o termo indicado pelo perito para interrupção da gravidez se avizinha (23-06-08 – conforme fl. 37), caso fosse deferido o pedido, o que faz imperiosa a prolação de sentença, sendo que tal providência resta albergada pelo princípio da instrumentalidade das formas, as quais servem apenas para a utilidade do processo, que restará prejudicada se postergado o julgamento. Tecidas tais considerações, passo à análise do mérito.

O pedido aforado pela genitora da adolescente XXXX é deveras compreensível e apto a sensibilizar qualquer indivíduo (mesmo operadores do direito – os quais não estão imunes aos preceitos sociais), tanto que a própria legislação

infra-constitucional previu a hipótese de abortamento necessário sentimental no ano de 1940 (CP, art. 128, incs. I e II).

Desse modo, o primeiro enfoque a ser analisado diz respeito ao fato de que não se está tratando da hipótese de “aborto necessário” (art. 128, inc. I, do CP), e sim do, denominado por alguns, “aborto sentimental” (art. 128, inc. II, do CP).

Logo, a finalidade da interrupção da gravidez no caso presente não está atrelada ao risco de vida à gestante ou ao fato de tratar-se de feto anencéfalo (o que vem sendo chancelado pela Justiça), mas possui caráter de liberalidade da mãe da gestante (que atua como sua representante legal), que não pretende prosseguir com a gestação, tendo em vista a alegação de ser ela “indesejada, pelo fato de a filha estar acometida de retardo mental, pelo sofrimento psicológico e moral e, ainda, porque tal fato agravará o estado de saúde de sua filha”. Estas são as razões elencadas na inicial (conforme fl. 02).

Portanto, vê-se claramente o porquê de o aborto autorizado pelo art. 128, inc. II, do CP ser intitulado de “aborto sentimental”, uma vez que decorre do (des)interesse da gestante no prosseguimento da gestação.

Dada tal interpretação, impende referir que, da leitura do laudo médico da fl. 42, o caso *in concreto* não permite a realização do procedimento de interrupção da gravidez sem que haja risco de vida à gestante (adolescente), tendo o *expert* nomeado pelo juízo declinado expressamente o seguinte: “Os riscos maternos inerentes deste procedimento estão direta e proporcionalmente relacionados ao período de gestação, ou seja, à idade gestacional. Estes riscos, em hospital capacitado para este fim, são minimizados, mas não são nulos. Estes riscos incluem hemorragias, infecção e os relacionados ao ato anestésico.

“No primeiro trimestre, até as 12 semanas, estes riscos são de pequena monta. Após o primeiro trimestre a indução ao aborto deve ser medicamentosa. Este fato pode estar associado a um risco maior de insucesso deste procedimento, o que exige manipulações cirúrgicas de dificuldades crescentes, podendo atingir um índice de morbidade cirúrgica quatro ou cinco vezes maior do que os riscos do procedimento executado no primeiro trimestre.” (g. n.)

Ou seja, embora não se desconheça a existência de riscos na realização de qualquer intervenção médica, especialmente a cirúrgica, verifico que o estágio atual de gravidez da requerente, ainda que autorize a realização do aborto, lhe resultará em riscos à própria vida.

Portanto, entendo que não se justifica a pretensão da genitora da adolescente no abortamento, sendo que este poderá privá-la da própria filha, cuja vida poderá ser ceifada na busca da interrupção da gravidez.

E, assim sendo, ainda que compreensível a intenção da genitora em submeter sua filha a tal espécie de procedimento, caso houvesse tempo hábil, *cumpra indagar-lhe se não prefere a incolumidade da adolescente à gestação*, em razão de sua profissão (enfermeira).

Nesse ínterim, registro que uma das motivações elencadas pela parte requerente, evitar o agravamento do estado de saúde da adolescente, não possui adinículo de prova nos autos, tampouco foi suscitada pelo perito nomeado pelo

Juízo (fls. 37 e 42), sendo consabido, aliás, o conceito de que a gravidez, de *per se*, não compromete a saúde da gestante. Fosse esta a hipótese, a leitura poderia ser distinta.

No entanto, não é o risco de vida da filha da requerente que está em jogo no caso presente, e, dada a conclusão médica, não se afigura aconselhável autorizar a interrupção da gravidez no estágio em que se encontra, sob pena de, aí sim, ser causado risco à vida/saúde da adolescente.

Além disso, considerado o advento da Constituição Federal de 1988, entendendo que seja indispensável tecer uma análise constitucional do dispositivo autorizativo, tendo em vista o princípio da supremacia constitucional, sendo que a *Lex Mater* deve permear todo o sistema jurídico pátrio, sendo que compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das normas, o qual *in casu* é admissível pela via difusa.

Aliado a tais circunstâncias fáticas, em que pese não se desconheça a interpretação protagonizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 35.101, ousou afirmar que *o feto, no estágio que se encontra na situação presente (com formação de seus órgãos vitais completa, o que ocorreu por volta da 12ª semana de gestação), é plenamente digno de proteção legal e, mais do que isso, constitucional.*

A proteção legal se evidencia, a uma, pela própria dicção do art. 2º do CC, o qual, a par dos debates terminológicos (se feto, nascituro ou ser humano), põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Desse modo, ainda que não se possa, perante a lei civil, rogar personalidade ao nascituro, certo é que ele é um precursor da vida humana (para aqueles que afirmam que esta só se dá com o “nativivo”), com direitos ressalvados pela legislação infra-constitucional (conforme se exemplifica pelo disposto no art. 2º do CC).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), por meio de seu art. 7º, ressalva o direito dos não-nascidos, asseverando que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o *nascimento* e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Outrossim, é oportuno referir que a recentemente questionada Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), estabeleceu que a pesquisa com células-tronco embrionárias somente poderá ser realizada em relação a “embriões inviáveis ou congelados há mais de 3 anos” (art. 5º, incs. I e II). Ora, *mutatis mutandis*, está o presente feto plenamente protegido, pois não se trata de mero “embrião inviável”, visto que se encontra com órgãos vitais formados, com *148 batimentos cardíaco-fetais por minuto* (fl. 37).

Ou seja, a própria legislação infra-constitucional recente veda a hipótese de aborto deliberado (pautado no interesse exclusivo da gestante). Nesse passo, é de rigor mencionar que, se o legislador de 1940 entendeu que à mulher/gestante compete a “discricionariedade” de disposição completa de seu corpo, tendo feito prevalecer seu sentimento de dor e angústia pelo estupro sofrido em detrimento

da vida (conceito amplo) nela introjetada, cedo é que não observou os mandamentos da Constituição ora vigente, a qual somente estabeleceu a pena de morte como medida excepcional, em caso de guerra declarada (consoante art. 52, XLVII, alínea “a”). Aí está, pois, a proteção constitucional a que faz jus o nascituro que a adolescente XXXX carrega em seu ventre, podendo-se, inclusive, afirmar a inconstitucionalidade do inc. II do art. 128 do CP.

Analisadas tais premissas, uma vez que não se pode asseverar a existência de direito absoluto, entendo que num *juízo de ponderação* (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), o sacrifício da adolescente e de sua genitora seja imperioso à proteção da vida que já existe (*sendo que o feto se encontra, praticamente, com cinco meses*). Ainda, a manutenção da gravidez é adequada à proteção dos direitos do nascituro. Por fim, deve ceder o direito da requerente e de sua filha à integridade moral e psicológica (aduzido na inicial) em favor da proteção à vida do ser humano que está por vir (se é que não se pode considerar o nascituro ser humano). Em outras palavras, no meu entender, há dois direitos contrapostos, um direito à vida de alguém totalmente indefeso, e um direito à integridade moral e psíquica de outrem, que possui outras formas para solver o impasse em tela, conforme será delineado posteriormente, sendo que o primeiro direito deverá prevalecer, principalmente, para se preservar não só a vida do feto, mas, também, da própria gestante, consoante restou delimitado pelo perito, diante dos riscos de uma intervenção cirúrgica no estágio da gestação atual.

De outro vértice, cumpre salientar que à pretensão da parte requerente (interrupção da gravidez) existem outras alternativas. Caso a genitora não tenha interesse ou condições de zelar pela criança, é plenamente legítima a entrega desta à adoção, com o que resguardará a vida de sua filha.

Outra, ainda, pode ser a leitura realizada, na medida em que, considerando-se o fato de a adolescente XXXX ser portadora de necessidades especiais, não determina que seu feto também as possua, até porque não há nenhuma prova nos autos neste sentido. Assim, tal criança, no futuro, poderá contribuir como responsável pelo próprio zelo da avó (em sua velhice), ou, ainda, da própria adolescente, dada a necessidade especial que ostenta, se for o caso.

Ademais, não há nos autos esclarecimento acerca do nível de alienabilidade mental da adolescente, não se podendo desconsiderar que, embora a genitora/requerente seja sua responsável legal, tal criança pode ser fruto de relacionamento afetivo da adolescente, conforme deflui das declarações de XXXX, que se afirmou “amiga e confidente da vítima” (fl. 82), mesmo que um dos supostos pais possua outra família.

Nesse contexto, observe-se que não são raros os casos em que pessoas portadoras de necessidades especiais convivem “normalmente” em sociedade, possuindo companheiros(as), filhos, em perfeita adaptação ao meio social. Talvez seja esta a oportunidade de a filha da autora ter mais uma razão para integrar-se ao meio social, uma vez que não se verifica, em princípio, alienação completa da adolescente.

Por fim, não se está desconsiderando a gravidade, em tese, do delito perpetrado contra a adolescente, porquanto o(s) eventual(is) responsável(is) poderá(ão) sofrer as sanções devidas na seara penal, se for o caso, e, infelizmente, as consequências já ocorreram. Logo, diante do cotejo dos direitos em colisão, reitero que deve prevalecer o direito à vida do nascituro, nos termos supra expendidos, até para preservar a humanidade e a solidariedade em relação a este, que poderá, talvez, ter uma vida no seio de outra família, na hipótese dos familiares da gestante não pretenderem a guarda da criança, sendo que aquela (gestante) poderá se restabelecer após o parto, mediante tratamento e assistência médico-psicológica.

Isso posto, *julgo improcedente* o pedido formulado por XXXX, qualificada na inicial.

Sem custas. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se com baixa. Diligências legais.

Soledade, 19 de junho de 2008.

CHARLES MACIEL BITTENCOURT,
Juiz de Direito.

Comarca de São Paulo
1ª Vara Especial da Infância e da Juventude
Processo nº 015.06.4518-8
Adolescente: A. M.
Ato infracional: art. 21 da LCP

Vistos.

1. Sem foros de ineditismo, o Ministério Público, depois de proclamar o cumprimento do disposto no art. 179 do ECA, ofertou representação para a apuração de ato infracional, e o faz sem qualquer esclarecimento ou justificativa para a não-utilização das demais possibilidades de desenlace previstas no art. 180 do ECA, notadamente a concessão de remissão.

O que há de ser problematizado na hipótese é o seguinte: pode o Ministério Público representar a instauração de ação socioeducativa em tais circunstâncias, ou seja, sem esclarecer ou justificar razões de fato ou de direito pelas quais não se utilizou da remissão?

2. A questão tem dupla razão de ser.

De um lado, e esta há de ser sempre a preocupação preponderante, o manejo de ação socioeducativa afeta o *jus libertatis* e o *jus dignitatis* do adolescente, posto que implica incoação processual e dados os seus claros reflexos na vida cotidiana: se nem as forças armadas aceitam em seus quadros um adolescente que responde a processo por ato infracional, que dizer das conseqüências do procedimento para a vida escolar, laborativa e comunitária dele.

É evidente que em tais circunstâncias deva o juízo se preocupar com o que se pode qualificar de possível *manejo desarrazoado da ação socioeducativa*.

De outro lado, há de se ponderar que o citado manejo desarrazoado de ações socioeducativas, considerado nos seus efeitos na administração do sistema de justiça juvenil, pode implicar na virtual saturação dos recursos materiais e humanos de atendimento, posto que gerador de custos muito superiores àqueles que o País pode pagar ou dispor, do que resulta a restrição ao atendimento de conflitos que realmente exigem intervenção judicial.

É evidente, sob tal perspectiva, que deve o Juiz se preocupar como o que se pode qualificar de cômodo *automatismo no manejo da ação socioeducativa*.

Daí se esclarece a dupla razão justificadora do problema a se verificar.

3. O art. 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente em seu item 3, letra *b*, que cada estado garante aos adolescentes aos quais se

imputa a violação da lei penal o estabelecimento de medidas alternativas ao procedimento judicial.

Nunca é demais anotar que a República Federativa do Brasil ratificou o tratado em questão por meio do Decreto nº 99.710/90, que assim é norma de direito vigente, vale dizer, obrigatória nos termos do § 2º do art. 5º da CF e no mínimo equiparada à lei ordinária conforme conhecida orientação do C. STF anterior à promulgação da EC nº 45, conforme entre outros o HC nº 73.383-MG e o HC nº 73.044-SP.

Na esteira do art. 40, 3, *b*, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva OC – 17/02, de 28-08-02, enfatizou o objetivo de excluir ou reduzir a judicialização de conflitos, conforme contido nos itens 135 e 136 daquela decisão.

E ao final da citada decisão, a Corte Interamericana afirmou a possibilidade de aplicação de vias alternativas para a solução de controvérsias e recomendou tão-somente cuidados para a preservação do devido processo legal, dado o seu caráter abrangente e não limitado às fases procedimentais judiciais (Conclusão 13).

Mais recentemente, e tendo em mira o relatório que lhe foi submetido pelo Brasil, o Comitê de Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas recomendou ao País a abordagem e tratamento das situações de conflito com a lei, evitando-se ao máximo os procedimentos judiciais (item 70, *b*, do Relatório do Comitê sobre os Países da América Latina e Caribe de 1993-2004).

Percebe-se, assim, que a norma internacional vigente entre nós garante a adoção de mecanismos alternativos à judicialização de situações de conflito com a lei, e bem assim se manifestam as Nações Unidas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos a nos recomendar a efetivação da providência, manifestações estas que não são ociosas e merecem toda a consideração na medida em que o País reconhece a autoridade de tais organismos internacionais em conformidade com o espírito cosmopolita das disposições do art. 4º da CF.

Aliás, no sentido de prestigiar os compromissos internacionais assumidos pelo País, e tendo em vista hipótese objetivada no Estatuto da Criança e do Adolescente, é de se destacar o dever de fidelidade prestigiado pelo C. STF nos autos do HC nº 70.389-SP.

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não contém norma expressa acerca da solução alternativa de situações de conflito com a lei, há de se reconhecer. Mas nem por isso é o caso de açodadamente afirmar-se a falta de norma reguladora a impedir a efetividade da norma internacional.

Primeiro porque nosso sistema veda a negação de garantias fundamentais a pretexto da omissão legislativa, conforme o § 1º do art. 5º da CF, e o dispositivo do art. 40, 3, *b*, da Convenção de Nova Iorque o é. Segundo porque, ao contrário do que parece, o ECA estabelece o mecanismo alternativo. Com efeito, o art. 126 do ECA prevê o instituto da remissão extrajudicial impeditiva do processo, que atribui à autoridade do Ministério Público.

A remissão não é simples perdão como a origem do instituto na teoria geral do direito pode sugerir, pois ela deve ser entendida à luz dos critérios especiais de interpretação e aplicação do direito da infância e da juventude conforme a Doutrina da Proteção Integral, entre os quais cabe destacar o princípio de que a institucionalização de controvérsias deve ser evitada ao máximo como já visto, e na medida de seus efeitos negativos para o adolescente, particularmente no que diz respeito à identificação de sua imagem com o meio e a cultura infracional (item 5, *f*, das Diretrizes de Riad).

Aliás, é nesta linha principiológica que o inc. IV do art. 227 da CF estabelece que a legislação que tenha por objeto o ato infracional deve ser *tutelar*, e que o seu art. 228 declara a imputabilidade do adolescente e assim traça regra de iminidade à lei penal.

Em nossa tradição, o processo judicial é necessário entre outras razões porque a lei penal é retributiva e destituída de caráter tutelar, afigurando-se-o indeclinável.

Na medida em que o ECA é lei tutelar e centrada no caráter socioeducativo do conseqüente normativo, e não meramente retributivo, o processo é dispensável em certas circunstâncias, e o meio legalmente estabelecido para tanto é a remissão.

Dá que, é de se concluir, no Direito brasileiro o instituto da remissão é o mecanismo legal que permite a desjudicialização das controvérsias já formalizadas perante o sistema de justiça e em seus estágios avançados, vislumbrando-se que a lei atribuiu ao Ministério Público a importante tarefa de efetivá-la.

Neste sentido já decidiu o Egrégio TJSP: “*Ementa*: Menor. Ato infracional equivalente ao crime de furto simples tentado – nulidade do feito por ausência de prova pericial. Inocorrência. Concessão de remissão como forma de exclusão do processo em razão de o adolescente já ter reparado os danos causados no ofendido. Admissibilidade. A gravidade do ato infracional não impede, por si só, acolhimento do pleito da defesa. Demonstrados os pressupostos da remissão. O menor primário apreendido em flagrante e a postura de sua genitora de prover o pronto ressarcimento do prejuízo suportado pelo ofendido constituem circunstâncias que indicam apoio familiar eficaz e que tem importante valor didático. *Há que se considerar, ainda, o princípio da desjudicialização*, bem como a necessidade de se incentivar atenção para com o prejuízo da vítima, ou seja, *é preciso que se faça valer um dos objetos das medidas de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre os quais se inclui a remissão, que é defesa social*. Remissão concedida como forma de extinção do processo. Apelo provido, oficiando-se.” (TJSP, AC nº 74.983-0/1, Itanhaém, Câmara Especial, Relator Nuevo Campos, 25-06-01, v. u.)

5. Incumbido que seja o Ministério Público da missão de efetivar a desjudicialização das controvérsias formalizadas em estágios avançados do sistema de administração da Justiça Especial, nem por isso se pode deduzir que a aplicação da remissão fica ao seu exclusivo e critério alvedrio.

É contra as idéias de estado de direito (art. 1º da CF) e de devido processo (inc. LIV do art. 5º da CF) qualquer afirmação de que algum órgão do Estado pode agir à margem ou dispensado de qualquer fundamentação de seus atos, mormente em se tratado de agir estatal que possa afetar a esfera de liberdade da pessoa humana, em maior ou menor grau, não importa, e portanto já em hipóteses de simples incoação processual, cumprindo aqui lembrar a lição de Norberto Bobbio, que classifica a norma processual como norma de estrutura, voltada à produção da norma individual e concreta que é a sentença, não havendo, pois, que se confundir com a norma de comportamento, que é aquela que regula a conduta de partes no mundo material (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis-UNB, 1990, p. 45).

A garantia elementar é o princípio da legalidade, previsto no inc. II do art. 5º da CF, e que implica no dever de fundamentação de todo e qualquer ato estatal de execução da lei, posto que lhe dá concretude. Projeta-se ela no inc. XXXVIII do mesmo art. 5º da CF, que garante à toda pessoa humana o direito de obter do Poder Público informações de seu interesse particular.

Relevante também é igualmente a garantia constitucional do contraditório, da ampla defesa e do uso dos meios e recursos inerentes, prevista no inc. LV do mesmo art. 5º da CF, que só pode se revelar efetiva na medida em que o ato estatal esteja justificado de modo a permitir a sua impugnação, inclusive perante o Poder Judiciário em cumprimento à garantia de acesso universal prevista no inc. XXXV do citado art. 5º.

Como se depreende, o sistema constitucional não deixa margem a qualquer interpretação que autoriza a dispensa de qualquer órgão público em justificar ou fundamentar suas decisões.

E no caso do Ministério Público, dado que o § 4º do art. 129 da CF dispõe que aplica-se àquele órgão o disposto no art. 93 da mesma Constituição, cujo inc. IX estabelece a garantia de fundamentação das decisões judiciais, parece indiscutível o dever de motivação aqui referido.

E não por outra razão a Lei Complementar nº 8.625/93, que dispõe sobre normas gerais acerca dos Ministérios Públicos da União e Estados, determina no inc. III do seu art. 43 o dever de fundamentação dos pronunciamentos processuais. É, pois, indubitável o dever de fundamentação dos atos decisórios do Ministério Público.

Há apenas que se destacar aqui que tal dever de fundamentação, como já se fez sentir, se constitui em garantia da pessoa e é instrumental ao devido processo, o que equivale dizer que não pode ser objeto de transação, negociação, renúncia ou qualquer outro ato que objetive a extinção de obrigação, até porque, como já visto, é inerente à norma de estrutura, e não de comportamento.

Por fim, cumpre observar que o inc. IV do § 3º do art. 227 da CF garante ao adolescente o *pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional e igualdade na relação processual*.

As disposições em questão, contidas no elenco especial de garantias das crianças e adolescentes, não se limitam a meras formalidades. São disposições constitucionais vigentes e que cumpre ao intérprete e aplicador do direito conferir efetividade.

A garantia do pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional não se limita à citação ou ato análogo, que de resto significa apenas o cumprimento da formalidade a que se refere o texto constitucional.

A garantia em questão obriga ao Poder Público dar pleno conhecimento da atribuição do ato infracional, o que implica em possibilitar ao adolescente e seus responsáveis compreender do modo mais amplo possível o manejo da ação socioeducativa, vale dizer, e entre outras coisas, porque se descartou a desjudicialização e se institucionalizou o conflito perante o Poder Judiciário.

6. Feitas tais considerações, que explicam as razões do problema suscitado no âmbito da administração da Justiça da Infância e da Juventude de São Paulo, e que demonstram a remissão extrajudicial como mecanismo legal de desjudicialização, bem como a necessidade de fundamentação dos atos do Ministério Público no procedimento de apuração do ato infracional no plano do Direito Constitucional e do Direito Internacional, cumpre analisar se o ato de oferta de representação é de natureza decisória de modo a compreender-se contido na obrigação de fundamentação, e a fim de espancar qualquer dúvida.

Dispõe o art. 180 do ECA que, superada a fase policial e de apresentação do adolescente ao Promotor de Justiça, poderá o Ministério Público promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar ao Juiz para a aplicação de medida socioeducativa.

É irrecusável que as três alternativas previstas em lei não são meros atos de expediente e se constituem em verdadeiros atos decisórios, dados os reflexos que tem para o procedimento e dada a carga de soberania estatal que expressam.

Com efeito, a depender da alternativa legal efetivada pelo Ministério Público, haverá ou não procedimento judicial, com todas as suas conseqüências para o adolescente e para o sistema de justiça. Tanto é assim que, havendo discordância entre a formulação ministerial e o Juiz competente, caberá decisão final ao Procurador-Geral, conforme o disposto no § 2º do art. 181 do ECA.

E tanto é assim que o *caput* do art. 181 do ECA exige expressamente que o pedido de arquivamento ou a concessão de remissão sejam fundamentadas.

Por tudo quanto já foi assinalado, parece destituída de sentido a lei que obriga a fundamentação nas hipóteses de arquivamento ou remissão, e a dispensa na hipótese de oferta de representação.

E de fato, esta falta de sentido se confirma na medida em que o art. 182 do ECA sugere a desnecessidade de qualquer fundamentação na hipótese de oferta de representação ao dispor que, *se por qualquer razão* não for promovido o arquivamento ou concedida a remissão, será ofertada a representação.

A se manter a interpretação e a aplicação da lei neste plano de superficialidade destituída de sentido, realmente não se concluiria pela necessidade de fundamentação do ato que oferta a representação. Mas, como se afirmou, tal plano de interpretação se afigura superficial e destituído de sentido à luz dos preceitos constitucionais já invocados, pelo que cumpre melhor verificar o texto legal.

A expressão empregada na lei é por *qualquer razão*, e não a expressão *seja qual for a razão*. O que a lei está a dizer é da indeterminação das razões que podem ensejar o manejo da ação socioeducativa ao invés da promoção do arquivamento ou da concessão de remissão, reconhecendo-as na multiplicidade de fatores jurídicos e extrajurídicos que devem ser sopesados nesta fase.

E esta multiplicidade de fatores não é coisa vaga e indeterminável, mas deve ser paulatinamente preenchida no curso do devido processo, inicialmente pelo Promotor de Justiça, e depois de pelo Juiz, conforme a idéia defendida por Marta de Toledo Machado (*A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, Manole, 2003, pp. 118-119) de que a condição peculiar do adolescente como criança em desenvolvimento implica na incompletude de sua personalidade jurídica e na situação de vulnerabilidade que lhe é própria.

Cosa bem diversa disto é entender que a lei reconhece o arbítrio do titular do direito de ação que pode manejá-la ao seu alvedrio e talante, sem dar satisfação alguma tal qual entidade majestática ou simplesmente privada a atuar conforme normas de comportamento. Aliás, nem a parte privada está autorizada e litigar porque gosta ou porque quer, impondo-lhe a lei processual civil o pesado ônus de demonstrar as condições da ação e os pressupostos do processo.

Dissesse a lei realmente *seja qual for a razão*, estaria ele incidindo no grave vício da inconstitucionalidade, posto que estaria a autorizar a dispensa de fundamentação de ato decisório contra o texto expresso da Lei Maior, e contra a sua interpretação sistemática, posto que ela estabelece o dever de fundamentação sem qualquer ressalva, exceção ou limitação. Norma de eficácia plena, insuscetível de restrição ou contenção.

Cumpre, pois, a fim de prevenir violação da Constituição Federal, interpretar o *caput* do art. 182 do ECA no sentido de que a expressão *qualquer razão* deve ser compreendida como admissão da multiplicidade de razões jurídicas e extrajurídicas que podem ensejar o manejo da ação socioeducativa, e não como um cheque em branco para o Promotor de Justiça fazer o que bem entende tal qual dispensado de dar satisfações, o que de resto não é do interesse do Ministério Público e de ninguém.

Neste passo, é ainda de ser observado que a interpretação aqui recusada ainda implicaria numa grave contradição já sugerida: o ordenamento jurídico estaria a prevenir o Estado de Promotores e Juízes faltosos ou equivocados, exigindo a fundamentação nas hipóteses em que pela remissão e pelo arquivamento não haverá processo, mas estaria a deixar a pessoa humana, e mais precisamente o adolescente e seus responsáveis, desprotegidos frente a Promotores e Juízes arbitrários que instaurassem a ação socioeducativa por capricho ou excesso de zelo, ou como já se afirmou por falta de razoabilidade ou vício de automatismo.

É evidente que isto não tem propósito e não foi objetivado pelo ECA, que tem na sua alma impressa a marca da primeira grande lei de impacto promulgada após a reordenação institucional e democrática do País em 1988.

Cumpra ainda afastar possível óbice à adoção do entendimento aqui exposto, e consistente na idéia de que o manejo da ação socioeducativa dispensa fundamentação na medida em que haja violação de preceito da lei penal declarado como ato infracional.

O Direito Especial da Infância e da Juventude toma de empréstimo o Direito Penal, é certo e incontestável como faz sentir o art. 112 do ECA, que equipara ato infracional ao ilícito penal, mas isto não significa dizer que é um simples direito penal de adolescentes, pois, como já afirmado, é direito especial e tem caráter tutelar nos termos da disposição constitucional (art. 227, § 3º, inc. IV).

E tanto isto é correto que, contrariamente ao caráter rígido e inarredável da pena criminal, a medida socioeducativa tem caráter flexível e até dispensável, como se observa na leitura do art. 112 do ECA, que faculta a aplicação de medida, e conforme rol que apresenta conforme critérios de proporcionalidade e necessidade. O fenômeno, de resto, é conhecido e afirmado pela generalidade da boa doutrina, e na sua essência se resume à recusa do simples princípio retributivo.

Neste sentido a doutrina de Paulo Afonso Garrido de Paula, para quem *a intervenção não se resume na reprovação da conduta, manifestada pela imposição de medida socioeducativa, mas se impõe como conteúdo capaz de propiciar ao jovem a ela submetida e aquisição de condições objetivas que lhe permitam enfrentar os desafios do cotidiano sem a utilização de recursos que importem na violação de direitos de outrem (Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, RT, 2002, p. 113).*

Assim também a orientação do C. STF, que, em superação do paradigma meramente retribucionista, reconhece não só a excepcionalidade da privação de liberdade, mas também a necessidade de composição da tutela socioeducativa conforme o rol múltiplo e flexível do art. 112 do ECA (HC nº 85.148-SP)

Isto é de fundamental compreensão, pois é por esta razão que não se pode imaginar a dispensa de fundamentação do manejo da medida socioeducativa tal qual a dispensa de igual dever no manejo da ação penal. Para o manejo da ação penal basta alegada violação de preceito da lei penal com algum suporte fático, pois por força do caráter retributivo da lei penal a sanção pretende-se inarredável.

Já para na hipótese de manejo da ação socioeducativa, a medida objetivada como conseqüente da norma não é imperativa pela singela alegação de violação da lei, mas decorrência de afirmado déficit socioeducativo a ser suprido. Daí que, em sede de ação socioeducativa, à singela alegação de violação da lei soma-se um requisito específico que é o déficit socioeducativo a ser suprido.

E é justamente nesta específica e peculiar característica da ação socioeducativa que se fixa toda a problemática de se analisar com minúcia e prudência o recurso à institucionalização ou judicialização do conflito, evitando-se-o sempre que possível pela via da remissão.

E justamente nisto é que aflora a multiplicidade dos fatores de ordem jurídica e extrajurídica que afirmou-se objetivados pelo art. 182 do ECA ao empregar a expressão *se por qualquer razão* não for concedida a remissão.

Por tudo isto, em conclusão, não é óbice à exigência do dever de fundamentação a alegação de que ao manejo da ação socioeducativa basta a alegação de violação da lei penal. Conseqüentemente, não é de se concluir apressadamente, que a inicial da ação socioeducativa deve atender aos singelos requisitos de uma denúncia nos termos do art. 41 do CPP.

Assim, bem sopesadas tais razões, é de se afirmar a indeclinável necessidade e dever de fundamentação do manejo da medida socioeducativa pelo Ministério Público.

É evidente que tal dever de fundamentação, conforme o princípio da informalidade, não precisa ser minuciosa e articulada. Mas o certo é que um mínimo de fundamentação há de haver, e ela pode ser fruto de breve apontamento da audiência prevista no art. 179 do ECA, a fim de se garantir a legalidade e o devido processo conforme os dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e internacionais já referidos.

De resto, é sempre conveniente lembrar que uma coisa é formalidade, e um mínimo dela é sempre razoável, e outra bem distinta e dispensável é o formalismo.

Cumpra aqui ainda destacar que a exigência aqui delineada tem ainda o alcance de conferir um mínimo de publicidade e conseqüente controle público do procedimento legal, pese é claro a limitação legal de acesso ao processo e seus atos no interesse do adolescente.

É que a lei, debaixo do princípio do devido processo legal, prevê a audiência preliminar e informal do adolescente, seu responsável, vítima, testemunhas e o que mais possa interessar perante o Órgão do Ministério Público.

É evidente que a audiência não é secreta, e mais evidente ainda que ela não pode se tornar segredo guardado entre o Promotor e as pessoas que supostamente foram ouvidas por ele.

É necessário um mínimo de documentação acerca do teor da audiência nos autos, ainda que de modo singelo, dispensados termos e etc., atendendo-se à necessidade de um mínimo de publicidade, ainda que restrita aos demais agentes e sujeitos do processo, de modo a permitir ao Juiz e ao futuro defensor o conhecimento razoável do ato.

A hipótese dos autos retrata bem o estado de coisas. Proclama o Promotor de Justiça que cumpriu a fase do art. 179 do ECA, e nada mais.

O resultado disto é que um ato de poder do Estado, no curso de um procedimento condicionado pelo princípio do devido processo legal, e que projeta seus efeitos na construção da norma jurídica individual que é a sentença, resta oculto e vedado aos sujeitos do processo.

Isto, com todo o respeito, nem na Santa Inquisição ocorria. Só nas ditaduras não se dá conhecer ao Juiz o que se passou no curso do procedimento.

7. Por tudo quanto foi dito, é possível afirmar-se que a princípio não é de se ponderar o manejo da ação socioeducativa tendo em consideração o tipo de ato infracional, pois, repita-se, o direito especial rompe com a idéia singela do retribucionismo.

Porém, tendo em vista a equiparação do ato infracional ao delito previsto na lei penal, e tendo em vista a adoção dos princípios da legalidade e do devido processo legal no âmbito do ECA, tudo a indicar que a técnica do Direito Penal funciona como limite à intervenção socioeducativa, como aliás preceitua o item 56 das Regras Mínimas das Nações Unidas (Regras de Riad) ao dispor que se assegura que nenhum adolescente sofrerá intervenção que adulto não sofreria pela prática de mesmo ato, parece lógico que se cogite aqui e inicialmente da aplicação dos parâmetros impostos pela Lei nº 9.099/95, de modo a se distinguir o que no mínimo e de forma cristalina demanda a justificação e fundamentação do manejo da ação socioeducativa.

É que, considerado o conceito de infração de menor potencial ofensivo conforme a definição introduzida pela Lei nº 10.259/01, conforme precedentes do C. STF no HC nº 83.104 e do C. STJ no HC nº 42.847, sabe-se que a princípio nenhum adulto sofrerá incoação processual mais extensa em infrações que compo-tem a composição civil, transação penal ou *sursis processual*.

Neste sentido já decidiu o E. TJRS: “*Ementa*: Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Aplicação da Lei nº 9.099/95. Representação. Interpretação. O sistema da proteção integral, obrigado pelo estatuto, veio trazer aos menores de 18 anos a concreta garantia de direitos e garantias de natureza processual-constitucional. Entre as quais tenho como evidente a que dá resguardo aos princípios excludentes do processo, ou ainda de aplicação da lei processual mais benigna. A valoração das ‘necessidades da sociedade’, nas lesões leves, passou a exigir o especial interesse da vítima, através da representação. Arredando o dogma da indisponibilidade da ação penal. E o afastamento do menor, das barras da justiça, atende o interesse deste. Improvimento.” (Ap nº 597070564, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 12-02-98)

Em tais hipóteses, o adulto livra-se a princípio de ser interrogado pelo Juiz, vale dizer, não se submete ao ato que de alguma forma pode significar constrangimento processual e moral, e que, no caso de adolescentes, corresponde à audiência de apresentação, primeiro ato em que se materializam (e de corpo presente) os efeitos da institucionalização do conflito pelo manejo da ação socioeducativa.

Assim sendo, e uma vez que em hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo o adulto não se sujeita à incoação processual, e nem mesmo ao ato de interrogatório, é de se garantir indubitavelmente aos adolescentes igual oportunidade, exigindo-se do Ministério Público justificativa razoável para o manejo da ação socioeducativa.

É de se ressaltar neste passo que a previsão legal de concessão de remissão judicial prevista no parágrafo único do art. 126 do ECA não deve aqui ser considerada, pois ela pressupõe a realização da audiência de apresentação e já implica em institucionalização do conflito que se pretende evitar.

Em outras palavras, receber o Juiz a representação, cogitar oportunamente da aplicação da remissão judicial, ou do seguimento do feito com regular instrução, isto tudo é hipótese que pressupõe o conhecimento das razões pelas quais o

Ministério Público institucionalizou o conflito e entendeu necessário que o adolescente comparecesse perante a autoridade judiciária.

8. Assim, em resumo, a fim de se garantir vigência ao art. 40, 3, *b*, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, concretizada no direito nacional com a previsão legal de concessão de remissão extrajudicial pelo Ministério Público, conforme o art. 126 do ECA, e ainda aos dispositivos constitucionais citados, era devido que o Ministério Público justificasse no caso dos autos o manejo da ação socioeducativa, o que não fez.

Com efeito, e lamentavelmente, não há nos autos a menor explicação para a oferta da representação. Isto enseja, à semelhança do disposto no inc. III do art. 43 do CPP, a rejeição da representação.

Evidentemente que, satisfeita a especificidade da admissibilidade da ação socioeducativa, nova representação poderá ser ofertada, até mesmo por simples ratificação da contida nos autos.

9. De outra parte, a hipótese comporta a rejeição da representação sob o prisma da atipicidade. A prática de ato infracional tal qual conceituado no art. 103 é pressuposto incontornável da pretensão socioeducativa, nada havendo que se cogitar em termos de conveniência e oportunidade da aplicação de medidas socioeducativas à margem da sua existência.

É do conceito de ato infracional a equiparação de seu conteúdo normativo ao tipo penal, o que o projeta aos domínios do Direito Penal, ao menos naquilo que este representa a garantia da legalidade.

E por tal razão, a Diretriz nº 56 de Riad – Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil estabelece que *com vista a prevenir uma futura estigmatização, vitimização e criminalização de jovens, deve ser adotada legislação que assegure que qualquer conduta não considerada ou penalizada como um crime, se cometida por um adulto, não seja penalizada se cometida por um jovem* (grifei).

Assim, o sistema do direito especial garante ao adolescente a um só tempo a idéia da legalidade e a idéia da igualdade no processo de interpretação e aplicação da lei, tendo em vista o parâmetro do universo normativo próprio do adulto. Trata-se, pois, nesta fase do procedimento em que se descortina a necessidade de analisar a plausibilidade da pretensão socioeducativa, de perquirir sobre a existência formal e material do ato infracional narrado na representação.

Não se pode, com seriedade, aceitar-se a idéia de que o comportamento narrado na representação se caracterize como ato infracional equiparado a crime no seu sentido material. Trata-se de evidente insignificância ou bagatela porquanto não se evidencia com *razoabilidade* a lesividade necessária à configuração do tipo penal e nem tão pouco periculosidade social do comportamento, o que o priva já em exame inicial e perfunctório da indeclinável tipicidade material que entre nós foi tratada com inegável acerto por Francisco de Assis Toledo, segundo o qual isto, ademais, expressa a idéia dos limites do Direito Penal em conformidade com

a sua subsidiariedade e fragmentariedade (*Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1994, pp. 13 e ss.)

Neste sentido já decidiu sob a perspectiva do recolhimento de contribuição previdenciária o C. STF no AI nº 559.904-00-RS, julgamento do qual cumpre destacar trecho da intervenção do Min. Sepúlveda Pertence que, em reafirmação da relação direta e exclusiva entre lesividade e tipicidade, afirma que *o princípio da insignificância não tem nada a ver com o bondade ou maldade do sujeito*, pois é *um problema tipicamente objetivo*. E neste sentido, na perspectiva específica da pretensão socioeducativa já decidiu o C. STJ, que referendou rejeição de representação nos mesmos termos: REsp nº 573.488-RS.

Portanto, é o caso de rejeição da representação por ausente o pressuposto da tipicidade do fato dito infracional, o que se verifica pelo simples exame dos elementos informativos existentes nos autos, nada justificando o procedimento.

Repita-se, mais uma vez, que o problema é tipicidade, de modo que privada a pretensão deste pressuposto necessário, não há que se cogitar de possibilidade ou desenlace outro ao procedimento, nem mesmo a hipótese de remissão judicial.

10. Pelo exposto, rejeito a representação ofertada nestes autos. Desde logo nomeio a Defensoria Pública para patrocinar eventual defesa, sem prejuízo da eventual constituição de patrono pelo interessado. Intimem-se.

São Paulo, data retro.

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL,
Juiz de Direito.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HÁBEAS-CÓRPUS Nº 85.598-9

1ª TURMA SÃO PAULO

S. F. S. S. S., paciente – PGE-SP – Patrícia Helena Massa Arzabe (assistência judiciária), impetrante – Superior Tribunal de Justiça, coator.

RELATÓRIO

Min. Marco Aurélio (Relator) – Eis como sintetizei as balizas deste hábeas, ao proceder ao exame do pedido de concessão de medida acauteladora e deferi-lo:

“O Superior Tribunal de Justiça indeferiu ordem, mantendo, por tempo indeterminado, a internação do paciente, que se envolvera em furto tentado, por isso sendo-lhe imposta a medida de prestação de serviço à comunidade por dois meses, durante quatro horas semanais. Inicialmente, previu-se, para o caso de descumprimento, a internação pelo prazo de até três meses, aludindo-se ao art. 122, inc. III, do ECA (fl. 18). Em face de nova tentativa de furto, deu-se a suspensão da medida anterior, decidindo-se pela internação de forma limitada, ou seja, por três meses (fl. 19), ato que veio a ser alterado, à mercê de nova interpretação das normas de regência. Proclamou-se a inexistência da internação temporária, assentando-se a por prazo indeterminado (fls. 20 a 24).

“O paciente acha-se sob a custódia do Estado há mais de dois anos. Articula-se com o disposto no Estatuto, asseverando-se que o comportamento reiterado, concernente a crime no qual não envolvida violência ou grave ameaça, não deságua na citada internação. No tocante à proporcionalidade, sustenta-se que mesmo agente imputável jamais ficaria preso em regime fechado pelos dois anos. Requer-se, então, a concessão de medida acauteladora para a imediata liberação do paciente e entrega à família, implementando-se a liberdade assistida. O pleito final é no sentido do afastamento da internação por tempo indeterminado. À inicial juntaram-se as peças das fls. 09 a 71.”

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer das fls. 89 a 93, que, subscrito pelo Subprocurador-Geral Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, é no sentido do indeferimento da ordem.

Lancei visto no processo em 13-10-05, designando, como data do julgamento, a de hoje, 25 subsequente, objetivando a ciência da impetrante, no que a

ausência de inclusão em pauta longe fica de desaguar em surpresa, visando, isso sim, à celeridade processual.

É o relatório.

VOTO

Min. Marco Aurélio (Relator) – Valho-me do que tive oportunidade de externar, em termos de convencimento, quando da concessão da medida acauteladora: “A aplicação da Lei nº 8.069/90 há de ocorrer à luz do Capítulo VII do Título VIII da CF, dos arts. 226 a 229 neles insertos. Cumpre interpretar o Estatuto da Criança e do Adolescente com ênfase ao objetivo visado, à proteção do menor, à integração no convívio familiar e comunitário, preservando-lhe tanto quanto possível, a liberdade e o afastamento de ambiente que se mostra, sob todos os primas, nocivo como é o da internação, dadas as dependências existentes, a estrutura tão mal cuidada pelo Estado. Partir-se para a internação do menor, segregando-o, é ato extremo que deve se fazer enquadrar, sob o ângulo da necessidade maior, na Lei nº 8.069/90.

“Tudo recomenda que se observe com rigor a gradação fixada no art. 112 do Estatuto, as medidas socioeducativas na progressão que surge salutar – caminhando-se sucessivamente para a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços comunitários, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade, a internação em estabelecimento educacional –, e as medidas definidas no art. 101, incs. I a VII, da Lei nº 8.069/90, a saber: encaminhamento aos pais ou responsável mediante termo de responsabilidade, orientação, apoio e acompanhamento temporário, matrícula e frequência em estabelecimento oficial de ensino fundamental, inclusão em programa comunitário oficial de auxílio a família, à criança e ao adolescente, requisição de tratamento médico ou psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, abrigo em entidade e colocação em família substituta. O extenso rol de medidas afigura-se em perfeita harmonia com o art. 227 da Carta da República, segundo o qual 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

“Mais pedagógico quanto à atuação do Estado não poderia ser o arcabouço normativo. Impõem o Estatuto a brevidade da medida de internação – art. 121 –, que somente pode ser imposta quando se trate de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, se reiterado é o cometimento de outras infrações graves ou em face do descumprimento reiterado e justificado da medida anteriormente ordenada. No caso, as duas tentativas de furto mostraram-se qualificadas não por violência ou grave ameaça, mas pelo concurso de duas ou mais pessoas – art. 155, § 4º, inc. IV, do CP. Não houve, cuidando-se de outra hipótese em que cabível a internação, a reiteração de descumprimento de medida antes

imposta. Daí, no primeiro passo, haver-se cogitado, com a participação inclusive do próprio Ministério Público, da suspensão da liberdade assistida.

“Todavia, afastando-se do cenário algo indispensável à evolução – a esperança –, partiu-se para a internação por prazo indeterminado, como se fosse a panacéia o meio para chegar-se à ressocialização do menor, olvidando-se por completo a experiência, os acontecimentos desta quadra, as precárias condições das casas de internação, a evidenciar a deficiência nefasta da estrutura que deveria haver no Estado, responsável maior pelo bem-estar dos menores. Em síntese, não se tem situação concreta a revelar ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, nem a reiteração no cometimento de outras infrações graves, tampouco o descumprimento reiterado – vale dizer, repetido – de medida anteriormente imposta.”

Concedo a ordem para cassar o pronunciamento judicial que resultou na internação do paciente por tempo indeterminado. Projeto para o próprio Juízo da Infância e da Juventude a definição sobre a necessidade de se ter, ainda, a liberdade assistida.

EXTRATO DE ATA

Hábeas-córpus nº 85.598-9. Proced.: São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Paciente: S. F. S. S. S. Impetrante: PGE-SP – Patrícia Helena Massa Arzabe (assistência judiciária). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de hábeas-córpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Min. Carlos Britto. 1ª Turma, 25-10-05.

Presidência do Min. Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Mins. Marco Aurélio, César Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Min. Carlos Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 847.597

3ª TURMA

SANTA CATARINA

Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Adoção. Intimação do Ministério Público para audiência. Art. 166 da Lei nº 8.069/90. Fim social da lei. Interesse do menor preservado. Direito ao convívio familiar. Ausência de prejuízo. Nulidade inexistente. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se – a teor do acórdão recorrido – o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido. O art. 166 da Lei nº 8.069/90 deve ser interpretado à luz do art. 6º da mesma Lei.

Ministério Público do Estado de Santa Catarina, recorrente – A. G. E. e cônjuge, recorridos – Rita de Cássia Walter, advogada – M. A. W. (menor), interessado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam, os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Mins. Ari Pargendler e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Minª Nancy Andrighi.

Brasília, 06 de março de 2008 (data do julgamento).

Min. Humberto Gomes de Barros, Relator.

RELATÓRIO

Min. Humberto Gomes de Barros (Relator) – A. G. E e C. A. E. pediram a adoção do menor M. A. V. em 08-11-02 (fls. 02/03). Alegaram que estavam inscritos no cadastro de adotantes da Comarca de Joinville e preenchiam os requisitos necessários à colocação do menor em família substituta e ao pedido de adoção.

Narraram que a mãe da criança foi ouvida pelo serviço psicológico e pelo Juiz (ECA, art. 166), a fim de verificar sua decisão de entregar o filho para adoção. Pediram o deferimento da adoção, a oitiva do Ministério Público e a concessão liminar da guarda provisória da criança.

O Juiz deferiu a guarda provisória da criança, estabeleceu estágio de convivência e determinou a realização de estudo social (fl. 12). Os adotantes firmaram

o termo de guarda (fl. 15) e o Serviço Social opinou favoravelmente pelo deferimento do pedido de adoção (fls. 16/17). O Ministério Público Estadual teve vista dos autos e argüiu nulidade dos termos das fls. 10 e 11, porque foram lavrados sem sua presença (fl. 19).

O Juiz afastou a nulidade, dizendo que deu ao Ministério Público a oportunidade para atuar no feito. Além disso, não foi maculada a manifestação de vontade dos pais biológicos do adotado. Em assim dizendo, julgou procedente o pedido de adoção. (fls. 20/24). O representante do Ministério Público, em apelação, argüiu nulidade dos atos judiciais praticados, porque não participou da entrevista psicológica com os pais biológicos da criança.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao recurso, em acórdão que diz: “Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção. Oitiva dos genitores do adotando em juízo. Desistência do pátrio poder. Procedência do pedido de adoção. Insurgência. Ausência do Ministério Público. Argüição de nulidade. Prejuízos ao adotando. Inexistência. Argüição afastada. Aspecto teleológico do ECA. Recurso improvido. Sentença mantida. Inexistente prova de prejuízo ao menor, inacolhe-se argüição de nulidade do feito, mormente quando atingido o aspecto teleológico do ECA, que é o bem estar do adotando.” (fl. 53)

Nesse recurso especial (alíneas a e c), o Ministério Público do Estado de Santa Catarina queixa-se de ofensa aos arts. 166, parágrafo único, 202 e 204 do ECA (Lei nº 8.069/90). Sustenta que é obrigatória a intervenção do Ministério Público quando há interesse protegido pela lei, principalmente nas ações de perda ou suspensão do pátrio poder. Houve contra-razões.

O Ministério Público Federal, em parecer do e. Subprocurador-Geral da República Dr. Henrique Fagundes, opinou pelo provimento do recurso especial. (fls. 83/87)

VOTO

Min. Humberto Gomes de Barros (Relator) – O Ministério Público não participou de audiência onde os pais biológicos de uma criança dada em adoção concordaram expressamente com a colocação do filho em família substituta. Queixa-se, no recurso especial, de nulidade do ato.

Para o Tribunal *a quo* não houve nulidade. É que a ausência do Ministério Público não acarretou prejuízo ao menor. Em tais casos, deve-se levar em conta os fins sociais do art. 6º da Lei nº 8.069/90.

O Ministério Público insiste na argüição de nulidade. Alega que a questão envolve interesse público. A nulidade, por isso, é absoluta e o prejuízo presumido e independente de comprovação. Acrescenta que a intervenção do Ministério Público visa proteger o adotante, e suas relações familiares com o adotado, contra futuras investidas de pais arrependidos.

No caso, diz o Ministério Público, a decretação de nulidade e repetição dos atos na forma regular protegeria o adotado e os adotantes contra eventual arrependimento dos pais biológicos, que não encontrariam fundamento para nulificar o ato.

O dispositivo da Lei nº 8.069/90 prequestionado diz: “Art. 166. *Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes.*”

“Parágrafo único. *Na hipótese de concordância dos pais, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.*”

É, pois, obrigatória a intervenção do Ministério Público nos processos em que haja interesse de incapazes (CPC, art. 82, I).

Contudo, nem sempre é necessário proclamar a nulidade. Mesmo diante da omissão, se o ato atingir sua finalidade e não causar prejuízo à parte que seria protegida pelo Ministério Público, não há razão para anular-se o ato.

O Art. 166 da Lei nº 8.069/90 não pode ser interpretado isoladamente. Em sua exegese é necessário levar em conta o art. 6º, a dizer que são importantes na interpretação da lei, os fins sociais a que ela se destina e “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

No caso dos autos, o menor, cujos pais manifestaram vontade de entregá-lo para adoção, teve reconhecido o direito de ser colocado no seio de uma família, ainda que substituta, com plenas condições de criá-lo e educá-lo. Livrou-se, assim, de integrar o rol de crianças abandonadas nas ruas.

O serviço de psicologia do Serviço Social Judiciário emitiu parecer onde afirmou que a mãe do adotando se mostra consciente e segura com relação à decisão de encaminhar seu filho para adoção através do Juizado (fl. 09).

Nada indica tenha havido complô entre o Juiz e o Serviço Social para macular a vontade expressa dos pais biológicos. O Tribunal *a quo* não enxergou nulidade do ato processual, nem prejuízo para o menor, pela não-intervenção do Ministério Público no ato. Para a Corte local, o interesse do menor foi preservado. O fim social a que se destina o ECA foi atingido.

A ausência do Ministério Público – disse o acórdão recorrido – não causou qualquer prejuízo ao incapaz, não havendo nulidade a ser declarada. Dizer o contrário, em recurso especial, seria maltratar a Súmula nº 07.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 26.898-SP, Rel. o Min. Dias Trindade, proclamou: “Não se declara nulidade, por falta de audiência do Ministério Público, se o interesse dos menores se acha preservado, posto que vitoriosos na demanda.”

No mesmo sentido: AgRg no Ag nº 423.153, Aldir Passarinho.

Na terminologia da Turma, não conheço do recurso especial.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 972.576 RIO GRANDE DO SUL

V. C., recorrente – Nora Lavínia Campos Cruz, advogada – Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Defensora Pública e outros, recorridos.

DECISÃO

Recurso especial interposto por V. C., com fundamento no art. 105, inc. III, alínea a, da CF, contra acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, dando provimento ao apelo do *Parquet* Estadual, afastou a prescrição, embora tenha reconhecido a sua aplicabilidade ao ato infracional, nos autos do processo em que se apura a prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 16 c/c o art. 18, inc. IV, do CP.

A insurgência especial está fundada na violação dos arts. 30 da Lei nº 11.343/06; 107, inc. IV; 109, inc. VI; e 115 do CP e 152 da Lei nº 8.069/90, *verbis*: “Art. 30 – Prescrevem em dois anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.”

“Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: [...] IV – pela prescrição, decadência ou perempção;”

“Art. 109 – A extinção, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...] VI – em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.”

“Art. 115 – São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.”

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

E teriam sido violados porque “[...] *cumpra trazer a lume entendimento de aplicação analógica aos atos infracionais dos prazos fixados no Código Penal, para cada crime, reduzindo-os à metade, na forma do art. 115 do referido diploma legal [...]*” (fl. 113)

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso para “[...] *que se restaure a Justiça!*” (fl. 116) Recurso tempestivo (fl. 103), respondido (fls. 119/125) e admitido na origem (fls. 127/128v.).

Em contra-razões recursais, argúi o recorrido a não-demonstração e comprovação da divergência jurisprudencial e ausência de prequestionamento.

O Ministério Público Federal veio pelo provimento do recurso, em parecer assim sumariado: “*Penal. ECA. Medida socioeducativa. Prescrição. Ocorrência. Art. 109, inc. VI, do CP. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.*” (fl. 136)

Tudo visto e examinado.

Decido.

Conheço do recurso pela negativa de vigência à lei federal – eis que prequestionada a matéria argüida, pois se constituiu em tema do acórdão impugnado.

Não conheço do recurso pela divergência, eis que o conhecimento do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional requisita a comprovação da divergência jurisprudencial, por intermédio da juntada de cópia integral dos arestos apontados como paradigma ou pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados, cabendo esclarecer que, entre os repositórios autorizados e credenciados por esta Corte para a caracterização do dissídio, não se encontra, por certo, o Diário da Justiça.

In casu, a divergência jurisprudencial não foi comprovada de acordo com a lei processual e o Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, limitando-se o recorrente a transcrever a ementa dos acórdãos paradigmas.

Nesse sentido, a iterativa jurisprudência desta Corte Federal Superior, conforme se infere dos seguintes precedentes: “*Processual civil. Agravo regimental em embargos de divergência. Dissídio pretoriano não demonstrado.* O Diário da Justiça, conquanto órgão oficial de *intimação* das partes, não consubstancia repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, para fins de comprovação de divergência, porque nele não se encontram publicados na íntegra os acórdãos que venham a ser indicados como paradigmas. *A simples citação da publicação, para fins intimatórios, do aresto no órgão oficial, sem a juntada da cópia integral do julgado, não cumpre a exigência legal.* Insuficiente para demonstração da divergência jurisprudencial a simples transcrição de ementa sobretudo se nela não estiver explicitada a matéria objeto do acórdão embargado. *Agravo regimental improvido.*” (AgRg/REsp nº 46.071-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *in DJ*, de 27-04-98 – nossos os grifos)

“*Processo civil. Recurso especial. Divergência jurisprudencial indemonstrada. Recurso não conhecido. I – Indispensável, para efeito de configuração do dissídio, que o recurso seja instrumentalizado com cópia autenticada do acórdão alegadamente divergente ou com a indicação do repositório autorizado. A tanto não equivale a citação do Diário da Justiça em que tenha sido publicado o aresto. II – Não se configura a divergência entre acórdãos quando um deles adentra o mérito do recurso, apreciando a questão controvertida, enquanto o outro não conhece do recurso especial, sem enfrentar a tese.*” (REsp nº 323.880-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in DJ*, de 04-02-02 – nossos os grifos)

“Recurso especial. Processual civil. Citação. Liquidação de sentença. Arts. 221 e 603, parágrafo único, do CPC. Lei nº 8.898/94. Desnecessidade de citação

do réu. Possibilidade de emprego de diário de justiça. Violação de lei federal e dissídio jurisprudencial não evidenciados. Não conhecimento. [...] 5. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional requirida, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (art. 255, § 2º, do RISTJ). 6. Recurso não conhecido.” (REsp nº 341.579-SP, da minha Relatoria, *in DJ*, de 25-02-02)

“Acórdão. Relatório. Procedimento sumariíssimo. Tratando-se de procedimento sumariíssimo, em que inexistente revisão, o Relator da apelação não deverá de, necessariamente, lançar o relatório nos autos, ao pedir dia para julgamento. Poderá fazê-lo oralmente, em sessão, sendo trazido depois para os outros, integrando o acórdão. Recurso especial. Divergência jurisprudencial. Feita a citação apenas de ementas, publicadas no Diário da Justiça, não se conhece do recurso quando não se evidencie, de maneira indubitosa, que o entendimento adotado no julgamento abrangeria também a hipótese em exame, o que, no caso, só a íntegra do acórdão poderia esclarecer.” (REsp nº 3.725-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in DJ*, de 17-09-90 – nossos os grifos)

Lê-se no acórdão impugnado, no que interessa: “Trata-se de apelação da sentença que extinguiu a representação por força da prescrição, sustentando o agente ministerial a sua inaplicabilidade nos feitos atinentes à apuração dos atos infracionais praticados sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente. O recurso merece ser acolhido.

“Com efeito, muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não traça em seu bojo a previsão expressa acerca da aplicação do instituto da prescrição, este, em razão do caráter eminentemente protetivo do referido diploma, nas medidas socioeducativas previstas também deve ser aplicado.

“Isso porque, os procedimentos afetos à infância e à juventude se fundam no princípio da proteção integral, insculpido no art. 1º do ECA. E em sendo a proteção destinada às crianças e aos adolescentes ‘integral’, também a estes devem ser estendidas as garantias constitucionais e legais previstas em nosso ordenamento jurídico.

“Nesse sentido se manifesta a jurista argentina Mary Beloff, professora de Direito Penal Juvenil na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, citada por João Batista Costa Saraiva, *in Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional*, 3ª ed., 2006, p. 27, *in verbis*: ‘Na questão do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, reconhecem-se todas as garantias que correspondem aos adultos nos juízos criminais, segundo as constituições e os instrumentos internacionais pertinentes, mais garantias específicas.’

“A matéria, que até pouco tempo não estava sedimentada na Corte e era causa de debates entre os integrantes do Egrégio 4º Grupo Cível, restou pacificada ante o julgamento, em 15 de setembro p. p., do Incidente de Uniformização de

Jurisprudência nº 70016676967, resultando na edição da Súmula nº 32, publicada no Diário da Justiça de 29 de setembro, que ora transcrevo, por oportuno: ‘Súmula nº 32 – Aplica-se aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da prescrição, consoante os prazos máximos das medidas socioeducativas cabíveis e os lapsos temporais previstos no art. 109 do Código Penal, sem o redutor decorrente da idade.’

“A prescrição dos atos infracionais deverá, destarte, refletir a prescrição das penas cominadas para os tipos penais, em todas as suas modalidades de aplicação, tomando-se como base de cálculo do prazo prescricional, entretanto, os prazos das medidas socioeducativas.

“Assim, para o cálculo da prescrição *in abstracto*, quando recomendável a medida socioeducativa de internação, por exemplo, dever-se-á levar em consideração o prazo de três anos fixado no art. 121, § 3º, do ECA, que é o limite imposto pelo legislador. Já a prescrição *in concreto*, seja na modalidade superveniente, seja na modalidade retroativa, e a prescrição da pretensão executória, serão calculadas a partir do prazo da medida socioeducativa estipulado em sentença.

“Destaco, ainda, que a legislação menorista já privilegia os adolescentes autores de atos infracionais com medidas breves e excepcionais, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, razão pela qual se decidiu que, em nenhuma das hipóteses de prescrição, há de se aplicar a redução dos prazos prescricionais prevista no art. 115 do CP.

“Pois bem, feitas essas considerações, compulsando os autos, verifico que não houve implemento da prescrição. Na espécie, a medida socioeducativa aplicável ao caso seria de prestação de serviços à comunidade, o que é perfeitamente razoável em razão da pouca gravidade do fato (porte de droga para consumo pessoal).

“Como antes referido, para o cálculo da prescrição *in abstracto*, considera-se o prazo máximo fixado no ECA (art. 117 – seis meses). Assim, tomando-se em conta o disposto no art. 109, VI, do CP, o prazo prescricional incidente à espécie é de dois anos.

“Considerando a data do fato, 27-06-05, a data do recebimento da representação, 01-12-05, e a sentença proferida em 15-12-06, efetivamente não se vislumbra a ocorrência da prescrição. Assim, é de ser acolhida a irresignação ministerial para afastar a prescrição, devendo os autos retornarem à origem para o devido processamento.

“Por fim, consigno que a hipótese dos autos não é de aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, pois o processo não se encontra em condições de imediato julgamento, já que sequer houve audiência de apresentação. Do epigrafado, voto pelo provimento da apelação.” (fls. 82/83v.)

As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal.

De qualquer modo, o instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubiosamente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade.

Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores. Reconhecida a aplicação do instituto da prescrição ao ato infracional, pacífico também é o entendimento de que a ele se aplica o redutor da menoridade, previsto no art. 115 do CP.

Nesse sentido, aliás, o entendimento desta Corte, valendo, a propósito, conferir os seguintes precedentes: “Criminal. Hábeas-cópus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada pelo prazo mínimo de seis meses. Ausência de prazo determinado. Aplicação do instituto da prescrição regulado no Código Penal. Possibilidade. Precedentes. Aplicação do prazo de três anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei nº 8.069/90. Interpretação sistemática. Prazo prescricional reduzido da metade. Prescrição implementada. Ordem concedida.

“I – Em virtude da inegável característica punitiva, e considerando-se a ineficácia da manutenção da medida socioeducativa, nos casos em que já se ultrapassou a barreira da menoridade e naqueles em que o decurso de tempo foi tamanho que retirou da medida sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, da forma como prevista no Código Penal. Precedentes.

“II – Não tendo sido fixado pelo magistrado singular um prazo definido para o cumprimento da medida de liberdade assistida, não se pode, pura e simplesmente, tomar o prazo mínimo de seis meses previsto no art. 118, § 2º, do ECA como parâmetro para o cálculo da prescrição.

“III – Em caso como o dos autos, em que não há prazo certo para a medida socioeducativa imposta à paciente, para se analisar a ocorrência, ou não, da prescrição, de acordo com uma interpretação sistemática da Lei nº 8.069/90, deve-se considerar o prazo de três anos, fixado no art. 121, § 3º, do referido diploma legal, que é o limite imposto pelo legislador para a permanência em medida socioeducativa de internação.

“IV – Sendo a ré menor de vinte e um anos à época do fato delituoso, reduz-se à metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do CP.

“V – Hipótese em que a adolescente sequer iniciou o cumprimento da medida socioeducativa, razão pela qual o juízo monocrático determinou, posteriormente, a sua internação-sanção.

“VI. Transcorridos mais de quatro anos desde a data da aplicação da medida socioeducativa sem que tenha ocorrido nenhuma das hipóteses de interrupção do prazo prescricional previstas no art. 117 do CP, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição intercorrente ou superveniente.

“VII. Ordem concedida, para cassar a decisão que determinou a aplicação de internação-sanção à paciente, declarando-se a ocorrência da prescrição da

medida socioeducativa de liberdade assistida.” (HC nº 58.178-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *in DJ*, de 25-09-06)

“Criminal. Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prestação de serviços à comunidade. Prazo. Extinção da punibilidade pelo instituto da prescrição regulado no Código Penal. Possibilidade. Precedentes. Prazo prescricional reduzido da metade. Prescrição implementada. Recurso provido.

“I. Em virtude da característica punitiva, e considerando-se a ineficácia da manutenção da medida socioeducativa, nos casos em que já se ultrapassou a barreira da menoridade e naqueles em que o decurso de tempo foi tamanho que retirou da medida, sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, da forma como prevista no Código Penal. Precedentes.

“II. Sendo o réu menor de vinte e um anos à época do fato delituoso, reduz-se à metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do CP.

“III. Transcorrido mais de um ano desde a sentença até a presente data, declara-se extinta a sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição intercorrente ou superveniente.

“IV. Recurso conhecido e provido.” (REsp nº 564.353-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *in DJ*, de 23-05-05)

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão. Prescrição. Medida socioeducativa. As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. Recurso desprovido.” (REsp nº 341.591-SC, Rel. Min. Felix Fischer, *in DJ*, de 24-02-03)

“Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescrição. Conhecimento e provimento.

“1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal.

“2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade.

“3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores.

“4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional.” (REsp nº 171.080-MS, da minha Relatoria, *in DJ*, de 15-04-02)

Em não havendo medida socioeducativa imposta ao recorrente, considera-se a maior quantidade de pena que poderia ser aplicada, qual seja, medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, com permanência máxima de seis meses, conforme art. 117 da Lei nº 8.069/90, conforme verifica-se no acórdão impugnado: “[...] Na espécie, a medida socioeducativa aplicável ao caso seria de

prestação de serviços à comunidade, o que é perfeitamente razoável em razão da pouca gravidade do fato (porte de droga para consumo pessoal). [...]” (fl. 83)

Ao que se tem dos autos, ocorre, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva. É que entre a data do recebimento da representação, 01-12-05, e a dos dias atuais, decorreu tempo superior a um ano, realizando-se, pois, o tempo da prescrição da pretensão punitiva estatal, à luz do art. 109, inc. VI, c/c o art. 115 do CP, eis que o máximo de pena aplicável seria a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade por prazo não superior a seis meses (art. 117 da Lei nº 8.069/90).

Pelo exposto, com fundamento no art. 557, parágrafo 1º-A, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, *dou provimento* ao recurso para, reformando o acórdão impugnado, declarar a extinção da punibilidade do ato infracional, com fundamento nos arts. 109, inc. VI, c/c o art. 115 do CP, e 117 da Lei nº 8.069/90.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2008.

Min. Hamilton Carvalhido, Relator.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 235-0 TOCANTINS

Estado do Tocantins, requerente – PGE-TO – Luis Gonzaga Assunção, advogado – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (AgRg na Suspensão de Liminar nº 1.848/07 na Ação Civil Pública nº 72658-0/06), requerido – Ministério Público do Estado do Tocantins, interessado.

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de liminar (fls. 02-22) formulado pelo Estado do Tocantins contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que indeferiu pedido de suspensão de liminar ajuizado naquele Tribunal de Justiça.

A decisão impugnada manteve liminar concedida na Ação Civil Pública nº 2007.0000.2658-0/0, em curso perante o Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Araguaína-TO, que determinou o seguinte: “[...]”

“Concedo a liminar e determino ao Estado do Tocantins que implante na cidade de Araguaína-TO, no prazo de doze meses, unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, a fim de propiciar o atendimento do disposto nos arts. 94, 120, § 2º, e 124 do ECA.

“Determino, ainda, que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida.

“Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00, a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos arts. 213 e 214 da Lei nº 8.069/90.” (fl. 94)

Na ação civil pública, argumentou-se que o Poder Executivo local, ante a inexistência de unidade especializada naquela Comarca, estaria encaminhando os adolescentes infratores para o Município de Ananás-TO, distante 160km daquela localidade, o que dificultaria o contato daqueles com seus familiares (fl. 62).

Além disso, os adolescentes infratores estariam alojados em cadeia local, em celas adjacentes a de presos adultos, a permitir contato visual e verbal entre eles, em ambiente inóspito, fato este que teria sido atestado pelo Conselho Tutelar de Araguaína e pelo Diretor do estabelecimento prisional (fl. 65).

Argüiu-se, ainda, o descumprimento do compromisso firmado entre o Governo do Tocantins e o Ministério Público Estadual, mediante Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, para que, até 15-01-07, houvesse a alocação de recursos para a criação do regime de semiliberdade naquela Comarca, em Palmas e em Gurupi (fl. 62).

A ação civil pública defendeu ser incabível a alegação do óbice da reserva do possível no presente caso, ante a necessidade de garantia do mínimo necessário à existência condigna dos adolescentes infratores, conforme informariam precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul (fls. 68-71).

Por fim, consignou o Ministério Público Estadual que a medida liminar deveria ser concedida, em face das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (arts. 123, 185, 94, 120 e 124), bem como em face do que dispõe a Constituição Federal (arts. 1º, III; 5º, III, XXXIX, XLIX; 37, *caput*; e 227, *caput* e § 3º; todos da CF/88) e Pactos Internacionais (fls. 71-88).

O Juízo de 1º Grau concedeu a medida liminar, conforme transcrição acima, ressaltando que as normas contidas no art. 227, *caput* e § 3º, da Constituição e reproduzidas no ECA possuem plena eficácia (fls. 90-95).

Ademais, a medida liminar consignou, a despeito dos adolescentes não estarem mais internados na Cadeia Pública de Ananás-TO no momento da decisão, que a inexistência de unidade especializada em Araguaína-TO obrigaria o encaminhamento de adolescentes infratores ao CASE de Palmas-TO, distante 375km daquela Comarca, inviabilizando o contato familiar e o próprio sucesso do processo socioeducativo.

Contra tal decisão, o Estado do Tocantins ajuizou pedido de suspensão de liminar junto à Presidência do Tribunal de Justiça do Tocantins (fls. 33-54), que indeferiu o pedido, ante o entendimento de inocorrência de grave lesão à ordem e economia públicas e inexistência de efeito multiplicador da decisão (fls. 97-100). Contra tal decisão, o Estado do Tocantins interpôs recurso de agravo regimental.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins negou provimento ao agravo regimental em suspensão de liminar (fls. 127-130), pois entendeu inexistente efeito multiplicador e ausentes razões que infirmassem a decisão recorrida.

O pedido de suspensão de liminar contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins é baseado em argumentos de lesão à ordem e à economia públicas do Estado do Tocantins. Enfatiza o requerente que a liminar deferida, para construção de unidade especializada em prazo determinado, importaria em ato de interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Executivo, em afronta ao princípio da independência dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição (fls. 08-09).

Ademais, o requerente alega lesão à economia pública estadual, por ausência de previsão orçamentária, exigüidade de prazo para efetivação das medidas, ofensa ao princípio da reserva do possível e vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal (fls. 08-19).

Em complementação, o Estado do Tocantins afirma que a liminar deferida esgotou, por completo, o objeto da ação civil pública, violando o art. 1º, § 3º, da

Lei nº 8.437/92, que veda a concessão de liminar contra atos do Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (fls. 19-21).

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nºs 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI/STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl nº 497-AgR-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ*, de 06-04-01; SS nº 2.187-AgR-SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, de 21-10-03; e SS nº 2.465-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, de 20-10-04.

A ação civil pública pleiteia condenação do Estado do Tocantins em obrigação de fazer, para implantação de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, em unidade especializada, na Comarca de Araguaína-TO, no prazo de doze meses. Nesse sentido, aponta-se: violação aos direitos dos adolescentes e à política básica de atendimento a adolescentes, previstos no art. 227, *caput* e § 3º da Constituição e concretizados nas determinações do ECA (arts. 94, 120, § 2º, e 124).

Por outro lado, a suspensão de liminar aponta: violação ao art. 2º da CF/88, consistente em interferência direta nas atividades do Poder Executivo; ausência de previsão orçamentária (arts. 163, I; 165; 166, §§ 3º e 4º; 167, III; todos da CF/88); violação ao princípio da reserva do possível, exigüidade do prazo e possibilidade de efeito multiplicador do presente caso. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS nº 846-AgR-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 29-05-96; SS nº 1.272-AgR-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, de 18-05-01.

No presente caso, discute-se possível colisão entre (1) o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado do Tocantins definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores e (2) a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores e de uma política básica de seu atendimento. Eis o que dispõe o art. 227 da Constituição: “Art. 227. 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.

“§ 1º – O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: [...]

“V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; [...]”

É certo que o tema da proteção da criança e do adolescente e, especificamente, dos adolescentes infratores é tratado pela Constituição com especial atenção. Como se pode perceber, tanto o *caput* do art. 227 como seu § 1º e incisos possuem comandos normativos voltados para o Estado, conforme destacado acima.

Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de *absoluta prioridade* na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente. Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito.

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der Richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Por outro lado, alega-se, nesta suspensão de segurança, possível lesão à ordem e à economia públicas, diante de determinação judicial para implantação de programa de internação e regime de semiliberdade, em unidade especializada (a ser construída), com prazo determinado de doze meses.

Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Tocantins reside na violação ao princípio da separação de Poderes (art. 2º da CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo Estadual.

Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.

Nesse sentido, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo Estadual do Tocantins em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227).

Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever de o Poder Executivo dar primazia na consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º: “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 primazia 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 de políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Tocantins, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva, concretamente delineada pelo ECA. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos.

Ressalte-se que no próximo dia 13 de julho se comemorarão os dezoito anos de promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem se cristalizado como um importante avanço na delimitação das políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente.

Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se

impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: RE-AgR nº 410.715-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 03-02-06; RE nº 431.773-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 22-10-04.

Do julgamento do RE-AgR nº 410.715-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 03-02-06, destaca-se o seguinte trecho: “[...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os *Municípios* – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da *Lei Fundamental da República*, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. *Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...]*”

Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, *com absoluta prioridade*, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 630.765-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 12-09-05).

No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo.

A decisão impugnada apenas determina o cumprimento de política pública constitucionalmente definida (art. 227, *caput*, e § 3º) e especificada de maneira clara e concreta no ECA, inclusive quanto à forma de executá-la. Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich (Abramovich, Victor; Courtis, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Trotta, 2004, p. 251): “*Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la*

de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijan pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un ‘diálogo’ entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.” (sem grifo no original)

Contudo, conforme informação contida nas razões do Estado do Tocantins, este foi intimado da decisão de 1º grau em 19-10-07 (fl. 115). Assim, o prazo de doze meses se extinguirá em 19-10-08. A partir desta data, conforme a decisão impugnada, caso o Estado do Tocantins não tenha construído unidade especializada, ou venha a abrigar adolescentes infratores em outra localidade, que não uma unidade especializada, arcará com multa diária de R\$ 3.000,00, por prazo indeterminado.

Entendo que tão-somente neste ponto a decisão impugnada gera grave lesão à economia pública, ou seja, apenas quanto à fixação de multa por não-construção, em doze meses, de unidade especializada para abrigo dos menores na *Comarca de Araguaína*. Para se chegar a essa constatação, basta observar que a fixação de multa em valor elevado e sem limitação máxima constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade. Dessa forma, remanesce íntegra a decisão quanto à possibilidade de multa por abrigar adolescentes infratores em cadeias comuns em detrimento de abrigá-los em outras unidades especializadas existentes no Estado.

Destaco, contudo, que não se impede a fixação de multa por descumprimento de decisão judicial. O que não se pode perder de vista é a possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade, por multa fixada em decisão liminar baseada em juízo cognitivo sumário.

Portanto, a determinação constitucional de *absoluta prioridade* na proteção dos direitos da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88) evidencia tanto a dimensão objetiva de proteção destes direitos fundamentais quanto a proibição de sua proteção insuficiente pelo Estado do Tocantins, por impossibilitar condições fáticas e concretas de implantação de programa de internação e semiliberdade na *Comarca de Araguaína-TO*.

Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo Estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 1º, V, da CF/88).

A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial

formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade.

Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (*Annäherungstheorie*) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente.

Assim, não vislumbro grave lesão à ordem e à economia públicas, com exceção da fixação de multa por não-construção, em doze meses, de unidade especializada para abrigar adolescentes infratores na Comarca de Araguaína-TO.

Diante do exposto, defiro parcialmente o pedido de suspensão tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial de construção de unidade especializada, em doze meses, na Comarca de Araguaína-TO.

Dessa forma, diante da determinação da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantenho os efeitos da decisão impugnada quanto à (1) implantação, em doze meses, de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, na Comarca de Araguaína-TO e (2) de proibição, sob pena de multa diária, de abrigar adolescentes infratores em outra unidade que não seja uma unidade especializada (nos termos do ECA).

Publique-se. Comunique-se com urgência.

Brasília, 8 de julho de 2008.

Min. Gilmar Mendes, Presidente.

ENUNCIADOS CONSIJ

Enunciado nº 1

Remissão transacionada com o Ministério Público. Necessidade de advogado.

“Estará constitucionalmente apta a receber homologação judicial apenas a remissão transacionada entre o Ministério Público, o adolescente autor de ato infracional, seus pais ou responsável, desde que estes tenham sido assistidos por advogado ou defensor público.”

Deliberado na Reunião do CONSIJ, em 21-07-02. Unânime.

Enunciado nº 2

Execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

“É de responsabilidade do Poder Executivo Municipal, e não do Poder Judiciário, promover execução do atendimento de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de meio aberto, nos termos do art. 88, inc. I do ECA.”

Deliberado na Reunião do CONSIJ, em 21-07-02. Unânime.

Enunciado nº 3

Lista de habilitados para adoção.

A inobservância da lista de habilitados para adoções pressupõe, inafastavelmente, a presença de alguma das situações previstas no art. 28, § 2º, do ECA, sob pena de busca e apreensão.

Deliberado na Reunião do CONSIJ, em 24-06-05.

Enunciado nº 4

Custódia de adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional.

“A custódia de adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, em toda a fase pré-processual, aí incluído o lapso temporal entre o pedido de internação provisória e o decreto judicial, é atribuição da Polícia Civil, pois a privação da liberdade neste interregno não depende de ordem judicial, estando justificada pela apreensão em flagrante de acordo com o art. 106 do ECA.”

Deliberado na Reunião do CONSIJ, em 24-06-05.

Enunciado nº 5

Dispõe sobre a dispensa de autorização judicial para as pesquisas e reportagens com adolescentes internados na FASE.

CONSIDERANDO consultas e questionamentos que vêm sendo apresentados perante os Juizados Regionais da Infância e da Juventude a respeito da realização de pesquisas envolvendo adolescentes internos na FASE;

CONSIDERANDO que, de modo semelhante, freqüentemente os mesmos Juizados são consultados quanto à realização de matérias jornalísticas sobre ou envolvendo adolescentes privados de liberdade;

CONSIDERANDO que a Justiça da Infância e da Juventude exerce jurisdição marcada por intensa repercussão no campo da administração dos programas socioeducativos, o que pode tornar tênue o limite entre jurisdição e administração;

CONSIDERANDO que, de forma unânime, os Juízes das Varas Especializadas da Infância e da Juventude do Estado têm-se orientado por uma política de respeito à autonomia administrativa e de auto-responsabilização dos órgãos do Poder Executivo competentes para a execução das medidas;

CONSIDERANDO que, aos dirigentes dos programas socioeducativos, responsáveis pelos adolescentes, cumprem funções equiparáveis à guarda, e nesse mister respondem pela preservação dos respectivos interesses e direitos, cabendo-lhes a adoção das providências acautelatórias que entendam pertinentes, inclusive, no que se refere à administração dos programas, podendo oporem-se à realização do procedimento que considerem inidôneos ou de qualquer forma violador de direitos;

CONSIDERANDO, ainda, que essa orientação reflete o posicionamento dos Juízes da infância gaúchos no sentido de preservar a dignidade da função jurisdicional, em oposição às múltiplas competências interventivas que existiam no antigo Código de Menores e ainda culturalmente insuperadas apesar de decorridos mais de 17 anos de vigência do ECA;

CONSIDERANDO a responsabilidade da instituição acadêmica a cujo Conselho de Ética caiba aferir da idoneidade do projeto de pesquisa;

RESOLVEM aprovar o seguinte enunciado:

É dispensável autorização judicial de caráter meramente chancelatório e puramente administrativo para a realização de pesquisa acadêmica ou de cobertura jornalística junto a adolescentes privados da liberdade.

Porto Alegre, 01 de abril de 2008.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Presidente do CONSIJ.

Enunciado nº 6

Sobre visitas de crianças ou adolescentes a presos.

Dispõe sobre a competência para autorizar visitas de crianças ou adolescentes a presos recolhidos em estabelecimentos sob a administração da Superintendência dos Serviços Penitenciários.

Considerando que a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul editou a Portaria nº 145-SSP-RS, de 28-11-07, que aprovou e determinou o cumprimento de regulamento para ingresso de visitantes a presos recolhidos em estabelecimentos sob a administração da Superintendência dos Serviços Penitenciários, em cujo item 8 constou a exigência de autorização do Juizado da Infância e da Juventude para o ingresso de visitantes com idade inferior a dezoito anos, com exceção dos filhos dos apenados;

Considerando, ainda, que a competência material da Justiça da Infância e da Juventude vem estabelecida nos arts. 148 e 149 da Lei Federal nº 8.069/90, nos quais não há previsão dessa modalidade de autorização;

Considerando, também, a competência plena do Juízo das Execuções Penais para decidir acerca de todos os incidentes da execução, na forma do art. 66, inc. III, alínea *f*, da Lei Federal nº 7.210/84, entre os quais se encontram eventuais restrições ou condicionamentos administrativos ao direito dos presos ao recebimento de visitantes, nos termos do art. 41, inc. X e parágrafo único do mesmo diploma legal;

Considerando, na mesma esteira, que a indigitada portaria expedida por órgão do Poder Executivo Estadual exorbitou os limites de sua competência normativa, com a pretensão de definir a competência de órgão do Poder Judiciário Estadual, em desacordo com o princípio constitucional da independência dos Poderes e com indevida inovação da legislação federal de regência;

Considerando, por fim, os negativos efeitos práticos da atuação da Justiça da Infância e da Juventude em típico incidente de execução penal, sem o acesso imediato ao respectivo processo judicial – para eventual exame acerca da situação jurídica do preso – e, também, sem o conhecimento específico da realidade de determinado estabelecimento prisional, ensejando, como regra, a instauração de expediente avulso, com a necessidade burocratizante de solicitação de cópias e informações ao Juízo da Vara das Execuções Penais;

RESOLVEM EMITIR O SEGUINTE ENUNCIADO EM CARÁTER DE ORIENTAÇÃO:

Compete ao Juízo das Execuções Penais a análise sobre pedidos de autorização para visita de crianças ou adolescentes a presos recolhidos em estabelecimentos sob a administração da Superintendência dos Serviços Penitenciários, nos termos do art. 66, inc. III, alínea *f*, da Lei Federal nº 7.210/84. Nesse sentido, é inválido o item 8 da Portaria nº 145-SSP-RS da Secretaria Estadual da Segurança Pública, pela indevida pretensão de ampliar a competência material da Justiça da Infância e da Juventude estabelecida nos arts. 148 e 149 da Lei Federal nº 8.069/90.

Porto Alegre, 01 de abril de 2008.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Presidente do CONSIJ.

DOUTRINA ESTRANGEIRA

ABUSOS

EMÍLIO GARCÍA MÉNDEZ

Advogado e Catedrático na Universidade de Buenos Aires

Não sou nem pretendo converter-me especialista de nenhum dos múltiplos e variados aspectos que cercam o complexo e dilacerante problema do abuso sexual infantil. O mesmo vale para o restante dos delitos sexuais, exacerbados e potencializados pelo desenvolvimento de novas tecnologias informáticas e comunicacionais. Ocupo-me, isto sim, há muitos anos, de temas vinculados com os direitos da infância. Por isso mesmo não ignoro que a importância da maior parte dos problemas sociais, que preocupam a sociedade contemporânea, longe estão de depender da pura fenomenologia dos fatos. A realidade não é um mero dado ontológico, é uma construção social-seletiva que depende, em grande medida, de fatores nem sempre óbvios ou evidentes. Para confirmar este achado, não são suficientes nem o compromisso, nem a boa vontade, tampouco o senso comum.

O maltrato infantil, por exemplo, presente em todas as sociedades e em todos os tempos, só começou a ser entendido como problema social público com entidade própria a partir da década de 30 do século XX. Sua compreensão, desde esta perspectiva, resultaria impossível sem a reconstrução histórico-crítica dos movimentos dos médicos traumatologistas que, nos Estados Unidos desta época, encontraram neste problema, paradoxalmente tão grave quanto inexistente até aquele momento, uma forma eficiente de escalar posições e importância relativa no seio da corporação médica. A reconstrução histórica deste processo encontra-se, felizmente, séria e devidamente documentada.

Uma sutil relação dialética entre os fatos e outros fatores imponderáveis constrói e explica, muitas vezes, as profundas transformações operadas na sensibilidade de uma época. Neste como em outros âmbitos que cercam os direitos da infância, a análise histórica resulta tão imprescindível quanto insuficiente. A gravidade de certos problemas sociais exige operar, muitas vezes, exatamente nas antípodas dos “compromissos militantes”, que parece exigir o senso comum como condição insuperável da eficácia das ações.

Entre a ausência de reflexão e as diversas formas de fundamentalismo, a relação é quase sempre tão proporcional quanto direta.

Mas a reflexão que inclui o enfoque histórico e comparado destes problemas exige, além disso, uma aproximação crítica aos mesmos. A crítica exige aqui, por sua vez, transcender uma das formas mais perigosas do senso comum. Isto é, o de aceitar que as coisas são sempre e invariavelmente tal como aparecem frente aos nossos olhos. As coisas não são sempre como aparecem aos nossos olhos. Um objeto debaixo d'água só está deformado ou quebrado para quem desconhece

os princípios mais elementares da ótica. Às vezes, operações mentais, que exigem serenidade e reflexão, permitem perceber aspectos tão ocultos quanto determinantes de problemas sociais cuja gravidade está fora de discussão.

O campo da infância não é um jardim de rosas isento de conflitos e profundos debates que, infelizmente, somente poucas vezes emergem à superfície. As diversas posições em torno do drama do trabalho infantil é só um de seus múltiplos exemplos. Abordar com seriedade o tema do abuso sexual infantil exige compromisso e reflexão em doses compartilhadas. As vidas dilaceradas duas vezes, pelo abuso e pela impunidade que assegura a indiferença das instituições, merecem o mesmo cuidado e dedicação que as vidas dilaceradas pelas falsas denúncias daqueles inescrupulosos que, muitas vezes, convertem o tema em uma estratégia processual para dissolver perante a justiça dramáticos conflitos familiares. Profissionalismo e cabeça fria para encarar estes temas não deveriam jamais se excluir.

Talvez não seja tão descabido lembrar aqui as palavras de Hannah Arendt, pensadas para guiar nossa atitude frente a dramas tão ou mais cruciais como os que aqui se discutem: “Compreender, não para perdoar, senão para reconciliar-nos com um mundo em que estas coisas são possíveis”.

Tradução: Marcia Helena de Menezes Ribeiro