



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO VII

Nº 17

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 1.340 exemplares

Impresso em dezembro de 2009

Conselho de Supervisão dos Juizados da
Infância e da Juventude – CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, março de 2009.

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/TJRS

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. KÉTLIN CARLA PASA CASAGRANDE
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

Dra. VERA LÚCIA DEBONI
3º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

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 CONVIDADOS

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

Dr. ÉDISON LUÍS CORSO
Vara Judicial de Nova Petrópolis

Dr. GILBERTO PINTO FONTOURA
2ª Vara Cível de Bento Gonçalves

Dra. FABIANA ARENHART LATTUADA
Vara Judicial de Palmares do Sul

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

Análise da Sistemática de Atendimento Adotada pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, no Município de Ponta Grossa – Murillo José Digíacomo	9
Educação ao Averso: Violência! – Fabiana Arenhart Lattuada e Helena Beatriz Bier	13
Exclusão da Responsabilidade Infracional pela Alienação Mental – João Paulo Bernstein	21
Medidas Socioeducativas e a Escola: uma experiência de inclusão – Liliane Gonçalves Saraiva	41
Prisão para Jovens: será esse o caminho? – Marcelo Malizia Cabral	55
Toque de Recolher ou Toque de Acolher – Luiz Antonio Miguel Ferreira e Sergio Fedato Batalha	57
O “Depoimento Sem Dano” e a <i>Romeo and Juliet Law</i> . Uma Reflexão em Face da Atribuição da Autoria de Delitos Sexuais por Adolescentes e a Nova Redação do Art. 217 do CP – João Batista Costa Saraiva	61

JURISPRUDÊNCIA

STF – 2ª Turma – Recurso Extraordinário nº 248.018-5 – São Paulo	67
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70021849310 – Órgão Especial – Porto Alegre	75
Apelação Cível nº 70026655233 – 8ª Câmara Cível – Osório	87
Apelação Cível nº 70025836438 – 7ª Câmara Cível – Encantado	97

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de Juiz – François Ost	109
--	-----

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

DOCTRINA

ANÁLISE DA SISTEMÁTICA DE ATENDIMENTO ADOTADA PELO CENTRO DE REFERÊNCIA ESPECIALIZADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – CREAS, NO MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA¹

MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO
Promotor de Justiça

Trata-se de expediente através do qual o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Ponta Grossa-PR, Dr. Carlos Alberto Baptista, solicita a análise da sistemática de atendimento a crianças e a adolescentes adotada pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, no Município de Ponta Grossa.

Segundo consta, a estrutura implantada em Ponta Grossa atende, nas mesmas instalações físicas, não apenas crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, mas também pessoas com deficiência, idosos e outros munícipes que se encontram com seus direitos violados.

O caso foi inicialmente submetido à análise da equipe técnica do CAOPCA, que, por intermédio do Psicólogo Fernando Luiz Menezes Guiraud e da Pedagoga Ângela Christiane Lunedo de Mendonça, elaborou o relatório em anexo, que aponta para a importância da criação de estruturas próprias para o atendimento das peculiaridades inerentes às diversas demandas sob sua responsabilidade, com ênfase para as crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso e exploração sexual, bem como de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto e suas respectivas famílias.

Se não bastassem os argumentos expendidos pela equipe técnica do CAOPCA, aos quais, por brevidade, me reporto, a necessidade da criação de uma estrutura própria destinada ao atendimento de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias encontra ainda respaldo no ordenamento jurídico vigente, não sendo razoável seu atendimento conjunto com as demais demandas a cargo do CREAS.

1 – Trata-se de parecer produzido pelo Promotor de Justiça Murillo Digiácomo, em razão de consulta ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude do Paraná realizada pela Promotoria de Justiça de Ponta Grossa. Ofício nº 355/08.

Com efeito, é de se invocar, antes de mais nada, o *princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente*, insculpido no art. 227, *caput*, da CF, que, por força do disposto no art. 4º, parágrafo único, alínea *b*, da Lei nº 8.069/90, garante, no que diz respeito ao atendimento à população infanto-juvenil, a “*precedência dos serviços públicos ou de relevância pública*”, como é o caso do atendimento prestado pelo CREAS².

Como resultado da aplicação de tal princípio, bem como do disposto no art. 259, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 (que impõe aos Municípios a adequação de seus serviços e programas aos princípios e diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), cabe ao CREAS disponibilizar um atendimento diferenciado e prioritário para crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, de modo que os exames, perícias e avaliações que se fizerem necessárias sejam realizados com o máximo de celeridade, por intermédio de uma equipe interprofissional habilitada (a interdisciplinariedade e o profissionalismo são da essência da sistemática de atendimento preconizada pela Lei nº 8.069/90), e que o tratamento recomendado seja iniciado de imediato, com o acompanhamento devido, até a efetiva (e definitiva) solução do problema respectivo (que, desnecessário dizer, é o objetivo precípuo da intervenção realizada).

O atendimento de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias prestado pelo CREAS ou por qualquer outro serviço público, portanto, deve primar pela *celeridade* e pela *especialização*, não sendo admissível, por exemplo, que sejam aqueles submetidos à mesma estrutura e sistemática destinada ao atendimento de outras demandas, de modo a aguardar no mesmo local e nas mesmas “filas” que estas a realização de exames ou tratamento, máxime por técnicos que não possuam a qualificação profissional devida.

Os problemas enfrentados por crianças e adolescentes não podem esperar, devendo ser enfrentados e solucionados com o *máximo de urgência possível*, evitando assim o agravamento da situação e dos prejuízos por aqueles suportados, sendo certo que a *omissão* do Poder Público os coloca em *grave situação de risco* (cfe. art. 98, inc. I, da Lei nº 8.069/90), tornando o agente público responsável *passível de punição* (cfe. art. 5º, c/c os arts. 208 e 216, da Lei nº 8.069/90).

Se já não bastasse tal constatação, a necessidade de um atendimento diferenciado também abrange o *espaço físico* onde este deve ser prestado, não apenas para tornar o ambiente mais agradável e propício ao acolhimento de crianças e adolescentes (estimulando seu retorno, nos casos de exames múltiplos ou de um tratamento prolongado), mas também para colocá-los a salvo de situações

2 – Vale dizer que a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) também dispõe sobre a matéria em seu art. 23, parágrafo único, inc. I, onde consta de maneira expressa que, na organização dos serviços da assistência social, serão criados programas de amparo às crianças e aos adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da CF e na Lei nº 8.069/90.

potencialmente vexatórias ou constrangedoras, que podem resultar da utilização do mesmo local destinado ao atendimento de outras demandas.

A propósito, o art. 5º da Lei nº 8.069/90 estabelece que *“nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”*, dispendo o art. 18 do mesmo diploma legal que *“é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”*. O art. 70, também da Lei nº 8.069/90, por sua vez, reafirma que *“é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”*.

Tais normas, no caso em exame, se aplicam com especial intensidade no que diz respeito à preservação do direito ao respeito, que, na forma do art. 17 da Lei nº 8.069/90, compreende *“[...] a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”*.

Com efeito, desnecessário dizer que o atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, ou de adolescentes acusados da prática de ato infracional, no mesmo espaço destinado ao atendimento de idosos ou de outras demandas envolvendo o público adulto acabaria por expor as vítimas a uma situação vexatória ou constrangedora, que seguramente serviria de desestímulo à continuidade do tratamento que se fizesse necessário.

Vale repetir que o atendimento prestado a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias deve ser diferenciado, e que todos os servidores envolvidos (a começar pelo encarregado da portaria ou mesmo o responsável pela segurança do estabelecimento), devem receber uma *qualificação profissional adequada*, de modo a evitar que, por palavras ou pela simples forma de se portar diante daqueles, contribuam para criação de “barreiras” que comprometem a solução dos problemas por eles enfrentados.

Jamais podemos perder de vista que o CREAS se destina ao atendimento de crianças e de adolescentes vitimizados (ou que, ao menos em tese, assumem a posição de “vitimizadores” – como é o caso dos acusados da prática de ato infracional), que são em regra, no seu dia-a-dia, alvo de preconceito e discriminação, bem como da negligência dos adultos que com as quais têm contato, sejam seus pais, professores e/ou mesmo autoridades públicas.

Mais do que natural, portanto, que tais crianças e adolescentes apresentem alguma “resistência” em se submeter ao tratamento que se faz necessário, o que, somado à omissão (ou falta de autoridade) de seus pais ou responsável, torna imprescindível que os profissionais que os irão atender saibam como lidar com tal realidade (através da mencionada qualificação técnica adequada), bem como desenvolvam “estratégias” voltadas ao “resgate” dos recalcitrantes e à orientação de suas respectivas famílias.

Todos estes fatores evidenciam a necessidade de uma adequação do serviço prestado pelo CREAS (mais uma vez com base nos citados arts. 4º, *caput* e parágrafo único, alínea *b*; 259, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 e 23, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 8.742/93), de modo a prestar um atendimento diferenciado e especializado a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, com o desenvolvimento de uma metodologia própria para o enfrentamento das diversas demandas e situações peculiares que irão ocorrer, tendo sempre por norte o *princípio da proteção integral à criança e ao adolescente*, que se constitui na razão de ser da intervenção estatal. Tal sistemática diferenciada deverá necessariamente contemplar instalações físicas adequadas, em local diverso (ou isolado) daquele destinado ao atendimento das outras demandas a cargo do CREAS, de modo a preservar a imagem, a identidade e a intimidade das crianças e dos adolescentes atendidos³, a qualificação profissional de todos aqueles que atuam no setor, a articulação de ações com outros órgãos municipais e autoridades encarregadas do atendimento e/ou defesa dos direitos de crianças e adolescentes, como o Conselho Tutelar, o Ministério Público, a Justiça da Infância e da Juventude, os órgãos policiais encarregados de atendimento de crianças e adolescentes vítimas de crime, bem como de adolescentes acusados da prática de ato infracional, etc.

Importante também não perder de vista que, para o planejamento e implementação de tal estrutura de atendimento, deve ser observado o referido *princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente* (art. 227, *caput*, da CF, c/c o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90), inclusive no que diz respeito à *destinação privilegiada de recursos públicos* provenientes do *orçamento dos setores responsáveis pela execução das ações correspondentes* (cfe. art. 4º, parágrafo único, alíneas *c* e *d*, c/c o art. 87, incs. I e II, e 88, inc. III, todos da Lei nº 8.069/90).

Assim sendo, cabe ao Município de Ponta Grossa, em cumprimento ao comando soberano da Lei nº 8.069/90 e da Constituição Federal, promover a adequação do serviço prestado pelo CREAS local ao atendimento de suas crianças, adolescentes e respectivas famílias, nos moldes do exposto no parecer da equipe técnica do CAOPCA, acima referido.

Curitiba, 07 de outubro de 2008.

3 – Sem prejuízo da elaboração de propostas diferenciadas para o atendimento de crianças e de adolescentes vítimas de violência em relação ao atendimento de adolescentes em conflito com a lei (que poderia ocorrer no mesmo prédio, porém em local separado, inclusive como forma de evitar sua exposição perante os demais, o que poderia resultar em afronta ao disposto nos arts. 17, 18, 143 e 247 da Lei nº 8.069/90) e de outros casos de crianças e adolescentes atendidos pelo CREAS. A separação dos casos atendidos, de acordo com sua natureza, deve ser efetuada com cautela, de modo a evitar a “rotulagem” da criança ou do adolescente, em razão do setor ou ala para o qual este é encaminhado. Qualquer ordenamento (ou reordenamento) institucional a ser realizado, portanto, deve levar em conta a necessidade de preservação da imagem, identidade, privacidade e intimidade dos casos atendidos.

EDUCAÇÃO AO AVESSE: VIOLÊNCIA!

FABIANA ARENHART LATTUADA
Juíza de Direito – Comarca de Palmares do Sul-RS

HELENA BEATRIZ BIER
Psicóloga/Psicanalista

Ementa: O declínio do Outro enquanto instância simbólica normatizadora é o campo fértil para a *banalização do mal*. É possível promover a inclusão social?

Parece ser ponto pacífico nos dias atuais que a cultura ocidental está-se transformando, seguindo por caminhos impensáveis até a primeira metade do século XX. Cientistas, intelectuais, políticos, acadêmicos, entre outros, discutem sobre as causas, efeitos e implicações que essas mudanças geram no sujeito, o modo como o afetam e o constituem.

Se por um lado o progresso científico caminha a passos largos no sentido de oferecer alternativas e soluções às várias formas de sofrimento humano, tais como o desenvolvimento de pesquisas de células-tronco, vacinas, pesquisas genéticas, mudanças na relação do homem com o meio ambiente, por outro é inegável o aumento do sofrimento psíquico e social, expresso, entre outros modos, pela violência nas relações humanas.

A mundialização da economia apoiada no ideal liberal que propõe o enriquecimento recíproco, liberando porém as trocas de toda referência reguladora, de qualquer menção ao outro, parece ser o terreno fértil para essa situação, que alguns autores não hesitam em denominar como *banalização do mal*. Esta pode ser entendida, segundo Dejours (2003), como *o processo graças ao qual um comportamento excepcional, habitualmente reprimido pela ação e o comportamento da maioria, pode erigir-se em norma de conduta ou mesmo em valor*.

Os meios de comunicação estampam diariamente cenas de violência, dor e sofrimento, as quais não parecem mobilizar mais a sociedade. Deparamo-nos com uma postura generalizada de resignação, como se a violência fosse apenas um fenômeno sistêmico, decorrente de escolhas político-econômicas e sobre o qual não se poderia exercer nenhuma influência. A adesão à causa economicista, uma das tantas faces do discurso capitalista, que separa a adversidade da injustiça, não resulta, como se costuma crer, da mera indignação ou impotência diante de um processo que nos transcende, mas funciona também como uma defesa contra a própria alienação, eximindo o sujeito de sua responsabilidade ante o sofrimento do outro. Neste sentido, cada situação é uma situação única e singular, não implicando aos demais.

Quinet (2001) diz que vivemos em uma espécie de evidência do consumo e da abundância criada pela multiplicação de objetos, na qual os homens da opulência se cercam, não mais de outros homens, mas de objetos como computadores, celulares, fax, DVD, etc. Suas relações sociais estão centradas não mais em laços com os outros homens, mas, sim, na recepção e na manipulação de bens e mensagens. O discurso capitalista não promove as relações entre os homens, mas propõe ao sujeito relação com um *gadget*, objeto de consumo curto e rápido.

Pode-se dizer que o discurso capitalista promove a ilusão de completude, não mais com a constituição de um par, mas, sim, com um parceiro conectável e desconectável ao alcance da mão. A sociedade regida por esse discurso nutre-se da fabricação da falta de gozo, produzindo objetos descartáveis para sujeitos insaciáveis, promovendo, assim, uma nova economia libidinal. O discurso capitalista transformou o sujeito em consumidor, transmutando seus desejos em objetos de desejos, que são compulsivamente adquiridos e consumidos num processo contínuo de esvaziamento libidinal (e econômico).

Para Quinet (2001), ao se tornar dominante, o discurso capitalista visa a sobrepor o mercado à sociedade. Para este, não existe mais sociedade, só mercado, cujas leis, já dizia Adam Smith, são invisíveis. A mão invisível que regula o mercado não tem regulação possível, pois, no discurso capitalista, não há lei, só imperativo: consuma!

Esta transformação radical dos processos sociais, políticos e econômicos tem gerado profundas mudanças na subjetividade do sujeito, constituindo para Melman (2003) uma nova econômica psíquica. Neste novo cenário não há mais distinção entre o público e o privado, o individual e o coletivo, o sagrado e o profano, o legal e o ilícito, o saber e a verdade. Este [*Admirável*] *Mundo Novo*, aproxima-se muito daquele descrito na literatura ficcional em obras como *Fahrenheit 451*, de Ray Bradbury (1953), *Brave New World*, de Aldous Huxley (1932), e *1984*, de George Orwell (1949). Neles, a representação – construção simbólica por excelência – é substituída pela apresentação, a coisa em si ao alcance da mão, ou seja, vivemos uma *mudança cultural que marca o apagamento do lugar de esconderijo próprio a abrigar o sagrado*, o enigma.

De acordo com Freud, a relação do sujeito com o mundo não se dá de forma imediata, direta e simples com os objetos como no mundo animal, no qual basta se deixar guiar pelos instintos. Pelo contrário, ela é mediatizada pela linguagem, pois é ela que cria os interditos, constituindo a própria realidade, que é antes de tudo simbólica. Antes de mais nada, somos seres falantes e “não naturais”. Isto significa dizer que o humano só se constitui como tal *pela* linguagem e *na* linguagem. Como diz Bakhtin, somente um Adão mítico teria dito palavras originais. Daí por que estamos sempre fadados a dizer as palavras de outro. Para Balbo (2004), é *a língua que nos causa, pois só falamos por ouvi-lo da boca do Outro*, outro esse que é nosso semelhante, assim como também são do *Outro* aquelas veiculadas pela cultura em torno do (nosso) berço.

Ora, este é justamente o nó górdio que se impõe àqueles que se propõe a refletir sobre questões da nossa contemporaneidade. É porque supomos a existência de um Outro, ancestral a nós, depositário da confiança, constituinte da língua que nos engendra, situada ao lado dos totens, dos mitos, dos ancestrais, dos pais mortos e tabus, recalcados e simbólicos, mais do que do lado dos pais e mães bem vivos e das línguas que eles falam cotidianamente, mas que na pós-modernidade se encontra cada dia mais esvaziado de utopias, crenças, promessas, palavras, autoridades, referências, de prescrições, na qual os indivíduos têm que se determinar por eles mesmos, singular e coletivamente.

De acordo com Dejours (2003), hoje todos partilham um sentimento de medo – por si, pelos próximos, pelos amigos ou pelos filhos – diante da ameaça de exclusão. Para muitos há uma clivagem entre sofrimento e injustiça.

Esta clivagem é grave. Para os que nela incorrem, o sofrimento é uma adversidade, é claro, mas essa adversidade não reclama necessariamente reação política. Pode justificar compaixão, piedade ou caridade. Não provoca necessariamente indignação, cólera ou apelo à ação coletiva. O sofrimento somente suscita um movimento de solidariedade e de protesto quando se estabelece uma associação entre a percepção do sofrimento alheio e a convicção de que esse sofrimento resulta de uma injustiça. *Evidentemente, quando não se percebe o sofrimento alheio, não se levanta a questão da mobilização numa ação política, tampouco a questão de justiça e injustiça* (grifos nossos, p. 19).

Eis então a questão central destas reflexões: a cada dia que passa, constatamos com mais evidência a fragilidade desta suposição fundante do humano, de que existe Outro. É porque ele existe que eu posso, a partir daquilo que me foi falado, vir a ser sujeito de desejo e de direitos. É pelo enunciado de meu semelhante, do qual é articulada alguma significação, que aquilo que foi escutado no Outro ganha consistência. Este Outro, porém, existe enquanto instância simbólica, pois funda-se essencialmente sobre a impossibilidade de que o real possa ser apreendido enquanto tal, e que toda representação sempre será atravessada pelo impossível, pois tudo não pode ser dito.

Certamente não estaríamos extrapolando em nossas proposições supor que é justamente porque falta o Outro que a violência tem emergido de maneira brutal em nosso País. A morte do menino João Hélio (Rio de Janeiro – 2007) aponta não só para a falta do Outro, quer seja pelo viés do Estado, que não garante sequer a vida de seus cidadãos, quer pelo viés da família dos infratores, “*o pai de ‘E.’ não acreditava que seu filho pudesse ser um bandido. Ele (o filho) não precisava disso. Estava estudando e ganhava dinheiro lavando carros, afirma. ‘Eu sabia que meu filho andava com más companhias, mas nunca imaginei que pudesse fazer uma coisa dessas’*” (revista *Veja*, 14-02-07, p. 50), quer pela própria imprensa, quando diz “[...] *O mais desalentador é constatar que o pequeno João Hélio chegou ao suplício em vão. Nada vai acontecer com os criminosos que o desmembraram em público e logo eles e outros estarão nas ruas predando os meninos-João. Os explicadores continuarão suas ladainhas, seus seminários,*

suas viagens para conhecer cidades que venceram o crime, suas reformas para dar resultado daqui a um século, suas visões idílicas de que favelas são soluções. [...] a decisão de quem vive e quem morre, infelizmente está nas mãos dos bandidos.” (idem, p. 48).

Pensamos que o horror deste crime escancare a própria fragilidade social, a qual diante da angústia não hesita em lançar mão de mecanismos de defesa como o encarceramento de adolescentes, o recrudescimento do sistema penal, particularmente no que tange às restrições de progressão de regime, como se a transgressão fosse uma questão externa ao sujeito, e não uma possibilidade do humano. Não podemos esquecer que a cultura ocidental se funda sobre um ato de violência, a morte do pai e o interdito do incesto. A Lei surge exatamente como ordenadora das relações e punidora das transgressões. Logo, ela se sustenta na falta do pai. Porque há falta, há Lei. Lei que remete sempre ao Outro.

Disto decorre que a violência emerge justamente onde falta Lei (por isto o excesso de normatização jurídica), compreendendo *por violência o ato, a palavra, a situação, etc., em que um ser humano é tratado como um objeto, sendo negados seus direitos e sua dignidade de ser humano, de membro de uma sociedade, de sujeito insubstituível. Assim definida, a violência é o exato contrário da educação, que ajuda a advir o ser humano, o membro da sociedade, o sujeito singular* (Abramovay, M. in *Cotidiano das Escolas: entre Violências*. Brasília, UNESCO, Observatório de Violência, Ministério da Educação, 2006).

Neste momento de transformação em que vivemos, porém, a falta (até então constituinte) tornou-se um defeito a ser superado. O que importa é a *garantia* de que a satisfação será alcançada, seja no âmbito social, político ou econômico. Através do acesso às coisas, criamos a ilusão de que a falta pode ser superada. O apelo insistente ao *último modelo* feito pela mídia nos remete a uma corrida sem regras e sem limite, sendo a drogadição um dos sintomas mais característicos da contemporaneidade. A droga representa não só o acesso ao grupo, mas ao dinheiro, ao *status*, ao poder, e ao gozo mortífero. Os pais se recusam a fazer diferença, empurrando para a escola as funções que lhe pertenciam, essa impotente assiste à evasão e à revolta dos alunos.

Nas escolas assistimos à desconstrução do processo de ensino-aprendizagem. Os dados recorrentemente apontados pelo SAEB (2007) reiteram o quadro de dramática insuficiência no desempenho dos alunos regularmente matriculados nas redes de ensino fundamental e médio. Os resultados revelam profundas desigualdades regionais que se manifestam nas condições de oferta educacional, tanto em termos de infra-estrutura escolar como dos resultados de rendimento. Também se verifica o caráter negativo da distorção idade/série no desempenho do aluno: o desempenho dos alunos diminui à medida que avança a defasagem da idade em relação à série cursada. Alunos da 4ª série fundamental apresentaram melhor desempenho do que os de 8ª série. Isto significa afirmar que a permanência na escola não é acompanhada do desenvolvimento das habilidades e competências necessárias, mas muito pelo contrário. Há um declínio das condições.

Em geral, quando se aborda a questão da aprendizagem, imediatamente associamos à escola e aos processos pedagógicos formais. Os dados pesquisados, as estatísticas oficiais disponíveis dizem respeito quase que exclusivamente à área escolar. Os critérios de repetição e evasão aparecem com amplo destaque como responsáveis, em parte, pelo fracasso da aprendizagem. Contudo, sabemos que os processos de aprendizagem e suas vicissitudes não podem ser reduzidos apenas ao âmbito do conhecimento pedagógico, necessitando por isso da interlocução com as demais áreas do conhecimento. A própria problemática da repetição e da evasão escolar encerram variáveis que vão muito além da inadequação metodológica, despreparo profissional, falta de infra-estrutura da rede escolar pública, baixa “auto-estima” do corpo docente e discente.

A escola, tal qual a família, reflete a mutação em que vivemos. Grupos mal articulados, sem saber quais são as suas funções, logo, impossibilitados de transmitir valores e experiências, tornam-se apenas agentes de cuidados, buscando a própria sobrevivência. Por mais paradoxal que pareça à primeira vista, freqüentemente as mães de crianças vítimas de assédio ou abuso sexual acabam protegendo aquele que infligiu dano ao seu filho/filha, na maioria das vezes, seu próprio parceiro.

Para Roudinesco (2002), na família “contemporânea ou pós-moderna” – surgida na década de 1960 –, *a transmissão da autoridade vai se tornando problemática à medida que os divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam. A família de hoje encontra-se mutilada, feita de feridas íntimas, violências silenciosas, de lembranças recalçadas.* Com efeito, assistimos hoje à decadência não só do patriarcado, mas fundamentalmente do valor simbólico do pai, o naufrágio da autoridade, o apagamento de toda diferença e a irrupção de um poder ilimitado do materno invadindo o corpo social, no mesmo momento em que a clonagem parece ameaçar o homem com uma perda de identidade. De acordo com a autora, sem ordem paterna, sem lei simbólica, a família mutilada das sociedades pós-industriais seria, dizem, pervertida em sua própria função de célula de base da sociedade. Ela se entregaria ao hedonismo, à ideologia do “sem tabu”. Monoparental, homoparental, recomposta, desconstruída, clonada, gerada artificialmente, atacada do interior por pretensos negadores da diferença entre os sexos, ela não seria mais capaz de transmitir seus próprios valores. Como conseqüência, o Ocidente judaico-cristão e, pior ainda, a democracia republicana estariam ameaçados de decomposição. Daí a permanente evocação de catástrofes presentes e vindouras: os professores apunhalados, as crianças estupradas e estupradoras, os carros incendiados, as periferias entregues ao crime e à ausência de qualquer autoridade (p. 10).

A partir da experiência do Serviço de Psicologia junto à 2ª Vara Cível e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Torres, foi-se tornando evidente que a questão da violência não pode mais ser considerada dentro do âmbito de apenas um ou outro campo do conhecimento, mas precisa ser refletido dentro de uma ampla rede de conhecimentos. Para tanto, torna-se indispensável a presença

não só de profissionais que lidam diretamente com essa problemática, mas também da comunidade e das instituições que se preocupam com esta questão.

No trabalho que realizamos junto a uma escola estadual localizada em um bairro periférico de Torres, deparamo-nos com adolescentes de 11-12 anos que discutiam abertamente sobre o valor de uma pedra de *crack*, tendo como referência o preço cobrado por seus familiares. Outro insistia em dizer que *na Rocinha só tinha bandido, que aqui era a Rocinha e que ele era bandido*. Isto era afirmado com orgulho e desprezo. Ou seja, o adolescente identificava-se com a força dos criminosos e ao mesmo tempo com aqueles que eram desprezados pela própria sociedade. Dizia que *a escola era lugar de vacas, maconheiros, traficantes, alunos, professores e tarados. Esta escola era uma reunião de vagabundos, traficantes, recebendo os ruins das outras escolas... Que havia professores alcoolistas, tarados...* Alunos contando sobre vizinhos e conhecidos, com 05 anos de idade, fumando *crack*, entregando drogas para seus pais.

Esta triste realidade, porém, não está circunscrita apenas a esta escola, mas faz parte de grande número de escolas deste País. Estudos realizados pela UNESCO e seus parceiros (*Escola Aberta para Cidadania. Relatório de Avaliação. SEC/RS-UNESCO, 2006*), em todo o País, evidenciam que os índices de vitimização juvenil aumentam significativamente nos finais de semana, muito em função da ausência de opções culturais, esportivas e de lazer para os jovens das classes menos favorecidas. A falta de acesso a esses bens e serviços favorece o envolvimento dos jovens em situação de violência, tanto através da criminalidade como do uso de drogas e entorpecentes.

De acordo com as pesquisas realizadas pelo Observatório de Violência nas Escolas, de acordo com o Relatório de Avaliação SEC/RS-UNESCO, 2006, em cinco capitais brasileiras, entre elas Porto Alegre, com professores, alunos e corpo técnico-pedagógico das escolas públicas das redes municipal e estadual, 40% dos alunos gaúchos afirmam já ter visto armas em suas escolas, o que confere a nossa Capital a maior porcentagem obtida entre as outras cinco capitais pesquisadas. Desses, 17,2% já viram revólveres; 27% já viram canivetes, 17% já se depararam com facas e 8,2% já viram punhais nos espaços escolares. Além disto, 68,8% do alunado dizem que suas escolas já foram invadidas por gangues, por pessoas ligadas ao tráfico de drogas ou simplesmente por estranhos.

É difícil acreditar que instituições de ensino percebidas deste modo pelos seus corpos docente e discente possam cumprir com seu objetivo. Não há, nos discursos dos alunos, nenhuma credibilidade em relação à instituição escolar. Logo, a sua permanência nela não está atrelada a nenhum projeto de construção pessoal ou social, mas, sim, ao de suportar ou reproduzir a violência em que vive. Não é de estranhar que os alunos não tenham êxito na aprendizagem formal, como demonstram as estatísticas governamentais.

Contudo, no trabalho que desenvolvemos junto à escola pública, quando foi oferecido aos alunos a oportunidade de realizar atividade extraclasse, envolvendo a criatividade, leitura e escrita, eles logo pediram para participar. Foram criados

04 grupos, envolvendo em torno de 30 alunos. Desses, aproximadamente 20 participaram dos 10 encontros propostos. A temática destes encontros era o cotidiano dos adolescentes, sua realidade familiar, escolar, seu bairro, seus amigos, suas dificuldades e projetos pessoais.

Eram adolescentes divididos entre aquilo que suas famílias lhe demandavam, como cuidado com a casa, do irmão menor, dividir a responsabilidade sobre o sustento da casa com a mãe, e os sonhos românticos de ter namorado/a, passeios, um lugar melhor para viver, os conflitos de gangues e o descrédito nas instituições. No cotidiano do Serviço de Psicologia encontramos crianças e adolescentes sofrendo com o desamparo familiar, escolas que não conseguem lhes escutar, professores que ameaçam em vez de proteger, amigos que os utilizam como distribuidores de drogas. O governo diante disto tem sempre o mesmo discurso: não há dinheiro! Parece-nos que reduzir toda esta complexa situação a uma mera questão financeira é estimular a *banalização do mal* a qual interessa tanto aos governantes como aos governados, pois assim a responsabilidade de cada um diante da violência é excluída.

Pensamos que a minimização do Estado, da família, da escola, e o conseqüente aumento da violência nada mais é do que sintoma da fragilização do Outro. Os operadores simbólicos da cultura estão sendo sucessivamente destituídos, não operando mais como ordenadores. Neste sentido, a falta de limites, queixa comum em nossa sociedade, denuncia o próprio ilimitado das coisas. A palavra não encontra mais sustentação nem simbólica nem legal. Prova disto são os ordenamentos jurídicos feitos ao arrepio da lei maior, visando à satisfação ilusória do eleitor (e do eleito). Não é encarcerando adolescentes ou discriminando as mulheres – sob o véu da proteção – que a violência e a exclusão social diminuirão. Enquanto o sujeito não for responsável, tanto pelos seus direitos como desejos, ele ficará à mercê dos discursos totalitários, quer ideológicos, científicos ou religiosos.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, M. *in Cotidiano das Escolas: entre Violências*. Brasília, UNESCO, Observatório de Violência, Ministério da Educação, 2006.

DEJOURS, C. *A Banalização da Injustiça Social*. Rio de Janeiro, FGV, 2003.

MELMAN, C. *O Homem sem Gravidade. Gozar a Qualquer Preço*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2003.

QUINET, A. (org.). *Psicanálise e Psiquiatria Controvérsias e Convergências*. Rio de Janeiro, Marca d'Água, 2001.

ROUDINESCO, E. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003.

VEJA, ano 40, nº 6, São Paulo, Abril, 2007.

PROJETO ESCOLA ABERTA PARA CIDADANIA NO RS–UNESCO. *Relatório de Avaliação*. SEC/RS–UNESCO (2006).

Sites: <http://unesdoc.unesco.org/>.pdf

<http://www.tvebrasil.com.br/salto/boletins2003/saeb/index.htm>

EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE INFRACIONAL PELA ALIENAÇÃO MENTAL

JOÃO PAULO BERNSTEIN
Juiz de Direito – Titular da 2ª Vara Judicial
Comarca de Palmeira das Missões

Sumário: Introdução. 1. Da indiferença à proteção integral. 1.1. Da doutrina da proteção integral. 2. Direito Penal Juvenil. 2.1. O tríplice sistema de garantias. 2.2. O sistema socioeducativo. 2.3. Modelo repressivo. 2.3.1. Ato infracional. 2.3.2. A natureza jurídica da medida socioeducativa. 2.3.3. Modalidades de medida socioeducativa. 2.4. Princípios e garantias do processo penal juvenil. 2.4.1. Princípios constitucionais e princípios específicos do Direito Penal Juvenil. 2.4.2. Garantias processuais. 3. Exclusão da responsabilidade infracional pela alienação mental. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A última década tem servido para um especial amadurecimento sobre as normas e princípios extraídos da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos documentos internacionais garantidores dos direitos da criança e do adolescente a partir da apreensão da doutrina da proteção integral, que consagrou o princípio da prioridade absoluta.

No Direito Penal Juvenil, vem sendo reconhecido um sistema que assegure aos adolescentes em conflito com a lei a efetiva observância de direitos fundamentais, notadamente os que consagram princípios basilares do estado democrático de direito, dentre outros o da presunção de inocência e do devido processo legal, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa, sendo esta realizada também por meio de defesa técnica.

Far-se-á, neste artigo, uma breve exposição desses princípios e garantias, como condição não-prescindível para a validade do processo que vise à aplicação de medida socioeducativa, concentrando, ao final, a questão atinente à ausência de responsabilidade em face da alienação mental, com especial ênfase àquela decorrente do uso patológico de drogas.

1. DA INDIFERENÇA À PROTEÇÃO INTEGRAL

Os direitos da criança e do adolescente ganharam relevo com o estudo dos direitos humanos, na condição de que constituem uma categoria de direitos informadora dos direitos fundamentais. Sob este aspecto, analisando-se a trajetória normativa internacional do direito da criança, segundo Emilio García Méndez,

citado por João Batista Costa Saraiva¹, é possível dividir a história do Direito Juvenil em três etapas: “[...] a) de caráter penal indiferenciado; b) de caráter tutelar; c) de caráter penal juvenil”.

O caráter penal indiferenciado não distinguia os menores de idade dos maiores e fixava a estes normas de privação de liberdade, distintas apenas pelo tempo da sanção. Observa-se a vigência desta fase desde o nascimento dos códigos penais, do século XIX até a primeira metade do século XX.

O caráter tutelar da norma, originário dos Estados Unidos e adotado por toda a América Latina, conhecido como Movimento dos Reformadores, em decorrência da indignação moral da sociedade em face da situação de promiscuidade que se observava no cumprimento da privação de liberdade imposta na fase anterior.

Com a Convenção das Nações Unidas de Direitos das Crianças, tem início o processo de responsabilidade juvenil, alicerçado sobre os pilares da separação, ainda no plano normativo, dos problemas de natureza social com os conflitos penais, da participação da criança no processo do conhecimento e formação de opinião e da responsabilidade social e penal.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 –, em regulamentação ao art. 227 da CF, houve, no Brasil, a ruptura com os dois modelos anteriores, tanto o de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, alcançando ao menor a condição de cidadão, sujeito de direitos.

1.1. Da doutrina da proteção integral

Consagrada pela Convenção das Nações Unidas de Direito, a doutrina da proteção integral, que foi adotada pela Constituição Federal em seu art. 227, faz referência *a um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter internacional, que representam um salto qualitativo fundamental na consideração social da infância*². Podendo ser afirmada com base em quatro documentos fundamentais: Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança; Regras mínimas das Nações Unidas para a administração dos Direitos dos Menores (Regras Mínimas de Beijing); Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade e Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

Segundo João Batista da Costa Saraiva³: “Este conjunto normativo revogou a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição

1 – SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – Da Indiferença à Proteção Integral*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 14.

2 – LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 37.

3 – SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – Da Indiferença à Proteção Integral*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 53.

de sujeito de direito, de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, dando um novo contorno ao funcionamento da Justiça de Infância e Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria de cidadania”.

Essa divisória entre as doutrinas anteriores e a atual e renovadora proteção integral ao menor, especialmente no tocante ao Estatuto da Criança e do Adolescente, fez com que a criança deixasse de ser vista como mero *objeto de medidas judiciais e assistenciais*, e passassem a ser respeitadas na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, com prioridade absoluta no atendimento.

Essa mudança segundo Liberati *foi uma das principais conquistas do direito infanto-juvenil. Essa especial condição, para Antonio Carlos Gomes da Costa (1992, p. 25), significa que “eles, além de todos os direitos de que desfrutam os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, têm, ainda, direitos especiais decorrentes do fato de que: a criança e o adolescente ainda não têm acesso ao conhecimento pleno de seus direitos; ainda não atingiram condições de defender seus direitos, frente às omissões e transgressões capazes de violá-los; não contam com meios próprios, para arcar com as satisfações de suas necessidades básicas; por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sociocultural, a criança e o adolescente não podem responder pelo cumprimento das leis e demais deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que os adultos”*⁴.

Uma importante inovação advinda da doutrina da proteção integral foi no campo processual, haja vista que o método inquisitorial cedeu lugar ao sistema garantista constitucional do devido processo legal, assegurando à criança e ao adolescente a sua condição de sujeito de direitos.

2. DIREITO PENAL JUVENIL

2.1. O tríplice sistema de garantias

A Constituição Federal elegeu o princípio da prioridade absoluta como preceito fundamental jurídico, conforme vem expresso em seu art. 227, sendo reapresentado no art. 4º do ECA, onde se encontra o Sistema Primário de Garantias, estabelecendo um ordenamento que prioriza a criança e o adolescente, reconhecidos em sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Karina Batista Sposato⁵, apresenta a construção didática do sistema de garantias elaborada pelo Juiz Leoberto Narciso Brancher, aduzindo que as políticas públicas destinadas à infância e à adolescência podem ser agrupadas em três

4 – LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 35.

5 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 52 e ss.

grupos distintos: políticas básicas (art. 4º do ECA), políticas de proteção especial (arts. 101, 129, 23, parágrafo único, e 34 do ECA) e políticas socioeducativas (arts. 112 e 129 do ECA).

Segundo a autora: “O Juiz da infância e da adolescência não só constrói uma matriz didática do sistema como possibilita que cada um desses segmentos seja identificado a partir do prisma da prevenção: as políticas básicas correspondem às políticas de prevenção primária; as de proteção especial são políticas de prevenção secundária; e as socioeducativas consistem na prevenção terciária, portanto última categoria a ser acionada”.

Complementando, João Batista Costa Saraiva⁶ aduz que as políticas de prevenção são operadas harmônica e gradualmente, asseverando que “quando a criança ou o adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas socioeducativas, será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de Justiça”.

2.2. O Sistema Socioeducativo

O sistema socioeducativo que equivale ao Direito Penal Juvenil tem sua aplicação em consequência da ineficácia dos demais segmentos, com a necessidade de uma intervenção mais intensiva na vida adolescente.

O novo Direito Penal Juvenil se apresenta em harmonia como o estado democrático de direito, inserindo regras e garantias concretas para a fase de apuração da autoria do ato infracional por adolescentes, bem como para a imposição de medida socioeducativa e sua execução, vinculando-se à Constituição Federal, aos direitos fundamentais e à lei, tendo como fundamento central a idéia da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

Segundo Karina Sposato⁷, “É justamente a condição de pessoa humana de crianças e adolescentes o que imprime nova configuração ao Direito Penal Juvenil. Ressalte-se que as crianças e os adolescentes gozam de direitos consagrados para todos os seres humanos, cujo dever de promoção e garantia é do Estado. Pelo princípio da igualdade, reconhece-se ainda a existência de proteções jurídicas e direitos específicos a certos grupos de pessoas, entre os quais estão a infância e a adolescência”.

Um dos alicerces principais do Direito Penal Juvenil é o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade (12 anos), nesse ínterim

6 – SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – da Indiferença à Proteção Integral*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 64.

7 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

entra em cena a idéia de reprovação jurídica a atos constitutivos de infração à norma penal e, ao mesmo tempo, estabelece mecanismos de exigibilidade diversos para efeitos penais dos que são utilizados ao apenamento de adultos.

Esse modelo jurídico de responsabilidade nos faz concluir que a inimpugnabilidade decorrente da menoridade não exclui a reprovabilidade da conduta, não significando irresponsabilidade ou impunidade para os adolescentes infratores.

Outro fundamento essencial à caracterização do Direito Penal Juvenil reside na utilização de recursos de integração social e condições adequadas ao exercício de direitos, ou seja, as políticas socioeducativas, cuja imposição deve estar voltada à obtenção de suas finalidades preventivas, especialmente a prevenção especial, que se constitui, no que se atine aos adolescentes, na “disponibilização de recurso e condições objetivas de inserção social e comunitária [...]”, operando também “no estabelecimento das políticas de socioeducação que devem ser integradas às demais políticas sociais e de proteção à infância e juventude”⁸.

2.3. Modelo repressivo

2.3.1. Ato infracional

Segundo o art. 103 do ECA, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Por essa premissa, tem-se que o adolescente somente praticará ato infracional se a sua conduta preencher todos os requisitos para a caracterização do crime, nas palavras de João Batista Costa Saraiva⁹: “Só há ato infracional se houver figura típica penal que o preveja. E a este conceito, para submeter-se o adolescente a uma medida socioeducativa, manifestação de Poder do Estado em face de sua conduta infratora, esta ação há de ser antijurídica e culpável”.

Continua o mesmo autor: “A ação do Estado, autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa, fica condicionada à apuração, dentro do devido processo legal, que este agir típico se faz antijurídico e reprovável – daí culpável”.

Karina Batista Sposato¹⁰ assevera, no tocante à culpabilidade que esta é o aspecto que estabelece a conexão necessária entre a ação e o sujeito. “Os elementos que integram a culpabilidade, tais como a reprovabilidade da conduta e a

8 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

9 – SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional*, Livraria do Advogado, 3ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre, 2006, p. 76.

10 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 114.

consciência da ilicitude, são imprescindíveis para a existência do ato infracional. A verificação da culpabilidade é o que confere legitimidade à imposição de uma medida em prejuízo de outra, ou seja, a análise da culpa individual permite a escolha da medida mais adequada ao caso concreto”.

Por fim, cumpre considerar que, para a adequação típica, também para o ato infracional, é mister que esteja presente o nexo de causalidade entre a conduta (dolosa ou culposa) e o resultado danoso.

2.3.2. A natureza jurídica da medida socioeducativa

A natureza jurídica das medidas socioeducativas embasa-se nos preceitos do art. 17.1 das Regras de Beijing, ou seja, as sanções levam em conta além das necessidades dos adolescentes aos quais lhe sejam aplicadas, como também pondera acerca da necessidade da própria sociedade, afirmando que “a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem e às necessidades da sociedade”¹¹.

Nesse ensejo, aduz João Batista Costa Saraiva¹²: “Tem, pois, a medida socioeducativa uma natureza penal juvenil. Penal enquanto modelo de responsabilização, limitado pelas garantias expressas no ordenamento jurídico. Juvenil enquanto legislação especial, nos termos expressos pelo art. 228 da CF, com nítida finalidade educativa, sem desprezar sua eficiente carga retributiva e conseqüente reprovabilidade da conduta sancionada”.

2.3.3. Modalidades de medida socioeducativa

Advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional são os tipos de medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Karina Sposato¹³, as medidas se dividem em não-privativas de liberdade (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida) e medidas privativas de liberdade (inserção em regime de semiliberdade e internação), asseverando, ainda, que as medidas estão previstas em linha crescente de severidade, ou interferência na liberdade individual do adolescente a quem se atribui a autoria da infração.

11 – Regras de Beijing, art. 17.

12 – SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

13 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

2.4. Princípios e garantias do processo penal juvenil

2.4.1. Princípios constitucionais e princípios específicos do Direito Penal Juvenil

Em sede de princípios, cumpre ratificar o exposto por Karina Sposato¹⁴, no sentido de que, assim como as garantias jurídico-processuais aplicáveis aos adultos têm aplicabilidade no sistema penal juvenil, o mesmo ocorre com os princípios básicos do Direito Penal, conforme se depreende pela leitura do art. 152 do ECA: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Assim, os princípios constitucionais da legalidade ou reserva legal, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade são aplicáveis ao procedimento penal juvenil.

Além dos princípios supramencionados, é mister trazer à baila a existência de princípios específicos do Direito Penal Juvenil, quais sejam, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do adolescente.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento vem explicitado no art. 6º do ECA, e, segundo Karina Sposato¹⁵, “o conteúdo inovador está no reconhecimento de uma igualdade essencial de toda a pessoa humana, decorrente de sua dignidade. E a dignidade, por sua vez, exige a titularidade de direitos e deveres”. “Assim,” continua a doutrinadora, “o estágio especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas, sim, a percepção inequívoca de diferentes níveis de responsabilidade e, assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade”.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa a abrandar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum. “Se a medida socioeducativa representa uma resposta que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível. A integração dos princípios às demais garantias penais e processuais somente pode ser bem-sucedida na medida em que ambos funcionem como limitadores à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação de medidas, especialmente as privativas de liberdade”¹⁶.

2.4.2. Garantias processuais

O ECA, em seu art. 111, enumera algumas garantias, o que, dado o seu caráter exemplificativo, permite sejam aplicadas subsidiariamente as demais garantias previstas no ordenamento jurídico vigente.

14 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

15 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

16 – SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

Em sede de direitos individuais, pressupostos dos direitos processuais, segundo o referido artigo, é assegurado ao adolescente os mesmos direitos que aos imputáveis, como o direito à identificação dos responsáveis pela prisão, direito de ser assistido por advogado, direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento, igualdade na relação processual, com a possibilidade de confrontar-se com testemunhas e produzir provas necessárias à sua defesa, direito à assistência judiciária gratuita, direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e os direitos que decorrem do princípio do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa.

Também devem ser reconhecidas aos adolescentes que respondem por atos infracionais as excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do CP¹⁷, quais sejam, o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal.

No tocante à execução da medida socioeducativa, consoante lecionado por João Batista Costa Saraiva¹⁸, relativamente aos incidentes de execução, deliberações acerca da progressão, regressão ou extinção da medida socioeducativa, será aplicada, subsidiariamente, a Lei das Execuções Penais (LEP – Lei nº 7.210/84). Essa subsidiariedade é prevista pelo art. 152 do ECA, em decorrência do que a aplicação das garantias processuais se impõe, pois o adolescente infrator que cumpre medida socioeducativa também poderá fazer jus às benesses aplicadas aos apenados no tocante às regras da LEP.

Em que pese a inexistência de previsão expressa acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 338, dando conta que: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”. Ao editar esta Súmula, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento que há tempo se via nos arestos dessa Corte Superior, fundamentado na natureza jurídica das medidas socioeducativas, que agrega à sua natureza preventiva e reeducativa o caráter retributivo e repressivo.

O pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça veio sedimentar a discussão doutrinária que se instaurou frente à possibilidade ou não de aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas. De um lado encontravam-se os que negam a natureza sancionatória da medida socioeducativa, e, por conseguinte, a aplicação da prescrição aos atos infracionais. De outro, os adeptos à natureza sancionatória da medida socioeducativa, com reconhecimento da possibilidade de incidência da prescrição.

Nesse passo, vale transcrever o elucidado por João Batista Costa Saraiva¹⁹: “No momento em que o Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua ato infracional como sendo a conduta criminosa ou contravençional, está a reconhecer aos

17 – “Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

18 – SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 93.

19 – SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 85.

adolescentes em conflito com a lei [...] as causas extintivas da punibilidade, sejam elas de caráter material ou formal, onde se inclui a prescrição, seja da pretensão socioeducativa (deduzida pelo Ministério Público na Representação) seja da pretensão executória da medida imposta (decorrente da sentença)”.

3. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE INFRACIONAL PELA ALIENAÇÃO MENTAL

Como visto anteriormente, todos os institutos penais que favorecem o réu, seja excluindo a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade, também devem ser aplicados ao adolescente em conflito com a lei.

Neste capítulo, será enfocada a exclusão da responsabilidade juvenil em razão da alienação mental, que é uma das causas de exclusão da culpabilidade no Direito Penal, levando à isenção de pena com aplicação de medida de segurança. E num paralelismo jurídico, no Direito Penal Juvenil deverá isentar o adolescente da medida socioeducativa, com a aplicação de medida de proteção, unicamente.

O propósito deste direcionamento decorre do fato de que, hodiernamente, com a disseminação de drogas pesadas, como o *crack* e a *merla*, entre os adolescentes, constata-se cada vez com mais frequência adolescentes respondendo por ato infracional e sendo submetidos à medida socioeducativa, malgrado a completa alienação mental decorrente da dependência patológica da droga.

Importante ressaltar que a vida em sociedade impõe determinados comportamentos, e a conduta que contraria esses comportamentos-modelos pode receber sanções, desde que o agente reúna as condições para a capacidade de culpabilidade, ou seja, tenha desenvolvimento biológico e normalidade psíquica. No Direito Penal o comportamento *anti-social* é responsabilizado a partir da exigibilidade de um comportamento diverso em situação de normalidade, tendo o agente capacidade de vontade, conhecimento do injusto, ou seja, de entender o fato e suas conseqüências.

De plano já fica excluído do exame a questão da inimputabilidade pela imaturidade natural, posto ser condição para a aplicação da medida socioeducativa em razão da prática do ato infracional.

Também não vamos aprofundar o estudo da culpabilidade, uma vez que o enfoque principal deste trabalho é a não-responsabilização do adolescente em razão da alienação mental, que, segundo concluímos, impede a aplicação de medida socioeducativa. Assim, embora faremos alguns apontamentos com base na culpabilidade, salientamos que essa não será a ênfase para a conclusão relativamente às medidas socioeducativas.

A exclusão da culpabilidade em razão da inimputabilidade por alienação mental está prevista no art. 26, *caput*, do CP²⁰ e, quando tiver como causa a

20 – Código Penal – “Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

dependência de drogas, no art. 45 da Lei nº 11.343/06²¹. Essas são as normas do Direito Penal que determinam a isenção de pena pela inimputabilidade decorrente de alienação mental.

Com efeito, para que o agente seja responsabilizado pelo fato típico e antijurídico, é imprescindível que ele também seja imputável, tenha capacidade de culpabilidade, ou seja, que o fato possa ser atribuído ao autor. Havendo inimputabilidade nas hipóteses de doença mental ou por imaturidade natural²², a culpabilidade tem uma função limitadora do poder de punir do Estado.

Na seara do ato infracional praticado por adolescente, a imaturidade natural, como dito anteriormente, é requisito para a aplicação da medida socioeducativa, de sorte que a menoridade, que no Direito Penal exclui a imputabilidade, no Direito Penal Juvenil é requisito para a incidência da medida socioeducativa, que somente pode ser aplicada ao agente que ao tempo do fato tiver entre 12 e 17 anos de idade, nos termos do art. 2º c/c os arts. 104 e 105, todos do ECA.

A alienação mental, que no Código Penal (art. 26, *caput*) foi denominada de doença mental, segue o critério biopsicológico para sua aferição, que é o critério mais completo, uma vez que conjuga o biológico e o psicológico, conforme Guilherme de Souza Nucci²³: “Os critérios para averiguar a inimputabilidade, quanto à higidez mental, são os seguintes: a) biológico: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita desse critério faz com que o Juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) psicológico: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o Juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; c) biopsicológico: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26”.

No Direito Penal, identificada a incapacidade completa de o agente entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse entendimento,

21 – Lei nº 11.343/06 – “Art. 45 – É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

22 – GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, vol. 1, 9ª ed., Impetus, Rio de Janeiro, 2007, p. 396.

23 – NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., RT, São Paulo, 2005, p. 236.

em virtude da alienação mental, de acordo com o critério biopsicológico, por ser doente mental ou apresentar desenvolvimento mental incompleto ou retardado ao tempo do fato, e restando comprovada a conduta típica e a autoria, bem como inexistindo causas de exclusão da antijuridicidade, é impositiva a absolvição imprópria, com a aplicação da medida de segurança, conforme art. 97 do CP²⁴.

A inimputabilidade impede que o agente receba pena, notadamente porque o fato por ele praticado foge à sua compreensão, de sorte que a pena perde completamente o sentido, justamente porque falta ao autor a capacidade de vontade ou conhecimento do injusto. Daí a imposição de aplicação de medida de segurança, visando a tratamento adequado.

Importante lembrar que as três principais finalidades da pena são a retribuição, a prevenção e a ressocialização, no sucinto comentário de Celso Delmanto²⁵: “Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora. Retributiva, pois impõe um mal (privação de bem jurídico) ao violador da norma penal. Preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja, em especial, privando de um bem jurídico o autor do crime e visando a obstar que ele volte a delinquir. E ressocializadora, porque objetiva a sua readaptação social”.

Como se vê, as finalidades da pena consistem, fundamentalmente, na perda ou diminuição de um bem jurídico como forma de retribuir ao autor um mal pela conduta ilícita, a fim de que ele não volte a violar a norma penal, readaptando-se à ordem social em que está inserido.

Ora, quando o violador da norma penal e da ordem social não reúne os requisitos para a capacidade de culpabilidade, não há razoabilidade em lhe aplicar um mal em retribuição por um fato que não estava em seu discernimento. Por outro lado, a prevenção e a ressocialização somente podem ser alcançadas por meio de medida de segurança, ou seja, tratamento adequado.

A alienação mental decorre tanto das doenças patológicas como também de origem toxicológica, destacando-se a esquizofrenia, paranóia, psicose maniaco-depressiva, o alcoolismo e a dependência de drogas.

O alcoolismo patológico pode levar a um quadro de inimputabilidade, com aplicação da norma do art. 26, *caput*, do CP, quando ocorrer um rebaixamento da personalidade, com aspectos delirantes, passando o agente a um estágio no qual não mais compreende o caráter ilícito do fato ou não consegue determinar-se de acordo com esse entendimento.

24 – BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 110.

25 – DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 67/68.

A mesma causa de exclusão da culpabilidade poderá ocorrer em casos de dependência de drogas, notadamente as de efeitos mais agudos sobre o aparelho psíquico, que provocam profundas mudanças no comportamento, gerando alterações psíquicas graves, primordialmente quando o usuário estiver em estado de abstinência, conforme comentários de Juarez Cirino dos Santos²⁶: “Enfim, a legislação de entorpecentes considera o efeito fortuito ou de força maior de droga sobre o aparelho psíquico, e a dependência de droga (estados psíquicos de angústia pela privação da droga, com profundas mudanças da personalidade) como situações patológicas agudas ou crônicas excludentes da capacidade de culpabilidade”.

Tudo o que se disse relativamente à exculpação por força de alienação mental (seja congênita ou adquirida, inclusive a decorrente do alcoolismo e do uso de drogas patológico) aplica-se, integralmente, ao sistema penal juvenil, de modo que, restando demonstrada a completa incapacidade de entender a ilicitude do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento, em razão da alienação mental, fica o adolescente isento da aplicação de medida socioeducativa. Pois nesse caso haverá uma dupla inimputabilidade, sendo uma decorrente da imaturidade natural, condição para a responsabilização pelo sistema penal juvenil, e outra em razão da alienação mental, que provoca um rebaixamento na personalidade do adolescente, equiparando-o à criança, no que diz com a maturidade parcial.

A medida socioeducativa, como vimos anteriormente, é de natureza penal, reunindo um caráter preventivo especial, com um conteúdo pedagógico em sua concepção, mas também de caráter punitivo retributivo em sua forma, tal como ocorre com a pena. Essa é a precisa lição de João Batista Costa Saraiva²⁷: “Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no País um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo”.

Assim, tendo a medida socioeducativa um conteúdo aflitivo para o adolescente, que a recebe como retribuição e punição pela infração cometida, evidentemente que as causas de exclusão da culpabilidade, que não seja a imaturidade natural, beneficiam o adolescente, tal qual as causas de exclusão de tipicidade e antijuridicidade. Excluída a responsabilidade do adolescente, impossível será a aplicação de medida socioeducativa, por mais branda que ela seja, como no caso da advertência, pois inegável que esta também contém um conteúdo aflitivo para o mesmo.

26 – SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, 4ª ed., ICPC, Lumen Juris, Curitiba, 2005, pp. 215/216.

27 – SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – da Indiferença à Proteção Integral*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 69/75.

No caso de exclusão da culpabilidade por alienação mental, é aplicável medida de segurança para o adulto (art. 96 e seguintes do CP), ao passo que ao adolescente que praticou a infração deve ser aplicada uma ou mais das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, que dentre elas está o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, assim como o tratamento para os alcoólatras e para os toxicômanos. Vedada, porém, a aplicação de medida socioeducativa, seja isolada ou cumulada com medida de proteção.

Entendimento diverso, que admite a aplicação da medida socioeducativa cumulada com medida de proteção, para a hipótese de inimputabilidade por alienação mental do adolescente, corresponderia à relativização do revogado sistema do duplo binário do Código Penal de 1940. Por esse sistema, quando o réu era parcialmente incapaz, aplicava-se-lhe medida de segurança em complemento à pena.

Com a reforma do Código Penal, em 1984, através da Lei nº 7.209/84, foi substituído o sistema do duplo binário pelo sistema vicariante, que, nos termos do art. 98 do CP, não mais admite a aplicação cumulada de pena e medida de segurança para os casos de semi-imputabilidade, devendo ser feita a escolha por uma ou por outra, na lição de Damásio E. de Jesus²⁸: “A reforma penal de 1984, no art. 98, adotou o sistema vicariante (ou unitário): ou é aplicada somente pena ou somente medida de segurança. É uma fórmula unicista ou alternativa: não podem ser aplicadas ao condenado semi-responsável uma pena e uma medida de segurança para a execução sucessiva; ou bem a pena, ou bem a medida de segurança, conforme o caso”.

Considerando que no sistema penal não mais se admite a cumulação de pena com medida de segurança, para a hipótese de semi-responsabilidade, com maior razão não se pode admitir que, no sistema penal juvenil, se aplique medida socioeducativa cumulada com medida de proteção nos casos de não-responsabilização por causa exculpante diversa da menoridade do adolescente, com especial ênfase à completa incapacidade por alienação mental.

Assim, identificado que o adolescente que responde por ato infracional padece de alguma alienação mental que lhe impeça de entender o caráter ilícito da sua conduta, ou de comportar-se de acordo com esse entendimento, a representação por ato infracional deverá ser julgada improcedente, aplicando-se medida de proteção se for o caso.

A verificação da alienação mental pelo aspecto psicológico, dentro do critério biopsicológico, ou seja, se o adolescente tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta, bem como de comportar-se em conformidade com esse entendimento, situações vinculadas ao estado psíquico do agente, poderá ser feita pelo

28 – JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 1º vol., 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 443/444.

próprio Juiz, a par do conjunto de provas constantes nos autos, notadamente quando o caso envolver patologia por dependência de drogas pesadas, a teor, inclusive, do art. 182 do CPP. Nada impede que seja nomeado perito médico para a avaliação psicológica do adolescente.

Outrossim, quando a alienação mental tiver origem biológica, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a perícia médica será obrigatória, pois somente com base em conhecimento técnico poderão ser respondidos tais quesitos.

Essa lição é extraída dos comentários de Guilherme de Souza Nucci, ao Código Penal²⁹: “6. Importância da perícia médica: tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo Juiz. Entretanto, existe, ainda, o lado psicológico, que é a capacidade de se conduzir de acordo com tal entendimento, compreendendo o caráter ilícito do fato. Essa parte pode ser de análise do Juiz, conforme as provas colhidas ao longo da instrução”.

Portanto, constatada a alienação mental do adolescente, seja ela de origem biológica, seja ela psicológica, ele tem rebaixada sua personalidade, que não corresponderá com o estágio de desenvolvimento natural, recebendo, portanto, tratamento semelhante às crianças, para as quais somente é possível a aplicação de medida de proteção, que poderá incluir internação hospitalar ou em centro terapêutico para tratamento psiquiátrico, ou para dependência química, bem como tratamento ambulatorial e inclusão em programa de auxílio e orientação do adolescente e da família, consoante disposto no art. 101 do ECA.

CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto acima, embora sem um maior aprofundamento teórico, mesmo porque não seria possível neste singelo artigo, é possível concluir que, na apuração de ato infracional, visando à aplicação de medida socioeducativa, devem ser asseguradas ao adolescente todas as garantias do sistema penal, posto que esta medida tem natureza penal.

Mais que assegurar as garantias processuais, é preciso também assegurar a correta aplicação dos princípios e dos institutos do Direito Penal, tanto para a verificação da tipificação da infração como na antijuridicidade da conduta e a presença ou não da responsabilidade pelo critério de capacidade de culpabilidade, excetuada, por razões óbvias, a inimputabilidade decorrente da imaturidade natural do adolescente.

29 – NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., RT, São Paulo, 2005, p. 237.

Dentre os princípios penais que se destacam e merecem ampla aplicação no sistema penal juvenil, podemos citar o da lesividade, que conduz ao reconhecimento da ausência de tipicidade pela insignificância, quando a conduta não causar lesividade ao bem jurídico tutelado, assim como o *in dubio pro reo*, que impõe a absolvição quando restarem dúvidas, seja no tocante à materialidade, seja quanto à autoria.

Também a prescrição, com base na medida socioeducativa aplicada, somente agora restou pacificada na jurisprudência, notadamente a partir da edição da Súmula nº 338 pelo STJ. Até então a aplicação do instituto gerava intensa controvérsia nos tribunais.

Contudo, o instituto do Direito Penal que ainda carece de melhor reflexão na seara do sistema penal juvenil é, sem dúvida, o da exclusão da responsabilidade penal juvenil pela causa exculpante oriunda da alienação mental. Observa-se, conforme ementa abaixo transcrita, que a jurisdição da infância e da juventude ainda é prodigiosa ao aplicar medidas socioeducativas (isolada ou cumulada com medida de proteção), inclusive a extremada internação a adolescentes que, embora possam entender o caráter ilícito de suas condutas, é pouco provável que tenham discernimento para determinar-se de acordo com esse entendimento, dado o comprometimento psicológico decorrente da dependência de drogas.

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Apuração de ato infracional. Furto tentado. Ameaça. Desacato. Autoria e materialidade comprovadas. Internação com possibilidades de atividades externas. Adequação diante das circunstâncias do caso concreto.

“Comprovadas a materialidade e a autoria dos atos infracionais praticados pelo adolescente, que possui vasta lista de antecedentes e necessita de tratamento médico-psicológico contra o consumo de drogas, tem-se como justa e adequada a aplicação de medida socioeducativa de internação, com possibilidade de atividades externas. Estando o adolescente envolvido com drogas, a medida protetiva de tratamento à drogadição é uma imposição que vem em seu próprio benefício, podendo ser aplicada cumulativamente e de ofício pelo Tribunal. A medida de internação não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. Aplicação do § 2º do art. 121 do ECA. Recurso parcialmente provido, por maioria”. (AC nº 70019755198, 8ª Câmara Cível, TJRGS, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, julgada em 21-06-07)

Esses adolescentes dependentes de drogas que causam profunda alteração no sistema nervoso central, especialmente o *crack* e a noviça *merla*, ambos derivados da cocaína, geralmente não reúnem qualquer condição para se determinar diversamente em razão da ilicitude da conduta infracional, notadamente quando esta é praticada visando à obtenção de recursos para a aquisição da droga. Todos os magistrados que jurisdicionam Varas da Infância e Juventude, Promotores, Defensores, assistentes sociais, oficiais de proteção sabem do que se está falando, ou seja, da condição que esses adolescentes nos são apresentados para as audiências, na quase totalidade das vezes trazidos por meio da expedição de mandados

de busca e apreensão, em condições precárias de higiene, sem qualquer dignidade, com dificuldades de comunicação, dado o grau de dependência e comprometimento psíquico causado pelas referidas drogas.

São adolescentes que por vezes estão alheios à realidade que os cerca, uma vez que não reúnem mais condições pessoais para manter relações familiares, assumir qualquer atribuição ou responsabilidade, ou mesmo para ter os cuidados mínimos para preservação de sua saúde, bem-estar e da própria vida. Esses adolescentes estão focados, diariamente, na necessidade de obter a droga a qualquer custo, sendo comum trocarem por ela os objetos familiares ou furtados de terceiros por menos de um décimo do valor.

Nas infrações contra o patrimônio, que representam a grande maioria dos processos visando à aplicação de medida socioeducativa, cada vez mais constatamos que os adolescentes infratores são dependentes dessas drogas. Entre esses dependentes infratores vimos multiplicarem, nos últimos dois anos, com a proliferação do *crack*, os casos de adolescentes com *psicose cocaínica*, tendo em vista as alterações psíquicas provocadas pela dependência, que, segundo o Livro Informativo sobre Drogas Psicotrópicas³⁰, exige o consumo de doses cada vez maiores da droga: “A tendência do usuário é aumentar a dose da droga na tentativa de sentir efeitos mais intensos. Porém, essas quantidades maiores acabam por levar o usuário a comportamento violento, irritabilidade, tremores e atitudes bizarras devido ao aparecimento de paranóia (chamada entre eles de “nóia”). Esse efeito provoca um grande medo nos craqueiros, que passam a vigiar o local onde usam a droga e a ter uma grande desconfiança uns dos outros, o que acaba levando-os a situações extremas de agressividade. Eventualmente, podem ter alucinações e delírios. A esse conjunto de sintomas dá-se o nome de ‘psicose cocaínica’ ”.

Como se pode depreender do material citado, os quadros de *psicose cocaínica* podem levar a alucinações, delírios, paranóias e depressões profundas, que estimulam condutas violentas e até mesmo bizarras.

O alto poder de dependência do *crack* e da *merla*, associado ao uso prolongado e em quantidades maiores, também faz surgir no psíquico dos usuários a chamada *fissura*, que, segundo o Livro Informativo sobre Drogas Psicotrópicas, retro citado, é uma compulsão para utilizar a droga: “Logo após a ‘pipada’, o usuário tem uma sensação de grande prazer, intensa euforia e poder. É tão agradável que, logo após o desaparecimento desse efeito (e isso ocorre muito rapidamente, em 5 minutos), ele volta a usar a droga, fazendo isso inúmeras vezes, até acabar todo o estoque que possui ou o dinheiro para consegui-la. A essa compulsão para utilizar a droga repetidamente dá-se o nome popular de ‘fissura’, que é uma

30 – Livro Informativo sobre Drogas Psicotrópicas, elaborado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, Departamento de Psicobiologia e Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina, 5ª ed., CLR Brasileiro Editores, 2007, pp. 36/39.

vontade incontrolável de sentir os efeitos de ‘prazer’ que a droga provoca. A ‘fissura’ no caso do *crack* e da *merla* é avassaladora, já que os efeitos da droga são muito rápidos e intensos”.

Feitas essas observações, é possível afirmarmos que esses adolescentes usuários de *crack* e *merla*, após alguns meses de dependência, dificilmente conseguem se determinar de acordo com o entendimento da ilicitude de suas condutas infracionais, seja em razão da *psicose cocaínica*, seja em razão da *fissura*, patologias agudas que destroem a capacidade de escolhas comportamentais. Observa-se, ainda, no dia-a-dia forense, o elevado comprometimento neuronal desses usuários, a ponto de não lembrarem o nome dos pais, data de nascimento e outras informações básicas de suas vidas. Isso caracteriza, sem dúvida, uma alienação mental patológica, pela dependência em drogas, como disposto no art. 45 da Lei nº 11.343/06.

Enfim, adolescentes nessas condições não são inimputáveis somente em razão da imaturidade natural, por contarem entre 12 e 18 anos, mas também pela alienação mental, que lhes retira completamente a compreensão e a semi-maturidade que decorreria do estágio de desenvolvimento em que se encontram, rebaixando-os à semelhança das crianças.

Com isso, não só pela ausência de culpabilidade quando da prática do ato infracional, mas também porque os adolescentes que se encontram mergulhados nos efeitos sombrios de sua dependência patológica de drogas são incapazes de cumprir a medida socioeducativa, que também é requisito para a sua imposição, consoante o art. 112, § 1º, do ECA. Essa incapacidade de cumprimento da medida socioeducativa emerge do fato de esses adolescentes não terem mais a consciência crítica de seus atos, muito menos condições de assumir qualquer responsabilidade. Em tais casos, a medida de proteção, pura e simples, é a indicada, pois o adolescente apresenta um rebaixamento em sua personalidade, de modo que o seu agir não corresponde ao estágio de desenvolvimento natural, considerada sua idade.

Essa é a interpretação a ser extraída da norma do art. 112, § 3º, do ECA, quando determina que os adolescentes portadores de alienação mental ou sofrimento psíquico receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. O tratamento adequado a que se refere dita norma é aquele previsto no art. 101, IV e V, do mesmo Estatuto, ou seja, uma medida protetiva.

Nesse sentido já existe doutrina de um dos maiores conhecedores do tema envolvendo o sistema penal juvenil, João Batista Costa Saraiva³¹: “Poderá não se fazer sujeito da medida socioeducativa este adolescente quando padecer de sofrimento psíquico que o incapacite. Tal jovem, mesmo ao atingir a idade de imputabilidade penal, permanecerá inimputável nos termos do art. 26 do Código Penal.

31 – SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – da Indiferença à Proteção Integral*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 80/81.

Neste caso, sequer responsabilidade juvenil terá, por não possuir capacidade para cumprir medida socioeducativa (art. 112, § 1º).

“Faz-se deste modo insusceptível de aplicação de medida socioeducativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá ser submetido a uma medida de proteção, nos termos do art. 101, inc. V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial, sem submissão de medida socioeducativa”.

É claro que é preciso ter cautela na avaliação da existência ou não do sofrimento psíquico decorrente da dependência química, pois nem sempre o usuário de drogas apresentará dependência patológica. Por vezes, inobstante seja usuário, não se encontra em estágio avançado da dependência que o impeça de entender o caráter ilícito do fato e também de comportar-se de acordo com o entendimento, bem assim de cumprir a medida socioeducativa, recebendo o conteúdo pedagógico da mesma. A incapacidade deve resultar inequívoca das provas constantes nos autos, havendo dúvidas se torna necessária a realização da perícia médica.

Importante frisar que a apreensão dessa exclusão da responsabilidade infracional, pela patologia decorrente da dependência de drogas, está diretamente ligada ao critério psicológico do agente, ou seja, avalia-se se ele tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta, bem como de comportar-se em conformidade com esse entendimento, assim como se ele terá condições de extrair da medida socioeducativa os objetivos ressocializantes e reestruturantes de sua personalidade, pois somente nesse caso a medida socioeducativa fará sentido. E para a identificação dessa dupla inimizabilidade, no caso do adolescente infrator (uma já decorrente da menoridade e outra por alienação mental), não é imprescindível a perícia médica quando o conjunto de provas constantes nos autos permitirem avaliar, com segurança, que o adolescente está com um grau de dependência química que o levou a um quadro de psicose ou de *fissura*, conforme antes explicitado.

A perícia médica na hipótese de incapacidade originada pelo aspecto psicológico é complementar e subsidiária para o convencimento do Juiz.

Esses foram os breves apontamentos e singelas conclusões pensadas e desenvolvidas a partir dos temas debatidos no Seminário Regional da ABMP, realizado entre os dias 02 a 04-07-08, em Porto Alegre, no qual foram enfocadas as garantias aplicáveis no sistema penal juvenil, bem como a proliferação do *crack* entre os adolescentes, com a respectiva repercussão na prática do ato infracional.

BIBLIOGRAFIA

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.
2. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

3. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 9ª ed., Impetus, Rio de Janeiro, 2007.
4. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 1º vol., 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1993.
5. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira.
6. Livroto Informativo sobre Drogas Psicotrópicas, elaborado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, Departamento de Psicobiologia e Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina, 5ª ed., CLR Brasileiro Editores, 2007.
7. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., RT, São Paulo, 2005.
8. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4ª ed., ICPC, Lumen Juris, Curitiba, 2005.
9. SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.
10. SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – da Indiferença à Proteção Integral*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.
11. SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.
12. SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A ESCOLA: UMA EXPERIÊNCIA DE INCLUSÃO

LILIANE GONÇALVES SARAIVA*

As medidas socioeducativas, de aplicação aos adolescentes autores de condutas descritas na lei penal como crime ou contravenção, encontram-se previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90). São penalizações reservadas a adolescentes em conflito com a lei, podendo ser privativas de liberdade (internação ou semiliberdade), ou não-privativas de liberdade, cumpridas na própria comunidade, as quais denominam-se de medidas em meio aberto. Pode ser prestação de serviço à comunidade (PSC) ou liberdade assistida (LA).

Este texto busca a reflexão concernente à problemática do adolescente em conflito com a lei e as relações estabelecidas entre os mecanismos de cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto (não-privativas de liberdade) e a escola, na recuperação e inclusão do adolescente “infrator”. Seguindo duas linhas de pesquisa, procurando responder a duas indagações básicas, tomadas como ponto de partida: a) De que forma a organização escolar e o funcionamento da escola (espaços, tempos, projetos pedagógicos e seus profissionais) têm ampliado e potencializado o problema da exclusão do adolescente em conflito com a lei? e b) Como solucionar o problema do adolescente em conflito com a lei, se ele não é aceito e não aceita a escola e o educador convencional?

Nesse sentido a resposta alcançada através de leituras e reflexões críticas sobre o problema sugere que o enfrentamento dessa questão passa pelo questionamento e reflexão das políticas públicas desenvolvidas pelo sistema educacional e da igualdade social e inclusão praticadas pela escola como instituição formal de ensino, onde se busca a formação do indivíduo.

A escola é fundamental no processo socioeducativo desenvolvido com estes adolescentes. A educação desperta a elevação do pensamento, do espírito, para uma espécie de superação de si mesmo. Propicia descobertas e a afirmação de valores fundamentais para o desenvolvimento individual e coletivo.

Nesse momento em que a sociedade brasileira se defronta com um quadro de angustiante insegurança e crescente número de adolescentes que necessitam

* Este texto é parte de uma dissertação de mestrado em Educação nas Ciências realizado na UNIJUÍ com a orientação da Profª Dra. Ana Maria Colling. A autora é formada em Pedagogia e em Direito, especialista em Direito e Mestre em Educação.

de ajuda efetiva pessoal e social, a escola precisa assumir com urgência esta discussão e ressignificar a ação educativa, interagindo com as demais ciências, como o Direito, a Psicologia, a Saúde e outras.

A experiência da Escola de Passagem é uma ação que vai além de uma ideologia. Para a escola formal, como está concebida hoje, esta proposta seria uma utopia, mas não podemos perder de vista que o presente pertence aos pragmáticos, e o futuro aos utopistas.

Este artigo retrata a prática de uma experiência pessoal, através de um estudo de caso, no cotidiano do atendimento a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais, incluídos em programas socioeducativos em decorrência de decisão judicial por conta de infrações por eles cometidas.

Este programa, na experiência aqui retratada, é executado por uma organização não-governamental, o CEDEDICA – Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santo Ângelo, do qual sou fundadora. O CEDEDICA é uma instituição referencial nessa espécie de ação, reconhecida nacional e internacionalmente.

Esta ONG enfrenta o desafio de atender estes jovens que “ninguém quer”, o “marginal”, o “delinqüente”, o “menor”, como resultam rotulados. A busca do processo de construção de sua cidadania implica entrega, fé e comprometimento, reclamando, por sua vez, um agir qualificado, inovador, corajoso.

Enquanto a escola desconhecer o Direito Penal Juvenil, que resumidamente se classifica como um modelo de responsabilização adotado pelo ECA em face do adolescente em conflito com a lei, onde se reconhece todas as garantias penais e processuais penais reconhecidas ao adulto, com um *plus* decorrente da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que é o adolescente, sujeito de direitos e obrigações próprias da sua condição, não se poderá falar em inclusão.

Com todos os possíveis valores negativos, humanos e socialmente indesejáveis que traz consigo, o adolescente marginalizado é discussão em pauta no âmbito da escola. O resultado deste debate deveria ser uma prática de formação dos educadores para atuarem com este adolescente e os problemas sociopsicológicos que traz consigo.

A inclusão ou a exclusão da sua participação na sociedade familiar, escolar e social, sobrecarregada de atribuições, penalizações ou proteção, sempre mostrou-se permeada pela falta de respeito ao ser em crescimento, pleno de potencialidades, pois sua constituição como sujeito foi desde cedo acompanhada e controlada pelo Poder Público.

Os educadores do novo século estão despreparados para viverem o “novo” e colocarem seu saber-fazer como uma ponte para o conhecimento dos alunos, amesquinham-se e fecham janelas, impossibilitando o diálogo espontâneo e o agir orientador. Assim, deixam de realizar seu papel fundamental, de mediador da aprendizagem. O professor torna-se incapaz de acompanhar seus alunos e de auxiliá-los no descobrimento e desenvolvimento das suas capacidades, aceitando a inevitabilidade das mudanças.

A modernidade traz consigo profundas transformações. Não se sabe ao certo para onde se caminha e nem qual o caminho a trilhar. O papel do profissional da

educação, nesse contexto de incertezas, precisa ser repensado. O professor é uma referência importante na passagem do mundo infantil para o mundo adulto. Junto com os pais, os professores são responsáveis pelo encorajamento, crescimento e independência das crianças. Introduzir este jovem no mundo adulto de maneira segura e sem traumas é o cerne de sua função social, porém como personalidade atuante e não como um mero transmissor de conhecimento.

Reconhecidamente, esta tarefa é difícil. Por isso o professor deve estar preparado, inclusive psicologicamente, para exercer plenamente suas funções com responsabilidade e harmonia, superando os mecanismos de exclusão presentes na escola atual.

O mundo prima pela igualdade de valor entre seres humanos, pela garantia da igualdade de direitos e não comporta mais a ignorância, porque ela gera a dependência que incapacita o desfrute de direitos e exclui o ser humano de um ritmo de produção cada vez mais vital à crescente competitividade.

Emerge, assim, a necessidade de indivíduos cidadãos, sabedores e conscientes de seus valores e de seus direitos. Cresce a importância da educação e, ainda mais, a importância da inserção de todos em um programa educacional que pelo menos lhes tire da condição de ignorantes. Em consequência, cresce a necessidade de planejar programas educacionais flexíveis, que possam abranger o mais variado tipo de alunado, e que possam, também, oferecer diferentes conteúdos curriculares, sem perda da qualidade do ensino e da aprendizagem.

Na Conferência de Salamanca, realizada na Espanha, em 1994, e na Declaração produzida e assinada por vários países, o Brasil constituiu um marco para a inclusão social. Entre os pontos principais de discussão nessa Conferência, destacou-se a necessidade de se prover maiores oportunidades para uma educação duradoura que implique três objetivos diretamente relacionados:

1) o estabelecimento de metas claras que aumentem o número de crianças freqüentando a escola;

2) a tomada de consciência que assegure a permanência da criança na escola por um tempo longo o suficiente que lhe possibilite obter um real benefício da escolarização; e

3) o início de reformas educacionais significativas que assegurem que a escola inclua em suas atividades seus currículos, e, através de seus professores, serviços que realmente correspondam às necessidades de seus alunos, de seus respectivos pais e das comunidades locais, e que correspondam às necessidades das nações de formarem cidadãos responsáveis e instruídos¹.

Essa Declaração também trouxe como aspecto inovador o encaminhamento de diretrizes básicas para a formulação e reforma de políticas e sistemas educacionais.

1 – Declaração de Salamanca e linhas de ação sobre necessidades educativas especiais. Brasília, 07 a 10-06-94, pp. 01-02.

A educação inclusiva evoluiu como um movimento cuja vocação é pôr em questão as políticas e as práticas de exclusão. Nos últimos anos, tornou-se uma abordagem privilegiada no que diz respeito à sociedade para todos. Iniciativas internacionais das Nações Unidas, da UNESCO, do UNICEF, do Banco Mundial e de outras entidades apontam no sentido de um consenso progressivamente mais alargado de que todas as crianças têm o direito de serem educadas umas com as outras, independentemente das suas condições físicas, intelectuais, afetivas, sociais, lingüísticas ou outras, e que a inclusão é benéfica, quer no plano educativo, quer no plano social.

O que importa, efetivamente, para a educação e, dentro dela, a educação inclusiva, é propiciar condições para que as pessoas que apresentam algum tipo de necessidade educacional ou social possam, assim como todos os grupos marginalizados, ter acesso a uma educação de qualidade.

Nessa perspectiva de colaboração internacional e interorganizacional em direção a sociedades mais humanizadas e justas, a idéia de educação inclusiva estimula muitos educadores à busca de instrumentos conceituais e metodológicos que permitam compreender e fazer uso de conhecimentos nas diversas áreas do saber e da cultura.

Diante dessas considerações, faz-se necessário saber o que limita o conhecimento, o que produz o prazer e o desprazer na sala de aula, ainda, o que a sociedade define como sucesso para contrapô-lo ao insucesso, pois na maioria das vezes os atos de “indisciplina escolar” e de agressividade estão ligados às dificuldades de aprendizagem ou desinteresse, e estas, por sua vez, estão relacionadas com o distanciamento dos valores do aluno, sua realidade psicológica individual, e o significado que a educação tem na sua vida.

No lugar do ensino para a autonomia e para a descoberta, o que se vê são ações educativas perpassadas de relações de poder que se reproduzem em seu cotidiano. A escola cria cada vez mais manuais prescrevendo normas de funcionamento, estipulando o que é um comportamento correto e normal. A disciplina da escola, por sua vez, cumpre a função de moldar, adestrar o ser humano como homem ou como mulher com um determinado fim de controle sobre ele, porque controlar um grupo é mais fácil que controlar muitos sujeitos.

Sempre que surgem inovações, os educadores, no entanto, reagem com ceticismo, provocado pelas políticas públicas mal interpretadas ou pela acomodação natural, pois é mais fácil seguir planos já elaborados e adotados ano após ano do que passar pelo incômodo de introduzir inovações, na medida em que estas exigem mudanças de comportamento e uso de espaços e tempo já bem cristalizados. Dessa forma, a criança quando chega à escola encontra o mesmo ambiente, salvo algumas exceções, que seus pais ou avós encontravam quando chegavam em seus estabelecimentos de ensino.

No estudo de caso que dirigiu este texto, fruto de uma dissertação de mestrado, observou-se, também, a postura dos professores de escolas particulares, estaduais e municipais que se relacionam com a instituição CEDEDICA devido

ao problema da evasão escolar dos adolescentes em medida socioeducativa. Nas conversas informais, muitos educadores se mostram surpresos pelo fato de as crianças e os adolescentes chegarem à escola e não se emocionarem, nem se entusiasmarem e muito menos verem um significado para estarem ali. Falta a percepção e o entendimento de que estes alunos são indivíduos únicos, com perfis cognitivos e socioafetivos diferentes uns dos outros.

É preciso que as escolas garantam que cada um receberá uma educação que favoreça seu potencial individual, encorajando seus alunos a utilizar o conhecimento para resolver problemas e efetuar tarefas relacionadas com a vida na comunidade.

A escola faz tudo isso na atualidade, mas o professor continua sendo o detentor de grande parte do saber e fonte geradora e norteadora de conhecimento. Sua postura não é o melhor exemplo para os alunos, seu discurso destoa e as práticas continuam sendo reprodutivas.

Em momentos de mudança, a escola e o professor deveriam ser os primeiros a mudar. As tecnologias digitais – computador, *Internet* – deveriam estar sendo utilizadas atualmente na escola, como elemento de estímulo, tornando o espaço escolar um local atraente, de reencantamento e aprendizado. O uso das novas tecnologias é importante para a capacitação de professores e instrumento valioso na transformação da sociedade. Os Parâmetros Curriculares Nacionais enfocam que: “A escola faz parte do mundo e para cumprir sua função de contribuir para a formação de indivíduos que possam exercer plenamente sua cidadania, participando dos processos de transformação e construção da realidade, deve estar aberta e incorporar novos hábitos, comportamentos, percepções e demandas”².

As mudanças na sociedade requerem o redimensionamento das práticas de ensino-aprendizagem no cotidiano do espaço escolar, das relações entre professores, alunos e escola, pois é no ambiente da sala de aula que se pode trabalhar valores que ajudem na promoção da paz, na mudança de hábitos culturais, de comportamentos, ensejando um mundo melhor e de convivência cidadã.

A tarefa dos educadores deveria ser, então, a de orientar pessoas para viverem em sociedade, pautando o ensino-aprendizagem em valores, tais como responsabilidade, bondade, disciplina, lealdade, tolerância, entre outros, valores capazes de modificar comportamentos e situações negativas, como a violência, a intolerância, os conflitos armados, a drogadição.

É tarefa dos educadores contribuir para a convivência pacífica, a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. A educação em valores constitui o cerne do que seja educação, e é percebida como uma disciplina que faz uso de uma nova didática, voltada para a formação de cidadãos reflexivos e que possibilita começar a ser adotada no ensino formal e informal em todo o mundo.

2 – BRASIL. *Parâmetros Curriculares Nacionais (5ª a 8ª séries). Terceiro e quarto ciclo do Ensino Fundamental*. Brasília, MEC, 1998, p. 138.

No Brasil, sua adoção vem sendo facilitada pela Lei nº 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN, que atribui mais liberdades para que os colégios componham seus próprios currículos. Entretanto, educar em valores é o desafio central da educação, porque os professores, para que possam ensinar aos alunos os valores humanos básicos, precisam acreditar no que vão ensinar e colocar estes ensinamentos em prática.

Há muito que o saber se acumula, cresce e fermenta. Com o volume de informações circulando, ninguém consegue ser detentor do saber, há de se refletir sobre esta realidade flutuante. A criança já chega à escola com uma carga cultural de imagens que seus antecessores não possuíam. As mídias são um exemplo claro disso. Elas estão presentes no dia-a-dia das gerações atuais, principalmente a televisão, com sua diversidade de cores, sons e movimentos que mostra. A escola formal não está conseguindo despertar o interesse e andar no ritmo da sua primeira escola.

O professor não conseguirá a atenção de um jovem ou criança nesse meio apenas com oratória, leitura e escrita. As mídias modificam a forma pela qual se vê o mundo. No ambiente escolar, dentro do contexto da globalização, da televisão, *video game*, *MP4*, *iPod*, DVDs e celulares com jogos e passatempos, o aluno precisa ser o dono de seu tempo, construtor de sua aprendizagem, e o professor deve exercer o papel de mediador, facilitador, orientando a busca das informações desejadas pelos seus alunos.

Se o objetivo da escola inclusiva é integrar todas as crianças e jovens, educando na diversidade, o primeiro ato que ela deve ter nesse sentido é estimular o desenvolvimento das potencialidades de cada aluno e educar para a compreensão e a participação.

A escola inclusiva é a escola que promove a igualdade de oportunidades para todos. Todas as crianças aprendendo juntas, independentemente de suas dificuldades e levando em conta suas diferenças. O professor tem a responsabilidade de assegurar que cada aluno seja um membro integrante e valorizado da sala de aula.

Na escola inclusiva, o professor precisa ser o orquestrador de todos esses sons difusos que vêm do contexto de vida dos alunos, suscitando a produção de novas idéias, a elevação de sentimentos, o respeito aos valores e às diferenças sociais e culturais dos que compõem as comunidades escolares.

Esta experiência, que nasceu no primeiro momento de um trabalho de observação e pesquisa na entidade em que atuo, e em função da minha tese de mestrado, evoluiu para a criação de uma alternativa capaz de amenizar a problemática fundamental do processo de construção de cidadania dos adolescentes em medidas socioeducativas em meio aberto, que é a escola.

A minha prática revela aprendizagens, idéias, pensamentos e ações, os quais originaram este trabalho. A ação desenvolvida no atendimento dessa clientela especial para a qual está voltada pode resumidamente ser sintetizada em uma ação de auxiliar e orientar os adolescentes em medidas socioeducativas em meio aberto no cumprimento dessas sanções, fazendo com que tenham um real

significado para eles e que sirvam positivamente no processo de educação e readequação social.

Esses jovens oriundos de famílias desajustadas trazem consigo uma bagagem de dificuldades, frustrações, limitações de todas as ordens, desde as questões básicas de sobrevivência como alimentação, saúde, moradia, vestuário e outras. Nestas circunstâncias, executar este trabalho é um grande desafio.

No mundo da “realidade” tudo é possível e tudo existe, o que imaginamos e o que nunca tivemos a criatividade de imaginar. Nele, as mais diferentes situações e emoções se defrontam com muita naturalidade. A título de exemplificação, descrevo algumas situações de vida destes adolescentes com os quais trabalhamos:

- Vivem em casas que são na verdade um quarto onde dormem oito pessoas e, destas, cinco são crianças.

- Famílias compostas por uma mãe que tem três maridos e convive com os filhos nesta situação.

- Cozinhas que possuem um único fogão, feito de tijolos, e panelas feitas de latas de tinta.

- Sala onde existe um sofá nos furos, mais furos do que sofá, e por onde passa um esgoto aberto.

- Crianças ainda bebês que dividem o chão com os ratos.

- Adolescentes armados, que não temem a morte, porque acham que nada mais têm a perder.

- Meninas gestantes e soropositivas.

- Pré-adolescente que não sabe se é menina ou mulher de tão abusada.

- Adolescentes abandonados porque não corresponderam às expectativas dos pais.

- Meninos com os braços feridos de picadas de injeções de drogas.

- Menino que cabe no colo, se retorcendo de dor no chão de uma casa, com overdose de cola.

- Meninos destruídos pelo *crack*.

- Adolescentes que se prostituem e entram no mundo da delinquência das mais diferentes maneiras, para comprar drogas e supérfluos.

São inúmeros os casos que poderiam exemplificar o mundo da realidade com o qual trabalhamos. Este mundo, que supera de longe o mundo da ficção. A realidade, ao contrário do que se diz, é muito mais rica que a ficção, só que este mundo da realidade parece não ser o da maioria das pessoas, porque muitos ainda se surpreendem quando ouvem contar ou quando presenciaram algum dos casos acima descritos.

Atualmente vivemos um momento onde a inversão de valores é muito presente, são muitos os apelos para a preservação da natureza e dos animais. É necessário, é justo e justificável. Temos mesmo o dever de preservar os rios, a natureza, as baleias, cuidar dos cachorros, mas precisamos cuidar das nossas crianças

e jovens também. Precisamos avançar numa mudança de paradigmas, na garantia da proteção integral às crianças e adolescentes.

Enquanto não mudarmos nossa postura, não estaremos legitimizados para falarmos em inclusão. Existe uma parcela da nossa população infantil e juvenil que nem ao menos é olhada, quanto mais tocada. Crianças e adolescentes que só conhecem a linguagem do desamor, da rejeição, e só conseguem estabelecer vínculos com a sociedade através de conflitos, porque de outra forma jamais serão notadas.

Acredito em ações dignas de inclusão que auxiliam as pessoas na sua sobrevivência, mas que exerçam um efeito positivo no resgate da cidadania. Na ótica perversa da sociedade moderna, isto traria um “grave problema”, porque implicaria também o resgate da auto-estima destes sujeitos de direitos, do desejo de participar e opinar no “mundo das idéias”.

Imaginem que boas contribuições poderiam trazer e quantas intervenções positivas poderiam oferecer. Eu posso afirmar isto porque tenho aprendido muito com os adolescentes e suas famílias. Muitas são as lições de vida, de sobrevivência, de senso de coletividade e principalmente de solidariedade.

Sentimentos como estes não se pode aprender nos livros. Aprende-se quando temos um verdadeiro amor pela vida, pelas pessoas, pela natureza. Só concretizamos isto através de ações que partem de boas idéias, paixão e muita dedicação.

Neste contexto de debates sobre a inclusão, ainda resta uma pedra para ser removida do caminho: a questão da escola. É uma grande pedra, porque a escola é uma questão importante na vida dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa em meio aberto.

Ao receberem a medida socioeducativa, os adolescentes recebem também a obrigação de freqüentarem a escola, pois estes quase sempre possuem defasagens em todas as áreas, e a tarefa de reconduzi-los à escola é bem difícil.

Sempre é encontrada muita resistência. De ambas as partes. Dos jovens, que já sabem que serão rejeitados, e da escola, que na figura de seus representantes reagem das formas mais diversas possíveis, mas sempre no caminho da rejeição.

Um diretor se desculpa por não ter vaga, outro agride os próprios agentes da ONG por estarem tentando atrapalhar o bom andamento da sua escola, outro diz já ter problemas suficientes, e há aqueles que aceitam, mas já com os dias contados para a expulsão.

Neste contexto de dificuldades e motivada pelo meu mestrado, surgiu a idéia de criar uma Escola de Passagem para atender estes adolescentes em conflito com a lei que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto, e também dar atendimento aos adolescentes que saem da medida de internação no CASE – Centro de Atendimento Sócio-Educativo.

É importante salientar que a Escola de Passagem foi criada para atender a uma percentagem reduzida no grupo dos adolescentes “infratores”. Esta proposta não é direcionada para todos os adolescentes em conflito com a lei que cumprem

medidas socioeducativas, mas, sim, para aqueles que estão no limite entre o perder-se para sempre ou terem uma chance de serem resgatados.

Para legalizar e formalizar esta escola, foi assinado um convênio com a Secretaria de Educação do Município de Santo Ângelo e foi eleita uma escola municipal para ser, como chamamos, “a escola-mãe”, escola de referência, onde os adolescentes são matriculados. Os professores da Escola de Passagem são municipais lotados nesta escola-mãe e cedidos para a ONG, depois de passarem por uma triagem feita pelos técnicos do CEDEDICA.

A Escola de Passagem atende até a 6ª série. A maioria dos adolescentes está nas séries iniciais ou ainda não foram alfabetizados. São oferecidas apenas vinte vagas que são disponibilizadas em horários alternados, porque, além de o espaço não comportar um número maior de jovens, a proposta de atendimento, quase que individualizada, requer que não se atenda mais de dez adolescentes no mesmo turno de trabalho. No turno alternado à escola, eles se ocupam no Espaço Pedagógico da Cooperativa Flor & Ser, no projeto de esporte; as meninas na Cooperativa de Mães, além do cumprimento da medida socioeducativa a eles imposta.

O termo “passagem” foi criado para dar idéia de transitoriedade, pois apesar de os alunos terem um atendimento considerado válido como currículo escolar, o objetivo é o retorno deles à escola regular. O período que passam na Escola de Passagem é um momento de reestruturação e preparação para o retorno à escola formal.

Neste processo, esta escola tem um papel fundamental de legitimação de um discurso de que é possível mudar a realidade e o destino destes jovens e suprir uma lacuna deixada pelo Estado no enfrentamento desta questão. Para isto, criamos oportunidades e condições que permitam ao nosso aluno ter esperança e traçar um projeto de vida, pois sem uma perspectiva de futuro digno não tem como uma pessoa se situar no mundo, ter esperança e ser feliz.

A dificuldade que encontramos em discutir com a “escola” a questão do atendimento ao adolescente em conflito com a lei se reflete na forma como interpretam e rejeitam o ECA. Infelizmente, a grande rejeição que o ECA sofre na sociedade tem sido identificada no Magistério. O professor tem encontrado uma justificação para o fracasso do processo educativo e o atribui ao Estatuto, sob o pretexto de que este lhe subtraiu autoridade. Equívoco.

Precisamos, como educadores, mudar nossas posturas e refletir sobre a educação como esperança, conforme expressou Paulo Freire ao dizer que ensinar exige a convicção de que a mudança é possível e que não se pode pensar a Educação sem amor.

A dificuldade na discussão do Estatuto é que esta Lei veio para promover a criança e o adolescente da condição de objeto para a condição de sujeito. Objeto se adestra, se coloca em lugares. Sujeito exige outra relação, em uma dupla mão de respeito no processo de construção da educação e, em conseqüência, de cidadania. Educar sujeito é muito mais complexo do que adestrar objeto. Daí a dificuldade encontrada pelos educadores na atualidade.

No caso específico dos adolescentes em conflito com a lei, educandos em situação de risco pessoal e social, o processo é muito mais complexo. Os educadores estão permanentemente convivendo com a tensão e até com alguns riscos, dependendo do caso que atendem. A eficiência do professor está na capacidade e na habilidade dele em ser afetivo e ao mesmo tempo firme, impor o limite na hora certa e sustentar medidas que, às vezes, são necessárias, correndo riscos.

Entender essa nova dimensão em que se encontra a criança e o adolescente significa se readequar e se desacomodar. Significa acreditar, trabalhar mais, traçar uma nova postura pedagógica, com metodologias de ensino atrativas e com significado para o aluno. Significa, também, readequar o espaço escolar, as rotinas, os tempos, rasgar os manuais, olhar para os alunos e conhecer a realidade de cada um. Saber onde moram, com quem vivem, como se relacionam com os outros e com o mundo. Significa, também, estar atento aos detalhes de cada um, como saber se comeu antes de vir para a escola, saber porque está sujo, porque está cheirando a fumaça depois de uma noite fria de inverno.

Como bem coloca Emilio García Méndez, cada tempo possui seus “temas emblemáticos”. O tempo em que vivemos é marcado pelo tema da violência. Como sintoma social, a violência invade e ocupa espaços no cotidiano de nossas vidas, refletindo diretamente na escola.

No centro deste debate, inclui-se a questão relativa ao adolescente em conflito com a lei e, naturalmente, sua relação com esta escola que dispomos, porque o direito à educação se constitui em direito fundamental. O que se tem percebido é que, apesar da evolução dos saberes e das instituições sociais³, não se tem conseguido realizar a necessária reestruturação da escola para incluirmos os que mais necessitam dela.

No caso de o aluno ser um adolescente em conflito com a lei, a necessidade de uma ajuda efetiva em relação a todos os aspectos de sua vida é fundamental para a sua recuperação. Nesse item entra a questão da escolaridade, porque quase sempre estão em defasagem ou evadidos.

Fala-se em escola como forma de ressocialização, mas é preciso mais do que um discurso. É primordial que a escola e seu corpo docente dêem ao aluno uma oportunidade real de socialização, através de um caminho que o leve a uma condição digna de vida.

Para enfrentar o desafio de trabalhar com estes alunos, que são adolescentes com sérios problemas de conduta, a Escola de Passagem tem uma proposta de, no primeiro momento, fazer este jovem sentir-se parte e responsável pelo processo

3 – Em comparação com outras instituições da modernidade, como a fábrica e o hospital, a escola foi a que menos se modificou, do ponto de vista de seu funcionamento e organicidade. É correto dizer que, como no século XIX, ainda prevalecem os estudantes enfileirados, o giz e o quadro-negro. Por seu turno, a fábrica atual guarda pouca semelhança com as primeiras experiências industriais do século XVIII.

educativo da escola. Isto se faz através da participação deles em todas as atividades delimitadas no processo de construção.

Os adolescentes encaminhados para a Escola de Passagem participaram desde a construção física do ambiente. Ajudados por um mestre de obras, eles reformaram um prédio que estava abandonado no fundo da sede da ONG, e construíram as suas salas de aula.

O mais interessante e que vale a pena ser contado é que, passado um tempo, conseguimos alugar um prédio maior e mais confortável para colocar a Escola. O resultado prático é que esta nova escola foi arrombada e foram perdidos diversos materiais. O dano não foi muito porque, com este episódio, ganhamos a certeza de que a velha escola era deles e que aquela sim tinha um significado real. Sem dúvida precisava ser cuidada e preservada por eles. Entregamos o prédio alugado, que ficava ao lado do CEDEDICA, e voltamos para a nossa velha escola.

Este fato ilustra bem o quanto é importante fazê-los participarem de tudo. No estabelecimento das regras de convivência, na participação da escolha e compra dos materiais que serão utilizados na sala de aula, observando preço e utilidade, na organização do espaço, na escolha dos conteúdos que vão ser desenvolvidos, no estabelecimento dos horários do trabalho, das atividades lúdicas e na avaliação de cada um, é necessária a participação deles sempre.

Nesta escola são discutidos diariamente as dificuldades ou conflitos ocorridos, orientando sempre a discussão para a valorização e o fortalecimento das virtudes de cada um e procurando coletivamente alternativas para a superação das dificuldades.

A auto-estima e a autoconfiança são elementos fundamentais neste processo de construção pessoal dos alunos. Ela é trabalhada através da valorização do mundo e da sua realidade. A proposta parte sempre do que eles sabem, das suas vivências. A partir disto eles vão buscando novas experiências, sempre positivas, porque sabem que servirão de exemplos nas nossas discussões.

A proposta da Escola visa, também, ao respeito às singularidades de cada aluno e de cada situação. Os encaminhamentos não podem ser automatizados pelo hábito ou justificados pela falta de recursos ou precariedade dos meios. Quando surgem dificuldades para realizarmos alguma atividade desejada pelos alunos, por exemplo uma oficina de desenho, os professores junto com os alunos adaptarão o local e o material usando a criatividade.

Com os adolescentes tudo pode ser adaptado e eles são mestres na criatividade. O que não pode ser adaptado é a presença solidária, comprometida, construtiva, aberta e, principalmente, desacomodada que o nosso educador tem que ter para trabalhar.

Assim se concebeu o conceito de uma escola de passagem. Um espaço construído nas dimensões físicas e pedagógicas. Um lugar que toda a equipe CEDEDICA – professores, funcionários, técnicos – e os alunos reconstruíram, adaptando-o para o exercício da cidadania e, conseqüentemente, para a inclusão.

Os adolescentes que cumprem medida socioeducativa em meio aberto e que são indicados para a Escola de Passagem, num primeiro momento, são recebidos com todos os seus hábitos e vícios para que possamos trabalhar no enfrentamento desta realidade.

A equipe da escola passa a fazer parte do mundo deles, conhecendo-os na sua essência. Quando se fala em essência, fala-se em conhecer o mundo que habita. Sua família, condições de vida, relacionamento familiar. O primeiro movimento é respeitar suas dificuldades e ajudá-los a superá-las juntamente com o grupo.

A Escola de Passagem tem uma proposta pedagógica que norteia o trabalho. É uma prática construída diariamente junto com os meninos que nos trazem seus anseios e necessidades. São trabalhados conteúdos que tenham significado para eles.

No trabalho são enfatizados fundamentalmente questões e valores como auto-estima, socialização, humanização, reflexão do mundo em que vivemos, libertação, compromisso social e diálogo. A formação dos alunos não é pensada apenas como uma atividade intelectual, visando a um produto final. A educação se faz não apenas no aprender para trabalhar, mas no trabalhar para aprender. O que se busca nessa escola é a valorização de uma trajetória e descobertas feitas nesse caminho, visando a um reconhecer-se como cidadão, onde o conhecimento e a aprendizagem se constituem em mais um elemento, porém não o único, nem o fundamental.

Tem que ser um processo global, complexo, onde conhecer e intervir no real não se encontram dissociados, porque aprende-se participando, vivenciando sentimentos, tomando atitudes diante dos fatos, escolhendo procedimentos ideais para atingir determinados objetivos. Ensina-se não pelas respostas dadas, mas principalmente pelas experiências proporcionadas e pelos problemas criados e trazidos por eles.

A meta educacional da Escola de Passagem visa ao equilíbrio entre o “ser saber” e o “saber ser” para atingir o objetivo de formar o adolescente como um sujeito social, consciente, apto a lidar e suportar o preconceito desta sociedade excludente, habilitando-o para o retorno à escola formal.

Neste projeto de escola, o educador tem que ser realmente um orientador e ser capaz de atender as diversidades trazidas para a escola pelo aluno, buscando ressignificar o espaço escolar permanentemente. Ressignificar também o tempo, espaço, rituais, costumes, rotinas e processos, de modo que possamos efetivamente atingir o objetivo de formarmos sujeitos ativos, reflexivos, adaptados e atuantes no meio em que vivem.

Em linhas gerais, o processo pedagógico da Escola de Passagem pode ser comparado a uma oficina de teatro, onde exploramos emoções e sentimentos positivos que muitas vezes estão escondidos no fundo da alma, e que, se não forem bem explorados, podem perder-se para sempre sem nunca terem aflorado.

Educar é sempre uma aposta permanente no outro. A aposta nesses jovens com dificuldades é ainda maior, porque implica acreditar e assumir posturas valorizando o que o educando sabe, o que traz em sua bagagem familiar e comunitária

e o que tem, minimizando o que ele não sabe. Deve-se utilizar o que fez no passado, a sua história, com a finalidade de lhes proporcionar uma reflexão e uma crítica, sem renovar processos de rotulação e reforço negativo.

Ao trabalharmos com estes adolescentes, devemos perceber o que eles têm em comum com os jovens de sua idade e sermos capazes de estabelecer o exato equilíbrio entre o limite e o afeto. Temos que saber que dar limite e ser exigente é a demonstração do respeito que se tem por ele. O nosso olhar para este jovem tem que ser com a visão dos olhos e do coração, para que não sejamos impelidos a ver apenas o infrator rotulado, ofuscando o ser humano que está diante de nós.

Ensinar exige a convicção de que a mudança é possível. Infelizmente a escola formal, como está posta e diante da resistência em acolher estes adolescentes, não tem se revelado aliada neste discurso, e muito menos nesta prática.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Gilberto. *Práticas Reprodutivas e Transformações nas Escolas Públicas*. Conteúdo Escola, p. 01, abr., 2005. Disponível em: <<http://www.conteudoescola.com.br/site/content/view/148/31/1/3>>. Acesso em 20-05-05.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei nº 8.069, de 13-07-90. São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. *Parâmetros Curriculares Nacionais (5ª a 8ª séries). Terceiro e quarto ciclo do Ensino Fundamental*. Brasília, MEC, 1998.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, 05-10-88*. In: CAHALI, Yussef Said (org.). *Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. 4ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA e linhas de ação sobre necessidades educativas especiais. Brasília, 07 a 10-06-94.

DEMO, Pedro. *Conhecimento e Aprendizagem: Atualidade de Paulo Freire*. Disponível em: <<http://168.96.200.17/ar/libros/torres/demo.pdf>>. Acesso em 19-07-05.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Conheça esse instrumento de cidadania. Disponível em: <<http://www.cedecaceara.org.br/eca.htm>>. Acesso em 13-06-04.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico. Explicitação das Normas da ABNT*. 13ª ed., Porto Alegre, s. n., 2005.

GALEANO, Eduardo. *De Pernas pro Ar: a Escola do Mundo às Avestas*. Porto Alegre, L&PM, 1999.

LARROSA, Jorge. *Tecnologias do Eu e Educação*. In: DILVA, Tomaz T. da (org.). *O Sujeito da Educação: Estudos Foucaultianos*. Petrópolis, Vozes, 1999.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri, Manole, 2003.

NOVOA, Antonio (org.). *Profissão Professor*. Coleção Ciências da Educação. Lisboa, Editora Porto, 1992.

PERRENOUD, Philippe. *Dez Novas Competências para Ensinar: Convite à Viagem*. Porto Alegre, Artmed, 2000.

RIZZINI, Irene. *Crianças e Menores do Pátrio Poder ao Pátrio Dever: Um Histórico da Legislação para a Infância no Brasil (1830-1990)*. In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (orgs.). *A Arte de Governar Crianças: A História das Políticas Sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil*. Rio de Janeiro, Instituto Interamericano Del Niño/Editora Universitária Santa Úrsula/Amais.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei – da Diferença à Proteção Integral: uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília, Editora do Autor, 2002.

PRISÃO PARA JOVENS: SERÁ ESSE O CAMINHO?

MARCELO MALIZIA CABRAL

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Diretor do Departamento de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos da AJURIS e Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP
mmcabral@tj.rs.gov.br

A criminalidade bate diariamente em nossas portas.

Ficamos chocados com a quantidade de crimes que ocorrem em nosso meio, muitos deles praticados com extremada violência. E o pior de tudo é que o número de delitos cresce a cada dia. E as soluções que apregoamos, no mais das vezes, estão ligadas ao aumento das penas e da repressão ao crime.

Entretanto, esse caminho não produz os resultados almejados. E isto pode ser afirmado com precisão e seriedade, porque vivenciamos experiência recente no Brasil, no sentido de se tentar conter a criminalidade com o aumento de penas e com o aumento no rigorismo de sua execução, inexitosamente.

Aliás, idêntico fracasso experimentaram diversos países nas últimas décadas, ao buscarem a contenção da criminalidade violenta com a adoção da mais grave das sanções: a pena de morte.

Criminalidade e violência não se reduz com prisão, mas com garantia de direitos.

Importa destacar-se, outrossim, ser o Brasil um dos países em que se responsabiliza o jovem mais cedo no mundo: a partir dos 12 anos de idade.

Ao contrário do que sustentam alguns, desde essa idade o jovem pode ser responsabilizado pela prática de algum crime (chamado de ato infracional quando praticado por menores de 18 anos) e receber punições (denominadas de medidas socioeducativas) que vão desde a advertência, passando pela prestação de serviços comunitários e chegando à privação de liberdade por até 03 anos.

Também se deve pontuar que os índices de reincidência entre adolescentes são sensivelmente menores do que os verificados entre os adultos, o que se atribui em muito às particularidades do sistema de responsabilização penal juvenil.

Sublinhe-se, igualmente, que a responsabilização pelo sistema criminal aplicado aos adultos é recomendada por normas internacionais somente para pessoas com idade igual ou superior aos 18 anos.

Então, reduzir-se a maioria penal para os 16 anos, como querem alguns dirigentes políticos de nosso país, seria um equívoco sem precedentes que em

nada contribuiria à redução da criminalidade, mas aumentaria sensivelmente a população carcerária e os índices de reincidência entre jovens, além de constituir indesejável retrocesso na proteção dos direitos humanos da infância e da juventude.

Justamente por esse motivo, a Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP firmou posição nesse sentido e está realizando atos públicos por todo o País para debater e informar a população sobre esse tema.

Os magistrados do Rio Grande do Sul também firmaram posição contrária a esse mal, aprovando tese em que repugnam a redução da maioria penal, por unanimidade, quando do VIII Congresso de Magistrados Estaduais, realizado no último mês de junho, em Pelotas.

Conclama-se, assim, a sociedade e a classe política brasileira, preocupadas com a redução da criminalidade entre jovens, à implementação de uma política séria de inclusão social, com a redução das desigualdades, a concretização de direitos humanos à infância, à juventude e ao cidadão, a humanização das casas de privação de liberdade e o acolhimento e a real oferta de oportunidades de trabalho e dignidade ao ser humano livre, preso ou egresso de aprisionamento, única forma de se reverter o fenômeno do aumento da criminalidade no Brasil.

TOQUE DE RECOLHER OU TOQUE DE ACOLHER

LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA

Promotor de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Educação pela UNESP. Maio/2009.

SERGIO FEDATO BATALHA

Estagiário do Ministério Público de São Paulo, aluno das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

Não é de hoje que se fala em “toque de recolher”. O também denominado “recolhimento obrigatório” nada mais é do que a proibição, decretada por uma autoridade competente, de que as pessoas permaneçam nas ruas após determinada hora, individual ou coletivamente, de sorte que aquele que desobedecer aos mandamentos impostos pode ser detido e penalizado (*pt.wikipedia.org/wiki*).

Costuma-se dizer que o toque é uma medida de segurança pública e garantia da ordem civil, podendo ser usado, também, como método de repressão política. O nome deriva essencialmente da prática europeia, na qual, durante as guerras, o toque de uma sirene sinalizava a necessidade de recolhimento dos cidadãos. Exemplo clássico de seu uso deu-se na Alemanha nazista, entre 1933 e 1945, em que se limitava a liberdade dos judeus, entretanto, existem vários outros exemplos.

No Brasil, atualmente, cidades como Fernandópolis, Mirassol, Itapura e, mais recentemente, Ilha Solteira aderiram à idéia. Estabeleceu-se, de um modo geral, que: a) os menores de 13 anos desacompanhados dos pais só poderão ficar nas ruas até as 20h30min; b) os menores entre 13 e 15 anos podem permanecer nas ruas até as 22h00min; e c) os menores entre 15 e 17 anos estão autorizados a permanecer fora de seus lares até as 23h00min. Sem discutir o aspecto processual, a pergunta que se faz é a seguinte: É possível restringir direitos constitucionalmente assegurados às crianças e aos adolescentes, tendo como fundamento uma genérica e imprecisa política de “segurança pública”, visando a diminuir a prática de atos infracionais?

Recentemente, uma matéria jornalística a respeito do assunto afirmava que “toque de recolher reduziu a violência em Fernandópolis-SP”. Contudo, não seria mais adequado estabelecer o toque de acolher em relação a estas crianças e aos adolescentes como forma de combater a criminalidade infanto-juvenil?

Tal população encontra-se em pleno desenvolvimento e a adoção do recolhimento obrigatório, afora o nítido cerceamento do direito de liberdade, fere os princípios da dignidade, do respeito, e do desenvolvimento da pessoa humana. Embora tais direitos não sejam absolutos, podendo ser limitados justamente em vista da proteção integral das crianças e dos adolescentes, certo é que o caso não é de limitação válida.

O que se deve ter em mente é que o recolhimento obrigatório não pode ser arbitrariamente instituído com base simplesmente num suposto “interesse público”. Tentar suprir a ineficiência estatal no combate à delinquência com a restrição de direitos das crianças e dos adolescentes é, de fato, uma forma infundada.

Ademais, estará se punindo ou colocando sob suspeita toda uma camada de jovens (posto que todos são colocados num mesmo plano), sendo que apenas uma minoria pratica atos infracionais e necessita de uma atenção especial. Por outro lado, diversos problemas geradores de conflitos e violência decorrem de atos praticados no interior da casa (e não nas ruas) pelos próprios pais que não exercem a devida educação em relação aos filhos. Neste caso, indaga-se: por que não instituir o toque de recolher em relação aos pais que ficam nos bares ao invés de dar atenção à educação dos filhos? Por que não instituir um toque de recolher contra estabelecimentos comerciais que pouco contribuem para uma cultura de paz?

O certo é que não se pode haver a pretensão de se instituir, por meio do direito punitivo, uma sociedade sem crime ou violência, posto que se instalaria o mais tenebroso totalitarismo, uma sociedade policialesca de submissão total.

Deve-se, ao contrário, instituir políticas públicas em prol da melhoria de qualidade de vida e da busca pela paz direcionada aos infratores ou crianças e adolescentes em situação de risco social e pessoal, e não de forma genérica. O direito punitivo emergencial, embora muitas vezes sedutor, não é o meio mais adequado para a pacificação social.

Conforme lembra Andréa Rodrigues Amin, cabe ao Estado executar as políticas públicas de forma eficaz, “[...] não se limitando a recolher o público infanto-juvenil da rua, mas também apoiá-lo, curá-lo, identificar as causas que motivaram o enfrentamento dos perigos das ruas, não esquecendo de cuidar da família, sem a qual todo o trabalho realizado se mostrará inócuo”.

Em suma, se é certo que ao Poder Público incumbe garantir a primazia dos direitos fundamentais infanto-juvenis, não há como aplaudir a implantação do chamado “toque de recolher”. Aliás, é fato que em tais cidades não ocorre o atendimento integral da população na educação infantil. Nenhuma das citadas cidades atenderam ao Plano Nacional da Educação, que determinava como meta para o ano de 2006 atender 30% da população de crianças nas unidades de creche, e estão longe de atingir a meta prevista para 2011, que é atender 50% das crianças. Se se pretende combater a criminalidade e a violência, não seria mais adequado investir na educação, cumprindo o que estabelece o Plano Nacional de Educação?

Pelo que se expôs, percebe-se que o recolhimento obrigatório não é a medida mais adequada para se combater a delinqüência juvenil, haja vista que restringe direitos constitucionais das crianças e dos adolescentes e não ataca o foco principal que gera tal insegurança.

**O “DEPOIMENTO SEM DANO” E
A *ROMEO AND JULIET LAW*.
UMA REFLEXÃO EM FACE DA ATRIBUIÇÃO DA
AUTORIA DE DELITOS SEXUAIS POR ADOLESCENTES
E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 217 DO CP.**

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente, professor da Escola Superior da Magistratura, tem diversas obras publicadas sobre o tema.

Quando se trata de atribuição da autoria de um delito sexual contra criança ou adolescente, um estupro, por exemplo, e a amplíssima gama de condutas que sua nova tipologia encerra após a reforma do art. 213 do CP, o sistema de justiça que naturalmente se inquieta, de uma forma que somente a Freud compete, ainda mais desconfortado fica.

Em se tratando de delito dessa natureza, cuja autoria é apontada na direção de um adolescente, a inquietação não é menor, e será ainda maior sendo a suposta vítima criança ou adolescente.

O desconforto resultante dessas situações pode ser dimensionado pelo extraordinário debate que cerca o tema do chamado “Depoimento Sem Dano”, mecanismo alternativo de inquirição de crianças e adolescentes apontados como vítimas de delitos sexuais.

José Antônio Daltoé Cezar lista os três principais objetivos deste mecanismo: “Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha; A garantia de direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento; Melhoria na produção da prova produzida¹.”

1 – DALTOÉ CEZAR, José Antônio. *Depoimento Sem Dano: Uma Alternativa para Inquirir Crianças e Adolescentes nos Processos Judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62. Nesse procedimento a vítima é ouvida em ambiente distinto, sem os rigores de uma sala de audiência e conduzido por profissional da Assistência Social ou Psicologia, a qual é o “instrumento” das perguntas formuladas desde outro ambiente, no qual estão o Juiz e os demais atores da cena judiciária.

Na crítica que formula a idéia, destaca Alexandre Morais da Rosa², fazendo eco a pronunciamentos dos Conselhos Nacionais de Psicologia e de Serviço Social, que “há uma tensão recíproca entre ‘Direito’ e os respectivos técnicos (Psi e Serviço Social), muito por não se ter clara a questão das ‘fronteiras’ entre as abordagens, não obstante adotar-se a concepção de ‘heteronímia posicional’ proposta por Rui Cunha Martins, entre o lugar e a função do Direito e do saber técnico, com as suas intrincadas relações mal-ditas, bem-ditas, balbuciadas ou silenciadas”.

O tema está distante da pacificação, porém cumpre consignar que a idéia é oferecer uma alternativa às muitas formas de escuta judicial de crianças (especialmente) vítimas de delitos sexuais, na tentativa de minimizar os inevitáveis danos decorrentes dessa inquirição ou reinquirição.

O que deve ser verificado é a necessidade ou não da formalização do procedimento, enquanto garantidor de direitos da vítima e também do acusado, dentro de uma ordem jurídica que assegura o devido processo penal, na lógica do garantismo penal. Nem pela sacralização da vítima, nem pela demononização do acusado, mas, sim, pela busca da verdade e da justiça do caso concreto. O fato é que, com freqüência, atribui-se a adolescentes a autoria de delitos dessa natureza, vitimizando crianças ou outros adolescentes.

Assim, vítima e acusado estão, muitas vezes, em situação de proximidade de grau de desenvolvimento físico, psíquico e emocional, a reclamar dos operadores do sistema de justiça uma ainda maior habilidade na condução desse processo que visa a apurar o fato.

Não se ignora que os Estados Unidos da América introduziram o mundo, antes da Revolução Francesa, na moderna república, e a eles devemos quase todos os conceitos de liberdades individuais que mundo afora estão expressas nas constituições. Pois os norte-americanos, não-signatários da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, sempre lembrados pela carga “puritana” que permeia a ação de sua sociedade e sistema de justiça, em especial juvenil, trouxeram uma contribuição importante sobre o tema, que em nosso país pode ter operacionalidade, em especial diante da nova redação do art. 217 do CP, que criminaliza o sexo com pessoa de menos de 14 anos.

Nos Estados Unidos, em muitos estados daquele país, o sexo consensual entre menores de 18 anos se faz crime, especialmente se homossexual. A lei brasileira, após o advento da Lei nº 12.015/09, criminaliza toda relação sexual com menor de 14 anos³. Não há falar em violência presumida. Há o fato, há o crime;

2 – O DEPOIMENTO SEM DANO E O ADVOGADO DO DIABO. *A violência “branda” e o “Quadro Mental Paranoico” (Cordero) no Processo Penal*. Joinville: mimeo, 2009.

3 – “Art. 217-A – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

“§ 1º – Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

seja consensual, seja por violência ou ameaça. Pois os americanos, que punem o sexo consensual entre adolescentes, conceberam a chamada *Romeo and Juliet Law*⁴.

Poderíamos traduzir, com vista à utilização de seus conceitos por aqui, como “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare⁵. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade⁶. E conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime.

A rigor, a manutenção em 14 anos de idade para a chamada presunção de violência, apta a configurar crime ante a revogação do art. 224 e a nova redação do art. 217-A, todos do CP, reclama uma reflexão maior. Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os 12 anos de idade, permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um delito, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada, exagera a norma ao fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta”.

Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.

“§ 2º – (Vetado)

“§ 3º – Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

“§ 4º – Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

4 – As recentes mudanças na legislação americana que rege o sexo consensual entre menores de idade ou um adulto de 18 anos de idade e um menor de idade reconheceram que essa intimidade não é o mesmo que abuso sexual. As novas leis, chamadas *Romeo and Juliet laws*, inspiradas em Shakespeare, tentam corrigir as sanções excessivamente duras e penas infligidas ao longo dos anos para tais situações. Em 2007, essas leis entraram em vigor em Connecticut, Flórida, Indiana e Texas.

5 – Romeu, de Shakespeare, poderia ser levado à Vara da Infância e da Juventude, vez que teria 16 anos, e Julieta, 13, quando iniciou o *affair*.

6 – Na aplicação da chamada *Romeo and Juliet Law*, a Suprema Corte do Estado da Geórgia (cuja legislação criminalizava a conduta sexual consensual entre adolescentes) liberou da prisão Garnalow Wilson, de 17 anos de idade, que estava preso pela prática de sexo oral com uma menina de 15 anos. A legislação do Estado criminalizava a conduta de práticas sexuais entre adolescentes, mas a Suprema Corte determinou que Wilson fosse liberado porque a nova regra desconfigurou a criminalização do sexo consensual entre adolescentes.

Vejam a hipótese de um namoro entre adolescentes ou pré-adolescentes, entre um menino de 13 anos e uma menina de 11 anos, que resolvam realizar “manobras sexuais investigatórias”, para colocar a questão em termos jurídicos. O que fazer? E se isso forem condutas homossexuais, que acabam produzindo as reações mais estapafúrdias dos pais e às vezes da própria escola, chamando polícia, criando escândalo, criminalizando a descoberta da sexualidade?

A “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada na *Romeo and Juliet Law* dos americanos, deve ser considerada, especialmente nas Varas da Infância e da Juventude, na operacionalidade deste art. 217-A do CP, até mesmo para que se evite algum suicídio.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 248.018-5

2ª TURMA

SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 127 DO ECA. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do art. 127, *in fine*, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida socioeducativa. 2. A medida socioeducativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor, e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida socioeducativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Ministério Público Estadual, recorrente – A. D. P. R., recorrido – Mauricio Fernando Rollemberg de Faro Mello e outros, advogados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 2ª Turma, sob a Presidência do Min. Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, rejeitando, ainda, também por unanimidade, a arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 127 do ECA, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 06 de maio de 2008.

Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

Min. Joaquim Barbosa (Relator) – Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de acórdão proferido no julgamento de apelação interposta pelo adolescente A. D. P. R. Ao julgar o recurso de apelação, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a parte final do art. 127 do ECA (Lei nº 8.069/90) contraria a Constituição Federal e, por conseguinte, afastou a medida socioeducativa aplicada ao adolescente (fls. 44-49).

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial, que não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 88-94), e recurso extraordinário. Neste recurso alega, em suas razões, que, ao contrário do que ficou asentado no acórdão recorrido, não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Afirma que a medida socioeducativa foi aplicada pela autoridade judiciária competente e não pelo Ministério Público. Considera que a remissão é medida de proteção ou socioeducativa que pode ser imposta sumariamente. A imposição de remissão, argumenta, não implica reconhecimento ou comprovação de responsabilidade e tampouco prevalece para fins de antecedentes, motivo pelo qual entende o recorrente ser dispensável a comprovação da autoria e da materialidade do ato infracional, a teor do que dispõe o art. 114 da Lei nº 8.069/90 (fls. 52-66).

O Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, opinou pelo não-provimento do presente recurso, asseverando, contudo, que este Tribunal deve declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da parte final do art. 127 da Lei Federal nº 8.069/90 e oficialiar ao Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X, da CF, para que aquela Casa Legislativa, por meio de resolução, promova a suspensão da parte final do artigo impugnado. A promoção ministerial destaca que a aplicação de qualquer medida socioeducativa em sede de remissão pré-processual vai de encontro aos propósitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, salientando que seria um contra-senso perdoar o menor que comete ato infracional e, logo em seguida, aplicar-lhe medida socioeducativa (fls. 100-104). É o relatório.

VOTO

Min. Joaquim Barbosa (Relator) – A matéria constante do recurso está devidamente prequestionada, pois o acórdão recorrido considerou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 127, *in fine*, da Lei Federal nº 8.069/90, para afastar a advertência aplicada ao menor pelo Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Santos-SP.

Entendeu o acórdão impugnado que o dispositivo mencionado viola o art. 5º, inc. LV, da CF. Extraído do voto proferido no julgamento da Ap nº 35.927.0/1-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as razões invocadas para a declaração incidental de inconstitucionalidade parcial do art. 127 da Lei nº 8.069/90 (fls. 46-49): “[...] Dispõe o art. 227 da Lei nº 8.069/90 que a remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público não importa necessariamente no reconhecimento de autoria ou responsabilidade pelo fato, o que aliás foi mencionado pela douta

Dra. Promotora de Justiça em suas contra-razões de apelação (fl. 29). Todavia, como se falar em aplicação de qualquer medida socioeducativa se não demonstrada sequer a existência do fato e sua respectiva autoria, ainda que a Lei não vede expressamente esta responsabilidade? Evidente a contradição dos dispositivos legais, uma vez que a medida socioeducativa só tem cabimento para reeducação do adolescente se comprovada a prática do ato infracional. Tal não ocorrendo, concedida a remissão pré-processual, não há que se falar em aplicação de medida socioeducativa.

“O art. 5º, inc. LV, da CF assegura aos acusados e a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Ora, diante do dispositivo constitucional, a aplicação de qualquer medida socioeducativa pressupõe a existência do devido processo legal, com comprovação da existência e autoria do ato infracional, de conformidade com o procedimento previsto no próprio Estatuto nos arts. 171 a 190.

“Aliás, o art. 180 do mesmo Diploma Legal, ao tratar do procedimento, estabelece que o Dr. Promotor de Justiça poderá, diante da oitiva informal do adolescente, após a atribuição de autoria de ato infracional, proceder: I – o arquivamento dos autos, II – conceder a remissão, ou III – representar a autoridade judiciária para a aplicação de medida socioeducativa. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, só existem três possibilidades a serem seguidas pelo Ministério Público, não havendo menção a cumulação de medida socioeducativa a remissão pré-processual.

“Se não bastasse o exposto, o art. 189 da Lei nº 8.069/90 estabelece que não será aplicada qualquer medida ao adolescente desde que se reconheça quaisquer das hipóteses ali previstas, ou seja, prova da inexistência do fato, não haja prova da existência do fato, o fato não constituir ato infracional e não-existência de prova da concorrência do adolescente para o ato infracional. Ora, *a contrario sensu* não se pode fixar qualquer medida ao adolescente sem que esteja comprovada a sua autoria, o que só será possível a final de regular procedimento de apuração de ato infracional e não após simples oitiva informal do adolescente, longe do crivo do contraditório.

“Assim sendo, a parte final do art. 127 do ECA contraria não só princípio constitucional, mas também dispositivos outros da própria Lei Federal invocada pelo apelante. [...] Assim, para a aplicação de medida socioeducativa é indispensável a existência do respectivo processo legal. Não sendo este o caso dos autos impõe-se o afastamento da medida socioeducativa. [...]”

Com efeito, a Lei nº 8.069/90 (conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente), inspirada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, instituiu um *sistema* de apuração de responsabilidade dos atos praticados por menores, aos quais são aplicadas *medidas de caráter sociopedagógico* que sempre têm por finalidade a *reeducação* destes.

Com efeito, a remissão é um instituto jurídico expressamente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 126 a 128) e que pode ser identificado como a possibilidade da suspensão ou do encerramento do procedimento

judicial aberto para a apuração de ato infracional, sem incursão no exame da autoria e da materialidade do caso *sub judice*. A Lei nº 8.069/90 prevê duas espécies de remissão, a saber.

A *remissão pré-processual ou ministerial*, prevista no art. 126, *caput*, daquele diploma legal, é aquela proposta pelo Ministério Público antes do início do procedimento judicial para apuração de ato infracional e tem como consequência a *exclusão do processo*.

Depois de iniciado o procedimento judicial, tem lugar a denominada *remissão judicial*, que vem regulada no art. 126, parágrafo único, do ECA. Esta remissão é proposta pela *autoridade judiciária* e pode *suspender ou extinguir o processo*.

Na hipótese em exame, verifico que o procedimento para apuração de ato infracional ainda não havia iniciado quando a Promotora de Justiça designou data para *oitiva informal* do adolescente, nos termos do art. 179 do ECA (fl. 13). Posteriormente, a representante do Ministério Público concedeu remissão ao adolescente, cumulada à aplicação de medida de advertência (fl. 15v.).

Ato subsequente, a Juíza da Infância e da Juventude homologou, por sentença, a manifestação ministerial, para que produza seus regulares efeitos. Ao final da sentença, a magistrada determinou a aplicação de medida socioeducativa de advertência ao adolescente, designando data para a audiência (fl. 16). O recorrente, na data agendada, compareceu ao ato e foi severamente advertido das consequências de uma nova falta, mostrando-se arrependido e prometendo não reincidir (fl. 18).

Estes os fatos, vê-se que, ao contrário do que foi consignado no voto-condutor da Ap nº 35.927.0/1-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a imposição da medida de advertência deu-se por *imposição da autoridade judiciária*, atendendo sugestão da representante do Ministério Público. E nem poderia ser diferente, pois a mera concessão da remissão por parte do Ministério Público, para que alcance a *eficácia* devida deve, necessariamente, receber a *homologação judicial*.

Este entendimento encontra guarida no próprio art. 181, § 1º, do ECA, que dispõe: “Art. 181 – Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

“§ 1º – Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida”.

No mesmo sentido é o entendimento de João Batista Costa Saraiva e de Tarcísio José Martins Costa, respectivamente: “Como expresso no *caput* do art. 112, apenas a autoridade competente poderá aplicar a medida socioeducativa e esta autoridade será sempre judiciária a teor da Súmula nº 108 do STJ, cuja ementa dispõe: a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz. Tal entendimento não desfigura o instituto da remissão composta pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo, pois, quando o agente do Ministério Público concertar remissão a

que seja cumulada medida socioeducativa e quando esta deliberação for posta sob apreciação do Juiz e este a homologar, será a autoridade judiciária quem estará aplicando a medida ajustada pelo Ministério Público, neste caso somente no pertinente às chamadas medidas socioeducativas em meio aberto, únicas possíveis de serem impostas ao adolescente em sede de remissão, como tratado anteriormente”. (*in Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional*, 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 149)

“Na verdade, a remissão por iniciativa do Ministério Público é ato bilateral complexo, uma vez que só se completa mediante a homologação da autoridade judiciária”. (*in Estatuto da Criança e do Adolescente*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 264)

Assim, não há violação de garantia constitucional, porquanto a medida socioeducativa imposta ao menor emanou do órgão judicial competente.

Ultrapassada essa questão relativa à legitimidade para imposição da medida socioeducativa, um segundo aspecto que merece consideração neste recurso diz com a constitucionalidade do art. 127, *in fine*, do ECA.

Leio o art. 127 do ECA: “Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo *incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação*”. (destaquei)

Ora, não há ofensa ao devido processo legal na cumulação da remissão com imposição de medida socioeducativa de advertência. A imposição de tal medida, como na hipótese dos autos, deve ser vista como um modo de o Poder Judiciário chamar a atenção do menor, alertando-o para a gravidade de seus atos no contexto da comunidade em que este reside, sem ter que submetê-lo ao constrangimento inerente a um procedimento judicial.

São precisas as palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (*in Brevíssimas Considerações sobre a Possibilidade de Cumulação da Remissão Pré-Processual com Medida Socioeducativa*, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, vol. 1, nº 1, Porto Alegre, Ed. Síntese, 2000, p. 39), *verbis*: “Admitir a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto significa antecipar a aplicação desta medida sem que haja a necessidade de transcorrer todo o longo *iter* do processo de apuração do ato infracional, provocando a redução de custos para o Estado (que não aciona a sua máquina judiciária) e para o próprio adolescente (que deixa de constituir advogado e de arcar com as custas processuais), isto sem falar na eliminação do desgaste psicológico inerente ao desenvolvimento em qualquer processo judicial, além do que traz uma efetiva celeridade aos feitos envolvendo ato infracional”.

O Pleno deste Tribunal já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema em julgamento e, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, entendeu que o art. 127 do ECA não viola qualquer norma constitucional. A decisão foi assim ementada: “Ementa: Recurso extraordinário. Art. 127 do ECA. Embora sem respeitar o disposto no art. 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do art. 127 do ECA, que autoriza a acumulação da

remissão com a aplicação de medida socioeducativa. *Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sociopedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (art. 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido". (RE nº 229.382, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, de 31-10-02) (destaquei)*

Leio trecho do voto-condutor desse julgamento, proferido pelo Min. Moreira Alves, pela clareza com que situa a matéria: “[...] Ademais, é de notar-se, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sociopedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque *não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (art. 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. [...]*” (destaquei)

Do exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, afastando-se a declaração de inconstitucionalidade nele contida, reconhecendo-se a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa, pela autoridade judiciária, a requerimento do Ministério Público, em remissão por este concedida.

É como voto.

EXTRATO DE ATA

Recurso Extraordinário nº 248.018-5. Proced.: São Paulo. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: A. D. P. R. Advogados: Mauricio Fernando Rollemberg de Faro Mello e outros.

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, rejeitando, ainda, também por unanimidade, a arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 127 do ECA, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, o Sr. Min. Eros Grau e a Sra. Min^a Ellen Gracie. 2^a Turma, 06-05-08.

Presidência do Sr. Min. Celso de Mello. Presentes à sessão os Srs. Mins. Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes justificadamente os Srs. Mins. Eros Grau e Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 70021849310 ÓRGÃO ESPECIAL PORTO ALEGRE

AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. CONSELHO TUTELAR. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.

1. As funções administrativas devem ser exercidas com impessoalidade e imparcialidade. Art. 37, *caput*, da CR. 2. O legislador pode impor restrições ao exercício de cargos e empregos públicos destinadas a assegurar a impessoalidade no exercício da função pública. 3. A proibição do exercício de atividade político-partidária por membro do Conselho Tutelar constitui-se em medida que visa a garantir a impessoalidade e a imparcialidade no exercício de função pública, não violando a liberdade de associação assegurada na Constituição da República. 4. A liberdade de filiação a partido político não impede o legislador de vedar o exercício de atividade político-partidária por ocupantes de cargos e funções públicas. Harmonização entre a liberdade de filiação a partido político e os princípios da impessoalidade e imparcialidade. Cabe ao interessado optar pelo exercício da liberdade de filiação ou pelo exercício do cargo de Conselheiro Tutelar, segundo seus interesses. Ação improcedente.

Partido Democrático Trabalhista – PDT, proponente – Câmara Municipal de Vereadores de Feliz e Município de Feliz, requeridos – Procurador-Geral do Estado, interessado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado em, por maioria, julgar improcedente a ação, vencidos os Des. Luiz Felipe Silveira Difini, Mario Rocha Lopes Filho, Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Vasco Della Giustina, João Carlos Branco Cardoso, Leo Lima, Gaspar Marques Batista, Arno Werlang e Mara Larsen Chechi. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Srs. Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa (Presidente), Osvaldo Stefanello, Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Vladimir Giacomuzzi (impedido), Vasco Della Giustina,

Danúbio Edon Franco, Luiz Ari Azambuja Ramos, João Carlos Branco Cardoso, Roque Miguel Fank, Leo Lima, Gaspar Marques Batista, Arno Werlang, Vicente Barrôco de Vasconcellos, Jorge Luís Dall’Agnol, Luiz Felipe Brasil Santos, José Aquino Flôres de Camargo, Mara Larsen Chechi, Ana Maria Nedel Scalzilli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Roque Joaquim Volkweiss, Alzir Felipe Schmitz, Luiz Felipe Silveira Difini, Carlos Eduardo Zietlow Duro e Mario Rocha Lopes Filho.

Porto Alegre, 14 de abril de 2008.

Des^a Maria Isabel de Azevedo Souza, Relatora.

RELATÓRIO

Des^a Maria Isabel de Azevedo Souza (Relatora) – Adota-se o relatório da fl. 25: “Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT para ver declarada a inconstitucionalidade do art. 9º, letra *b*, da Lei nº 1.867, de 29-12-05, do Município de Feliz, segundo o qual não pode concorrer ao Conselho Tutelar o ‘filiado a partido político na data da inscrição até o término do mandato, caso eleito’, por violação aos arts. 22, inc. I, e 24, inc. XV, da Constituição da República, e aos arts. 8º e 19 da CE (razoabilidade)”.

Na decisão das fls. 25/26, a liminar foi indeferida. Notificados a Câmara Municipal de Vereadores e o Prefeito Municipal, apenas este prestou informações. Alegou que a lei municipal pode ampliar as exigências do art. 133 do ECA para a escolha dos Conselheiros. Citada, a Procuradora-Geral do Estado defendeu a constitucionalidade do ato impugnado. O Procurador-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação. É o relatório.

VOTO

Des^a Maria Isabel de Azevedo Souza (Relatora) – 1. Discute-se, na presente ação direta, a constitucionalidade da proibição de filiação do Conselheiro Tutelar a partido político na data de inscrição até o término do mandato, caso eleito, constante do art. 9º, letra *b*, da Lei nº 1.867, de 29-12-05, do Município de Feliz, *verbis*: “Admitir-se-á o registro de candidaturas que preencham os requisitos da Lei Municipal nº 1.049/94 e os seguintes: a) [...] b) *Não estar filiado a partido político na data de inscrição até o término do mandato, caso eleito*, bem como possuir escolaridade mínima de Ensino Médio”.

Na forma do art. 131 da Lei nº 8.069, de 13-07-90, “O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, na forma da lei”.

São atribuições do Conselho Tutelar, segundo o art. 136 do referido diploma legal: “I – [...]

“II – atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

“III – promover a execução de suas decisões, podendo para tanto: a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações; [...]

“VI – providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; [...]”

“X – representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”.

“Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução.” (art. 132)

São requisitos para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, na forma do art. 133 da Lei nº 8.069, de 13-07-90: “I – reconhecida idoneidade moral; II – idade superior a vinte e um anos; III – residir no Município”.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Município detém competência para estabelecer requisitos para eleição de membro de Conselho Tutelar, além dos acima mencionados, de que é exemplo o acórdão proferido no AgRg na MC nº 11.835-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ*, de 28-03-07, p. 198, de seguinte ementa: “Administrativo. Agravo de instrumento. Não-conhecimento. Pendência de recurso. Não-caracterização de perda do objeto. Ação cautelar. Efeito suspensivo. Eleição de Conselheiro Tutelar. Exigência de prova escrita. Lei municipal. Possibilidade.

“1. A perda de objeto da ação cautelar, diante de não-conhecimento de agravo de instrumento, não ocorre quando o acórdão que nega provimento ao agravo regimental ainda se encontra passível de recurso. 2. O Município, com fundamento no art. 30, II, da CF/88, pode estabelecer requisitos outros além dos estampados no art. 133 do ECA, para eleição de membro do Conselho Tutelar, porquanto o referido dispositivo somente veiculou condições mínimas, que necessitam ser alongadas, a fim de sublevar a referida função. Precedente: REsp nº 402.155-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, *DJ*, de 15-12-03. Agravo regimental improvido”.

No mesmo sentido o julgamento do REsp nº 402.155-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, de 15-12-03, p. 189, de seguinte ementa: “Recurso especial. Mandado de segurança. Candidatura a membro do Conselho Tutelar. Lei municipal. Exigência de escolaridade mínima. Inexistência de violação ao art. 133 do ECA.

“I – A Lei nº 620/98, do Município de Duas Barras, Estado do Rio de Janeiro, ao exigir que os candidatos a Conselheiro do Conselho Tutelar possuíssem, pelo menos, o 1º grau completo, apenas regulamentou a aplicação da Lei nº 8.069/90, adequando a norma às suas peculiaridades, agindo, portanto, dentro da sua competência legislativa suplementar (art. 30, inc. II, da CF). II – O art. 133 do ECA não é taxativo, vez que apenas estabeleceu requisitos mínimos para os candidatos a integrante do Conselho Tutelar, que é serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado. III – Recurso especial provido”.

A esse propósito já decidiu este Tribunal no julgamento do AgRg nº 70017745134, Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo, sessão de 27-11-06, assim ementado: “Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade. Concessão de liminar suspendendo os efeitos dos arts. 19, § 4º, e 22-B da Lei Municipal

nº 30/93, com redação dada pela Lei Municipal nº 456/06, ambas do Município de Inhacorá-RS. Embora não haja dúvida de que é competência do Município estabelecer os requisitos para o preenchimento das vagas de Conselheiro Municipal além daqueles já previstos no art. 133 do ECA, não pode haver distinção entre os concorrentes às vagas. Até porque não há falar em direito adquirido quando se está diante de cargo eletivo. De modo que não têm, os Conselheiros Tutelares, direito adquirido à reeleição pelos ditames estipulados em concurso anterior. afronta aos princípios da isonomia e igualdade. Agravo regimental desprovido. Unânime”.

O Conselho Tutelar colabora na (I) prestação de serviço público de assistência à criança e ao adolescente e (II) na atividade jurisdicional (art. 136, inc. VI). O Conselheiro Tutelar é investido por eleição e por prazo determinado em função pública de natureza administrativa, considerada, segundo o art. 135 do ECA, um serviço público relevante.

Tratando-se de atividade pública, seu exercício está sujeito aos princípios constitucionais informativos da Administração Pública, dentre os quais o da impessoalidade.

No exercício da sua competência, possui o Município liberdade de fixar requisitos para o exercício das funções de Conselheiro Tutelar compatíveis com a natureza das atribuições e adequados à concretização dos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública. A proibição de atividade político-partidária por ocupantes de cargos e funções públicas é restrição que tem por finalidade garantir a imparcialidade no seu exercício.

No âmbito da Administração Pública, tal proibição “afasta a politização dos funcionários e garante a independência e a neutralidade política da Administração Pública e de seus funcionários” (Ribeiro, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 85).

“A progressiva monopolização da intervenção política dos cidadãos pelos partidos políticos transformou estes grupos de interesses nos agentes mediadores privilegiados, senão mesmo únicos, entre os cidadãos e os órgãos de poder, transformando-os, assim, em poderosos agentes sociais com efectivo poder sobre as estruturas do aparelho do Estado. *Os partidos políticos distinguem-se dos grupos de interesses e de pressão precisamente porque têm por finalidade essencial a conquista do Poder: são organizações que lutam pela aquisição, manutenção e exercício do Poder do Estado.*” (op. cit., 174/175)

Segundo Marques Bessa e Nogueira Pinto, “Participantes activos da luta pelo poder, os partidos têm por objectivos colocar nos órgãos do Estado seus *homens*, conquistar os ministérios, a direcção do Estado, ter a maioria dos deputados, controlar a máquina administrativa, dominar o aparelho educativo, estar no comando das alavancas reais da sociedade”. (apud Ribeiro, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 175)

Adverte a autora: “O grande perigo da intromissão partidária no exercício da função administrativa tem início, desde logo, na fase prévia do recrutamento dos titulares dos órgãos e agentes administrativos. O fenômeno, tão freqüente nos nossos dias, do clientelismo político-partidário no seio da Administração Pública traduz-se na colocação, em lugares administrativos de destaque, e na nomeação, para cargos de chefia e direção da Administração Pública, de pessoas somente com base em critérios de filiação ou amizade partidária de um certo compadrio político, ao serem propícias à subalternização do interesse público pelo interesse partidário, põem em causa a integridade da prossecução exclusiva do interesse público e, nessa medida, a imparcialidade administrativa”. (*O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 176)

A Constituição da República, por exemplo, veda o exercício da atividade político-partidária aos Juizes (art. 95). O Código Eleitoral, no art. 366 (“Os funcionários de qualquer órgão da Justiça Eleitoral não poderão pertencer a diretório de partido político ou exercer qualquer atividade partidária, sob pena de demissão.”), veda aos servidores públicos eleitorais a filiação a partido político.

A norma municipal ora inquinada de inconstitucional nada mais é do que um meio para assegurar a imparcialidade do Conselho Tutelar frente aos interesses político-partidários. Nada tem, portanto, de inconstitucional, mas visa a garantir “o princípio da não interferência partidária na actividade da Administração Pública” (Souza, Marcelo Rebelo, *apud* Ribeiro, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 175).

Consiste em mera atuação do legislador de “criar as condições legais e institucionais capazes de, simultaneamente, assegurar e promover o desenvolvimento imparcial da função administrativa” (Ribeiro, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 89). No caso, essa vedação assume maior relevância porque o recrutamento não é pela via do mérito (concurso público), mas pelo voto.

A proibição do exercício de atividade político-partidária por membro do Conselho Tutelar constitui-se em medida que visa a garantir a impessoalidade e a imparcialidade no exercício de função pública, não violando a liberdade de associação assegurada na Constituição da República. Trata-se de norma que harmoniza a liberdade de associação e de filiação a partido político e os princípios da impessoalidade e imparcialidade. Cabe ao interessado optar entre o exercício da liberdade de filiação ou pelo exercício do cargo de Conselheiro Tutelar, segundo seus interesses.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação.

Des. José Aquino Flôres de Camargo – Com a eminente Relatora. Está dentro da autonomia municipal.

Des. Luiz Felipe Silveira Difini – Com a devida vênia da ilustre Relatora, dirijo. A discussão em pauta, como bem destacado pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça, diz especificamente quanto aos limites da competência legislativa do Município para regular a matéria em pauta, qual seja, os requisitos para a candidatura a membro do Conselho Tutelar.

Tal competência, conforme, inclusive, resta incontroverso no feito, vem calçada no disposto no art. 30, inc. II, da CF: “Art. 30 – Compete aos Municípios: [...] II – complementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

Como se vê, aos Municípios compete complementar a legislação federal e a estadual somente “no que couber”, assim entendido aquilo que lhe for autorizado ou, ao menos, naquilo que não afronte qualquer direito e/ou norma constitucional. É, pois, exatamente o que se perquire no presente caso: se há, ou não, afronta da legislação municipal, aos ditames constitucionais.

Ocorre que a norma municipal em exame, ao proibir a filiação partidária para viabilidade de candidatura a membro de Conselho Tutelar, implica, ao menos a meu ver, restrição indevida a dois direitos fundamentais, quais sejam, o de livre associação (art. 5º, XVII) e o de candidatar-se a cargo eletivo (art. 14, § 3º, V, da CF).

O direito fundamental de livre associação vem assim preconizado no art. 5º, inc. XVII, da CF: “XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;” Dessa forma, e como observa Pedro Lenza, “ninguém poderá ser compelido a associar-se e, uma vez associado, será livre, também, para decidir se permanece associado ou não” (*Direito Constitucional Esquemático*, 11ª ed., Editora Método, p. 713).

Nessa perspectiva, desde logo, mostra-se irrazoável o requisito de vedação de filiação partidária do candidato a membro do Conselho Tutelar, uma vez que introduz restrição a direito fundamental não autorizado pela Constituição, bem como, na verdade, não só restringe tal direito, como o priva completamente de eficácia em relação à pessoa candidata ao cargo em comento.

No que tange ao direito fundamental de candidatar-se a cargo eletivo, merece destaque o disposto no art. 14, § 3º, inc. V, da CF: “Art. 14 – [...]”

“§ 3º – São condições de elegibilidade, na forma da lei:

“I – a nacionalidade brasileira;

“II – o pleno exercício dos direitos políticos;

“III – o alistamento eleitoral;

“IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

“V – a filiação partidária;

“VI – a idade mínima de:

“a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

“b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

“c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

“d) dezoito anos para Vereador”.

Tal direito fundamental também encontra restrições na própria Constituição, bem como em legislação infraconstitucional, conforme se depreende do disposto nos §§ 5º, 8º e 9º do artigo retromencionado:

“§ 5º – O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. [...]”

“§ 8º – O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

“I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

“II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. [...]”

“§ 9º – Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Ocorre que a permissão de instituição de restrições em sede de legislação infraconstitucional somente pode ser exercida pela União, uma vez que a ela compete privativamente legislar sobre direito eleitoral.

Assevera-se que as disposições constitucionais mencionadas são de observância compulsória por todos os entes federados, como expressamente prevê o art. 8º da CE:

“Art. 8º – O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

Dessa forma, tenho por evidente o vício de inconstitucionalidade de que padece a legislação municipal em comento. Ademais, também entendo por violado o disposto no art. 19 da CE (“Art. 19 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da *razoabilidade*, da economicidade, da motivação e o seguinte: I – os cargos e funções públicos, criados por lei em número e com atribuições e remuneração certos, são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais; II – a lei especificará os cargos e funções cujos ocupantes, ao assumi-los e ao deixá-los, devem declarar os bens que compõem seu patrimônio, podendo estender esta exigência aos detentores de funções diretivas e empregos na administração indireta; III – a administração pública será organizada de modo a aproximar os serviços disponíveis de seus beneficiários ou destinatários; IV – a lei estabelecerá os casos de contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; V – a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”), merecendo destaque neste ponto as considerações finais do Procurador-Geral de Justiça:

“A questão envolve a estrutura político-institucional brasileira como um todo, não servindo ao seu enfrentamento a proibição de filiação partidária do Conselheiro Tutelar. Se se quer evitar que este ‘use’ o cargo para eleger-se em eleições majoritárias ou proporcionais, então que se lho imponha a desincompatibilização em período razoável antes do pleito. Se se quer que o partido político não ‘use’ o Conselheiro Tutelar para fins próprios, que se criem mecanismos de controle das atividades dos Conselheiros. O que não se afigura proporcional nem razoável é que o fim que se pretende atingir (tomemo-lo, ainda que vago, como sendo a ‘despartidarização’ dos Conselhos Tutelares) possa ser buscado pela via do impedimento à filiação partidária dos Conselheiros Tutelares, porque isso afronta os artigos 8º e 19, *caput*, da Constituição do Estado”.

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação declaratória de inconstitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade do disposto na primeira parte, da alínea *b* do art. 9º da Lei nº 1.867/05, do Município de Feliz.

Desª Maria Isabel de Azevedo Souza (Relatora) – A questão ora debatida não é de Direito Eleitoral. Discute-se apenas a autonomia dos Municípios para disciplinar os requisitos para ingresso na função de Conselheiro Tutelar. Como entes autônomos, os Municípios têm, sim, competência para, neste caso, fixar os requisitos para o exercício desta função. O controle de constitucionalidade, no caso, deve ser feito à luz de outros princípios que regem a atividade administrativa.

Então, não me parece tenha desbordado o Município da sua competência. A vedação ora impugnada atende aos princípios da Administração Pública, principalmente nesse caso em que a pessoa atua como *longa manus* do Juiz. O Conselho Tutelar é, efetivamente, órgão *longa manus* do Juiz. Então, parece-me muito saudável e salutar essa norma, porque o agente atua como linha de frente do Juiz. Afigura-se, portanto, razoável exigir que, durante o exercício do cargo, ele não esteja filiado a partido político. Aquele que pretende dedicar-se a essa causa tão bonita e tão importante da defesa dos adolescentes e das crianças deve optar em não se filiar a partido político. Não vejo, portanto, vício de inconstitucionalidade quer formal quer material.

Desª Mara Larsen Chechi – Rogando vênias à eminente Relatora, acompanho a divergência.

Desª Ana Maria Nedel Scalzilli – Com a Relatora.

Des. Paulo de Tarso V. Sanseverino – Acompanho a eminente Relatora.

Des. Roque Joaquim Volkweiss – Com a Relatora.

Des. Alzir Felipe Schmitz – Com a Relatora.

Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro – Com a Relatora.

Des. Mario Rocha Lopes Filho – Com a divergência, eminente Presidente.

Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa (Presidente) – Com a eminente Relatora.

Des. Osvaldo Stefanello – Estou com a eminente Relatora, acentuando o que ela própria disse, que o Conselho Tutelar é órgão intimamente vinculado ao Poder Judiciário. Ora, se é um órgão auxiliar do Juiz, como é que é permitido que membro do Conselho Tutelar faça parte de um partido político e, ao mesmo tempo, vá concorrer a cargo eletivo?

Eu desejo deixar claro que, se o legislador federal não teve lucidez para ver esse pequeno, mas relevante detalhe, o legislador do Município de Feliz o teve, e parece-me ser, sim, questão que diz intimamente com o interesse do Município, além dessa circunstância de que esse órgão é auxiliar do Juiz, não podendo ter esse tipo de vinculação partidária, com todo o respeito.

Estou com a eminente Relatora.

Des. Aristides P. de Albuquerque Neto – Estou pedindo vênias à eminente Des^a Maria Isabel e aos que lhe seguiram para aderir aos argumentos muito bem expostos pelo Des. Difini, votando exatamente no sentido da procedência.

Des. Vasco Della Giustina – Eminentes Colegas, estive fazendo um levantamento; realmente é a primeira vez que essa matéria chega a este Plenário, e ela comporta muita discussão como se viu agora pelos votos lançados. Existem argumentos bons de lado a lado, mas ainda ficaria, com a vênias da ilustre Relatora, com a divergência. Permito-me ler o parecer ministerial que diz: “A questão envolve a estrutura político-institucional brasileira como um todo, não servindo ao seu enfrentamento a proibição de filiação partidária do Conselheiro Tutelar. Se quer evitar que esse use o cargo para eleger-se em eleições majoritárias ou proporcionais, então que se lho imponha a desincompatibilização em período razoável antes do pleito. Se quer que o partido político não use o Conselheiro Tutelar para fins próprios, que se criem mecanismos de controle das atividades dos Conselheiros”.

Aqui vem um dado importante. “O que não se afigura proporcional nem razoável é que o fim que se pretende atingir, mesmo que ainda [...], como sendo a despartidarização dos Conselhos Tutelares, possa ser buscado pela via do impedimento à filiação partidária dos Conselheiros Tutelares”. Isso afrontaria os arts. 8º e 19 do *caput* da Carta Estadual.

Assim, nessa linha, acompanho a divergência, com a vênias do bem-lançado voto da Relatora.

Des. Danúbio Edon Franco – Com a Relatora.

Des. Luiz Ari Azambuja Ramos – Também, Senhor Presidente.

Des. João Carlos Branco Cardoso – Com o Des. Difini.

Des. Roque Miguel Fank – Não é ignorado nas pequenas comunidades, não é ignorado hoje dentro de Porto Alegre, para quem mora em bairros pequenos, que os partidos políticos tomaram conta das eleições dos Conselhos Tutelares, com todas as conseqüências, e não benéficas, malélicas decorrentes disso.

Há campanhas políticas, há pagamentos para campanhas políticas e há eleições de pessoas subordinadas a partidos políticos. Transpõe o que está em Porto Alegre para Feliz e para todos esses pequenos Municípios. É um horror. Quem comanda hoje o membro do Conselho Tutelar? É o Juiz como éramos nós antigamente? É o dono do partido político, não digo dirigente do partido político.

Sabemos que há Municípios que conseguem manter algo de bom nesse sentido, mas também os exemplos são terrivelmente negativos quando se adentra em alguma coisa, como diz o Des. Stefanello, em algum organismo que é eminentemente ligado ao Juizado de Menores, por intermédio de pessoas que são

subordinadas a partidos políticos, ou seja, escolhe-se quem se quer submeter a um procedimento especial de menor ou quem não se quer submeter a um procedimento especial, ou a intensidade com que se o submete. O dono do partido político, então, dirigente local, é que vai dizer.

Aqui é muito salutar, tira-se. “O Prefeito não quer, ninguém quer, vamos deixar isso absolutamente neutro para que as coisas funcionem normalmente.”

Acompanho o voto da eminente Relatora.

Des. Leo Lima – Senhor Presidente, chamaria a atenção dos Colegas para um detalhe que, pelo menos a mim, pareceu esquecido à primeira vista e deveria ter sido lembrado. Partiria do que já foi salientado na própria ementa da eminente Relatora que diz: “A liberdade de filiação a partido político não impede o legislador de vedar o exercício da atividade político-partidária por ocupantes de cargos e funções públicas”. Há um detalhe. O dispositivo legal que está sendo atacado é apenas e tão-somente relativo à filiação partidária, tanto que a redação, só para lembrar, da letra *b* do art. 9º é a seguinte: “Não estar filiado a partido político na data da inscrição até o término do mandato caso eleito”. Só isso. Não trata de atividade político-partidária.

Então, nessa linha, eminentes Colegas, lembraria que, como salientou o Des. Difini, a previsão da Constituição Federal sobre os direitos políticos, arts. 14 e 15, a regra é de ser a mais ampla possível, pois as restrições aos direitos políticos estão especialmente no art. 15 da mesma Constituição. E ali não consta a situação dos autos.

Ademais, eminentes Colegas, o art. 16 da Lei dos Partidos Políticos, que é a Lei nº 9.096, de 1995, diz: “Só pode filiar-se a partido o eleitor que estiver no pleno gozo de seus direitos políticos”. Então, *data venia*, não vejo incompatibilidade nisso, tanto que, se necessário for que um dos filiados venha a realizar atividade político-partidária, a se candidatar, existem os prazos de desincompatibilização que deverão ser obedecidos.

Por outro lado, a Constituição, Senhor Presidente, estabelece os casos em que há vedação de atividade político-partidária, que é no art. 142, § 3º, inc. V, sobre militares; art. 128, § 5º, inc. II, e, membros do Ministério Público; hoje a Constituição no art. 95, parágrafo único, II, sobre magistrados; art. 73, §§ 3º e 4º, membros do Tribunal de Contas da União; a LC nº 8.094, arts. 46, V; 91, V; e 130, V, membros da Defensoria Pública e o Código Eleitoral no art. 366, fazendo a restrição com relação ao servidor da Justiça Eleitoral.

Chamaria a atenção dos Colegas para esses detalhes porque aqui estamos apenas no plano da filiação, e, uma vez havendo esta proibição, estaríamos restringindo, em contrariedade à Constituição, o exercício dos direitos políticos.

De modo que, nesta linha, estou acompanhando a divergência, a partir do voto do eminente Des. Difini.

Des. Gaspar Marques Batista – Pedindo vênias à Des^a Maria Isabel, acompanho os eminentes Des. Difini e Leo Lima.

Des. Arno Werlang – Da mesma forma, penso que não compete ao Município legislar a respeito. A questão suscitada de ser um auxiliar do Juiz não me

convence, porque existem muitos auxiliares de Juízes dos quais não se exige que não estejam filiados a partido político. Nós temos peritos, nós temos leiloeiros, enfim uma gama de pessoas que servem como auxiliares do Juiz.

E a questão, evidentemente existe, o Des. Roque bem lembrou, há uma distorção do serviço, mas existem outros grupos que não são os partidos políticos que estão dominando.

Des. Roque Miguel Fank – A distorção está na eleição, começa por aí, e se há outros grupos, que os Municípios, guardando a sua pureza original de pequenas comunidades, os combatam da mesma forma como o fizeram agora. Penso que não se pode deixar de analisar também sociologicamente a questão.

Des. Arno Werlang – Estou, com a devida vênia, acompanhando a divergência.

Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos – A colocação de auxiliar do juízo comparativamente a leiloeiro e outros não me parece compatível. O leiloeiro é nomeado para uma execução, todos nós sabemos, o perito também, esse aqui do Conselheiro Titular ele tem mandato, ele nem procura o Juiz, ele é procurado pela comunidade, isso não ocorre com o leiloeiro e com o perito.

Estou acompanhando, no caso concreto, a eminente Relatora.

Des. Jorge Luís Dall'Agnol – Com a Relatora.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos – É uma regra altamente moralizadora. Acompanho a Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70026655233
8ª CÂMARA CÍVEL
OSÓRIO

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FURTO. PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA MAIS SEVERA NO CASO CONCRETO.

Comprovadas a materialidade e a autoria do ato infracional correspondente ao delito de furto, correta a sentença que acolheu a representação, aplicando ao adolescente medida socioeducativa de internação, sem possibilidade de atividades externas. Incidência do preceito do inc. II do art. 122 do ECA, vez que o adolescente possui diversos antecedentes. Recurso improvido, por maioria.

J. P. R., apelante – Ministério Público, apelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em negar provimento ao apelo, vencido o Desembargador-Presidente. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Srs. Des. Rui Portanova (Presidente) e José Ataídes Siqueira Trindade (Revisor).

Porto Alegre, 20 de novembro de 2008.

Des. Claudir Fidelis Faccenda, Relator.

RELATÓRIO

Des. Claudir Fidelis Faccenda (Relator) – Adoto o relatório exarado no parecer do Ministério Público, fls. 138 e seguintes: “Trata-se de apelação interposta por J. P. R., nos autos do procedimento de apuração de ato infracional ajuizado pelo Ministério Público, inconformado com a sentença das fls. 112/122, que julgou procedente a representação, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, sem possibilidade de atividade externa, cumulada com tratamento contra a drogadição.

“O apelante sustenta, em síntese, não estar demonstrada a autoria do ato infracional. Aduz que não apresentava *real* conhecimento do fato, porquanto é usuário de drogas. Menciona que as testemunhas mantêm ligação com as vítimas. Requer o provimento do recurso, para que seja julgada improcedente a representação (fls. 126/129)”.

Contra-razões, fls. 131 a 135v. Parecer do Ministério Público, fls. 138 a 140, pelo conhecimento e não-provimento do apelo.

Registro que foi observado o disposto nos arts. 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado. É o relatório.

VOTO

Des. Claudir Fidelis Faccenda (Relator) – A presente representação atribui ao apelante a prática de dois atos infracionais. No primeiro, em 16-05-08, por volta das 14h50min, o representado, na Rua M. F. P., Osório-RS, tentou subtrair duas latas de desodorante da marca *Rexona Men* no Supermercado D.

No que diz respeito ao primeiro ato infracional a existência está devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência policial acostado aos autos nas fls. 13/14 e pelo auto de apreensão da fl. 16, bem como pelo auto de restituição da fl. 17. A autoria foi confessada pelo representado como se pode observar do exame das fls. 06 e 52.

Vejamus um excerto do depoimento do supervisor do supermercado, fl. 96: “[...] por volta das 14h, voltou para buscar mais desodorantes. Nesta oportunidade, J. pegou dois frascos. Quando J. se dirigia para a rua lateral do mercado, onde pegaria sua bicicleta, o depoente e mais dois funcionários seguraram o adolescente”.

No segundo ato infracional, narra a representação que o apelante, em 23-05-08, às 15h45min na Rua V. Q. M., Osório-RS, tentou subtrair três frascos de *shampoo* no interior da loja P. U. A autoria e a materialidade restaram comprovadas. A materialidade está devidamente evidenciada pelo boletim de ocorrência da fl. 28 e pelos autos de apreensão, fl. 32, e de avaliação, fl. 33.

A autoria, por sua vez, foi admitida pelo apelante, fls. 35 e 52, além de restar comprovada também pelo conjunto probatório, fls. 98/99 e 100 (testemunhas T. F., C. G. e o Policial Militar M. P. S.

Quanto à medida socioeducativa – internação sem possibilidade de atividade externa –, com base no art. 122, inc. II, do ECA, a sentença não merece qualquer reparo. Como muito bem manifestado no parecer do Ministério Público, fl. 139v., o “adolescente conta com 18 anos e possui vasta folha de antecedentes judiciais em razão da prática de ilícitos contra o patrimônio (fls. 79/80 do Processo nº 6.258). Costuma envolver-se em atos infracionais para sustentar o vício oriundo do uso de *crack* e não se submete ao controle familiar”.

Destarte, certas a materialidade e a autoria das infrações, adequada a aplicação da medida socioeducativa de internação, sem possibilidade de atividades externas, imposta pelo Juízo de 1º Grau, que bem sopesou a gravidade da conduta do representado. O apelante possui diversos antecedentes, sendo que os ilícitos praticados contra o patrimônio tem justamente o objetivo de sustentar o vício em *crack*. Assim, ainda que o fato, por si só, não justifique a medida imposta, diante das circunstâncias do caso concreto, entendo que deve ser mantida a internação.

Não se pode ignorar a incidência do preceito do inc. II do art. 122 do ECA, vez que o adolescente possui diversos antecedentes. Tal situação revela um grave desvio de conduta, bem como a ausência de limites comportamentais, razão pela qual se impõe aplicação de medida mais severa. Outrossim, a internação não visa unicamente à reeducação do adolescente infrator, como também garante sua

proteção. Isso se dá porque ele é usuário de drogas (*crack*), sendo mais adequado que seja submetido a tratamento na própria instituição em que for internado, como vem ocorrendo.

A formação do apelante está bastante comprometida, estando em total desajuste social, o que recomenda proteção integral, onde terá a sua disposição escola, cursos profissionalizantes, assistência psicológica e, sobretudo, tratamento para drogadição, além de limites para suas ações, que por ora se mostram desajustadas para o convívio em sociedade e tendentes ao comportamento delitivo.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Des. José Ataídes Siqueira Trindade (Revisor) – De acordo.

Des. Rui Portanova (Presidente) – *O caso.* *Data venia* divirjo do Relator em relação à procedência da representação. A representação narra a ocorrência de dois furtos. Vale a pena descrever a *res furtivae* subtraída em cada um dos fatos: 1º furto – ocorrido em 16-05-08, onde foram subtraídos dois frascos de desodorante *Rexona Men*, avaliados em R\$ 10,98; 2º furto – ocorrido em 23-05-08, onde foram subtraídos três frascos de xampu *Seda*, avaliados em R\$ 17,70; O valor dos bens subtraídos, em cada um dos dois furtos descritos na inicial, totaliza R\$ 28,68.

Insignificância. Em casos como o presente, tenho entendido cabível a aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade do ato infracional equiparado ao crime de furto. Isso porque a finalidade da aplicação de medida socioeducativa é a educação e recuperação do adolescente infrator, tendo em vista, por evidente, a gravidade da infração cometida.

E, no presente caso, tendo havido subtração de frascos de desodorante e frascos de xampu, avaliados em R\$ 28,68 (fls. 17 e 33), é de se aplicar o princípio da insignificância.

Sem reiteração. Além disso, entendo não ser cabível a internação do adolescente com base no art. 122, inc. II, do ECA, porquanto não esteja perfectibilizada, neste caso, a reiteração no cometimento de outras infrações graves.

Aliás, aqui, é importante ressaltar que, embora o representado apresente registros de envolvimento em outros atos infracionais anteriores, estes não valem como antecedentes constitucionalmente válidos, pois, dentre eles, não existe nenhuma sentença transitada em julgado reconhecendo a efetiva prática de infração.

Esta questão foi recentemente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que julgou: “Recurso extraordinário criminal: descaminho e princípio da insignificância. Por ausência de prequestionamento, a Turma não conheceu de recurso extraordinário criminal, mas concedeu hábeas-cópus, de ofício, para anular o título judicial condenatório formado contra o recorrente pela prática do crime de descaminho (CP, art. 334, *caput* e § 1º, c). No caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, embora tivesse considerado de pequena monta os tributos iludidos, negara aplicação ao princípio da insignificância, ao fundamento de restar caracterizada a

habitualidade criminosa do agente. Asseverou-se que a incidência do mencionado princípio está relacionada com a envergadura da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, excluindo, em consequência, a própria tipicidade da conduta. *Entendeu-se que, na espécie, a Corte de origem não poderia ter levado em conta circunstâncias alheias às do delito em tese verificado para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Assim, reputou-se inadequada a consideração de antecedentes criminais do réu (dois processos em curso) para se apreciar se o fato imputado seria ou não típico, assim como se a lesão provocada teria ou não expressão suficiente para preencher o tipo penal em sua acepção material, e concluiu-se pela atipicidade da conduta.* Precedentes citados: AI nº 559.904-QO-RS (DJU, de 26-08-05); HC nº 92.364-RJ (DJU, de 19-10-07); HC nº 89.624-RS (DJU, de 07-12-06); HC nº 88.393-RJ (DJU, de 08-06-07)". (RE nº 550.761-RS, Rel. Min. Menezes Direito, 27-11-07) (grifo nosso)

Logo, a possibilidade de caracterizar habitualidade da conduta do representado não estaria justificada pelos registros de envolvimento em atos infracionais anteriores. Todavia, não é o princípio da insignificância que, a meu ver, mais justifica a improcedência da representação, no particular do presente caso, mas, sim, a exclusão da responsabilidade infracional pela alienação mental do representado. Vale a pena abrir um tópico próprio.

Exclusão da responsabilidade infracional pela alienação mental. Ao observar-se a jurisprudência dos tribunais, bem como desta Corte, é lícito afirmar que, pouco a pouco, vem ganhando força a aplicação de institutos e princípios penais na esfera menorista. Dentre os inúmeros princípios penais existentes, podemos citar alguns que têm sido aplicados com maior frequência no âmbito jurisdicional da infância e da juventude, como o princípio da insignificância e a prescrição da pretensão punitiva e/ou executiva das medidas socioeducativas.

Como o âmago do Direito Menorista é o mesmo do Direito Criminal, qual seja, a proteção dos direitos humanos, é lícito dizer que sempre sobra espaço para aplicação das conquistas que protegem o infrator. Nesse passo, assume especial relevância o instituto penal da exclusão da responsabilidade infracional pela causa exculpante oriunda da alienação mental.

A exclusão da culpabilidade em razão da inimizabilidade por alienação mental está prevista no art. 26, *caput*, do CP e, quando tiver como causa a dependência de drogas, no art. 45 da Lei nº 11.343/06. De rigor, essas são as normas do Direito Penal que determinam a isenção de pena pela inimizabilidade decorrente da alienação mental.

A reflexão acerca da aplicação deste instituto na esfera da infância e da juventude assume especial relevância em razão do aumento indiscriminado do consumo de drogas pesadas entre os adolescentes, especialmente o *crack* e a *merla*.

O crack e a alienação mental. Com efeito, as pessoas que apresentam um quadro de dependência de drogas que causa profunda alteração do sistema nervoso central – como é o caso do *crack* e da *merla*, ambos derivados da cocaína – geralmente não reúnem qualquer condição para entender o caráter ilícito da con-

duta infracional ou de se determinar conforme esse entendimento. Principalmente quando a dita conduta infracional tem como único objetivo obter recursos para a aquisição da droga.

Neste sentido vale a pena transcrever o que diz o Juiz de Direito João Paulo Bernstein, Titular da 2ª Vara Judicial da Comarca de Palmeira das Missões, em trabalho junto à Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: “Todos os magistrados que jurisdicionam Varas da Infância e Juventude, Promotores, Defensores, Assistentes Sociais, Oficiais de Proteção sabem do que se está falando, ou seja, da condição que esses adolescentes nos são apresentados para as audiências, na quase totalidade das vezes trazidos por meio da expedição de mandados de busca e apreensão, em condições precárias de higiene, sem qualquer dignidade, com dificuldades de comunicação, dado o grau de dependência e comprometimento psíquico causado pelas referidas drogas.

“São adolescentes que por vezes estão alheios à realidade que os cerca, uma vez que não reúnem mais condições pessoais para manter relações familiares, assumir qualquer atribuição ou responsabilidade, ou mesmo para ter os cuidados mínimos para preservação de sua saúde, bem-estar e da própria vida. Esses adolescentes estão focados, diariamente, na necessidade de obter a droga a qualquer custo, sendo comum trocarem por ela os objetos familiares ou furtados de terceiros por menos de um décimo do valor.

“Nas infrações contra o patrimônio, que representam a grande maioria dos processos visando à aplicação de medida socioeducativa, cada vez mais constatamos que os adolescentes infratores são dependentes dessas drogas. Entre esses dependentes infratores vimos multiplicarem nos últimos dois anos, com a proliferação do *crack*, os casos de adolescentes com psicose cocaínica, tendo em vista as alterações psíquicas provocadas pela dependência, que, segundo o *Livreto Informativo Sobre Drogas Psicotrópicas*, exige o consumo de doses cada vez maiores da droga: ‘A tendência do usuário é aumentar a dose da droga na tentativa de sentir efeitos mais intensos. Porém, essas quantidades maiores acabam por levar o usuário a comportamento violento, irritabilidade, tremores e atitudes bizarras devido ao aparecimento de paranóia (chamada entre eles de *nóia*). Esse efeito provoca um grande medo nos craqueiros, que passam a vigiar o local onde usam a droga e a ter uma grande desconfiança uns dos outros, o que acaba levando-os a situações extremas de agressividade. Eventualmente, podem ter alucinações e delírios. A esse conjunto de sintomas dá-se o nome de *psicose cocaínica*’.

“Feitas essas observações, é possível afirmarmos que esses adolescentes usuários de *crack* e *merla*, após alguns meses de dependência, dificilmente conseguem determinar-se de acordo com o entendimento da ilicitude de suas condutas infracionais, seja em razão da psicose cocaínica, seja em razão da fissura, patologias agudas que destroem a capacidade de escolhas comportamentais. Observa-se, ainda, no dia-a-dia forense, o elevado comprometimento neuronal desses usuários, a ponto de não lembrarem o nome dos pais, data de nascimento e outras informações básicas de suas vidas. Isso caracteriza, sem dúvida, uma alienação mental

patológica, pela dependência em drogas, como disposto no art. 45 da Lei nº 11.343/06”.

Ou seja, o quadro patológico descrito como *psicose cocaínica* pode levar o dependente químico a alucinações, delírios, paranóias e depressões profundas, estimulando, inclusive, condutas violentas de sua parte.

Por outro lado, o uso prolongado e em quantidades cada vez maiores, associado ao alto poder de dependência do *crack*, ainda segundo o *Livreto Informativo Sobre Drogas Psicotrópicas*, ocasionam, invariavelmente, uma vontade avassaladora de consumir a droga novamente, chamada *fissura*: “Logo após a ‘pipada’, o usuário tem uma sensação de grande prazer, intensa euforia e poder. É tão agradável que, logo após o desaparecimento desse efeito (e isto ocorre muito rapidamente, em 5 minutos), ele volta a usar a droga, fazendo isso inúmeras vezes, até acabar todo o estoque que possui ou o dinheiro para consegui-la. A essa compulsão para utilizar repetidamente dá-se o nome popular de ‘fissura’, que é uma vontade incontrolável de sentir os efeitos de ‘prazer’ que a droga provoca. A ‘fissura’ no caso do *crack* e da *merla* é avassaladora, já que os efeitos da droga são muito rápidos e intensos”.

Feitas estas considerações, tenho como imperiosa a conclusão de que adolescentes nessas condições deixam de ser inimputáveis, apenas, em razão da imaturidade natural – por contarem entre 12 e 18 anos –, mas também pela alienação mental. Alienação mental esta que acaba afastando-os por completo da semimaturidade natural da adolescência e, por conseqüência, remete-os novamente ao desenvolvimento mental de uma criança.

A *alienação mental e o direito punitivo*. E, nestas situações, caso estivessemos lidando com um imputável, a exclusão da culpabilidade por alienação mental resultaria na aplicação de medida de segurança para o adulto (arts. 96 e seguintes do CP). Logo, ao adolescente que também se encontra alienado mentalmente, deve ser aplicada uma, ou mais de uma, das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, mais especificamente tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, assim como o tratamento para os alcoólatras e para os toxicômanos.

Contudo, nestes casos fica vedada a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente, seja isolada ou cumulada com medida de proteção. Caso contrário, havendo aplicação cumulativa de medida socioeducativa com medida de proteção, para a hipótese de inimputabilidade por alienação mental do adolescente, estaríamos trazendo novamente para o ordenamento jurídico o sistema duplo binário do Código Penal de 1940. Tal diploma legal permitia a aplicação de medida de segurança em complemento à pena, ainda que o réu fosse considerado parcialmente incapaz.

Nesse sentido a lição de Damásio E. de Jesus: “A reforma penal de 1984, no art. 98, adotou o sistema vicariante (ou unitário): ou é aplicada somente pena ou somente medida de segurança. É uma fórmula unicista ou alternativa: não podem ser aplicadas ao condenado semi-responsável uma pena e uma medida de segurança para a execução sucessiva; ou bem a pena, ou bem a medida de segurança, conforme o caso”.

Enfim, a improcedência da representação e a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa ao adolescente que apresenta dependência patológica de drogas emerge não só da ausência de culpabilidade quando da prática do ato infracional, mas também de sua incapacidade de cumprir a medida socioeducativa. Essa incapacidade resulta da falta de consciência crítica do dependente químico em relação aos seus atos, bem como da ausência de condições de assumir qualquer responsabilidade.

Aqui vale a pena lembrar que a capacidade de cumprir a medida socioeducativa é requisito indispensável para a sua aplicação, conforme o art. 112, § 1º, do ECA. E, nestas hipóteses, como já foi dito anteriormente, a aplicação exclusiva da medida de proteção é a indicada. Isto porque o agir do adolescente não corresponde ao estágio de desenvolvimento natural, considerando-se a sua idade, em face do rebaixamento em sua personalidade.

Essa é a interpretação extraída da norma do art. 112, § 3º, do ECA, que determina tratamento individual e especializado, em local adequado às condições dos adolescentes portadores de alienação mental ou sofrimento psíquico. O tratamento adequado a que se refere a norma supracitada é aquele previsto no art. 101, incs. V e VI, do mesmo Estatuto. Ou seja, medida protetiva.

Quanto ao ponto, diz a doutrina de João Batista Costa Saraiva: “Poderá não se fazer sujeito da medida socioeducativa este adolescente quando padecer de sofrimento psíquico que o incapacite. Tal jovem, mesmo ao atingir a idade de imputabilidade penal, permanecerá inimputável nos termos do art. 26 do Código Penal. Neste caso, sequer responsabilidade juvenil terá, por não possuir capacidade para cumprir medida socioeducativa (art. 112, § 1º).

“Faz-se deste modo insusceptível de aplicação de medida socioeducativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá ser submetido a uma medida de proteção, nos termos do art. 101, inc. V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial, sem submissão de medida socioeducativa”.

Em tempo, é preciso ter cautela na avaliação da existência ou não do sofrimento psíquico decorrente da dependência química, pois nem sempre o usuário de drogas apresentará dependência patológica. Em muitos casos, o usuário de drogas não se encontra em estágio avançado da dependência. Dependência avançada que prejudica a percepção do caráter ilícito do fato, impossibilitando um comportamento de acordo com o entendimento, bem como impossibilitando o recebimento do conteúdo pedagógico contido na medida socioeducativa.

Sendo assim, a incapacidade resultante da alienação mental pela dependência química deve resultar inequívoca das provas constantes nos autos. Caso contrário, se torna necessária a realização de uma perícia médica para detectar a existência ou não da patologia. Quero dizer, quando o conjunto de provas constantes nos autos demonstra, com segurança, que o adolescente apresenta um grau de dependência química, ocasionando um quadro de *psicose cocaínica* ou de *fissura*, conforme antes explicado, a perícia médica é dispensável. Em suma, a

perícia médica na hipótese de incapacidade originada pelo psicológico é complementar e subsidiária para o convencimento do Juiz.

O *crack* e o representado. Sendo assim, ante as peculiaridades do caso concreto, tenho como inafastável a conclusão de que estamos diante de um caso de aplicação do princípio da exclusão da responsabilidade infracional pela alienação mental do representado.

Aqui vale ressaltar que a improcedência da representação resulta das circunstâncias pessoais do adolescente, tendo em vista seu grau de envolvimento com drogas, mais especificamente com *crack*. Envolver este que restou demonstrado em seu relato, durante a audiência de apresentação à Promotoria da Infância e da Juventude (fl. 06): “Admite que furtou dois desodorantes marca *Rexona Men* do Supermercado D., já tendo saído para a rua quando foi alcançado pelo segurança, não lembra o que ia fazer com os objetos, normalmente trocava os objetos que furtava por *crack*. A bicicleta que tripulava era ‘roubada’, mas foi ‘roubada’ por outra pessoa e o depoente deu *crack* em troca. O depoente fuma cerca de duas pedras por dia. Recentemente apanhou na rua de uma pessoa que o acusava de um furto que não cometeu, tendo resultado com ferimentos na cabeça, lábios e dentes, tendo inclusive quebrado dois dentes, possivelmente tendo afundamento no crânio. O depoente deseja ser internado na FASE, ‘para dar um tempo, pra não morrer’. O depoente já ‘roubou’ muitas vezes e não o pegaram. O depoente quer ir hoje para a FASE, ‘para não o pegarem’. O depoente quer ir hoje para a FASE por que senão ‘nunca mais me pegam’. Não quer declinar o nome dos traficantes que lhe fornecem a droga”.

Neste mesmo sentido, o comprometimento da conduta do representado, pelo uso indiscriminado da droga derivada da cocaína, foi corroborado por sua mãe, que, também durante a audiência de apresentação, informou (fl. 07): “Refere que o filho está cada vez pior, já foi um bom filho, mas agora está envolvido com drogas e furtos. Os traficantes ainda não foram na casa da depoente, mas J. já subtraiu um par de tênis. O outro filho da depoente, de 15 anos, já está ficando revoltado, pois nada acontece com o irmão apesar das coisas que apronta. Recentemente deram uma surra no filho. A depoente pede que o filho seja internado na FASE, porque em hospital não adianta, na semana passada foi internado em hospital e ‘virou um louco lá dentro e fugiu’. Se J. continuar assim, teme pela vida dele, até porque a surra foi muito forte. J. não leva os objetos dos furtos para casa, pois troca tudo por droga, entende que J. fuma mais que duas pedras de *crack* por dia, pois chega 03h da manhã em casa”.

Ou seja, tendo em vista os relatos acima transcritos, não seria exagero afirmar que estamos diante de um pedido de socorro, tanto do representado como de sua mãe. Isso porque, motivados pela falta de controle do adolescente em face de seu vício e, inclusive, pelo perigo à própria vida de J., ambos, de forma equivocada, entendem que a melhor solução para o representado seria a internação na FASE.

Aliás, uma simples olhada nos autos, mais especificamente nas fotos do representado, anexadas às fls. 43/49, dá a noção do quanto é necessária alguma medida em relação a este.

Desta forma, tendo em vista que o conjunto probatório contido nos autos demonstra, com segurança, que o adolescente apresenta um grau de dependência química, ocasionando um quadro de *psicose cocaínica* ou de *fissura*, a improcedência da representação é medida que se impõe, com base na exclusão da responsabilidade infracional pela alienação mental do representado.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para julgar improcedente a representação e aplicar ao representado, única e exclusivamente, as medidas protetivas previstas no art. 101, incs. V e VI, do ECA.

Expeça-se alvará de soltura se por *al* não estiver internado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70025836438
7ª CÂMARA CÍVEL
ENCANTADO

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APU-
RAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ART. 121, § 2º, INCS. II E IV,
NA FORMA DO ART. 29, AMBOS DO CP. DÚVIDA QUANTO À PARTICIPAÇÃO
DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”.

Estando-se diante de dúvida invencível acerca da participação do adoles-
cente em co-autoria do ato infracional, ou mesmo que tenha atuado na condição
de partícipe, a improcedência da representação é medida que se impõe. Aplicação
do princípio *in dubio pro reo*. Descabida aplicação de medida socioeducativa, que
exige certeza quanto ao envolvimento do adolescente na conduta descrita na repre-
sentação. Apelação desprovida.

Ministério Público, apelante – V. F. S., apelado.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os magistrados integrantes
da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado,   unanimidade, em negar
provimento   apelação. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, o eminente Sr. Des. Sérgio
Fernando de Vasconcellos Chaves (Presidente) e o eminente Sr. Dr. José Conrado
de Souza Júnior (Revisor).

Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2009.

Des. André Luiz Planella Villarinho, Relator.

RELATÓRIO

Des. André Luiz Planella Villarinho (Relator) – Trata-se de apelação inter-
posta pelo Ministério Público   sentença que julgou improcedente a representação
oferecida contra V. F. S., com fulcro no art. 189, inc. IV, do ECA.

O Ministério Público ofereceu representação contra o ora apelado, em razão
da prática de ato infracional tipificado no art. 121, § 2º, incs. II e IV, do CP, tendo
em vista que, no dia 08-03-08, por volta das 05h40min, na Rua A., Município de
Encantado-RS, o representado, mediante o disparo com um revólver, calibre 32,
matou a vítima M. M. Segundo a representação, o ato infracional foi cometido por
motivo fútil, bem como mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, já que
atingida de surpresa e pelas costas (fls. 02/04). Recebida a representação em
28-03-08 (fl. 33). Interrogado, o adolescente negou a prática do ato infracional
que lhe foi imputado (fls. 44-58). Ouvidas a mãe do infrator (fls. 59-65) e oito tes-
temunhas (fls. 95-132).

Diante dos elementos trazidos aos autos pela prova oral, houve aditamento à representação, imputando ao adolescente a prática do ato infracional tipificado no art. 121, § 2º, incs. II e IV, c/c o art. 29, *caput*, ambos do CP, tendo em vista que, no dia 08-03-08, “[...] por volta das 05h40min, na Rua A., bairro N., Município de Encantado-RS, o *representado*, em conjunção de esforços e vontades com o imputável A. J. S., vulgo ‘P. P.’, matou a vítima M. M., causando-lhe as lesões somáticas descritas no laudo pericial das fls. 134/135.

“Na oportunidade, após a saída de uma festa, o representado iniciou uma discussão com V. C., o que motivou a intervenção apaziguadora da vítima M. M. para que cessasse o atrito. Tal intervenção causou indignação no representado, o qual passou a igualmente discutir com a vítima M. M. Esta, em determinado momento da discussão, disse para o representado que ele só agia daquela maneira porque tinha a proteção do imputável A. J. S., vulgo ‘P. P.’, pessoa de índole violenta e que causa extremo temor nos moradores do bairro N. Então, o representado retirou-se brevemente do local e foi até onde estava o imputável A. J. S., insuflando-o quanto ao desrespeito a sua ‘autoridade’ no bairro por parte da vítima e incitando-o a tomar providências quanto ao comportamento de M. M. Em face disso, o imputável A. J. S. imediatamente foi em direção da vítima, desferindo-lhe um tapa no rosto e, de inopino, desferiu-lhe um tiro na testa com revólver calibre .32 (não apreendido), ocasionando-lhe a brutal morte.

“O representado era ‘protegido’ no bairro por A. e tinha pleno conhecimento que ele andava armado. O ato infracional foi praticado por motivo fútil, isto é, pelo fato de a vítima ter impedido a agressão do representado contra V. C. e ter desrespeitado a ‘autoridade’ de A. J. S. no bairro N. O ato infracional foi cometido mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, visto que o imputável A. J. S., logo após dar um violento tapa no rosto dele, desferiu de imediato um tiro, a curta distância, no meio da testa da vítima, ceifando-lhe por completo qualquer atitude de reação ou defesa”. (fls. 136/138)

O aditamento foi recebido em 24-04-08 (fl. 148v.). Designada audiência, o adolescente foi novamente ouvido (fls. 240-250). Declarada encerrada a instrução, foram substituídos os debates orais por memoriais (fls. 260-265 e 266-267). Sobreveio sentença de improcedência da representação oferecida contra V. F. S., com fundamento no art. 189, inc. IV, do ECA (fls. 269-276).

Inconformado, apela o Ministério Público. Nas razões recursais (fls. 278-283v.), alega que a materialidade do ato infracional está consubstanciada no boletim de ocorrência, no auto de necropsia e na prova oral produzida. Assevera que a participação do adolescente restou suficientemente demonstrada na prova oral produzida. Atenta para o fato de o apelado ter apresentado versões confusas e contraditórias durante as diversas fases do processo, diferentes daquelas apresentadas pelas testemunhas presenciais, demonstrando que faltou com a verdade e perdendo a credibilidade que poderia lhe ser depositada, embora tenha sido coagido a assumir sozinho a autoria do delito na fase policial.

Ressalta que o apelado tinha pleno conhecimento de que A. era pessoa perigosa e temida pela população do bairro, bem como de que ele costumava andar

armado. Assim, a partir do momento em que o provocou a tomar partido na discussão, assumiu o risco de se envolver no evento. Frisa que o ato infracional foi cometido com requintes de crueldade, uma vez que, demonstrando total desrespeito pela vida humana, o apelado incentivou, acompanhou e assistiu A. matar a vítima, retirando-se do local tranqüilamente na companhia dele, sendo, portanto, a participação fato incontroverso. Destaca que o dolo de matar restou evidenciado, não havendo excludentes de ilicitude ou culpabilidade, estando as qualificadoras comprovadas, especialmente o motivo fútil. Requer, em assim sendo, a reforma da sentença, julgando-se procedente a representação e aplicando-lhe a medida socioeducativa prevista no art. 112, inc. VI, do ECA. Em contra-razões, o apelado V. requereu a manutenção da sentença atacada (fls. 285-287).

O Ministério Público, neste grau, pela eminente Procuradora de Justiça Dra. Angela Célia Paim Garrido emitiu parecer pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 289-293v.). Vieram os autos conclusos para julgamento. Registre-se, por fim, que foi cumprido o comando estabelecido pelos arts. 549, 551 e 552, todos do CPC. É o relatório.

VOTO

Des. André Luiz Planella Villarinho (Relator) – Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público em face da sentença que julgou improcedente a representação ofertada contra V. F. S., fulcro no art. 189 do ECA. Trata-se de representação que atribui ao adolescente prática de conduta elencada no art. 121, § 2º, incs. II e IV, c/c o art. 29, *caput*, ambos do CP (fls. 136-138).

A materialidade do ato infracional se encontra devidamente positivada pelo boletim de ocorrência policial da fl. 07, pelo auto de necropsia das fls. 134-135, bem como pelos demais elementos de prova, notadamente a prova oral colhida nos autos.

Relativamente à autoria, restou negada pelo adolescente, que, em juízo, disse ter sido ameaçado para que, na fase policial, assumisse a autoria do fato a ele imputado. Acerca da efetiva participação do adolescente no fato descrito no aditamento à representação, a questão restou analisada com a devida proficiência pela eminente Juíza *a quo*, Dra. Juliane Pereira Lopes, cujos fundamentos, por esgotar a matéria e expressar o convencimento deste Relator, adoto como razões de decidir, a evitar fastidiosa tautologia.

Verbis: “Quando interrogado antes do aditamento à denúncia, o representado V. F. S. (fls. 44-58) relatou que, na data do fato, havia inicialmente ido a E. na cidade de R. S. e após foi ao Bailão B., onde encontrou C., M., I., T., A., N., e ficou com eles ingerindo bebidas alcoólicas. Esclareceu que se relacionava bem com M. Narrou que no Bailão B. discutiu com V. e quando estava indo para casa foi brigar com ele, momento em que M. interferiu, defendendo V. e começou a dizer que se quisesse poderia chamar A., porque não tinha medo dele. Disse que A. ouviu M. dizendo que não tinha medo dele, pois estava na outra rua. Relatou que acabou não brigando com V., que foi embora, e foi para o meio do campinho, onde ficou sentado. Referiu que M. estava na esquina da casa do tio dele, juntamente com L. H. e N.

“Afirmou que A. passou pelo local em que estava, cumprimentou-o e foi indo em direção à esquina, então foi correndo atrás dele, sendo que quando chegou perto, A. deu um tapão no rosto de M. e pediu para ele repetir o que estava dizendo, então puxou A. e disse para ele não viajar, para deixar o cara. Afirmou que A. puxou uma 32 e desferiu um tiro na cabeça de M. Alegou que falou para A.: ‘Bá, você matou o cara!’ e saiu correndo, sentou no campinho e ficou chorando, então A. foi lhe pedir para assumir o disparo, mas disse a ele que não iria assumir, pois não havia mandado ele fazer nada, mas ele lhe apontou a arma e disse para escolher, ou assumiria ou iria morrer. Esclareceu que A. e M. estavam frente a frente e, quando foi tentar puxar A., ele sacou a arma e desferiu o tiro. Acredita que A. tinha a arma na cintura.

“Informou que A. é temido por todos no bairro N. e por tal razão ninguém o apontou como autor do delito. Afirmou que também tem medo de A. Referiu que disse a A. que assumiria o crime, pois foi ameaçado e após nunca mais o viu. Sustentou que A. fez aquilo porque ouviu M. falar seu nome, como se estivesse o desafiando e estava muito embriagado. Mencionou que ele e A. eram apenas amigos de pescaria e que antigamente andava mais com ele, mas nos últimos meses sequer se falavam e não sabe se ele e M. tinham alguma rixa. Narrou que se alguém desafiasse A., com certeza ocorria uma briga, pois ele não tinha medo de ninguém. Afirmou que L. H. e N. presenciaram o fato e acredita que A. tenha ameaçado os dois para eles não terem dito a verdade. Disse que a vítima não fez qualquer menção de brigar com A. e o disparo foi surpresa para todos. Esclareceu que saiu correndo, e A. veio atrás, lhe pedindo para assumir o crime e, cerca de uma hora e meia depois, os policiais foram lhe buscar, sendo que, quando chegou na Brigada Militar, A. já estava lá, então o viu e assumiu a autoria.

“Após o aditamento à denúncia, em sua defesa pessoal (fls. 245-247), o representado disse que teve uma discussão com M., o qual defendeu V., dizendo que na sua frente não bateria nele, mas ficou assim. Relatou que A. lhe perguntou o que tinha acontecido e respondeu que nada, que era para deixar quieto. Alegou que, quando viu, A. estava indo em direção a M., então foi atrás, mas não sabia que ele estava armado, sendo que A. deu um tapa em M. e perguntou o que ele estava falando. Mencionou que foi separá-los e A. deu outro tapa e em seguida puxou a arma e deu um tiro em M. Afirmou que ficou apavorado e saiu correndo. Afirmou que se dava bem com M. e não tinha a intenção de incentivar A. a tirar satisfação com M. Referiu que sabia que A. possuía uma arma, mas na data do fato não sabia que ele a portava.

“S. M. F., mãe do representado (fls. 59-65), disse que na Delegacia de Polícia pediu a V. que lhe contasse a verdade e ele disse que iria assumir a autoria, embora os próprios policiais dissessem que já estavam sabendo que não tinha sido ele e pediam para que contasse a verdade. Narrou que as pessoas do bairro telefonavam para a Polícia dizendo que não teria sido V. o autor do delito e mesmo assim ele dizia que tinha sido ele. Aduziu que desconfiava que alguém tivesse ameaçado seu filho. Relatou que quando foi visitar V. pela primeira vez na FASE

ele começou a chorar e contou que estava sendo ameaçado e por isso teve que assumir a autoria do fato, estava com muito medo, mas estava arrependido, então disse a ele que na audiência contasse a verdade. Esclareceu que V. lhe contou sobre o fato a mesma versão que apresentou em audiência. Afirmou que tem muito medo de A., assim como V. e as pessoas no bairro, que não queriam falar que foi A. o autor do fato.

“Verifica-se, assim, que o representado nega que tenha tido qualquer influência no fato praticado por A., que o teria surpreendido, esclarecendo que assumiu a autoria na fase policial, pois foi ameaçado por ele.

“A testemunha A. M. S. (fls. 95-100) informou que é tia de M. M. e estava no baile com ele, L. H. R. F. e V. C. Relatou que o representado queria bater em V. C., mas M. disse que não iria deixar e mandou ele sair. Disse que foram para o outro lado do salão e V. foi atrás, então resolveram ir embora. Narrou que A. estava no baile e mandava o representado ir provocar V. C. Referiu que o representado se relacionava bem com M. e com sua família. Declarou que o comentário no bairro é de que A. mandou V. provocar M. para que este fosse para casa e ele desse o tiro. Referiu que as pessoas têm medo de falar que foi A. quem desferiu o tiro, sendo que por tal razão V. estaria assumindo o delito. Esclareceu que N. é N. C., que juntamente com L. H. socorreu M. e acredita que tenham presenciado tudo. Disse acreditar que A. estava querendo brigar com M., e, portanto, dizia para V. F. provocar V. C., para que M. interferisse. Referiu que o representado teria sido um instrumento para A. provocar a confusão com M. Mencionou que N. é seu ex-marido e lhe disse que foi A. quem desferiu o tiro e que V. chamou M. para a briga. Afirmou que o representado se relacionava muito bem com M.

“A. M. (fls. 101-103) não presenciou o fato narrado na representação. Apenas informou que o representado era amigo da vítima e era muito amigo também de A. Referiu que os comentários são no sentido de que foi A. quem atirou contra M. e acredita que V. tenha assumido. Informou que algumas pessoas não querem testemunhar por medo de represálias.

“N. C. S. (fls. 104-110) esclareceu inicialmente que é conhecido como ‘N.’. Declarou que estava no baile com A. e seus dois filhos, mas não presenciou nenhuma discussão, pois foi embora antes. Relatou que deixou seus filhos em casa e saiu para dar uma volta, quando então encontrou M., V. C., V. F. e L. H., sendo que V. F. queria bater em V. C., mas M. o estava protegendo. Disse que V. C. foi embora, o representado foi para o campo de areia e ele, M. e L. H. foram em direção a sua casa, momento em que V. F. chamou M. dizendo: ‘Se você for homem você vem aqui’, mas continuaram andando. Asseverou que quando chegaram na esquina de sua casa V. F. falou alguma coisa para A. e os dois vieram em sua direção. Quando chegaram, A. perguntou a M. o que havia falado dele para V. e em seguida deu um tapa nele, sendo que M. não respondeu nada, apenas foi para trás, e neste instante A. deu um tiro na cabeça dele. Mencionou que após o disparo A. e V. saíram caminhando normalmente e V. não pareceu ter ficado

surpreso com o tiro, acreditando que ele sabia que A. faria aquilo, pois foi chamá-lo. Informou que L. H. também presenciou o fato, mas lhe disse que iria contar que não viu nada, talvez porque tenha sido ameaçado. Referiu que V. pode ter sido ameaçado também para ter assumido o homicídio. Informou que M. não fez qualquer menção de agredir ninguém e não portava nenhuma arma, apenas estava defendendo V. C. de V. F.

“P. M. (fls. 111-113) nada soube informar a respeito dos fatos, apenas mencionou que V. tinha respeito por A., mas não a ponto de seguir qualquer ordem que ele ditasse.

“A testemunha L. H. R. F. (fls. 114-121) disse que estava no baile, onde estavam também C., A., V. C., V. F. e A., sendo que V. F. e A. estavam em outro canto. Relatou que V. F. foi bater em V. C. e M. não deixou, então ele se afastou, mas a toda hora vinha querer bater em V. C., sendo sempre impedido. Narrou que saíram do baile e, na esquina do campo de futebol, o representado queria bater novamente em V. C., então M. disse que ele não iria bater e mandou V. embora. Declarou que ele e N. levaram M. embora, mas ele não queria ficar em casa, então foi para sua casa e N. e M. ficaram em frente a casa de M. Asseverou que ouviu um disparo e foi para fora de casa, quando viu N. e outra pessoa no chão, sendo que correu e perguntou a N. o que tinha acontecido e ele respondeu que atiraram em M., então foram prestar o socorro. Consignou que N. disse que tinha sido V. F. Afirmou que foi para casa dormir, mas foi acordado para ir prestar depoimento na Delegacia, onde viu A. e V. F. algemados. Referiu que, na Delegacia de Polícia, V. F. lhe disse: ‘Você não viu, mas diz que fui eu’, então respondeu que não iria falar nada, pois não viu nada. Referiu que M. e V. F. eram amigos, assim como A. e M. que jogavam futebol juntos, no entanto, na data do fato, M. disse para V.: ‘Ah, G., só porque você está com A., você está grandão, isso aqui pode vim contra’, sendo que V. ficou quieto e foi embora. Disse que todos têm medo de A. Sustentou que após o fato não encontrou mais A., o qual não lhe ameaçou. Mencionou que na data do fato, pela tarde, o representado lhe mostrou que tinha um revólver calibre 32, sem munição, e disse que iria fazer uma bobagem porque tinha as balas baixadas. Afirmou que A. protegia V. F. de tudo.

“Após ser sucessivamente indagado, L. H. retificou seu depoimento judicial, assumindo que na realidade presenciou o fato. Declarou que A. perguntou a M. o que ele estava falando, o qual respondeu que não tinha falado nada. A. disse que não era para mentir, pois ele havia escutado e disse: ‘Você acha que é quem para falar de mim?’, e M. respondeu: ‘Oh P. você acha que é o quê, grandão?’ Relatou que A. deu um tapa no rosto de M., que não aceitou, tentou revidar, e A. atirou na testa de M. Afirmou que M. não tinha nada para revidar, mas queria dar um soco em A. Disse que viu A. armado, pois estava ao lado, mas M. não pôde ver. Informou que A. e V. F. em seguida saíram correndo e que acredita que V. já sabia que A. atiraria em M., pois não demonstrou surpresa. Esclareceu que M. falou a V. F.: ‘Ah G., você acha que está grandão só porque está com A.?’ e em seguida V. foi chamar A. e retornaram juntos, mas V. não disse nada, apenas

cruzou os braços, e A. começou a falar. Esclareceu também que V. sabia que A. andava armado e que A. desferiu o tiro com a mesma arma que V. portava durante a tarde. Referiu que A. e V. eram muito amigos e acredita que a briga entre V. F. e V. C. teria sido uma forma de encobrir a intenção de A. matar M. Informou, ainda, que M. não teve tempo de se defender, pois A. deu o tapa e em seguida o tiro.

“G. L. M. (fls. 122-124) declarou que apenas ouviu o disparo, que ocorreu em frente a sua casa e foi socorrer M., mas quando chegou ao local estavam apenas L. H. e N., que apenas gritavam e nada falaram sobre o autor do disparo.

“V. C. (fls. 125-131) alegou que não presenciou o fato narrado na representação, sendo que estava anteriormente ao fato no baile e quando voltou para casa, V. F. estava lhe esperando em uma esquina e queria brigar. Disse que os rapazes que estavam junto lhe mandaram ir embora e puxou M. para ir também, pois ele estava embriagado. Mencionou que não recorda se V. F. lhe provocou no baile, pois também estava embriagado, mas no dia seguinte lhe contaram que sim. Esclareceu que estava com M., L. H. e N., e V. F. estava na esquina e A. do outro lado. Narrou que V. F. foi lhe provocar, mas disse para ele que não queria brigar, quando então lhe puxaram e lhe mandaram ir embora. Afirmou que V. F. gritou para A. mandando ele trazer o bagulho e acredita que o bagulho fosse uma arma. Referiu que após isso foi embora e não ouviu o disparo, pois estava embriagado e sua mãe lhe colocou na cama e dormiu. Esclareceu, ainda, que M. foi lhe proteger, dizendo a V. F. que não era para brigar, momento em que V. chamou A. e pediu o bagulho, então foi pra casa, pois ficou com medo. Informou que o comentário é de que A. matou M. e que ameaçou V. F. de morte se não assumisse a autoria. Afirmou que V. F. não era protegido de A. Por fim, a testemunha G. J. T. nada soube informar acerca do fato (fl. 132).

“Da análise do relato das testemunhas ouvidas, verifico que não existem dúvidas de que o representado não efetuou o disparo contra a vítima, sendo necessário, portanto, determinar qual sua participação no fato, já que a co-autoria é reservada àquele que pratica de alguma forma os atos executórios constantes na figura típica, o que não ocorreu no caso dos autos.

“O contexto probatório não elucida com a certeza necessária o fato que desencadeou a ação de A., se teria ouvido M. o ‘desafiando’ para V. ou se este é que foi lhe chamar para tomar alguma providência contra M., o que configuraria a participação no delito.

“Há apenas duas testemunhas presenciais, que são N. e L. H. N. declarou que, quando chegaram na esquina de sua casa, V. F. falou alguma coisa para A. e os dois vieram em sua direção, sendo que A. perguntou a M. o que havia falado dele para V. e em seguida deu um tapa nele, que não reagiu, desferindo de imediato o tiro que o matou. Disse que V. e A. saíram do local caminhando normalmente.

“Já L. H. referiu que A. chegou com V. no local em que estavam e perguntou a M. o que ele estava falando sobre ele, sendo que M. teria negado ter dito qualquer coisa. A. teria dito então que M. não deveria mentir, porque ele próprio havia

escutado o que M. havia dito, perguntando quem ele pensava que era para falar dele, ao que M. teria respondido que A. estava se achando grandão, momento em que levou um tapa no rosto e tentou revidar com um soco, sendo atingido por um disparo de arma de fogo efetuado por A. Referiu que depois disso V. e A. saíram correndo do local.

“Assim, observa-se que, no momento da execução do delito, V. não teve qualquer participação decisiva, estando apenas na companhia de A., que protagonizou a discussão com a vítima. Aliás, destaca-se que, pelo depoimento de L. H., M., trocou algumas palavras com A., foi inicialmente atingido com um tapa no rosto e somente quando tentou revidar é que houve o disparo de arma de fogo.

“Por outro lado, N. refere que V. foi chamar A., provavelmente para que esse pedisse explicações para M., o que não é referido por outras testemunhas. L. H., ao contrário, afirma que A. disse ter ouvido o que M. havia falado.

“V. C., por sua vez, refere que o representado teria mandado A. buscar o bagulho, o que foi por ele entendido como uma arma de fogo. Todavia, deve ser considerado que V. somente estava presente até o momento em que o representado e os demais se separaram, sendo que esse fato não foi referido pelas outras testemunhas, e, ainda, que ele alegou estar embriagado a ponto de não lembrar ter discutido com o representado na festa e sequer ter ouvido o disparo de arma, dizendo que sua mãe o colocou para dormir.

“Todavia, ainda que V. tenha efetivamente chamado A., relatando o que M. havia dito a respeito dele – fato que não está cabalmente demonstrado, considerando as divergências acima apontadas –, tal conduta não permite concluir que o representado tenha contribuído para a ocorrência do crime.

“Primeiramente, destaco que inexistiu nos autos qualquer indício acerca do liame subjetivo entre as condutas de V. e A., ou seja, do prévio ajuste de vontades para a execução do delito, requisito indispensável da co-autoria.

“A propósito, destaco a seguinte ementa do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito da consciência que deve ter o partícipe de estar contribuindo para a execução do delito: ‘Apelação-crime. Furto qualificado pelo concurso de pessoas e corrupção de menores. Materialidade e autoria evidenciadas. Condenação mantida. [...] Qualificadora do concurso de pessoas plenamente caracterizada. Prova farta do conluio entre o apelante e seus comparsas. *Liame subjetivo que se caracteriza com o partícipe atuando consciente de que está contribuindo para o delito do autor principal*, ainda que este desconheça o auxílio que está recebendo. [...]’ (ACr nº 70014457915, 8ª Câmara Criminal, TJRS, Relª Dra. Marlene Landvoigt, julgada em 25-02-07) (grifei)

“Saliento que as deduções expressadas pelas testemunhas, de que as provocações de V. C. e M. já não passariam de pretexto para que A. matasse M., não podem ser consideradas como prova de fatos, mas apenas como uma impressão subjetiva. Aliás, registre-se que, de regra, quem pretende praticar um homicídio como o descrito nos autos não precisa buscar uma mera discussão como pretexto. Até mesmo o fato de que V. era influenciado e também ‘protegido’ por A. não é unísono no relato das testemunhas.

“De qualquer sorte, o que se conclui é que a conduta do representado não se molda às formas de co-autoria e participação. De co-autoria não se trata, já que o representado indubitavelmente não participou dos atos da execução. Todavia, ainda que se pudesse cogitar de eventual participação, essa forma de co-autoria não foi efetivamente demonstrada.

“Conforme leciona Julio Fabbrini Mirabete, o partícipe, não praticando o preceito primário da norma, pratica uma atividade que contribui para a realização do delito, e a doutrina considera duas espécies básicas de participação: a instigação e a cumplicidade.

“Ainda segundo Mirabete, instiga aquele que age sobre a vontade do autor, fazendo nascer neste a idéia da prática do crime ou acoroçoando a já existente, de modo determinante na resolução do autor. Contudo, consigna o doutrinador que deve a instigação se dirigir à prática do crime determinado, não constituindo participação a incitação genérica para a prática de infrações penais.

“É exatamente tal conduta que não se verifica com a clareza necessária no caso concreto, ou seja, que V. influenciou de alguma forma para que A. desferisse o tiro contra M., até mesmo porque a conduta inicial de A. não foi de atentar contra a vida, mas apenas contra a integridade física da vítima. Observa-se que não há prova de que V. tenha influenciado A. a praticar o delito, não passando as elucubrações nesse sentido de deduções das testemunhas, sem o amparo de provas concretas.

“Já o cúmplice, também segundo o mesmo autor-doutrinador, presta auxílio material ao autor com um comportamento ativo. Também essa forma de participação não está demonstrada na conduta de V. Observa-se que a arma do crime já pertencia a A., embora a menção de testemunhas de que V. já tivesse sido visto com ela em seu poder, não havendo qualquer demonstração de que ele tenha alcançado a arma para A. Assim, não se encontra demonstrado que V. tenha tido conduta penalmente valorável para a prática do delito, não sendo demonstrado que tenha sido co-autor ou partícipe.

“Evidente que não se olvida a discussão anterior de V. com V. C., que gerou a intervenção de M. e, provavelmente, o motivo para a discussão dele com A. Todavia não está tal conduta ligada indissociavelmente ao fato posteriormente praticado, no qual, esse sim, se deve buscar provas da participação do representado.

“Sendo assim, após análise dos elementos probatórios, sobressai a dúvida acerca da efetiva participação do representado no fato descrito no aditamento à representação, e a dúvida, como se sabe, deve ser resolvida em favor do representado”.

Conforme bem-apanhado pela sentença recorrida, em matéria de autoria, segundo a chamada teoria do domínio do fato, autor é quem realiza a conduta descrita no verbo nuclear do tipo, quem tem o poder de controlar, ou de fazer cessar a conduta, bem como quem tem o domínio da vontade alheia – caso da autoria mediata.

Já o partícipe é quem, embora sem dominar a realização do verbo nuclear descrito no preceito primário da norma, contribui de qualquer modo para ele, ou

seja, ele não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito.

No caso em tela, inexistente prova inequívoca acerca da realização pelo adolescente de qualquer atividade que tenha contribuído para a execução do evento, seja no sentido de planejar, seja no de instigar ou mesmo de prestar auxílio para o resultado.

Havendo dúvidas intransponíveis acerca da participação do recorrente na realização do fato, é de rigor a manutenção da sentença, em atenção ao princípio constitucional do *in dubio pro reo*.

Sendo assim, não há falar em aplicação de medida socioeducativa ao adolescente, tendo em vista que esta exige certeza quanto ao envolvimento no ato infracional descrito na representação.

Isto posto, nego provimento à apelação.

Dr. José Conrado de Souza Júnior (Revisor) – De acordo.

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Presidente) – De acordo.

DOCTRINA ESTRANGEIRA

JÚPITER, HÉRCULES, HERMES: TRÊS MODELOS DE JUIZ

FRANÇOIS OST¹

No número de junho de 1990 da *Revue de l'Ecole Nationale de la Magistrature* escreve-se nestes termos a profissão de magistrado: “Não existe de maneira evidente nenhum outro modelo de referência, nenhuma outra definição unívoca de uma profissão que tenda a tornar-se tão multiforme e pluralista”. A constatação, por sua vez, inscreve-se na observação de um campo judicial e jurídico definido como “heterogêneo e complexo”, de tal maneira que as evoluções em curso impedem “toda referência à idéia de um modelo”.²

Paradoxalmente, esta crise dos modelos provém, sem dúvida, não tanto da ausência de referências como de sua excessiva abundância; como se o jurista, e particularmente o Juiz, não chegasse a eleger, no sortimento dos acessórios da justiça, o uniforme que convenha aos múltiplos papéis que sucessivamente se espera dele. Será a toga, o falso colarinho, ou a blusa, para retomar o catálogo proposto em seu tempo por André-Jean Arnaud?³ Esta forma de proliferação – a qual não é estranho certo sentimento de engano engendrado pela consciência do disfarce – poderia ser, qualificando-a de entrada, um dos traços do pós-modernismo, caracterizado precisamente pela superposição e pelas interferências constantes dos jogos de linguagem.

Como construir então o modelo de quem parece subtrair-se à modelização? Poderíamos começar evocando duas figuras extremas da juridicidade, para traçar imediatamente, no vazio que as separa ou na saturação que às vezes as aproxima, a via de uma terceira figura, que, por sua mesma complexidade, poderia responder à presente disseminação das teorias, valores e discursos.

1 – N. T. brasileiro: Jurista, filósofo e professor. É autor de várias obras. Destaca-se: *Sade et la Loi*. Paris: Odile Jacob, 2005; e em português, *O Tempo do Direito*. EDUSC, 1999; e *Contar a Lei – As Fontes do Imaginário Jurídico*, São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2007.

2 – *Revue de l'Ecole Nationale de la Magistrature*, nº 3, junho, 1990, pp. 14-15.

3 – A.-J. Arnaud. *Le Médium et le Savant. Signification Politique de l'Interprétation Juridique*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, pp. 172 e ss.; e também F. Ost, *Juge Pacificateur, Juge Arbitre, Juge Entraîneur. Trois Modèles de Justice, in Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire. Transformations et Déplacements*, sob a direção de Ph. Gérard, F. Ost e M. van de Kerchove, Bruxelas, 1983, pp. 1-70.

Tomemos o modelo da pirâmide ou do código. O denominaremos Direito jupiteriano. Sempre proferido desde cima, de algum Sinai, este Direito adota a forma de lei. Expressa-se no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Procura inscrever-se em um depósito sagrado, tábuas da lei ou códigos e constituições modernas. Deste foco supremo de juridicidade emana o resto do Direito em forma de decisões particulares. Desenha-se uma pirâmide, impressionante monumento que atrai irresistivelmente o olhar para cima, até este ponto focal que irradia toda justiça. Evidentemente este Direito jupiteriano está marcado pelo sagrado e pela transcendência.

Deste modo o surgimento do segundo modelo, o modelo herculeano, adquire a aparência de revolução – gesto iconoclasta que faz do homem, mais concretamente do Juiz, a fonte do único Direito válido. No rastro das diversas correntes que se declaram realistas – pensamos especialmente no “realismo americano” e particularmente na *sociological jurisprudence* –, entra em jogo um modelo que qualificaria de funil (pirâmide invertida) ou de processo. É Ronald Dworkin – como se sabe – quem, revalorizando até o extremo a figura do Juiz moderno, lhe atribui os traços de Hércules. Sem poder – longe de pretendê-lo – reduzir a posição de Dworkin à dos realistas americanos, manteremos aqui o nome de Hércules; particularmente acertado para designar a esse Juiz semideus que se submete aos trabalhos esgotantes do julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo fielmente a imagem do funil. A partir daqui não há mais Direito que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei que cria autoridade. O código é substituído pelo processo, a singularidade e o caso concreto se superpõem à generalidade e à abstração da lei. Esta mudança de perspectiva nos conduz desde o ponto mais alto da transcendência da lei até a imanência de nossos interesses em conflito. A pirâmide sugeria o sagrado e o ideal; o funil evoca a matéria, o profano, inclusive o alimentar. O predomínio de uma justiça inspirada pelo mandato jupiteriano é substituído pela balança de nossos cálculos e compensações cotidianas.

Poderíamos, evidentemente, parar aqui e comentar comodamente o entrelaçamento destas duas figuras. Não seria muito difícil mostrar como o modelo da pirâmide traduz as exigências do Estado liberal ou do Estado de Direito do século XIX, e o modelo de funil, as atividades do Estado social ou assistencial do século XX. Prosseguindo, seria fácil concluir que nossa atualidade jurídica caracteriza-se por uma combinação, variável segundo os ramos do Direito, das duas racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir resumidamente. Da primeira teríamos herdado, junto com os códigos e as constituições, os princípios e os conceitos que estruturam nossa disciplina, enquanto que a segunda nos proporcionaria esses Juizes que, desde a justiça constitucional até a justiça dos procedimentos de urgência, parecem exercer agora o monopólio do *jurisdictio*.

Sem dúvida, isto nos faria sair do caminho sem demasiado esforço, deixando de lado o essencial. Tudo leva a crer que a complexidade que se apresenta é ainda muito maior que a sugerida pela superposição destes dois modelos. Além do fato de que um e outro hoje estejam em crise, eles só oferecem representa-

ções empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época. A sociedade e o Direito pós-moderno merecem algo melhor que este artifício teórico. Nos encontramos então diante da configuração de um novo modelo no qual convém deter-se.

Propomos representar este modelo à semelhança de Hermes, o mensageiro dos deuses.⁴ Sempre em movimento, Hermes está às vezes no céu, na terra e nos infernos. Ocupa com determinação o vazio entre as coisas, assegura o trânsito de umas a outras. Deus dos mercadores, preside os intercâmbios; psicopompo, conecta os vivos e os mortos; deus dos navegantes, supera travessias desconhecidas. Hermes é o mediador universal, o grande comunicador. Não conhece outra lei senão a da circulação dos discursos, com a qual arbitra os jogos sempre recomeçados.

Se a montanha ou a pirâmide convinham à majestade de Júpiter, e o funil ao pragmatismo de Hércules, em contrapartida, a trajetória que desenha Hermes adota a forma de uma rede. Não tanto um pólo ou dois, tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos em inter-relação. Um campo jurídico que se analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, freqüentemente intercambiáveis; uma multiplicação dos atores, uma diversificação dos papéis, uma inversão das réplicas. Tal circulação de significados e informações não se restringe a um código ou a um processo; se expressa sob a forma de um banco de dados. O Direito pós-moderno, o Direito de Hermes, é uma estrutura de rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados. Para tentar descrever estes jogos de linguagem, infinitamente complexos e enredados, vamos propor alguns aspectos do que se poderá chamar a teoria lúdica do Direito. Finalmente, terminaremos deixando em toda sua radicalidade a questão da legitimidade: pois se Hermes não é transcendência nem imanência, senão, uma vez mais, se encontra entre uma e outra (dialética) ou, ainda melhor, paradoxo (é uma e outra), então teremos que igualmente aprender a reformular nossas respostas à questão do “bom Direito”.

Mas antes de seguir com Hermes nas redes labirínticas do Direito pós-moderno, devemos nos aprofundar um pouco no modelo da pirâmide e no do funil.

4 – A figura de Hermes nos é conhecida no pensamento jurídico. Alguns autores a evocam, ainda que com sentidos muito diferentes dos que nos ocuparemos. L. Sala-Molins (*La Loi, de quel Droit?* Paris, 1977, pp. 29 e ss. e pp. 103 e ss.) o representa como o arauto da lei universal do desejo, que se aproveita da lei política. O autor lhe atribui a filosofia de Ramón Llull, com a qual está de acordo, e que poderia expressar-se nestas palavras: “Eu me basto, ao diabo a lei”. Esta aproximação a Hermes nos parece totalmente restritiva; longe de ser a expressão de uma voz solipsista, Hermes é ao contrário o intérprete, o mediador, o porta-voz. Segundo Sala-Molins, nenhum lugar era reservado ao diálogo e à mediação; já que a palavra não era mais que monólogo, afirmação do eu, a lei não será mais que violência, e o juízo, inquisição. Outro autor contemporâneo evoca igualmente Hermes: R. Dworkin (*Law's Empire*, London, 1986, pp. 317 e ss.), a quem traça desta vez sob os traços

JÚPITER, A PIRÂMIDE E O CÓDIGO

O modelo jurídico clássico que continua sendo ensinado nas faculdades de Direito e mantém as representações canônicas dos juristas, modelo que conserva alguma forma de aplicação prática, é o modelo do Direito codificado. A inspiração de tal Direito está geralmente ligada a um autor único e supremo: Licurgo, Solón, Justiniano ou Napoleão. Jean-Jacques Rousseau, grande teórico da religião civil, desenha o retrato deste codificador fora do comum: “Para descobrir as melhores regras da sociedade que convenham às nações – escreve no ‘Contrato Social’ – faria falta uma inteligência superior que visse todas as paixões dos homens, que não tivesse nenhuma relação com nossa natureza e a conhecesse a fundo, cujo destino fosse independente de nós e portanto quisesse ocupar-se do nosso, que no progresso dos tempos procurasse uma glória distante, pudesse trabalhar em um século e gozar em outro. Fariam falta deuses para dar leis aos homens”.⁵

Tal Direito codificado, reduzido à simplicidade de uma obra única, articula-se de forma hierárquica e piramidal. Os teóricos modernos e positivistas do Direito, como Merkl e Kelsen, que se acreditavam livres de toda mitologia, propõem a teoria sob a forma de “construção do Direito por graus” (Stufenbau). Segundo Kelsen, um sistema jurídico “não é um complexo de normas em vigor, umas junto às outras, senão uma pirâmide ou hierarquia de normas que são superpostas ou subordinadas umas às outras, superiores ou inferiores”.⁶ A uma cascata de poderes, rigorosamente subordinados uns aos outros, responde um escalonamento de regras hierarquicamente derivadas. O movimento que anima esta construção é sempre linear e unidirecional: apreciando o fundamento de validade das normas, ascender-se-á da norma inferior à norma superior para chegar à norma fundamental que habilita a autoridade suprema a criar Direito válido; por outro lado, prevendo a criação de uma nova norma jurídica, tomar-se-á o caminho inverso, partindo desta primeira habilitação para percorrer ordenadamente os escalões da hierarquia normativa. Cada norma é analisada como aplicação ou individualização da norma superior e habilitação para o órgão criador da norma inferior.

do juiz que interpreta a lei em função da vontade do legislador, método criticado pelo autor, particularmente pela impossibilidade de identificar tal vontade. Vários traços diferenciam nosso Hermes do de Dworkin: 1. Para Dworkin, trata-se exclusivamente de um juiz, enquanto que, para nós, Hermes representa todo ator jurídico, todo locutor que se expressa no discurso jurídico, ainda que seja um simples particular, com a condição de que adote a atitude “hermenêutica” que apresentamos como a própria do “modelo de Hermes”. 2. Para Dworkin, o juiz Hermes se consagra a interpretar a lei no sentido correspondente à vontade do legislador, enquanto que para nosso jurista Hermes, a vontade do autor do texto só representa um elemento entre outros, que concorrem para determinar o sentido ótimo das normas a interpretar. O juiz Hermes de Dworkin privilegia a vontade do legislador, enquanto que nosso jurista Hermes se esforça por integrar, na construção do sentido jurídico, as criações normativas que emanam de outras fontes como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do Direito, a doutrina, etc...

5 – J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social. Des Principes du Droit Politique*. Paris, 1972, p. 107.

6 – H. Kelsen. *Théorie Pure du Droit*, 2ª ed. Trad. por Ch. Eisenmann, Paris, 1962, p. 255.

O ordenamento lógico desta construção mascara bastante mal, em nossa opinião, a teologia política implícita que a inspira. Neste ponto, W. Krawietz pôde mostrar que a soberania do legislador (*princeps legibus solutus*) não seria mais que a laicização da *suprema potestas* divina, enquanto que a articulação das normas jurídicas positivas transporia a cascata normativa que, especialmente S. Tomás, estabelece entre *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex positiva*.⁷ Além disso, o mesmo Kelsen, que jamais parou de reconsiderar o *status* da norma fundamental, terminará por admitir que uma norma deve necessariamente expressar o significado de um ato de vontade e não só de uma hipótese intelectual. Supor a norma fundamental significa supor a existência de uma “autoridade imaginária” que “quer” esta norma. Isto é, sem dúvida, uma ficção, mas uma ficção necessária para a validação positivista do ordenamento jurídico em vigor.⁸ Para assegurar a unidade e a validade de um sistema jurídico far-se-á “como se” algum ser imaginário lhe tivesse dado o impulso inicial. Júpiter já não está decididamente muito distante.

A racionalização última deste modelo jurídico (fenômeno que – como lembrou Max Weber – se estende através dos séculos) chega às constituições modernas. A idéia de reunir todo o material jurídico em um *codex* unitário, que apresente as qualidades de coerência, completude, clareza, não-redundância, simplicidade e manejabilidade, se impõe. Não somente simples justaposição ou compilação de soluções casuísticas, senão também verdadeira transubstanciação das regras pelo efeito da sistematização de seus conceitos e de seus princípios estritamente derivados de alguns axiomas iniciais.

O engano das codificações não passa só por certa racionalização formal; implica também uma simplificação radical do material jurídico concomitante para uma nivelção do próprio sistema social. Fazendo tábula rasa do passado, inspirado em uma nova concepção do social, o codificador reescreve o Direito, restabelecendo algumas categorias essenciais. Uma coincidência destacável é observada entre as codificações e o reforço do poder político; trata-se do triunfo de uma forma de despotismo ilustrado, de um fenômeno de liberação nacional ou do resultado de um processo revolucionário.

Em nossa opinião, o modelo do código envolve definitivamente quatro corolários. O primeiro é o do monismo jurídico. Por oposição à dispersão dos focos do Direito, o material jurídico adota a seguir a forma dominante da lei e esta se acopla em códigos, reforçando ainda mais a sistematização e a autoridade.

7 – W. Krawietz, *Die Lehre von Stufenbau des Rechts. Eine Säkularisierte Politische Theologie?* in *Rechtstheorie*, vol. 5, Berlim, pp. 257-261.

8 – H. Kelsen, *Die Funktion des Verfassung in Die Wiener Rechtstheorie Schule Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, ed. H. Klecatsky, R. Marcie e H. Shambeck, t. I, Viena, 1968, p. 1977. Sobre esta questão, cf. F. Ost e M. van de Kerchove, *La Référence à Dieu dans la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen, in Qu'est-ce que Dieu? Hommage à l'Abbé Daniel Coppitiers de Gibson*, Bruxelas, 1985, pp. 285-324.

O segundo corolário é o do monismo político ou da soberania estatal. A codificação – do mesmo modo que o estabelecimento da Constituição na cúspide da pirâmide normativa – supõe o resultado de um processo de identificação nacional e de centralização administrativa que culmina na figura do soberano. A multiplicidade de instituições, estados e corpos intermediários do Antigo Regime é substituída agora pelo espaço miticamente unificado da vontade nacional. Os múltiplos consensos setoriais e locais são substituídos pelo consenso nacional – real ou imposto, pouco importa aqui –, cujo código traduz as principais opções.

O terceiro corolário inerente à idéia de codificação é de uma racionalidade dedutiva e linear: as soluções particulares são deduzidas de regras gerais, derivadas de princípios ainda mais gerais, seguindo inferências lineares e hierarquizadas. O argumento forte da controvérsia jurídica não é outro que a invocação, em apoio à interpretação que sustenta, da racionalidade do legislador, garantia jupiteriana da coerência lógica e da harmonia ideológica do sistema.

Por último, a codificação supõe ainda uma concepção de tempo orientado para um futuro controlado. Por oposição ao tempo de longa duração (temporalidade que olha para o passado e caracteriza o Direito consuetudinário), a codificação descansa sobre a crença eminentemente moderna do progresso da história, a idéia de que a lei – antecipando um estado de coisas possível e considerado preferível – pode trazer um futuro melhor.⁹

Em resumo, como recorda Pierre Bourdieu, “a codificação torna as coisas simples, claras, comunicáveis”.¹⁰ Entretanto, se é verdade que entramos definitivamente na era da complexidade, pode-se suspeitar que os paradigmas da pirâmide e do código entraram em uma profunda crise. É de estranhar nestas condições de que alguns, desejosos de desprender-se radicalmente deste primeiro modelo, sigam a via da inversão completa – via da revolução, que significaria também “volta ao ponto de partida”. Seguindo a “lei da bipolaridade dos erros” referida por Gaston Bachelard, que consiste em não abandonar uma posição errônea senão para ocupar imediatamente a posição oposta, que é igualmente reducionista e compartilha com a primeira um certo número de traços essenciais¹¹, certos autores vão fazer do Juiz, de cada Juiz, o foco exclusivo da juridicidade.

HÉRCULES, O FUNIL E O PROCESSO

Há algo trágico na figura de Hércules, como também na de Prometeo, que não é distante daquele (Não se diz que é Hércules precisamente quem libera

9 – Sobre isto cf. F. Ost, *Codifier en 1987?* no *Journal des Procès*, nº 116, novembro de 1987, pp. 16 e ss.

10 – Bourdieu, P. *Habitus, Code et Codification in Actes de la Recherche em Sciences Sociales*, nº 64, setembro de 1986, p. 42.

11 – Sobre este ponto, cf. F. Ost e M. van de Kerchove, *De la “bipolarité des erreurs” ou de quelques paradigmes de la science du droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, t. 33, 1988, pP. 177 e ss.

Prometeo do penhasco caucásico, ao qual estava acorrentado por haver roubado o fogo dos deuses para presentear os homens?). Hércules, como se sabe, é castigado com a maldição de Hera; ele não deixa de expiar o infanticídio que ela o incitou cometer. Sua atividade excessiva determina o perdão desta falta. Que falta expia então nosso hercúleo Juiz moderno? A dureza do liberalismo econômico que se desenvolveu sob o amparo do “juridicismo formal”? A miopia legalista da exegese do século XIX?

Nada nunca será perdoado ao “Juiz assistencial” de hoje. Conciliar as economias familiares em crise; dirigir as empresas em dificuldades evitando, se possível, a falência; julgar se corresponde ao interesse da criança ser reconhecido por seu pai natural se a mãe se opõe (art. 319.3 do Código Civil belga); apreciar se a interrupção voluntária da gravidez se justifica pelo “estado de angústia” da mulher grávida (art. 348 e ss. do Código Penal belga); intervir “no calor” dos conflitos coletivos de trabalho e decidir (em procedimento de extrema urgência em um catorze de agosto à meia-noite) se a greve dos pilotos aéreos da companhia nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é ou não lícita¹²; julgar se um aumento de capital, decidido com objetivo de opor-se a uma oferta pública de compra de uma *holding*, cuja carteira representa um terço da economia belga, é legal¹³; impor moratórias aos trabalhadores ou às empresas que ameçam o equilíbrio ecológico; julgar se usar o véu islâmico é compatível com a disciplina e o espírito da escola...

Hércules está presente em todas as frentes, decide e inclusive aplica normas como fazia seu predecessor, que se amparava na sombra do código, mas também realiza outros trabalhos. No pré-contencioso aconselha, orienta, previne; no pós-contencioso segue a evolução do processo, adapta suas decisões ao grau de circunstâncias e necessidades, controla a aplicação das penas. O Juiz jupiteriano era um homem de lei; em relação a ele, Hércules se desdobra em engenheiro social.

Compreende-se que tal evolução, sobretudo no que afeta as jurisdições constitucionais habilitadas para apreciar a constitucionalidade das leis (estas competências vem sendo progressivamente atribuídas, como à Corte Suprema dos Estados Unidos), leva a relativizar o mito da supremacia do legislador. É precisamente nos Estados Unidos, com as correntes do realismo e da *sociological jurisprudence*, que esta questão encontrará sua expressão mais radical.

É o Juiz O. W. Holmes quem primeiro faz desequilibrar a relação hierárquica tradicional entre regras e decisões, criação e aplicação do Direito, definindo o jurídico nestes termos: “As profecias do que farão efetivamente os juízes e os

12 – Tribunal Civil de Bruxelas (ref.), 15 de agosto de 1987, inédito; sobre esta questão cf. F. Ost, *Rapport Général de Synthèse, in Les Conflits Colectifs en Droit du Travail. Solutions Négociées ou Interventions Judiciaires?*, sob a direção de J. Guillardin e P. van der Vorst, Bruxelas, 1989, pp. 109-131.

13 – Tribunal Com. de Bruxelas (ref.), *in Journal des Procés*, 1988.

tribunais, e nada mais pretensioso, é o que eu entendo por Direito”.¹⁴ Desde esta perspectiva, o Direito não é tanto um dever ser, um conjunto de regras, senão um fenômeno fático complexo formado pelos comportamentos das autoridades judiciais. Opera-se assim uma mudança radical de perspectiva, que representa a partir de agora o Direito em forma de pirâmide invertida ou de funil. J. Frank qualificou oportunamente esta mudança de paradigma de “revolução copernicana”: enquanto o pensamento jurídico tradicional coloca as regras no centro do sistema e crê poder deduzir mecanicamente as decisões particulares, Holmes e o movimento realista colocam as decisões judiciais no coração do sistema.¹⁵ As regras gerais e normativas são classificadas como *paper rules* (Llewellyn), simples possibilidades jurídicas, correspondendo aos Juízes dar-lhes consistência em suas decisões particulares – *real rules* – formuladas no indicativo.

O ponto de vista clássico, impregnado de moralismo, que privilegia a regra e o dever de obediência, é substituído agora pelo ponto de vista do *bad man*, que se preocupa exclusivamente pelas eventuais conseqüências desagradáveis de seus atos. A questão já não é: “qual é meu dever?”, senão “que probabilidade há de que uma jurisdição sancione meu comportamento?”¹⁶ Entende-se que, a partir do momento em que a regra não constitui mais que uma justificativa da decisão (na medida em que ela *a priori* não se impõe mais ao decisor), aquela só representará uma predição da futura decisão. Não é tanto a decisão que deriva da regra, senão esta daquela.

Sem dúvida, tal modelo é muito diferente do anterior; pode-se pensar que reproduz por um efeito de espelho a imagem inversa. Trata-se, por um lado, da incapacidade dos dois paradigmas para articular de maneira satisfatória o fato e o Direito e, por outro – e este não é estranho àquele – de uma forma de obliteração da vida jurídica real; o Direito se dissolve em última instância nos lugares imaginários dos quais se considera procedente: vértice da pirâmide ou extremidade do funil.

Tomemos o Direito herculeano. Aqui a efetividade (a irrecusabilidade do fato) é condição necessária e suficiente para a validade; a legalidade da regra e, *a fortiori*, sua legitimidade não são levadas em consideração. O Direito se reduz ao fato, à indiscutível materialidade da decisão. Então é a idéia de validade e com ela a de normatividade que perdem a pertinência. Não reconhecem os realistas que suas *real rules* se conjugam no indicativo? Assiste-se aqui não somente a uma atomização do jurídico, disperso em uma multiplicidade de decisões, senão também e fundamentalmente a uma dissolução do normativo, que se esgota em uma coleção dispersa de manifestações esporádicas de vontade. A decisão nestas

14 – O. W. Holmes, *The Path of the Law* (1987), reproduzido em *The Bobbs-Merrill Law Reprint Series*, p. 461.

15 – J. Frank, *Mr. Justice Holmes and non-Euclidean Legal Thinking* (1932), reproduzido em *Readings in Jurisprudence*, Indianápolis, 1938, p. 368.

16 – O. W. Holmes, *op. cit.*, p. 459.

condições já não recolhe nada do normativo da regra (por definição ausente) e se analisa de agora em diante como “o feito do Juiz”, que nenhuma regularidade normativa quer validar. Como entende um representante desta corrente, J. Brawn, o Direito definitivo não existe em nenhuma parte: não está na lei, tampouco nas decisões judiciais, passadas ou presentes (salvo no que concerne a estas últimas, para as partes em litígio). Não é nunca outra coisa que devenir; seu único lugar de emergência é a decisão singular, mas assim como aparece, expira.¹⁷

Tomemos o Direito jupiteriano. Aqui a legalidade é a condição necessária e suficiente para a validade da regra. É suficiente, para uma norma, ter sido ditada pela autoridade competente e segundo os procedimentos; as questões anteriores de legitimidade e ulteriores de efetividade não são pertinentes. Contudo, aqui a via jurídica real é defeituosa, é a articulação do fato e do Direito, é combinação da *legalidade*, da *efetividade* e da *legitimidade*. Em última instância, tudo se reduz a uma vontade inicial, a ação de um primeiro motor invisível que põe em marcha a máquina sem preocupar-se, de nenhum outro modo, com sua trajetória ulterior. Concentrada no vértice da pirâmide normativa, a juridicidade se oculta atrás da ficção da autoridade imaginária que, se supõe, deseja a norma fundamental.

Deixemos, por ora, estas análises fundamentais e voltemos ainda um instante aos trabalhos cotidianos de Hércules. Falta mostrar como sua gestão substitui todos os atributos do processo por aqueles que até agora havíamos associado ao modelo do código. O código, dizíamos, implica o monismo normativo. O processo, em troca, produz a proliferação das decisões particulares. A generalidade e a abstração da lei dão lugar ao julgamento singular e concreto. Do mesmo modo, ao considerar o fenômeno jurídico pelo lado das prerrogativas individuais, ver-se-á que a categoria do interesse difuso e proteico tende a auxiliar as fronteiras simples e a estrita hierarquia dos direitos subjetivos que foram instaurados pelo Código Civil de 1804.¹⁸ À mobilidade dos interesses em conflito responde a flexibilidade da norma concebida como instrumento variável de medida, compromisso precário, meio estatístico.

Do mesmo modo, destaca-se que, se o código supõe o monismo político, o processo, por outro lado, ocasiona não mais o pluralismo (que supõe um princípio de articulação) senão a dispersão das autoridades encarregadas de aplicar o Direito: de qualquer modo, dispersão sem sentido.

O terceiro corolário do código era uma racionalidade dedutiva e linear, resultando disso que a vocação do Direito é a de ser aplicada ao fato. Mas, desde que é privado da regra é recusado; a marcha inverte-se e pretende-se indutiva. É do fato que surge a regra ou, mais concretamente, a decisão particular na qual se

17 – J. Brown, *Law and Evolution*, in *Yale Law Journal*, 1929, p. 394.

18 – Sobre esta questão, cf. F. Ost, “Entre droit et non-droit l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce l'intérêt en droit civil”, vol. II, *De Droit et l'Intérêt*, sob a direção de Ph. Gérard, F. Ost e M. van de Kerchove, Bruxelas, 1990.

esgota a juridicidade. Na verdade, a pretensão de coerência lógica submete-se mais freqüentemente na busca de resultado prático (a aposta da intervenção de Hércules era, sobretudo, propor a regulação mais judicial dos interesses rivais) que assegurar a aplicação mais correta da lei. Não é a lógica que servirá de auxiliar ao jurista, mas a Economia, a Contabilidade, a Balística, a Medicina e a Psiquiatria.

Por último, havíamos associado à codificação uma temporalidade voluntarista e continuísta, marcada pela pretensão de dominar o futuro da lei, de assegurar o progresso da ordem normativa. O processo, por outro lado, implica um tempo descontínuo, feito de interrupções jurídicas esporádicas e descartáveis depois do uso.

Talvez se possa observar que Hércules e Júpiter não são mais que duas imagens do Direito, dois modelos, dois tipos ideais bastante distanciados da realidade jurídica. Sem dúvida. Admitir-se-á, contudo, que eles representam, um e outro, duas figuras típicas do imaginário jurídico e sabe-se que seria um grave erro subestimar a eficácia destes tipos de representação.

Entretanto, advertidos do caráter restritivo destas teorias extremas, algumas delas tentarão sempre moderar, relativizar, combinar suas respectivas teses. A maioria das teorias gerais do Direito (estas que preconizam os manuais das faculdades) participa deste propósito. Conceber-se-á, por exemplo, um legislador à escuta do social, tentando integrar as sugestões de uma doutrina atenta e de uma jurisprudência razoavelmente criadora, capaz de modificar seu texto a cada ocasião para ajustá-lo às necessidades do momento. De fato, não é ilícito pensar que Júpiter, desde o alto de seu Olimpo, dialogando com seu povo, proponha alguma nova aliança.

Se Júpiter se humaniza, Hércules também poderia, ao inverso, distanciar-se – ao menos parcialmente – de sua condição humana e elevar-se a alguma forma de racionalidade superior. É exatamente por esta via que caminha o Hércules de Dworkin, este Juiz racional que “leva os direitos fundamentais a sério”, que “domina o império do Direito”, que se consagra em toda ocasião, e particularmente nos “casos difíceis”, a encontrar a “resposta correta” que se impõe. Sua religião é a unidade do Direito que ele deve fortalecer em cada um de seus juízos: unidade no duplo sentido, da coerência narrativa que melhor se adapta ao estado passado e presente do Direito, e da hierarquia mais satisfatória dos princípios de moral política compartilhados pela comunidade em cada momento de sua história. Estar-se-á então muito distante do decisionismo e do pragmatismo.

Há um desprendimento dos modelos clássicos? Pode-se duvidar. Não se aponta sempre para reconstruir a unidade ideal do Direito em um foco único e supremo, garantia de toda racionalidade? O Juiz jupiteriano raciocinaria postulando a racionalidade do legislador; o Hércules de Dworkin postula a unidade do Direito da qual faz de si mesmo paladino. Esta é realmente uma diferença?

Não é tempo de pensar a complexidade do Direito a partir dela mesma, e não como emenda e complicação dos modelos simples? Não é tempo de pensar o Direito como circulação incessante de sentido, mais que como discurso da

verdade? Não é tempo de advertir da pluralidade e da diversidade dos atores que jogam sobre a cena jurídica e contribuem, cada um a sua maneira, para “aplicar o Direito”?

Ao monismo teria que opor, não a dispersão, mas o pluralismo; o absolutismo binário (permissão/proibição, válido/não-válido) teria que ser substituído pelo relativismo e o gradualismo, que não se transmuta portanto em ceticismo¹⁹, à linearidade hierárquica teria que opor não a circulação viciosa, mas a recursividade fecunda, a clausura e o determinismo do discurso teriam que ser substituídos pela inventiva controlada de um discurso jurídico radicalmente hermenêutico.

A teoria de um Direito deveria ser o foco, multiplicidade que não significa anomia e anarquia. Precisaria mostrar como a ordem jurídica se nutre da desordem periférica, ou inclusive interna, e por sua vez reproduz desordem. Haveria que pensar em uma autonomia que seja ao mesmo tempo heteronomia. Haveria que acrescentar ainda o entrelaçamento incessante da força e da justiça.

Em uma palavra, há que se centrar na teoria do Direito como circulação do sentido. Um sentido sobre o qual ninguém, nem o Juiz nem o legislador, tem o privilégio. “Privilégio”, não se diria melhor, de fato: “lei privada”. A circulação do sentido jurídico opera no espaço público e ninguém poderia, sem violência ou ilusão, pretender monopolizá-lo. Há Direito antes dos juristas e haverá depois deles. Da inesgotável “idéia de Direito” ou da aspiração à justiça, eles são hoje os intérpretes mais autorizados, mas esta consagração não lhes assegura nenhum monopólio.

Há, pois, no sentido forte do termo, “jogo” do Direito. Este sentido forte é um sentido neutro ou médio, como se fala do “jogo” das ondas ou do “jogo” das luzes; há uma espécie de movimento endógeno do Direito, de produção interna, não como desejo de não se sabe que ordem jurídica hipostática, senão como processo coletivo ininterrupto e multidirecional de circulação do *logos* jurídico.²⁰

É a Hermes, deus da comunicação e da circulação, deus da intermediação, personagem modesto no ofício de representante e porta-voz, que é esquecido em benefício da continuidade do jogo, a quem confiamos a tarefa de simbolizar esta teoria lúdica do Direito.

HERMES, A REDE E O BANCO DE DADOS

A imagem da rede se impõe hoje em um bom número de campos. O perigo a que se expõe a análise deste novo e complexo paradigma é o de cair no

19 – Neste sentido, cf. A.-J. Arnaud, *Repenser un Droit pour l'Époque Postmoderne*, em *Le Courrier du CRNS. Les Sciences du Droit*, abril, 1990, p. 81: “Filósofos, teóricos e sociólogos se esforçam na atualidade para substituir o Direito rígido, fundado sobre a lei toda poderosa, por um Direito flexível, que leva em conta o relativismo, o pluralismo e o pragmatismo característicos da época pós-moderna”.

20 – Sobre este sentido médio do jogo, cf. H. G. Gadamer, *Vérité et Méthode*, traduzido por E. Sacré, Paris, 1968, p. 30.

esoterismo. Evocou-se, por exemplo, a estrutura em “rizoma”²¹, a “heterarquia”²² ou inclusive as “anastomoses” do Direito.²³ O risco é grande desde o momento que se descobre a impossibilidade de monopolizar a interpretação, de renunciar a toda interpretação e de contentar-se em registrar uma multiplicidade de minirrationalidades no cerne de uma racionalidade global incontrolável a partir de agora. Trata-se certamente de um dos riscos da cultura pós-moderna.²⁴ O problema consiste, uma vez mais, em trocar a monofonia pela polifonia, sem cair necessariamente na cacofonia – o “ruído”, como se diz em linguagem informática, o carente de significado.

Entretanto, a peculiaridade da rede jurídica não é tal que seja impossível escapar das linhas de força. É necessário aprender a identificar cuidadosamente todos os nós, a reparar os fluxos de informações, a mostrar as interações das funções. Ver-se-á então que o sentido produzido dentro da rede não é totalmente imprevisível porque sempre há textos por interpretar; ver-se-á igualmente que as relações de força que aí se desenrolam não são totalmente aleatórias, porque também permanecem hierárquicas, especialmente institucionais. Esta interpretação pode ser inventiva, do mesmo modo que estas hierarquias podem ser emaranhadas.²⁵

Esta situação combinatória – poder-se-ia dizer, em uma linguagem mais antropológica, “intersubjetiva” – reenvia à ontologia do Direito, a isto que Paul Amselek chamou recentemente de “a peculiaridade ontológica do Direito”.²⁶ Signo lingüístico, o Direito demanda ser interpretado por seus destinatários; manifestação de vontade, o Direito demanda ser interiorizado e aceito. A partir do momento em que os “sujeitos de Direito” – que não são sujeitos *do* Direito, senão sujeitos *de* Direito, quer dizer, ao mesmo tempo seres suscetíveis de direitos e co-autores do Direito – reconstroem mentalmente a mensagem a eles dirigida e mediatizam sua prática com uma operação de vontade (que é também uma manifestação de liberdade), o Direito se configura como algo necessariamente inacabado, sempre em suspenso e sempre relançado, indefinidamente retomado na mediação da mudança.

21 – G. Deleuze e F. Guattari, *Mille Plateaux. Capitalisme et Schizophrénie*, Paris, 1980, p. 32: “Sistema sem centro, não hierárquico e não insignificante, sem direção e sem memória organizadora ou autônoma central, unicamente definido por uma circulação de estados”.

22 – D. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach. Les Brinds d'une Guirlande Éternelle*, Paris, 1985: programa desprovido de monitores e consistente exclusivamente em redes de transição entremeadas.

23 – J.-L. Vullierme, *Les Anastomoses du Droit. Spéculations sur les Sources du Droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, t. 27, p. 11.

24 – Neste sentido, cf. B. de Sousa Santos, *La Transition Postmoderne: Droit et Politique*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 1990, 24, p. 32.

25 – Sobre este ponto, J. F. Ost e M. van de Kerchove, *Creation et Application du Droit, Structure Circulaire du Système Juridique?*, in *Jalons pour une Théorie Critique du Droit*, Bruxelles, 1987, pp. 183-253.

26 – P. Amselek, *L'Étrangeté Ontologique du Droit*, in *Droits. Revue Française de Théorie du Droit*, 1990, pp. 88-92.

Esta aproximação ontológica poderia, por sua vez, ser desenvolvida e perseguida sob o plano da descrição das formas inéditas que são assumidas pelos sistemas jurídicos pós-modernos.

Se for verdade que somos ao mesmo tempo os herdeiros do Direito liberal gerado pelo Estado de Direito e do Direito social produzido pelo Estado assistencial, se for verdade também que estas duas formas de Estado entraram em crise, sem por isso haverem desaparecido, se for verdade, enfim, que destes transtornos surgiu um Direito pós-moderno cujos contornos não se delineiam nitidamente, comprovar-se-á então o grau de complexidade da situação atual.

Primeiro indício: a multiplicidade dos atores jurídicos. Fala-se muito, e com razão, do Juiz. Mas não teríamos que minimizar a intervenção do legislador que, mais que nunca, “se desdobra em normas”. Inclusive, a tradicional técnica de codificação, que se acreditava abandonada, está novamente em moda. É preciso lembrar que a França começou com muita determinação, parece, a reforma de seu Código Penal. Na circular “Rocard” de 25-05-88, frente à formulação de um “código de deontologia da ação governamental”, está escrito que “a codificação oferece um marco privilegiado para reunir um corpo de regras até então disperso, modernizando e simplificando o Direito”. Em relação à administração, ninguém discutirá que ela mesma se atribuiu (em favor do intervencionismo sistemático concomitante à aparição do Estado assistencial, que se fez paulatinamente compensador, redistribuidor, pedagogo, terapeuta, industrial e banqueiro) um lugar preponderante – pensarão alguns: o primeiro – no processo de produção normativa.²⁷ Teríamos que estudar igualmente o papel dos particulares, das associações e das sociedades comerciais na circulação das normas jurídicas? Seria uma grave confusão limitar sua intervenção ao campo das relações privadas. Já que o Direito é concebido a partir de agora mais como um sistema de recursos que como um conjunto de mandatos, aparece o papel essencial dos “usuários” do Direito na mobilização destes potenciais jurídicos. O destino de muitas políticas públicas dependerá assim das iniciativas privadas escolhidas pelos usuários, no sentido da ampliação das normas jurídicas que as traduzem ou, ao contrário, da resistência a elas.²⁸

Isto permite formular um segundo indício das mudanças observáveis na atualidade: trata-se da imbricação sistemática das funções, desde o momento em que grupos (como por exemplo, os sindicatos) se associam, com títulos diversos, às responsabilidades do Poder Público; desde que a justiça empresta à administração seus procedimentos e seu estilo; desde que esta última participa na elaboração

27 – Neste sentido, cf. C. A. Monrad. *Le Droit de l'Etat Providence*, in *Revue de Droit Suisse*, Bâle, 1988, p. 534. “Em razão dos problemas que o Estado assistencial deve resolver e da ação em rede que desenvolve, a administração é o centro da produção e da colocação em prática das normas”.

28 – Sobre este ponto, cf. P. Lascourmes, *Normes Juridiques et Mise en Oeuvre des Politiques Publiques*, in *L'Année Sociologique*, 1940, 40, pp. 50 e ss.

das normas gerais, enquanto que a legislação parlamentar não se distingue bem, na maior parte dos casos, das disposições regulamentares; desde que a função jurisdicional se difunde no conjunto dos outros poderes, públicos e privados (pensemos nas comissões parlamentares de inquérito, nas múltiplas jurisdições administrativas, nos diversos comitês de ética...).

Terceiro indício de complexidade: a multiplicação dos níveis de poder. A divisão binária que separa, no marco do estado liberal, o Estado e a sociedade civil foi substituída por uma estratificação muito densa de poderes. O Estado deve negociar com as instâncias regionais e locais desde o momento que concede importantes transferências de soberania às ordens jurídicas supranacionais européias. Do mesmo modo, não é raro que se introduzam formas de auto-regulação das quais se servem os poderosos operadores econômicos transnacionais; estes códigos de boa conduta emanam de companhias petrolíferas para assegurar (e também para limitar) a indenização pelas catástrofes ecológicas que sejam responsáveis. O Direito da Comunidade Européia representa, neste ponto, uma nova nebulosa no firmamento dos fenômenos jurídicos. Por exemplo, existem 20.000 diretivas e regulamentos em vigor e, por isto, este Direito constitui o resultado de um processo de racionalização e de normalização que não está isento de um novo tipo de risco de burocratização: o “eurocrata”; no entanto, suscita um entusiasmo sem precedentes, como se a Europa, novo mito político, reconduzisse hoje à figura do “legislador supremo”, este déspota ilustrado, ideal das Luzes, para escapar dele teremos decididamente problemas.²⁹

Finalmente, estas diversas mudanças não deixam de ocasionar modificações substanciais nas modalidades da ação jurídica. Se o Estado liberal podia se satisfazer somente com as modalidades do permitido, proibido e obrigatório (na aplicação das regras de bronze: para os particulares, “tudo o que não está proibido está permitido”; e para o Poder Público, “tudo o que não está explicitamente autorizado está proibido”), por outro lado, o Estado atual experimenta uma gama quase infinita de intervenções sobre as coisas e as condutas. Desde o momento em que pretende conduzir a mudança social e não só demarcar o mercado, o Estado promete, incita e planifica (ou, ao inverso, dissuade de levar adiante as condutas indesejáveis). Para este fim colocará em prática uma vasta panóplia de instrumentos flexíveis para a direção da ação social: planos, recomendações, pressupostos, declarações governamentais, pactos políticos, circulares administrativas para assuntos externos, acordos e contratualizações... Técnicas que se inscrevem em seqüências complexas de ação que visam à realização de programas finais, a serviço dos quais estas modalidades (jurídicas e parajurídicas) se outorgam um mútuo apoio.

Deste modo, é bem conhecido como os acordos se realizam sob a ameaça da adoção de uma legislação de autoridade, da mesma forma como no Direito Penal a transação aparece como substituta de uma sanção mais dura; enquanto que, ao

29 – Conforme B. Oppetit, *L'Eurocratie ou le Mythe du Législateur Suprême*, in Dalloz, 1990, Chron, XIII, pp. 73-76.

inverso, as leis votadas pelo Parlamento deixam geralmente à administração uma confortável margem de manobra para lhe permitir se prevenir contra toda a eventualidade. E se, casualmente, se considera que a intervenção direta se revela ineficaz, o Estado se fará “reflexivo”, como se diz na teoria geral do Direito alemão: contentar-se-á em instalar um marco procedimental para canalizar a autonomia dos subsistemas, suficientemente diferenciados e capazes de se auto-regular.³⁰ Todas as estratégias, tanto simbólicas como instrumentais, parecem ser utilizadas simultaneamente. Desregulamenta-se, mas com freqüência isto não é mais que uma maneira de regulamentar de outro modo³¹; despenaliza-se, mas com freqüência é em proveito do desenvolvimento de outras medidas coercitivas, tais como a medicalização ou a fiscalização dos comportamentos indesejáveis³²; desjudicializa-se, mas é para instalar imediatamente mecanismos de peritagem, de conciliação, de mediação ou de arbitragem.³³

Quem se surpreenderá de que, nestas condições, o Direito seja estável e efêmero ou experimental, duro e brando (*hard e soft*), conjuntural e principial (jamais se falou tanto como hoje dos princípios gerais do Direito, graças especialmente ao trabalho criativo das cortes superiores nacionais e européias)? Quem não percebe que o Direito provém ao mesmo tempo do centro da ordem normativa e da periferia, da desordem (ou de ordens distintas) que provém do exterior? Quem não percebe que as fronteiras entre exterior e interior tornaram-se porosas, inclusive reversíveis, como se a juridicidade adotasse hoje o percurso paradoxal da banda de Moebius, que a dirige sem transição a cada volta do centro à periferia e do exterior ao interior? Não é suficiente falar de Direito “flexível”, como há pouco fazia Jean Carbonier; ou inclusive de Direito “brando”, como se diz hoje. É a um Direito “líquido”, intersticial e informal que estamos confrontados agora. Um Direito que, sem cessar de ser o mesmo, se apresenta em certas ocasiões no estado fluido, o que lhe permite se colocar nas situações mais diferentes e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível, suportando – se for o caso – fortes compressões. O Direito, associado à idéia de rigidez – o Direito, regra de aço –,

30 – Conforme G. Teubner, *Reflexives Recht*, in *ARSP*, LXVIII, 1982, pp. 13 e ss.; H. Willeke, *Systemtheorie Entwickelter Gesellschaften*, Weinheim, 1989.

31 – Neste sentido, cf. Chevallier, *Les Enjeux de la Déréglementation*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, vol. 103, n° 2, 1987, pp. 286 e ss.

32 – Neste sentido, M. van de Kerchove, *Les Différentes Formes de Baisse de la Pression Juridique et Leurs Principaux Enjeux*, in *Cahiers de Recherche Sociologique*, n° 13, outono de 1989, pp. 11 e ss.

33 – Como bem demonstra J. Commaille, uma observação atenta do Direito em vigor nas sociedades modernas complexas revela um fluxo e refluxo alternativo da regulação jurídica e da regulação social, consideradas como as duas faces de uma mesma moeda. Todo movimento de regulação ou desregulação jurídica é então extensamente ambivalente; procura, a partir de agora, inscrever-se em uma regulação social mais global (*Familles, Interventions et Politiques. Nouvelles Régulations Sociales?*, in n° especial dos *Annales de Vaucresson* (CRIV), 27-1987/2, pp. 101 e ss.

poderia então ser líquida? Já era conhecida, tolerada nas margens do sistema, a equidade, comparada freqüentemente com a regra do chumbo, metal flexível, utilizado na construção em Lesbos, para moldar nas irregularidades da pedra. Mas uma regra líquida? E porque não, se inclusive certos metais, como o mercúrio, apresentam esta particularidade?³⁴ É realmente uma casualidade que os alquimistas da Idade Média tenham dado o nome de “mercúrio”, equivalente latino de Hermes grego, a um metal tão particular?

Embora ainda muito incompleto este quadro já é algo complexo. Não apresenta o risco de desorientar o observador nos circuitos da rede, ou de asfixiá-lo pela proliferação das informações? Qual é pois o fio de Ariadne deste labirinto, o código deste banco de dados? Não se encontrará em nenhuma causalidade exterior (como a infra-estrutura econômica na vulgata marxista), nem em um mecanismo de comando central. Apenas a lei de circulação do discurso jurídico pode esclarecer sua gênese e seu desenvolvimento. É aqui que nos encontramos com Hermes e a teoria lúdica que ele simboliza.

Antes de ser regra e instituição, o Direito é *logos*, discurso, significado em suspenso. Articula-se entre as coisas: *entre* a regra (que não é nunca inteiramente normativa) e o fato (que não é nunca inteiramente fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça. Dialético, é um *pelo* outro; paradoxal, é um e o outro. Apenas uma teoria lúdica do Direito está em condições, em nossa opinião, de abarcar as idas e vindas desta racionalidade paradoxal.

Retenhamos, por enquanto, cinco traços desta idéia de jogo.

Em primeiro lugar, recordaremos que o jogo tem seu próprio movimento, como uma figura de dança ou um efeito de estilo, desenha seu espaço em cujo cerne se realiza sua criatividade endógena. É o sentido neutro ou mediano do jogo que faz com que não entre impunemente no círculo mágico que traça; assumem-se papéis ao menos parcialmente determinados, como na comédia ou na estratégia, adotam-se estilos discursivos, utilizam-se argumentações, respeitam-se os *topoi* (lugares comuns) e as autoridades que os impõem. Diria-se, na linguagem de Bourdieu, que o jogo do Direito delimita um campo gerador de hábitos.

Segundo traço, que matiza o que o primeiro poderia sugerir de determinismo: o jogo, e particularmente este imenso jogo de sociedade que é o Direito, aceita um número indefinido de jogadores cujos papéis e réplicas não estão inteiramente programados. Por um lado, podem entrar em jogo hierarquias enredadas em anéis desconhecidos; como vimos, às vezes papéis secundários ganham destaque. Por outro lado, cada participante do jogo do Direito é simultaneamente introduzido em outros domínios que se celebram sobre outros domínios: particularmente familiares, econômicos e políticos. Inevitavelmente, se estabelecem interferências entre estes diferentes jogos sociais, que são também jogos de linguagem.

34 – Neste sentido, cf. P. Amselek, *op. cit.*, p. 89.

Disso resulta uma transformação permanente, às vezes lenta, às vezes rápida, não só das “jogadas” autorizadas pelas regras em vigor, senão também das próprias regras. Compreende-se agora o laço que une este segundo traço ao primeiro; se o jogo está aberto a todos (pelo menos para a maioria a observação mereceria, evidentemente, ser matizada) não está reservado exclusivamente a ninguém. Nenhum jogador, seja qual for sua posição de força e/ou autoridade, pode pretender dizer a primeira e a última palavras. Sem um mínimo de azar, de abertura e de incerteza não há jogo, nem história, nem Direito, só violência pura ou beatitude eterna.

O terceiro traço, sem dúvida o mais importante, insiste sobre a natureza mista do jogo que combina, em proporção variável, a regra e o azar, a convenção e a invenção, a abertura e o fechamento. A língua inglesa expressa bem essa dualidade, dispõe de dois termos para falar de “jogo”: *play*, que indica sobretudo o jogo livre e improvisado, e *game*, que alude ao jogo regulamentado. Tratando-se da liberação mais desenfreada – como a inversão carnavalesca das tradições – ou do jogo submetido às convenções mais estritas – como uma partida de xadrez –, todo jogo comporta uma parte de regras e outra de improvisação. Deste modo, a prática do jogo não se reduz nem ao respeito às regras, nem à indeterminação pura e simples. Para além das regras não está o vazio, senão um “espaço de jogo” que avalia e explora o “sentido do jogo” como intuição prática do sentido produzido pelo próprio jogo. O elemento central deste “sentido” ou “espírito do jogo” é sem dúvida a adesão às “metas do jogo” e a suas “apostas” mais fundamentais. Este modelo mostra uma grande fecundidade para apresentar as operações de interpretação e de validação às quais os juristas se dedicam cotidianamente. Se Júpiter insiste no pólo “convenção” e Hércules no pólo “invenção”, Hermes, por outro lado, respeita o caráter hermenêutico ou “reflexivo” do juízo jurídico, que não se reduz nem à improvisação, nem à determinação de uma regra superior.

Mencionaremos, ainda, para não esquecer-los, outros dois traços da idéia de jogo ainda que não os desenvolveremos aqui.³⁵ Diria-se, por um lado, que a idéia de jogo permite articular a distinção e conceber as relações entre um pólo simbólico, o do jogo como representação, e um pólo utilitarista, o do jogo como estratégia. Estas lógicas tão distintas quanto opostas, quando combinadas, caracterizam com certeza os jogos sociais e encontram, no campo jurídico, inumeráveis ilustrações. Por fim, revela-se o último traço inerente ao conceito de jogo: situar a distinção entre interior e exterior, o limite do jogo e do “fora de jogo”, a fronteira que separa o sistema e seu meio ambiente. Mas, como vimos, tais fronteiras não deixam de ser móveis e paradoxais: tudo isto transcorre como se os limites do Direito e do não-Direito fossem reversíveis. Tudo isto ocorre como se as fronteiras do

35 – Para mais detalhes, cf. Ost e M. van de Kerchove, *Les Rôles du Judiciaire et le Jeu du Droit, in Acteur Social et Délinquance. Une Grille de Lecture du Systeme de Justice Pénale. En Hommage au Professeur Christian Debuyst*, Lieja-Bruxelas, 1990, pp. 271-293.

sistema jurídico fossem tanto externas quanto internas: o Direito aparece no coração do não-Direito, enquanto se desenvolve o não-Direito no mais profundo do Direito. Um jogo, como o Direito, é sempre ao mesmo tempo algo mais que ele mesmo, apesar dos esforços realizados para uniformizar seu funcionamento e homogeneizar seus dados. Nele subsiste, às vezes em estado de simples potencialidade, o “não-jogo”, o “outro jogo” ou o “duplo jogo”.

Eis aqui então, muito sucintamente evocadas, algumas linhas de força de uma teoria do jogo que poderiam servir de base para uma teoria geral do Direito adequada ao Direito em rede ou ao Direito de Hermes. Falta, entretanto, abordar uma última questão que não nos é permitida esquecer. Trata-se da questão da ética. Talvez se pense que o modelo do jogo, que evoca algo do engano e da frivolidade pós-moderna, despertou há muitíssimo tempo a preocupação pela legitimidade, guardada (como muitos outros discursos “modernos”) no armário das lembranças históricas. Nossos atentos ouvintes talvez lembrem que, no antigo panteão, Hermes, mensageiro dos deuses e deus dos mercadores, é também o deus dos ladrões. Conduzirá então a mudança necessariamente à exploração, à discussão pública da demagogia, à interpretação ou à tradução da traição? Como então, ao repelir esta conclusão que significaria o fim do Direito, moralizar Hermes sem desnaturalizá-lo? Dito de outra forma: que legitimidade conceber para um Direito pós-moderno incompatível com todo discurso de autoridade?

Para tratar de refletir sobre esta duvidosa questão, queríamos sugerir uma série de observações finais. As duas primeiras pretendem insistir sobre enganos aos quais pareceria difícil renunciar. Estes pontos deveriam ser lembrados desde o momento em que desponta o risco duplo, do fanatismo nacionalista e o integrismo religioso, como se a complexidade pós-moderna, decididamente demasiado fluida para se crer nela, organizasse estes violentos brotos regressivos.

O primeiro destes enganos concerne à legitimidade procedimental do Direito. Seja qual for o conteúdo material das soluções que impõe, o Direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos eqüitativo e contraditório. Desde que nossas sociedades se representam como autoconstituíntes e já não buscam em alguma garantia metassocial o modelo a seguir, desde o momento em que nossas regras, inclusive as mais fundamentais, mostram-se convencionais, a primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições da discussão sem coação. Este respeito às formas, aos prazos e aos procedimentos é realmente essencial e consubstancial ao Direito. Tem o duplo mérito de desqualificar a violência, que tentaria impor seu ponto de vista pela força, e a boa consciência majoritária que arrisca tudo para impor suas opiniões em nome do consenso pretendido. O procedimento jurídico, parlamentar e judicial, traça (no sentido próprio e também figurado) o espaço da controvérsia, que assegura a apresentação ou a formulação da contestação, da dissidência e da defesa. Torna visível a divisão social e propõe as vias argumentativas para fazê-la negociável. Esse é seguramente o mérito essencial e a radical originalidade da democracia. Essa é também a virtude da intervenção do Juiz no conflito. Mais que o mérito intrínseco da decisão que seria levado a tomar, é a interposição que opera no cerne de uma re-

lação de força, o que constitui sua legitimidade. É a própria triangulação que é legítima: esta digressão, por mínima que seja, esta sutil separação que se impõe entre uma vontade e sua realização. Esta mediação, tão débil e formal como aparece, obriga as partes no processo a “dizer” sua situação, a verbalizar sua pretensão, a justificar em linguagem comum e também na forma jurídica seu comportamento e seu “bom direito”. Fazendo isto estão aí, frente a frente, obrigadas a tomar os caminhos da discussão racional. Hermes desempenhou seu ofício que, mediando as paixões, os livra da violência pura e simples. A Comissão e a Corte Européia de Direitos do Homem não se equivocam ao privilegiar sistematicamente, dentre todos os direitos fundamentais do Tratado dos quais tem a custódia, o sexto, que se ocupa precisamente das garantias do processo equitativo. “Jurisdicionalizando” também os conflitos periféricos, tais como os disciplinares e os administrativos, os órgãos da Convenção dos Direitos do Homem asseguram, ao mesmo tempo, a penetração dos direitos fundamentais nos espaços cada vez mais amplos da sociedade. Esta consideração permitirá a transição para nossa segunda observação.

Alguns sustentam hoje com entusiasmo que esta mediação procedimental constitui toda legitimidade do Direito que, além disso, pode representar qualquer conteúdo. Essa é possivelmente a debilidade intrínseca do liberalismo político autêntico: ao professar tolerância igualitária a todas as opiniões não pode garantir absolutamente nenhuma, tampouco a sua própria; sabemos que algumas de nossas democracias ocidentais tiveram, ao longo do século XIX, a dolorosa experiência deste tipo de liberalismo. A Convenção Européia dos Direitos do Homem aprendeu a lição recordando, em seu art. 17, que não há de existir liberdade para os inimigos da liberdade – a Corte vela, no que lhe concerne, por aquele que não abusou deste artigo. Nossa segunda observação procura então mostrar o laço necessário que se estabelece entre o respeito aos procedimentos e os direitos fundamentais. Se for destinada de fato a favorecer a minoria, assim como a dar sistematicamente a palavra à defesa, está bem que se reconheça a cada um o direito de expressão, incluindo o do mais frágil e o do mais diferente.

Ao encontro da identidade dialética (“nós”)/exclusão (“eles”), os procedimentos jurídicos têm este efeito de universalizar e, por conseguinte, de igualar, pelo menos parcial ou potencialmente, o direito à palavra. Ao mesmo tempo, estes são os principais direitos reconhecidos: liberdade de opinião e de expressão, integridade física e segurança (não poderia haver debate equitativo sob pressão de coerção física). As diferentes formas que tomam estas liberdades de opinião e de expressão – liberdade de sufrágio político, direito de associar-se e de sindicalizar-se, liberdade de imprensa e de ensino... – serão questão de criatividade das comunidades políticas, da mesma forma que os novos direitos que serão reivindicados na dinâmica do direito à palavra, do direito “a ter direitos” que foi reconhecido. Não é então exato sustentar que o Direito e a democracia conduzem a uma regra de jogo puramente formal, compatível com qualquer conteúdo material. Esta regra do jogo implica, ao contrário, o respeito ao jogador e lhe garante, se não um *handicap*, que lhe iguala aos participantes mais experimentados ou mais poderosos, ao menos o direito de fazer valer seu ponto de vista.

Estas duas primeiras observações preservam, no modelo de Hermes, os equívocos da questão da legitimidade tal e qual o pensamento e a luta das gerações que nos precederam configuraram. As duas observações que seguem insistirão sobre novas questões, que seria importante levar em consideração para a proteção das gerações futuras: Hermes, encarregado da comunicação entre os vivos e os mortos, não poderia também, em uma civilização seguramente voltada mais ao futuro que ao passado, preocupar-se dos futuros hóspedes do planeta?

O primeiro ponto destina-se a sustentar a idéia que o homem não é somente sujeito de Direito, senão igualmente titular de responsabilidades. Ao encontro de uma certa retórica dos direitos do homem, que em certos casos desvirtuam esta categoria prestigiosa para encobrir as reivindicações imediatas dos desejos mais individualistas, é preciso recordar que uma comunidade repousa também sobre as responsabilidades assumidas coletivamente. Esta idéia, muito atacada desde a Revolução de 1789, manifestar-se-á progressivamente. A primeira geração de direitos, a das “liberdades-imunidades”, surge como o escudo que protege o indivíduo contra as usurpações do Poder Público. Neste caso, todos os direitos estão do lado da pessoa e todos os deveres do lado do Estado. A segunda geração de direitos, a dos “direitos econômicos e sociais”, tende a assegurar uma equidade das condições materiais e espirituais da existência. Uma certa solidariedade manifesta-se aqui, mas somente sob a forma de retenções fiscais e parafiscais, destinadas a subsidiar os serviços públicos encarregados de assegurar seu bom uso, embora esta solidariedade esteja em um segundo plano, atrás da reivindicação, de modo que não se sai do solipsismo. Em contrapartida, a terceira geração de direitos – categoria que ainda está nos limbos jurídicos – ocupa-se em dar conteúdo à idéia de solidariedade ou, para seguir a progressão marcada pelo lema revolucionário francês, a idéia de fraternidade, que sucederia assim a liberdade, característica das “liberdades-imunidades”, e a igualdade, característica dos “direitos econômicos e sociais”. Estes direitos de solidariedade, como o direito à preservação do meio ambiente, o direito à distribuição dos recursos comuns da humanidade ou o direito à paz, se analisam mais como interesses legítimos que como direitos subjetivos e liberdades. É possível que a idéia de obrigação prevaleça sobre a de direito. Trata-se de responsabilidades coletivas mais que de prerrogativas individuais. Sem dúvida, todo direito subjetivo implica um dever correspondente na pessoa do outro; não se negará sem dúvida que o imaginário jurídico e o discurso político ocultaram por muito tempo esta realidade, de modo que a insistência sobre a idéia de responsabilidade – quando haverá uma “Declaração das responsabilidades universais?” – implicaria num profundo transtorno das mentalidades.

Isto nos leva a formular nossa observação seguinte: que se ocupa de insistir sobre a mudança de escala a qual o jurista, como os demais contemporâneos, está hoje obrigado. Enquanto que no antigo regime só se concebia e praticava a norma na escala familiar e local, o progresso da modernidade teve que se adaptar à escala nacional, a época atual nos obriga a raciocinar – realmente e não só verbalmente – em escala universal, isto que K. O. Apel qualifica de “macroesfera”,

que exige normas intersubjetivamente válidas de responsabilidade universal. Os novos perigos de nosso tempo, desde o mais público, como a nuvem de Chernobyl, até o mais íntimo, como o vírus mortífero da SIDA, implicam uma reação em escala planetária. Tal regulação não tem a menor possibilidade de se impor se não tiver apoio sobre uma consciência ética ampliada às dimensões da comunidade universal. Elevar a democracia à altura de uma cidade mundial, cuidando do destino das futuras gerações, constitui a aposta mais considerável do Direito pós-moderno.

Poderíamos, sem dúvida, parar aqui, tão vasto é o programa do qual se encarrega nosso Hermes. Entretanto, lhe esperam ainda outros desafios que será obrigado a superar. Pensemos agora nas questões ético-jurídicas radicalmente novas, que suscitam a ação combinada dos progressos científicos e dos desejos mais delirantes: engenharia genética e manipulações biológicas a serviço da eugenia, da reprodução de clones, da determinação do sexo dos filhos e de outros comércios genéticos. Esta articulação de realização técnica e de autoridade volitiva mostra claramente déficits de sentido profundamente desestabilizadores. Qual poderia ser aqui a mensagem de Hermes?

Diante de tudo, uma mensagem muito antiga, sem dúvida tão velha quanto o próprio Direito. É a restauração da velha regra de prudência da qual o Direito extrai seu nome: *prudentia*, *jurisprudencia*, jurisprudência. “Na dúvida, abstenha-se”, diz Hermes, o jurista. Recordemos que o procedimento é precisamente a institucionalização da prudência, a instauração de uma trégua, o tempo da reflexão. O procedimento abandona seu destino à dúvida. Esta suspensão dos projetos societários mais soberanos tem também por vocação dar tempo à memória, esta memória social que Hannah Arendt mostrou que era às vezes o único escudo contra os propósitos do totalitarismo.

Mas é provável que esta temporalização e esta abstenção prudenciais não sejam suficientes. Um dia ou outro Hermes será obrigado a decidir. Ninguém sabe como fará. Pode-se, sem dúvida, desejar que ele, o virtuoso dos jogos de linguagem, recorde que cada um deles tem sua especificidade e de que, concretamente, não corresponde ao jogo do Direito ir a reboque do jogo da ciência. Direito e ciência constituem a inacessível “realidade” segundo seus próprios paradigmas. Se a ciência tem a vantagem da intervenção operativa sobre o real – é o “reino da técnica” –, por outro lado nada lhe assegura um privilégio sobre o plano da “verdade”, e tampouco sobre o plano da legitimidade de seu discurso. Ao contrário, em uma sociedade organizada, é ao Direito que cabe atuar sobre os aspectos mais fundamentais. Mais que sua função sancionadora e, *a fortiori*, gestonadora, as funções de nomeação, de classificação e de hierarquização é que constituem as funções próprias do Direito. Dizer quem tem o que, quem faz o que e quem é quem é o papel essencial do Direito. Sem dúvida esta palavra instituinte não é destinada à imobilidade, nem consagrada à repetição pura e simples; como toda mensagem de Hermes, interpreta os discursos circundantes e se presta ela mesma à reinterpretação. Mas por isto não deveria abdicar de sua autonomia.

Traçar, em algumas páginas e algumas dezenas de minutos, um modelo para o Direito pós-moderno era sem dúvida um projeto desmesurado, mesmo com a

ajuda de um guia tão estimado como Hermes. Também, no momento de concluir, queria evocar as palavras do decano Vedel, que, ao término de uma longa e fecunda carreira de jurista, dizia: “Se não sei o que é o Direito, sei bem, por outro lado, o que seria de uma sociedade sem Direito”.³⁶ A tarefa de aplicar o Direito é então uma obra hermenêutica, um trabalho sempre recomeçado.³⁷

Tradução: Marcia Helena de Menezes Ribeiro³⁸

36 – G. Vedel, *Indéfinissable, mais Présent, in Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, nº 11, 1990, p. 71.

37 – Tradução para o espanhol por Isabel Lifante Vidal, está disponível em *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN 0214-8676, nº 14, 1993, pp. 169-194. www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

38 – Psicóloga do JRIJ de Santo Ângelo-RS; psicanalista, membro da Associação Psicanalítica de Porto Alegre – APPOA; professora da disciplina de Psicologia Jurídica na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo. marciar@cpovo.net