



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO IV

Nº 10

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 1.550 exemplares

Impresso em outubro de 2007

Conselho de Supervisão de Juízes da
Infância e da Juventude – CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, novembro de 2006.

EXPEDIENTE

Coordenação-Geral:

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

Elaboração:

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

Diagramação, Revisão e Impressão:

Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques – DAG/TJ

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

Quadrimestral.

ISSN 1807-0957

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

CDU 347.157(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desembargador MARCO ANTÔNIO BARBOSA LEAL
Presidente

Desembargador ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA
1º Vice-Presidente

Desembargador DANÚBIO EDON FRANCO
2º Vice-Presidente

Desembargador VASCO DELLA GIUSTINA
3º Vice-Presidente

Desembargador JORGE LUÍS DALL'AGNOL
Corregedor-Geral da Justiça

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

MEMBROS EFETIVOS

Desembargador JORGE LUÍS DALL'AGNOL
Corregedor-Geral – Presidente

Dra. VIVIAN CRISTINA ANGONESE SPENGLER
Juíza-Corregedora – Vice-Presidente

JUÍZES DE DIREITO

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

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

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

Dr. CLEBER AUGUSTO TONIAL
Juizado Regional da Infância e Juventude de Santa Cruz do Sul

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

Dra. GENI BÁRBARA DA GRAÇA REINHEIMER
Juizado Regional da Infância e Juventude de Osório

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

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

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

Dr. LUCIANO BARCELOS COUTO
Juizado Regional de Santa Maria

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

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

Dra. VERA LÚCIA DEBONI
Projeto Justiça Instantânea do Juizado Regional da Infância e
Juventude de Porto Alegre

Dr. VOLNEI DOS SANTOS COELHO
Juizado Regional da Infância e Juventude de Novo Hamburgo

MEMBROS INDICADOS

Dra. ANA PAULA BRAGA ALENCASTRO
3ª Vara Cível de Pelotas

Dra. ANA PAULA CAIMI
3ª Vara Cível de Carazinho

Dr. CHARLES MACIEL BITTENCOURT
2ª Vara Judicial de Soledade

Dr. LUÍS ANTÔNIO SAUD TELES
2ª Vara Cível de Ijuí

Dr. MARCELO MALIZIA CABRAL
1ª Vara Cível de Pelotas

Dr. RICARDO BERND
2ª Vara Cível de São Leopoldo

SUMÁRIO

DOCTRINA

Lei “Maria da Penha” em cotejo com o ECA – Marcelo Mairon Rodrigues ..	9
Idade penal: melhor ampliar do que reduzir – Leoberto Brancher	11
Justiça restaurativa e justiça juvenil – aproximações na perspectiva da ética da alteridade – Afonso Armando Konzen	31
A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma trajetória de luta e trabalho – Antonio Carlos Gomes da Costa	39

SENTENÇAS

Processo nº 026/0539001.07143	53
Processo nº 8.169	57
Processo nº 026.0661001.07356	59

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça – Hábeas-Córpus nº 45.667-SP – Adolescente. Ato infracional. Medida socioeducativa (liberdade assistida). Prescrição penal (possibilidade). 1. Não obstante a finalidade pedagógica da medida socioeducativa, não há como negar seu caráter repressivo. 2. Perfeitamente possível a aplicação da prescrição penal aos atos infracionais praticados por adolescentes. 3. Precedentes do Superior Tribunal. 4. Ordem concedida para extinguir, pela prescrição, a medida socioeducativa imposta à paciente	63
---	----

DIREITO INTERNACIONAL

O Caso Roper <i>versus</i> Simon: a decisão da suprema corte norte-americana banindo a pena de morte por delitos praticados por pessoas com menos de dezoito anos de idade – João Batista Costa Saraiva	69
<i>Violencia juvenil: ¿Pena o arbitrio?</i> – Emilio García Méndez	79

Visite o *site* da Justiça da Infância e da Juventude: www.tj.rs.gov.br
Link Infância e Juventude.

DOCTRINA

LEI “MARIA DA PENHA” EM COTEJO COM O ECA

MARCELO MAIRON RODRIGUES
Juiz de Direito

Com o advento da Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei “Maria da Penha”, algumas considerações devem ser feitas quando o agressor é o adolescente.

Em um primeiro momento, na condição de Juiz de Direito com jurisdição na Infância e Juventude, questioneei a aplicação das disposições da nova Lei ao adolescente agressor, por encontrar em seu texto comandos direcionados claramente ao adulto. É o que ocorre, por exemplo, quando o art. 20 prevê a possibilidade de o Juiz decretar a prisão preventiva do agressor, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Ou quando se verifica a existência de medidas que, embora possam ser aplicadas ao adolescente, devem envolver tratamento diferenciado. É o caso da previsão de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Não se concebe que o magistrado, ao afastar o adolescente de casa, não indique o seu local de destino, pois o estaria expondo a situações de risco, em procedimento contrário aos objetivos do próprio ECA.

Contudo, negar a aplicação da Lei “Maria da Penha” no caso de agressor adolescente comprometeria o objetivo maior do novo diploma legal, qual seja, coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A própria Constituição Federal, que assegura com prioridade absoluta direitos da criança e do adolescente, prevê, em seu art. 226, § 8º, que o Estado criará mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar. Tal dispositivo não admite alcance parcial. Afinal, impõe-se a proteção da mulher em qualquer situação, seja o agressor imputável ou não.

Dessa forma, as medidas previstas na Lei nº 11.340/06 devem ser aplicadas com observância dos preceitos do ECA. No caso de afastamento do lar, por exemplo, caberá ao Juiz da Infância e da Juventude conhecer do requerimento e, sendo o caso, determinar a colocação do jovem em lar substituto, seja junto a outro familiar ou a uma instituição compatível com sua situação. Ou, ainda, conforme a exigência do caso em apreciação e após o oferecimento da representação, determinar até mesmo a internação provisória.

Outro procedimento a adotar será notificar a ofendida dos atos processuais relativos ao agressor, em conformidade com o que preceitua o art. 21 do novo diploma legal.

Não se desconhece que inúmeras dificuldades encontrará o magistrado para fazer valer os objetivos da Lei “Maria da Penha” sem comprometer os princípios que norteiam o ECA. Mas, tratando-se de Infância e Juventude, área em que as carências de políticas públicas constituem desafio constante ao Juiz, tal situação não será nova.

IDADE PENAL: MELHOR AMPLIAR DO QUE REDUZIR

LEOBERTO BRANCHER

Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude – Vara de Execuções Penais Juvenis de Porto Alegre. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Justiça Restaurativa da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Coordenador do Projeto Justiça para o Século 21.

UMA CELEBRAÇÃO AO CONTRÁRIO.

O debate sobre a reforma penal tornou-se incandescente desde os trágicos fatos ocorridos neste verão de 2007, quando o menino João Hélio foi covarde, brutal e cruelmente assassinado durante um assalto na cidade do Rio de Janeiro. Foi no Rio, mas foi como se tivesse ocorrido ao nosso lado, em qualquer lugar do Brasil. Foi como se, desta vez, tivesse ocorrido conosco. De fato, a violência tem alcançando tal grau de intensidade e de democratização que, talvez como nunca antes, parece que desta vez todos fomos alcançados igualmente pela tragédia. Fomos atingidos por uma dor tão intensa e geradora de tamanho repúdio como talvez não tenhamos sido diante de tantas outras atrocidades semelhantes que têm-se sucedido em tempos recentes.

Pois vamos daí ao paradoxo de que, diante de tão repulsivo e lamentável episódio, podemos registrar como salutar sua repercussão. Mesmo enlutados, sentimo-nos premiados a aproveitar desse momento para que, inclusive em consideração aos reclamos de seus familiares, a morte estúpida e gratuita de mais esse menino brasileiro não tenha sido em vão.

Antes de mais nada, é nosso dever solidarizarmo-nos com as vítimas da violência, reverenciar sua dor, respeitar e compartilhar seu luto – sentimento que nunca ninguém definiu melhor do que Marshall Rosenberg ao dizer que “é uma espécie de celebração ao contrário”¹. Iluminados pela sabedoria e lucidez dessa fórmula, é que podemos então nos permitir celebrar, ao contrário, os ensinamentos que nos trazem tanto a tragédia dos fatos quanto o salutar clamor público que a eles se segue.

IRRESPONSABILIDADE GENERALIZADA, A QUESTÃO MAIOR.

Antes de qualquer outra ponderação, é imprescindível destacar que, embora os autores do assalto em questão fossem em número de cinco, e somente um deles fosse menor de idade, quase que inexplicavelmente o debate público tem-se centrado sobretudo na alegada impunidade dos menores.

1 – ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta – Técnicas para Aprimorar Relacionamentos Pessoais e Profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

A partir daí, a redução da menoridade penal tornou-se o alvo preferencial dos ataques liderados pelo discurso político e midiático de defesa da lei e da ordem, como se a reclusão de menores no sistema penitenciário fosse a solução mágica capaz de responder a todos os avanços da violência e da criminalidade que, de forma crônica e epidêmica, vêm infelicitando a cidadania brasileira.

Nem o debate, e conseqüentemente, nem as soluções poderão alcançar resultados consistentes se continuarem se sucedendo, como vêm ocorrendo, de forma emocional e fragmentada. Para compreender e solucionar esse fenômeno que banaliza cenas de violência em nosso País, precisamos urgentemente de um apelo à razão. Posta a razão a iluminar os fatos, indispensável raciocinar de forma contextualizada, reconhecendo que “não existem soluções simples para o complexo problema da violência”².

Em termos práticos, e para ficar perto de casa, evitando ampliar a discussão para além da esfera do Direito punitivo, não há como separar a questão da delinquência juvenil da questão penal como um todo e elegê-la como alvo. Se de algum modo fosse lícito desmembrar o problema e eleger um foco em detrimento do outro – escolha sempre de risco –, o foco preferencial do debate e das propostas de mudança deveria ser o sistema penal de adultos, e não o contrário como vem ocorrendo.

Posicionando o debate como estão, lideranças das correntes reformistas mais afoitas, com suas soluções simplistas e abordagens reducionistas tais como, literalmente, a da redução da idade penal, estão na verdade se locupletando do luto nacional para granjear simpatias fáceis, emulando promessas de que uma justiça mais vingativa prestaria serviços mais efetivos ao controle social.

Simbolicamente, o reforço nos mecanismos de vingança pública de fato poderia representar uma estratégia de alívio imediato para a dor, para a violação e para a impotência de que, inegavelmente, todos somos vítimas e, às quais, deveras, humana e legitimamente, sentimos perante os crimes de sangue e seus autores.

Na prática, porém, o sacrifício do ofensor, no mais das vezes, não apenas será insuficiente para reverter o quadro de insatisfação emocional das vítimas, como o custo dessa falsa promessa de alívio implica colocar o País, a médio e longo prazo, numa verdadeira armadilha – mesmo porque alívio não significa cura.

O debate a respeito dos crimes com participação de menores e o funcionamento do sistema penal juvenil, por mais que necessário, não pode nos deixar perder de vista o foco central do debate, que deve ser a questão da justiça penal como um todo – inclusive, e principalmente, a justiça penal dos adultos. E, falando em adultos, a questão não se esgota na criminalidade de rua, mas também abrange crimes de gabinetes e de corredores.

2 – MENDEZ, Emílio Garcia. Anotações pessoais extraídas de Conferência sobre Direito Penal Juvenil na Escola da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999.

Isso, insista-se, para permanecer argumentando no âmbito restrito das questões conjunturais suscetíveis de inclusão na pauta das reformas da legislação penal, e para dispensar por ora a discussão de temas relacionados a fatores criminógenos de ordem socioeconômica – os recorrentes álibis estruturais que, sistematicamente, nos têm entorpecido o debate das questões jurídicas relacionadas à ordem do dia na prevenção e repressão da violência e da criminalidade. Posto isso, destaque-se apenas que não há nada mais criminógeno hoje em dia do que a absoluta ausência do Estado tanto nas periferias urbanas quanto nas galerias do nosso pútrido e contaminante sistema penitenciário.

Sendo tantas e tão complexas as questões, o que parece vir ocorrendo é que estamos nos dando por exaustos diante dos invencíveis impasses ditados pelo debate e optamos pela solução mais primitiva, ao mesmo tempo em que estamos, com essa opção, arcando com o risco de perder a oportunidade de lançar um olhar aguçado sobre todo o sistema penal brasileiro. Sistema este que, dos mais elevados escalões da República ao ladrão de galinheiro, tende, muito mais do que à reclamada impunidade, à desresponsabilização.

A QUESTÃO MENOR: UM PONTO DE FUGA?

Tais discussões de fundo, absolutamente necessárias, por certo darão pano para manga, para mais de mil horas de debate e, talvez por isso, novamente, levarão a nenhuma solução. O fato é que nem a vitória do endurecimento penal, por um lado, nem um novo silenciamento do clamor público, em caso de vitória, do outro, haverão de promover a desejada pacificação. A dor vertente da realidade dos fatos continuará latente, enquanto a discussão se perde, como que num descompasso, rumo a um falso ponto de fuga.

Admitindo centrar o debate na “questão do menor”, uma vez mais estaríamos entrando num *looping*, fenômeno que a teoria dos sistemas define exatamente por aprisionar a energia num movimento circular que provoca muito calor e pouca luz.

Somente após insistir que a reconsideração do sistema penal juvenil não pode ser pautada sem que se paute, simultânea e paralelamente, uma aprofundada discussão do contexto, avanço em ceder àquilo que a massa dos olhares fantasiosos comemoram como um trunfo: a necessidade de retificação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – na sua parte criminal. Mas antes insisto no debate do contexto e advirto para o risco de, isolada dele, a questão juvenil converter-se num mero ponto de fuga.

UMA QUESTÃO DE PONTO DE VISTA.

Posto isso, permito-me abrir ao debate algumas reflexões nascidas da minha experiência de 09 anos como Juiz da 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, com dedicação exclusiva à execução das medidas socioeducativas – leia-se, noutras palavras, uma espécie de Juiz da Vara das Execuções Penais Juvenis, jurisdicionando em média 600 jovens presos, distribuídos entre seis unidades da FASE (ex-FEBEM) da Capital, e outros 1.200 acompanhados

em medidas não-privativas da liberdade – liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. Entre estes, ressalvados eventuais erros de justiça, nenhum inocente do ponto de vista penal.

É desde este ponto de vista que trago esse convite à reflexão e ao compartilhamento do meu olhar sobre o tema, principiando por alertar para o grande equívoco estratégico presente na proposta de redução da idade penal.

POR QUE RESISTIR À REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL.

Sem demorar-me no argumento – já que o debate a respeito parece tão decantado que, diante do esgotamento das opiniões, parece só restar como opção a batalha campal –, explícito que tenho nessa posição um pressuposto jurídico, político e ético insuperável.

E estes pressupostos são tão consistentes e profundos que vale revisitá-los ao menos para compreender por que, a despeito dos atormentados e recorrentes reclamos em contrário, quando mais de 90% da massa emocionada e seus manobristas entusiasmados proclamam gritos de vingança e pedem a redução da idade penal, a nação brasileira, na prática, ano após ano, mesmo contra a corrente, tão logo serenados os ânimos, tem feito preponderar a razão.

Primeiro: juridicamente, a idade penal mínima em 18 anos é garantia de direito de individual e, portanto, é dispositivo constitucional imutável, cláusula pétrea, insuscetível de reforma por Emenda Constitucional. Inúmeros e abalizados estudos jurídicos têm sido produzidos destacando que somente uma nova Assembléia Constituinte poderia modificar o art. 228 da Constituição. Isso implica que, possivelmente, por maior que seja o entusiasmo no plenário do Congresso, a discussão a respeito deverá selar-se mesmo é perante o Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o último turno da votação será dado num campo onde haverá de preponderar a hermenêutica jurídica, e não a emoção.

Segundo: admitindo, para argumentar, que tal reforma vingasse, do ponto de vista político, a opção penitenciária para menores teria um efeito contaminante negativo de amplo espectro. Vingança por vingança, embora a satisfação inicial dos vitoriosos, a médio e longo prazos a solução seria capaz de gerar um desastroso efeito bumerangue em termos de recrudescimento da violência, à medida que estes jovens fossem sendo liberados do sistema penitenciário para a liberdade. Devemos lembrar que, também salvo nova Constituinte, não contaremos no Brasil com a pena de morte ou com a prisão perpétua, as quais também permanecem ressalvadas como cláusulas pétreas no nosso Direito Constitucional. Portanto, algum dia esses jovens irão sair do presídio. E se já entraram contaminados pela violência, provavelmente sairão dali ainda no vigor juvenil, mas com doses redobradas de ódio e rancor. A degradação humana e o contágio violento promovidos pelo sistema penitenciário atual já prenunciam o que iremos enfrentar com o encarceramento precoce dos adolescentes infratores. O recrudescimento da violência será exponencial, e não apenas proporcional ao número de novos presidiários. O agravamento virá da ampliação da boca do funil etário da massa carcerária e da definitiva estruturação de transtornos de personalidades anti-sociais que, atual-

mente, ainda vêm sendo revertidas ou têm seus danos minimizados pela intervenção das medidas socioeducativas.

Terceiro: eticamente, não importa se somos juristas, jornalistas, policiais, vítimas, infratores, ainda somos humanos. Somos todos como nossas mães. Humanos, em essência, até o último abraço ou suspiro. E a humanidade que persiste em cada um de nós, vítima ou infrator, sempre é possível de restaurar, como flor de lótus que brote sobre o lamaçal da miséria e do sangue. E para esse fim, incomparavelmente mais razoável e condizente com o processo civilizatório, o sistema de justiça penal juvenil está infinitamente melhor aparelhado, jurídica e institucionalmente, do que o sistema penal de adultos. Ao ponto de que deveríamos estar convictos de usar o ECA como exemplo para a responsabilização penal de maiores, e não o contrário.

AMPLIAR O DEBATE PARA NÃO REDUZIR A IDADE PENAL.

À parte todos os argumentos desfavoráveis à redução da idade penal, mesmo nós que nos posicionamos nessa trincheira devemos nos mostrar sensíveis a tantas vozes que insistem em contrário. Podemos discordar das estratégias meramente punitivas, mas não podemos negar que esses reclamos certamente refletem uma necessidade legítima das pessoas – nossa inclusive – por segurança, proteção, garantia da ordem pública, menos violência, menos assaltos, menos maldade nas ruas.

Tais pontos parecem ser suscetíveis de consenso, já que correspondem a aspirações universais. E, embora não admitindo a justiça do pleito por mais punições, não podemos negar a justiça dessas aspirações. Por isso devemos suspender por instantes nossos habituais pressupostos a respeito da infalibilidade e nossa defesa incondicional do sistema jurídico contemplado no ECA.

Por isso defendo ser chegado o momento para dar ouvidos às reclamações levantadas sobre o sistema socioeducativo, ou seja, é momento de concordar em ampliar o debate a respeito da parte infracional do ECA.

Na sua operação jurisdicional e administrativa cotidiana, desde um olhar isento e pragmático de quem busca resultados e não apenas defesa de tese ou motivos de inspiração, as regras do ECA em matéria infracional precisam ser reconhecidas como parcialmente insatisfatórias.

Esse reconhecimento fundamenta-se não só do ponto de vista da sua repercussão social negativa (em média 90% da opinião pública tem mostrado estar certa quanto a isso, dado que não podemos seguir ignorando), mas também do ponto de vista técnico-jurídico.

As posições que estou apresentando nesse documento, portanto, não se dobram ao contexto das pressões da opinião pública – embora colha humildemente delas um dado de realidade.

Não são proposições ditadas pelo pensamento estratégico, cedendo anéis em garantia dos dedos, senão que conclusões que se dobram sobretudo às pressões da razão e do princípio da realidade da jurisdição, antes que, por recusarmo-nos a ampliar o debate, sejamos atropelados por elas, pagando o preço da redução da idade penal.

O FALSO PRESSUPOSTO DA EXCLUSIVIDADE DO OBJETO PEDAGÓGICO.

A questão central para introduzir o debate é que a fórmula legal de impor medidas por prazo indeterminado, limitado ao máximo de 03 anos, e submeter o adolescente a revisões semestrais está fundada num pressuposto que precisa ser rediscutido. Esse pressuposto é o de que as medidas socioeducativas atendem a um viés exclusivamente pedagógico, ou seja, seriam aplicadas e executadas na perspectiva exclusivamente individual dos direitos e garantias do infrator, visto em regra – e no mais das vezes até mesmo com razão – como vítima das próprias circunstâncias socioambientais, ou seja, uma perspectiva automaticamente exculpatória de sua atuação delitiva.

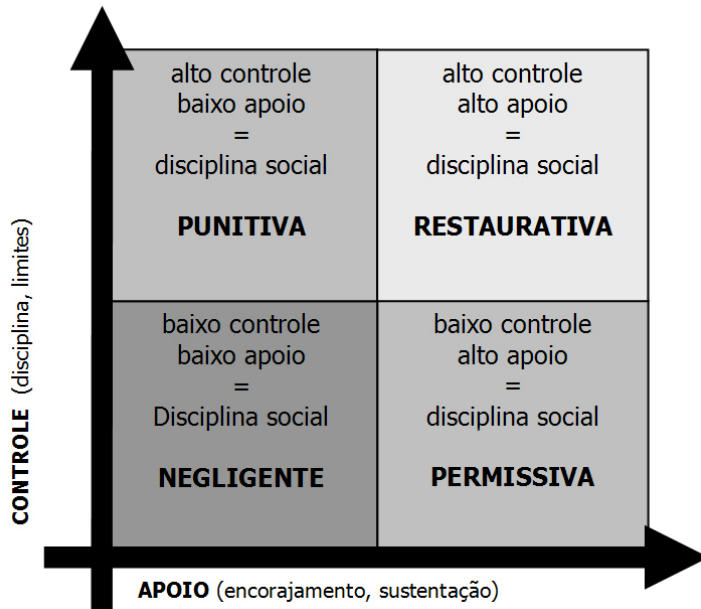
No entanto, para enfrentarmos o debate atual – isto é, tirarmos a cabeça da avestruz de dentro do buraco negro que argumenta em torno da perfeição e da imutabilidade jurídica do ECA –, é forçoso aceitar que as sanções penais juvenis atendem não apenas e exclusivamente a fins pedagógicos, ou terapêuticos ou assistenciais, mas *também* visam à garantia da ordem pública.

Isso não implica concordar que o recurso à mera punição para adolescentes seria mesmo a melhor solução. Implica apenas admitir que as medidas socioeducativas trazem ínsito consigo, por sua própria natureza de sanções penais que são, também um viés retributivo que, embora seja dado insofismável tanto na realidade jurídica quanto na realidade da vida (quem desconhece que, de fato, os adolescentes infratores brasileiros são presos, algemados, colocados por detrás das grades?), tem permanecido como uma questão velada nos mais variados territórios do debate social e da produção acadêmica que cercam a atuação criminal juvenil.

Há mais de um século – desde a criação dos primeiros Tribunais de Menores –, tanto a doutrina jurídica quanto as demais disciplinas relacionadas, quanto a cultura institucional acumulada a respeito na área evitam enfrentar claramente esses aspectos do tema, inviabilizando um cruzamento que seria essencial para produzir uma nova racionalidade: o diálogo entre os dois vetores básicos da disciplina social, representados pela equação primordial que correlaciona segurança x justiça, controle x apoio, limite x afeto, realidade x prazer, função paterna x função materna.

“Segundo dois importantes teóricos norte-americanos da Justiça Restaurativa, Paul McCould e Ted Wachtel³, as combinações diferentes entre esses ingredientes geram diferentes ‘Janelas de Disciplina Social’, representadas no gráfico a seguir:

3 – MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Uma Teoria de Justiça Restaurativa*. In: *Congresso Mundial de Criminologia*, 13., 2003, Rio de Janeiro. [Anais...] Disponível em: <http://www.reajustice.org/library/paradigm_port.html> Acesso em: 25-08-06.



“Conforme maior ou menor a dosagem entre ‘controle’ (disciplina e limites, não significando necessariamente imposição de castigos ou punições) – e ‘apoio’ (ou de acolhimento, assistência e suporte ao ofensor, não significando necessariamente imposição de tratamento), resultam contextos de controle social diversos. Baixo controle e baixo apoio geram uma disciplina social negligente. Alto controle e baixo apoio geram uma disciplina social punitiva. Baixo controle e alto apoio, geram uma disciplina social permissiva. Uma disciplina social restaurativa seria, por fim, aquela capaz de simultaneamente combinar altas dosagens de controle com altas dosagens de apoio”⁴.

Parece evidente e razoável que assim fosse naturalmente compreendido, mas não é. Em consequência, negando-se a emergência co-natural desses fatores, co-necessários “como as duas asas do mesmo pássaro”, tentou-se constituir, com base no ECA, um sistema fundado numa asa só, a asa da proteção.

4 – BRANCHER, Leoberto. *Iniciação em Justiça Restaurativa – Subsídios de Práticas Restaurativas para a Transformação de Conflitos*. Porto Alegre: AJURIS, 2006, p. 31.

DIREITO PENAL JUVENIL: O PRIMEIRO PONTO EM TORNO DO QUAL AMPLIAR O DEBATE.

Para dar-se uma idéia da dificuldade do trânsito dessas ponderações entre os atores do cenário jurídicos, apenas desde 1998 conseguiu-se pautar no Brasil o debate sobre a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes autores de fatos criminais. Nesse quadro, é compreensível que a evolução doutrinária do tema ainda seja incipiente, e a produção de literatura jurídica especializada, ainda escassa – embora se mostre, ano a ano, cada vez mais madura e consistente.

A recusa à aplicação dos princípios e institutos do Direito Penal em matéria infracional de menores ao longo de décadas – inclusive posteriormente à vigência do ECA – ensejou toda sorte de empirismos e malabarismos, geradores de estruturas, procedimentos e ações fundadas em discricionariedades e recorrentes abusos de poder.

Visualizando em profundidade as implicações dessa falta, será possível compreender a verdadeira anarquia que imperou, por décadas, nas nossas instituições para infratores. Essa lacuna inviabilizou a produção de significado num campo institucional voltado à normatização de condutas naturalmente transgressoras – como é da condição psicológica própria dos estágios etários juvenis, essencialmente dinâmicos no campo do imaginário e ressignificativos no campo da simbologia. É evidente que se nem esse sistema jurídico, nem as instituições por ele operadas, conseguiram definir a natureza da própria atividade, não conseguiriam produzir qualquer conhecimento consistente a respeito, faltando-lhe, portanto, embasamento científico para assentar as bases culturais que, por sua vez, seriam indispensáveis para pautar discussões mais objetivas sobre seus problemas, e assim constituir consensos e, por consequência, alcançar um grau satisfatório de auto-regulação. Ao contrário, o que o sistema proporcionou a si próprio ao longo desses anos todos de negação da natureza do seu próprio objeto, e conseqüente anomia interna, foi reproduzir o quadro de desorganização e desordem peculiar à população atendida. Espelhos da mesma imaturidade, repercutindo em dimensões diversas, mas produzindo um mesmo resultado, marcado pelo descrédito e pela irresponsabilidade.

Evoluiu-se, porém, nestes últimos anos. Mas vale o destaque de que foi somente a partir da explicitação dos pressupostos, princípios e fundamentos derivados da compreensão do fenômeno da infração penal juvenil sob o prisma do Direito Penal que se possibilitou estabilizar as bases de um debate científico sobre o tema. Em termos concretos, além de resultados bem-sucedidos visíveis no dia-a-dia das instituições como a FASE (ex-FEBEM) do Rio Grande do Sul, foi esta a plataforma que possibilitou o “caldo de cultura” sobre o qual se construíram dois importantes instrumentos jurídicos para reger as execuções socioeducativas, campo até então marcado pela anomia, pela improvisação, pelas arbitrariedades, pelos desmandos, e, naturalmente, pelas conseqüentes e sintomáticas rebeliões.

O primeiro foi o SINASE, Resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, editada em julho de 2006, definidora de diretrizes para a organização e gestão da prestação dos serviços pelo sistema institucional de atendimento a essa população.

O segundo foi o anteprojeto de uma Lei de Execuções de Medidas Socioeducativas, demorada, democrática e consistentemente discutido por todos os setores responsáveis desde o ano de 1998 e que, já na sua quarta versão, aguarda junto à Presidência da República a melhor oportunidade de ser enviado ao Congresso.

Apenas por oportuno, pergunte-se: alguém de sã consciência poderia imaginar o sistema penitenciário funcionando sem uma Lei de Execuções Penais? Por certo, não deveriam ser sãs as consciências até então regentes do sistema penal juvenil. As mesmas, aliás, que ainda resistem ao paradigma jurídico do direito punitivo como plataforma científica para a discussão e regulamentação legal do setor.

Mesmo assim, da mera vitimização do infrator o debate já se ampliou, e muito, no sentido do conceito da sua responsabilização e do reconhecimento da natureza jurídica do fenômeno ontológico subjacente como pertinente à matéria penal. Pouco a pouco, vencida a esquizofrenia, a realidade pôde passar a dialogar com a realidade. Parece óbvio, mas tem sido difícil como provar que a terra era redonda perante os horizontes medievos.

RETRIBUIÇÃO X SOCIOEDUCAÇÃO, O SEGUNDO PONTO A AMPLIAR.

Até aqui o debate sobre o Direito Penal Juvenil pôde evoluir com base numa espécie de acordo tácito com os seus opositores. Os defensores, de certo modo, optaram pela argumentação preponderante em torno das prerrogativas processuais, ou seja, por uma ótica garantista, inspirada pelos princípios de redução de danos do direito penal mínimo, e tanto quanto possível abstraindo ou negando as implicações penais no que se refere à imposição e execução das medidas.

A fórmula de ouro até aqui adotada como leito dos avanços político-doutrinários em torno do tema tem sido que “a medida socioeducativa tem natureza penal, mas finalidade pedagógica”. Implícito aí o acordo com a oposição: deixamos vocês afirmarem a natureza penal, mas vocês garantem que o pássaro deve continuar voando com uma asa só.

Na prática, esse ponto de acomodação possibilitou importantes conquistas, sobretudo em favor da defesa, impedindo que adolescentes apenas ansiosos, inquietos ou impacientes, mas autores de crimes de bagatelas, fossem manejados sob o jugo da força jurídica devastadora das algemas penais. Ou, mesmo, pôde-se impedir que outros adolescentes, autores de crimes efetivamente graves, fossem, sem direito à defesa, reduzidos a pó e que sofressem, em nome da proteção, reprimendas muito mais dolorosas do que sofreriam se fossem adultos.

A partir desse ponto, todos os benefícios oriundos da sistemática do Direito Penal (quanto ao processo penal, o ECA já o admitia por regra expressa, art. 152) passaram a ser mais facilmente admissíveis como matéria de defesa de adolescentes, tanto quanto se pôde passar a dispor de argumentos jurídicos para evitar a confusão (ainda presente em certa jurisprudência) entre a proteção e a repressão penal dos atos cometidos por adolescentes infratores.

Ao mesmo tempo em que se passou a fazer tais concessões, também foram elas mantidas sempre sob a perspectiva ética e hermenêutica não só desejável,

quanto prioritária, de evitar a compreensão da medida socioeducativa, enquanto instituto de direito penal juvenil material, como sujeição do infrator à mera punição pelos seus atos, por mais que hediondos.

E é nesse campo que cumpre avançar agora, não para sustentar e validar, como desejáveis, os tais componentes punitivos, mas para um mero reconhecimento de que, sejam chamados como forem, a sanção penal juvenil não se completará sem atender a ambos os aspectos, ou seja, deverá necessariamente compatibilizar punição com tratamento, garantia da ordem pública com garantia de direitos humanos, verticalidade e horizontalidade, autoridade e autonomia, controle e apoio, limite e afeto. Insista-se: trata-se de dois vetores indissociáveis na composição de um contexto de disciplina social e que, se a bem de uma dificuldade semântica um deles permanecer sendo negado, o conjunto do sistema em que se aplicam permanecerá sendo confuso e confusional, tão instável no campo operacional quanto controvertido no campo político, como vem sendo o caso do sistema socioeducativo disposto pelo ECA.

Portanto, para avançar nesse ponto – mesmo para fazer frente aos que ainda insistem na tese da impunidade juvenil –, é preciso desvelar os mistérios do viés controlador, via de regra relacionado à função retributiva ou punitiva da sanção penal, reconhecendo-a presente também no que se refere à aplicação e execução das medidas socioeducativas.

A importância desse destaque está em que, somente a partir da admissão de que um certo viés retributivo permanece ínsito e implícito nessas medidas, poder-se-á falar em princípios jurídicos como o da “proporcionalidade” – tão reclamado pela opinião pública, que, apesar de já expresso no texto do ECA (art. 112), ainda é utilizado com absoluta parcimônia, fruto dessa crônica ambigüidade que inadmita a natureza dos fatos, acreditando que, por nomeá-los de modo diverso, eles poderão materializar-se em realidade enquanto tal.

Essa crença de que, por força do discurso diverso, a resposta jurídica ao crime juvenil possa ser outra que não a resposta penal, constitui a contrapartida do pensamento mágico do extremo oposto, que acredita nas punições como apanágio de todos os males. Sendo assim, o passo evolutivo seguinte é admitir que, não somente no que se refere à sua natureza jurídica, mas também no atinente à sua finalidade, a medida socioeducativa pertence ao gênero das sanções penais.

Em verdade, a ordem jurídica brasileira conhece três respostas sancionatórias ao delito que guardam natureza jurídico-penal. A pena aplicável ao maior de 18 anos, a medida de segurança aplicável ao adulto psicologicamente incapaz e a medida socioeducativa aplicável ao adolescente, considerado biologicamente incapaz. Como elemento comum entre todas, a coercividade, ou seja, a autorização para o emprego da força pública na contenção física do infrator. E das algemas e grades, que são as ferramentas penais correspondentes.

Por oportuno, anote-se que a aplicação da medida protetiva à criança (menor de 12 anos) infratora seria a única hipótese de resposta sancionatória ao crime de natureza e finalidade exclusivamente não-penais (não-coercitiva) atualmente

possível no sistema jurídico brasileiro. Note-se que todas as três modalidades de sanções penais listadas são diferentes quanto aos destinatários, contemplando peculiaridades subjetivas distintas, e, conseqüentemente, respeitam dinâmicas de execução e condições de atendimento diversas.

Todas elas, porém, devem contemplar cargas ponderáveis de garantia da ordem pública (incluindo eventuais aspectos retributivos) e de respeito aos direitos individuais (priorizando aspectos sociopedagógicos), as quais, devidamente sintetizadas, deveriam permitir a readequação comportamental que, tanto para o adulto quanto para o menor, e até mesmo para os portadores de sofrimento psíquico, seria o resultado intencionado pela aplicação da sanção penal.

Em conseqüência: medida socioeducativa, tal como disciplinada no ECA, é modalidade de sanção penal que nem se confunde com tratamento, nem autoriza impunidade. Ao contrário, agrega efeitos de controle impositivo (tradicionalmente lidos como punitivos) a efeitos educativos, assistenciais e terapêuticos, para gerar, em sua combinação, um terceiro e distinto vetor de pacificação social que, numa linguagem já amplamente consagrada, poderíamos denominar de efeito restaurativo.

UM NOVO FOCO PARA A SANÇÃO PENAL: FORÇA AO INVÉS DA VIO-LÊNCIA, COESÃO SOBREPONDO COERÇÃO.

A raiva, e seus conseqüentes ímpetos vingativos, é emoção que pulsa às raias da irracionalidade, partindo dos últimos ribossomas das últimas células do indivíduo humano. Talvez, sem ela, não tivéssemos aberto os pulmões e inspirado, aos berros, pela primeira vez. Mas, tomado o primeiro fôlego e aplacado o fulgor das emoções desprendidas pela reação à ofensa (ou à contrariedade), cumpre restabelecer a harmonia da racionalidade combinada com o respeito aos sentimentos, única condição capaz de nos colocar no eixo evolutivo dos relacionamentos grupais, perante os quais emoção pode ser sim um ingrediente vital, já a paixão é geradora de ardores perigosos demais.

Ao referirmos aqui, portanto, a necessidade de admissão de que o vetor “segurança/controle” não só é co-natural à sanção penal, como integra a realidade da vida e se mostra indispensável à própria eficácia das medidas socioeducativas, não estamos fundamentando, sofisticadamente, a legitimação do regresso à barbárie vingativa. Para manter a coerência ao mesmo tempo em que apontamos nesse sentido, atravessando uma zona efetivamente de risco, uma chave conceitual decisiva será distinguir entre o emprego da força e o emprego da violência, que tradicionalmente têm sido confundidos como aponta Marshall Rosenberg⁵.

Distinguir força e violência é o ponto crítico para a compreensão e aceitação da proposta introduzida por esse texto, que não pretende autorizar juridicamente o emprego da violência, mas que, com responsabilidade e humildade, pretende admitir a necessidade de soluções de força para conter comportamentos material ou potencialmente violentos.

5 – ROSENBERG, Marshall B. Idem, *ibidem*.

O que se convoca aqui é o uso de uma força necessariamente não-violenta, e que, muito ao contrário da retaliação e da vingança, que fazem expandir a espiral do ódio e do medo, seja capaz de promover a satisfação daquelas necessidades pelas quais estamos reclamando: segurança e proteção social.

São os próprios enunciados das Nações Unidas em matéria de Justiça Restaurativa, aliás, que ressaltam a necessidade de dedicação de soluções coercivas perante os infratores não-colaborativos.

“O marco inaugural da regulamentação da Justiça Restaurativa pela ONU foi a Resolução 1999/26, de 28-07-99, que dispôs sobre o ‘Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e de Justiça Restaurativa na Justiça Criminal’, quando foi proposta formulação de padrões no âmbito das Nações Unidas. Seguiu-se a Resolução 2000/14, de 27-07-00, reafirmando a importância dessa tarefa, e a Resolução 2002/12, de 24-07-02, que, incorporou as principais proposições do grupo de especialistas formado com aquela finalidade. Entre outras importantes contribuições, esse grupo de especialistas formulou conceitos e princípios:

[...] 8. A Justiça Restaurativa reconhece que nem todos os ofensores vão escolher serem cooperativos. Portanto, há a necessidade de uma autoridade externa que tome decisões pelo agressor que não é cooperativo, e que sejam razoáveis, restaurativas e respeitosas (para com a vítima, o ofensor e a comunidade).

“9. A Justiça Restaurativa prefere que os ofensores que colocam risco importante à segurança e não são cooperativos sejam colocados em ambientes onde a ênfase seja em valores, ética, responsabilidade, prestação de contas e civilidade. Eles devem ser expostos ao impacto que suas transgressões tiveram sobre a vítima, aprender empatia e ter a oportunidade de se preparar melhor para se tornarem membros produtivos da sociedade. Eles devem ser continuamente convidados e não coagidos a cooperar com a comunidade e ter oportunidade de fazer isso em ambientes adequados, tão logo seja possível”⁶.

É sob a inspiração desse princípio ético – verdadeiro imperativo, faço questão de insistir –, portanto, que se constrói a base da proposição conseguinte: o uso protetivo da força – conceito também formulado por Marshall Rosenberg⁷ – como elemento jurídico-pedagógico da medida socioeducativa. Apenas para evitar distorções que já estiveram muito em voga em matéria de menores no Brasil, com a recorrente invocação do interesse do menor em ser protegido – a qualquer custo – pelo sistema, destaque-se aqui que o destinatário desse efeito protetivo da aplica-

6 – BRANCHER, Leoberto. Idem, *ibidem*, p. 22.

7 – ROSENBERG, Marshall B. Idem, *ibidem*.

ção da força será sempre a ordem pública e o bem comum, não exatamente o adolescente.

A questão consecutiva é: de que natureza seria essa força capaz de regenerar sem ferir, de conter sem violência, de reger sem impor, essa força não-violenta, não-autoritária, não-abusiva? Essa é a força que advém não da coerção, mas da coesão social. Coesão que só se constrói a partir dos consensos. Somente a unificação de propósitos, a construção de consensos, a comunhão de valores é capaz de produzir um novo e tão desejado sentido de autoridade.

É certo que, em tempos de tanta fragmentação – política, ideológica, informativa, afetiva, cultural... –, trata-se de uma hipótese aparentemente utópica, talvez impossível. Mesmo assim, é possível afirmar ser esta a única via de acesso à solução dos graves problemas sociais relacionados à violência dos tempos atuais: promover mecanismos de empoderamento das pessoas e das comunidades, para que elas próprias instaurem ou restaurem a coerência, a coesão e a harmonia nos próprios contextos de convívio social. Para tentar essa via, um reconhecimento é imprescindível: o da obsolescência da via da coerção. Em termos práticos, quem é pai já vivenciou isso. Sem coesão entre o mundo adulto, não se educam as crianças.

Podemos começar pela família, promovendo coesão entre os seus membros. Ou pela escola, buscando coesão entre professores, destes com pais, alunos e funcionários. Ou entre a escola e os serviços da rede assistencial. Ou entre as instituições socioeducativas e aquelas do sistema de justiça e segurança. Enfim, no momento em que o diálogo prospere e a coerção alivie, a coesão presidirá relações de força não-violenta, capazes de reorientar o mundo para um novo norte e para um novo futuro. Essa é a força a que, eticamente, voltamos a nossa intenção. Mesmo admitindo que, nalgum momento, possa comparecer permeada pelas impurezas da violência, cumpre admitir seu emprego como dado da realidade, inclusive para poder depurá-la. Solução certamente melhor do que continuar negando-a, enquanto a violência, e não a ética, é que se impõe e prospera.

O ESCOPO DO ECA E O TEMPO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS.

Até aqui afirmamos que não se pode fazer a pedagogia do infrator numa relação exclusivamente horizontal – não ao menos até que as cláusulas de convívio relacionadas ao respeito ao outro, às relações e à coletividade possam estar claramente estabelecidas e estabilizadas, gerando um contexto de confiança. Lembramos que esse contexto de coesão brota da capacidade de produzir consensos, e como entre os primeiros consensos sociais necessários reside o respeito e a intangibilidade do outro, com o correspondente compromisso de não-violação, eventual atitude não-colaborativa do próprio infrator autoriza e legítima o uso protetivo da força. E que a verticalidade necessária ao convívio não implica violência, mesmo quando implique o uso da força – como a privação da liberdade, idealmente, e em si, não deveria implicar.

Posto isso, devemos admitir que, seguindo-se os mecanismos jurídicos já em vigor nos termos do ECA e transformando-os em iniciativas práticas – relacionadas

às abordagens institucionais nos vários campos disciplinares correlatos (assistência, educação, psicologia, psiquiatria, medicina, etc.) –, será possível promover condições ideais para uma resposta subjetiva e ambiental adequada, tanto do adolescente quanto do seu entorno (família e comunidade), quanto também do sistema (operadores das áreas de segurança, justiça, educação, assistência, saúde), capaz de promover uma superação eficaz das causas e conseqüências da atuação delitiva.

Dadas essas condições, seguramente poderá haver um processo eficaz de responsabilização, independentemente do tempo de internação, mesmo para os crimes mais graves. A psicanálise ensina que o inconsciente é atemporal, e que o tempo psíquico não corresponde ao tempo cronológico. Além disso, há que considerar-se que o tempo cronológico do adolescente é, proporcionalmente falando, absolutamente diverso do tempo cronológico de um adulto: 03 anos para um jovem de 15 anos significa 1/5 do total da sua existência. Absolutamente diferente, por exemplo, do 1/15 que significa para o Juiz de 45 anos que acompanha sua execução.

E queremos o tempo do adolescente internado para quê? Se a resposta não for ditada pela vingança, mas pela racionalidade, então cabe admitir que queremos que ele possa confrontar-se com sua própria existência, com sua trajetória de vida, com o fato criminal em que incorreu, suas causas determinantes, suas conseqüências para todas as classes de vítimas atingidas e prejudicadas de algum modo pela infração. Da vítima do crime em si (vítima primária), passando pelo seu grupo de convívio e seus familiares, à sua comunidade, todos, relacionados a um e outro dos envolvidos no crime, toda e qualquer pessoa que foi ou sentiu-se de algum modo atingida e ou prejudicada (vítimas secundárias).

A propósito da largueza do conceito de vitimização secundária, recordo que estou escrevendo essas reflexões sob o desalento dos episódios que estraçalharam o menino João Hélio no Rio. Todos nós, brasileiros, além do círculo familiar de infratores e vítimas, estamos sendo de algum modo atingidos e prejudicados, estamos todos arcando com os impactos dessa hedionda infração. Em contrapartida, nasce daí um sentido de co-responsabilidade e pertencimento a uma comunidade envolvida pelo delito. Numa compreensão assim, se todos somos atingidos, todos somos não apenas credores de respostas, mas também de certa forma responsáveis por promover soluções.

Quando uma mobilização dessa ordem puder ser gerada em torno de cada fato, envolvendo a comunidade que cerca cada vítima e cada infrator, será possível então gerar a coesão necessária para produzir a restauração do tecido social rompido pela infração. E não só capaz de mobilizar o contexto externo, mas capaz, também, de promover condições de mobilização emocional dos envolvidos, suficientes para produzir a cura de traumas e feridas e, no que respeita ao infrator, permitir um reencontro com o que de humano sempre houve e nunca se perdeu dentro si – embora toda sorte de fatores tenham, nalgum momento, concorrido para o ocultamento dessa humanidade materializado na atuação delitiva.

Efetivadas tais condições, o tempo relativiza-se, acelera-se, e num único instante de *insight*, um criminoso hediondo será capaz de devotar-se, com o espí-

rito em riste, joelhos dobrados e a alma lavada, à mais sincera renúncia ao crime e ao esforço pela reparação dos seus danos. Há nesse movimento interno uma fórmula procedimental singela, aliás ditada pela sabedoria religiosa⁸, representada pelos passos da confissão, do arrependimento, e do perdão. Entre um passo e outro, por certo, há margem para mil estratégias e mecanismos de fugas, mas não por isso é que deixa de trafegar por aí o percurso da reintegração sociopsíquica de todo e qualquer infrator, jovem ou adulto, e desde o crime de bagatela até o crime mais hediondo. A chave está em colocar o foco nas conseqüências do ato, e não apenas na transgressão em si. Reconheça-se com isso, por conseqüência, que o perdão gratuito ao crime mais leve pode ser tão pernicioso quanto a inclemência intransigente diante do arrependimento do infrator mais cruel.

Posto isso, a questão seguinte ainda em aberto é, pois: se descartada a retribuição vingativa, para que finalidade o tempo de privação da liberdade é necessário?

PROPORCIONALIDADE E SENTIDO DE REALIDADE.

O dado é empírico, mas a experiência é intensiva. Quanto mais grave o crime, maior a culpa. Quanto maior a ameaça de punição, mais rigorosa a perseguição, maior o susto do infrator e o seu empenho defensivo, suas esquivas, suas evasivas, e sua tendência a tangenciar a responsabilidade pela infração. Não é somente perante as malhas da lei que o acusado tenderá ao ocultamento. Oculta a verdade de si próprio, da família, dos amigos, muitas vezes optando por um deslocamento do sentimento de vergonha, ao invés de buscar sua assimilação e elaboração. Mesmo admitindo a verdade dos fatos, tangencia sua responsabilidade por detrás de subterfúgios e ardis ora intencionais, ora inconscientes. Porque o dado é também da experiência: a dor da pena é menor, infinitamente menor, do que a dor de confrontar-se com a verdade do sofrimento. Psicologicamente, poderá ser menos doloroso ao infrator cumprir 15 anos de prisão do que ouvir por 30 minutos o relato gravado do sofrimento da viúva e dos órfãos da vítima do seu latrocínio.

A duração da privação da liberdade, num contexto de auto-ocultamento assim, que tende a ser tanto maior quanto mais grave o crime e mais trágicos os seus efeitos, será a sinalização possível do princípio de realidade. O tempo de internação destina-se a permitir a confrontação com a realidade e a internalização do quanto censurável foi o ato. A princípio, numa assimilação objetiva e concreta, representada pela gravidade da sanção. O tempo da medida fixado concretamente na sentença será do imperativo do princípio da realidade, representado abstratamente na lei. Um sinalizador do grau de reprovabilidade penal da conduta. Pouco a pouco, por um processo de desvelamento que, àqueles que se abrirem à verdade, o fluir do tempo haverá de permitir o florescimento de novas e verdadeiras – por mais que dolorosas de confrontar – perspectivas existenciais. Essa concepção é perfeitamente compatível com a prática do ECA, e vem amparada pelos princípios da Justiça

8 – HOLLOWAY, Richard. *Sobre o Perdão: Como Perdoar o Imperdoável?* São Paulo: Planeta do Brasil, 2003.

Restaurativa. É uma prática que já se possibilita com a sistemática atual do ECA, e que no mais das vezes se mostra efetiva.

Porém, há casos (e muitos) em que os resultados não são alcançados. E a questão que fica é, então: se o jovem não percorrer essa trilha da restauração? O que sucederá caso o jovem não se dispuser, por opção (já definitivamente identificado com a vida delitativa), ou por não dispor de recursos internos (porque resulta já em estruturação uma sociopatia) ou porque sua rede afetiva não lhe dá guarida ou continência? E porque tampouco se alcança o suprimento dessas faltas mediante os serviços da rede pública, enfim, se por alguma razão o infrator não oferecer, no caso concreto, condições de confiabilidade no sentido de que deixará de delinquir?

Diante de tais casos, precisaremos admitir que as medidas socioeducativas, dada sua natureza penal, têm, residualmente e por detrás do seu conteúdo educativo, também uma carga protetiva da ordem pública que não pode ser desprezada.

Numa perspectiva assim, o prazo máximo de duração das medidas privativas da liberdade, atualmente fixado em 03 anos, pode ser realmente insuficiente para despertar-lhe consciência e o sentido de realidade. Isso pode ser devido a limitações circunstanciais relacionadas ao infrator e seu entorno, ou próprio ao fato ou, admita-se, ao próprio sistema. E é o que eventualmente ocorre principalmente em relação a crimes contra a vida, notadamente cometidos com crueldade ou violência desmedida ou gratuita, ou, ainda, em situação de reincidência.

A experiência do cotidiano tem-nos demonstrado que, por maiores e mais qualificados que sejam os esforços dos operadores do sistema (cuja omissão ou ineficiência deveria ser fundamento para libertação por *habeas-cópus*), em alguns casos os adolescentes (e suas redes de apoio afetivo) não se mostrarão capazes de responder ao investimento feito, nem acompanharão as expectativas neles depositadas. E, diante disso, como responder? Lavar as mãos e depositar a responsabilidade nas falhas do sistema, convindo em que a sociedade deverá arcar com os custos dos próximos crimes do infrator não-colaborativo ou recuperado?

Com efeito, o insucesso na reversão da trajetória delitativa dentro do prazo de 03 anos não nos autoriza a dizer que a “culpa é do sistema” e que, se o sistema não “resolveu o problema” em 03 anos, não adianta ficar mais tempo com o jovem preso, porque não se resolverá mais. Esse tem sido o pressuposto implícito – o insucesso da medida é debitado exclusivamente ao sistema, ou seja, desprezando-se a responsabilidade concorrente do adolescente, da sua família, e da sua comunidade – por onde aliás tudo começou.

Esse ocultamento da realidade do crime e do potencial de reincidência pelo só advento do prazo de 03 anos da internação, como se tudo se resumisse à ineficácia do sistema, é o fator de frustração contra o qual a sociedade, cada dia mais povoada de vítimas de violências, vem bradando, e com razão.

A BEM DA JUSTIÇA: FORMULANDO UM PROPOSTA CONCRETA.

Os argumentos até aqui expostos objetivam contextualizar, do ponto de vista penal e das suas implicações criminológicas, alguns dos dispositivos jurídicos do ECA aos quais se atribui a impunidade de adolescentes.

A intenção é que não se avance precipitadamente em discussões sobre uma matéria que pouco se conhece fora do contexto dos Juizados da Infância e das FEBEMs, sob pena de invalidar-se aspectos evidentemente produtivos que deveriam estar mesmo é inspirando a reformulação do sistema penal para adultos, ao contrário do que vem sucedendo quando se pretende brindar infratores menores com os mecanismos insanos, criminógenos e reprodutores da violência atualmente vigorantes no nosso sistema penitenciário.

A bem da justiça, porém, cumpre admitir e ressaltar alguns pontos em que a disciplina jurídica do ECA efetivamente vem-se mostrando insatisfatória – não só do ponto de vista da opinião pública, mas também perante os operadores jurídicos e técnicos, tudo objetivando que se possa, respeitada a organicidade e o contexto do próprio sistema estabelecido na lei atual, pautar um debate sereno que seja capaz de melhor refletir e eventualmente alterar alguns dispositivos, como a seguir enunciados:

PONTOS PARA DEBATE:

1. O ECA traz uma concepção de justiça penal que pode servir de modelo penal para adultos, e não ao contrário.

Havendo efetiva aplicação da concepção garantista e sociopedagógica do ECA, é possível alcançar uma responsabilização eficaz tanto do infrator quanto dos demais apoiadores e envolvidos (família, amigos, rede comunitária). Essas soluções independem do tempo de internação, mas da capacidade de mobilização subjetiva, bem como do entorno familiar, comunitário e institucional, objetivando a ressocialização do infrator. Tais resultados, quando efetivos, correspondem ao objetivo preponderante da aplicação das sanções penais, que é a pacificação social através da readequação das condutas transgressoras. Enquanto objetivos de uma política de segurança, esses resultados deveriam ser buscados tanto para infratores menores quanto para maiores. Logo, a adequada aplicação do ECA pode servir como um laboratório para gerar antídotos no enfrentamento da criminalidade e da violência também de infratores adultos.

2. Ampliar os prazos do ECA para não reduzir a idade penal.

Para compatibilizar a ênfase nos aspectos pedagógicos a serem valorizados se e quando as abordagens institucionais estiverem produzindo resultados, com os aspectos de controle social também presentes nas medidas socioeducativas, a serem enfatizados quando tais resultados não se apresentarem, seria oportuno:

A) Reconhecer a natureza jurídica penal das medidas socioeducativas.

As medidas socioeducativas têm natureza penal e, portanto, além do conteúdo educativo, elas comportam funções de garantia da ordem pública.

B) Admitir a frustração das abordagens socioeducativas em certos casos.

Por maiores que sejam os esforços dos operadores do sistema, nalguns casos os adolescentes (e suas redes de apoio) não responderão ao investimento feito

nem acompanharão as expectativas neles depositadas. Em tais casos, ainda que esvaziado seu conteúdo pedagógico, não se poderá abstrair a eventual justificação da atualidade da medida como função de garantia da ordem pública.

C) Ampliar o prazo máximo de internação para além de 03 anos.

O prazo de 03 anos pode ser insuficiente, numa perspectiva de controle social, para autores de crimes contra a vida notadamente cometidos com crueldade ou violência desmedida ou gratuita, ou, ainda, em situação de reincidência. O limite legal da internação socioeducativa em 03 anos e a dinâmica de sujeitar o adolescente a revisões semestrais da medida, sempre objetivando a liberdade, está fundado num pressuposto que precisa ser rediscutido, que é o do viés exclusivamente pedagógico das medidas socioeducativas, as quais focalizariam exclusivamente os interesses e direitos individuais do infrator. Para enfrentar o debate atual, temos que aceitar que as medidas socioeducativas, sendo modalidade de sanções penais, devem atender também à garantia da ordem pública. Resulta daí admitir também um viés retributivo, que é compatível com a aplicação rigorosa do princípio da proporcionalidade.

D) Admitir a fixação do prazo máximo da medida na sentença.

As medidas socioeducativas poderiam ter prazo máximo de duração calculado na sentença, numa perspectiva de declarar o grau de reprovação social da conduta de forma proporcional à sua gravidade, bem como considerar a trajetória pessoal do infrator. Essa seria a carga sancionatória máxima à qual o adolescente responderia por aquele fato, caso não se apresentem condições de resposta subjetiva e ambiental satisfatórias. Além disso, fixar o prazo máximo é fator de maior segurança jurídica e estabilidade psicológica em favor do adolescente, que poderá contar com um período definido de internação e não se sentirá exposto à aleatoriedade dos juízos avaliativos como condição para obter a liberdade.

E) Autorizar a redução do prazo máximo fixado na sentença pelo Juiz da execução.

Admitir que o tempo de duração máximo fixado pelo Juiz na sentença não vincule o Juiz da execução, isto é, esse tempo poderá ser reduzido, conforme os resultados que forem sendo alcançados durante o cumprimento da medida. Esta é uma chave para preservação do “espírito” atual da lei, ou seja, para continuar prestigiando e contemplando aqueles adolescentes e familiares que efetivamente se dedicam, ou estejam em condições de alcançar resultados socioeducativos de responsabilização e ressocialização, a cláusula pela qual a via pedagógica persiste prevalecendo. Caso tal não ocorra, a via retributiva já estaria definida em seu máximo na sentença, pressupondo-se que estaria assim definido mediante o asseguramento de todos os limites e garantias contempladas pelo Direito Penal, visto sempre na ótica do Direito Penal mínimo.

F) Atendimento diferenciado aos maiores de 18 anos.

É necessário admitir eventual atendimento diferenciado para a população de jovens adultos (acima de 18 anos), sobretudo porque, com o aumento do tempo de internação para, por exemplo, até 05 anos, teríamos futuramente jovens com até 23 anos cumprindo medidas socioeducativas. Para tal solução, talvez seja razoável admitir que, em circunstâncias precisa e objetivamente estabelecidas na lei (p. ex., gravidade do crime, reincidência, adaptação no ambiente institucional da internação) e mediante decisão cercada de todos os requisitos do devido processo legal, adolescentes com mais de 18 anos que não estejam apresentando resposta na abordagem pedagógica possam cumprir o restante das suas medidas em instituições do sistema penitenciário, em locais separados dos demais e ainda mantidos sob a jurisdição do Juízo da Infância e da Juventude.

G) Redefinir prazos, procedimentos e critérios de avaliação.

Admitir a redefinição, nesse contexto, do prazo máximo de reavaliação judicial da medida, atualmente fixado em 06 meses, reconhecendo-se que em certos casos a só gravidade da infração, pelo princípio da proporcionalidade, não autorizaria o abreviamento da medida (p. ex., um latrocínio em regra não seria compatível com a progressão da medida nos primeiros 06 meses).

Para essa redefinição dos períodos de revisão, algumas alternativas poderiam ser as seguintes:

- Crimes mais graves e perfis subjetivos mais agravados estariam submetidos por lei ou por sentença a um prazo de avaliação maior (p. ex., 01 ano).

- Esse prazo seria sempre suscetível de abreviamento, em havendo merecimento a ser contemplado, mediante proposição justificada do adolescente, por si ou através de sua defesa, do Ministério Público, da família ou da equipe da unidade de internação.

- Os critérios de avaliação do merecimento para o caso de abreviamento da medida fixada na sentença precisariam estar definidos com o máximo de objetividade na lei.

- Esses critérios deveriam abranger, como *elementos acessórios do projeto pedagógico*, aspectos disciplinares (bom comportamento) e a participação das atividades do plano de atendimento (estudos, cursos, terapias, etc.) e o aproveitamento das mesmas.

- O *aspecto avaliativo central* do merecimento deveria fundamentar-se no posicionamento reflexivo do infrator com relação à sua trajetória de vida, às causas e conseqüências da infração, ao seu projeto concreto de comportamentos futuros e às iniciativas para reparação, material ou simbólica, dos danos pessoais e sociais decorrentes da infração.

- Em caso de parecer pela manutenção da medida, se e desde que se estivesse legitimamente cumprindo o prazo originalmente projetado em sentença, o procedimento revisional seria simplificado (p. ex., dispensando-se a oitiva do adolescente

e dos familiares, ou mesmo dispensando-se a audiência), de modo a permitir que um maior investimento de tempo e recursos humanos (técnicos, Juiz, Promotor, defensor, etc.) fosse dedicado àqueles que estivessem efetivamente trilhando um caminho de responsabilização e inclusão social.

JUSTIÇA RESTAURATIVA, UM NOVO FOCO.

Estas considerações e propostas estão embasadas na combinação da experiência do autor com as recentes aprendizagens no campo da Justiça Restaurativa. O pano de fundo das idéias aqui apresentadas é que, historicamente, as estratégias sancionatórias da justiça penal oscilam entre duas vertentes básicas: quando não enfatizam a apuração de culpados e a imposição de punições, essas práticas tendem a aplicar medidas terapêuticas como resposta às violações.

Para superar os impasses decorrentes desse modelo dicotômico, o que sugerimos é um novo modelo de justiça que se proponha a ministrar estes dois componentes de forma simultânea e ponderada, associando a necessidade de se estabelecer limites e controle social, em benefício da segurança pública, sem prejuízo da contemplação rigorosa das prerrogativas individuais e das necessidades de oferecer cuidados específicos para o ofensor.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA JUVENIL: APROXIMAÇÕES NA PERSPECTIVA DA ÉTICA DA ALTERIDADE

AFONSO ARMANDO KONZEN

Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul

O tema não é novo. E desde sempre se apresenta como um desafio. Jovens transgridem a lei penal, alguns em idade precoce, outros, a maioria, na fase final da transição para a maioridade. O que fazer? Como responder ao adolescente autor de ato infracional, esse sujeito pré-adulto, para alguns, os preferentes do uso de linguagens infantilizadoras, esse ainda menino, mas capaz de violências e de violações em tudo assemelhadas, no modo de agir e principalmente no resultado, aos atos delituosos praticados pelos adultos? Como propõe responder, sem falsas retóricas ou refúgios terminológicos, a Doutrina da Proteção Integral? Até que ponto é possível a aproximação e a confrontação do proceder para a apuração do ato infracional atribuído ao adolescente com o proceder para a resposta à infração praticada pelo adulto? A quem servem as aproximações e as confrontações? Quais seriam exatamente as distinções entre os dois sistemas? E em face ao proceder estabelecido, não poderia haver procederes em outras dimensões?

Tive oportunidade de refletir acerca de tal temática ao escrever “Justiça Restaurativa e Justiça Juvenil: sentidos no desvelo da alteridade ética”¹. Trata-se de contribuição alinhada com a desmistificação da idéia ainda presente na linguagem e nas práticas dos operadores da Justiça da Infância e da Juventude sobre um suposto “conteúdo pedagógico” dos modos de justificação das medidas socioeducativas, como já fizeram tantos outros autores. Em sintonia com a idéia de que as medidas, do Código de Menores para o Estatuto da Criança e do Adolescente e sob o ponto de vista material, permaneceram como estavam, sustento o entendimento de que a mudança, na sua essencialidade, reside no reconhecimento, pela Proteção Integral, de que as medidas são providências piores de perdas, o que explica a conquista pelo adolescente de garantias de natureza material e instrumental em tutela da liberdade. Ou seja, exatamente porque as medidas são declarações judiciais de perda, conquistou o adolescente, pelo marco da Convenção, prerrogativas de resistência idênticas às do infrator adulto. Antes de serem de natureza tutelar, idéia predominante na Situação Irregular, têm as medidas natureza penal. Portanto, a sua aplicação justifica a aproximação aos fundamentos da aplicação da pena criminal ao adulto. São, as medidas e as penas criminais, espécies de sistemas irmãos, ambos de natureza

1 – Título provisório de texto no prelo, com publicação prevista para o segundo semestre de 2007 pela Livraria do Advogado Editora.

retributiva. É a razão para a existência de procederes também idênticos, modos fundados nas justificativas do proceder de natureza acusatória².

E não poderiam existir alternativas a esse proceder? Quais são as vantagens desse proceder em face do interesse de ditar a resposta com vistas aos interesses dos diretamente partícipes do conflito-sede do ato infracional? Não seria o ofendido também um dos interessados? E os familiares, a comunidade, e os demais circunstantes? Não seria melhor um sistema, no lugar do sistema em que o Estado chamou a si a responsabilidade de ditar a solução, em que os direta e indiretamente interessados na solução também pudessem envolver-se com a busca da solução?

A partir da revisão crítica do Socioeducativo como um sistema alinhado com a tradição retributiva, proponho refletir sobre as possibilidades de aproximar o proceder para a apuração do ato infracional atribuído ao adolescente ao proceder afinado com o que propõe a Justiça Restaurativa, um proceder em que prepondera o envolvimento dos direta e indiretamente interessados na solução do conflito e a resposta segundo o sentido construído no “encontro”. Constato, desde logo, uma virada muito além de uma virada meramente lingüística. Trata-se de uma virada cultural em que se aceita a concepção de um mundo em que o pensar e o agir estão de acordo com os valores de natureza relacional e em que o sentido descoberto na relação dos protagonistas do conflito passa a ser o constituinte.

Postas as premissas e as percepções dos dois paradigmas, a procura é por respostas adicionais. É a razão central do estudo. Ou seja, o que poderia justificar o proceder pela Justiça Restaurativa, um proceder em outra dimensão, em face do proceder pelo sistema acusatório da tradição retributiva? Tal busca permitiu a aproximação com o pensamento filosófico de Emmanuel Lévinas³, um homem experimentado nos traumas do Século XX e que soube, na incansável perseguição da preservação do humano, pensar não um “ser” melhor, mas “um melhor que ser”, para um “além de ser”, um “ser” diferente de “ser” da tradição ontológica, um “ser ético”. E ao pensar ética, Lévinas leva em consideração o Outro homem, o absolutamente diferente, o Outro percebido como insuscetível de redução a conceitos, a definições. Estrutura tal pensador, assim, uma outra ética, a “Ética da Alteridade”, sinônimo de responsabilidade, responsabilidade ativa, responsabilidade por outrem, na não-indiferença, modo primeiro de instalar o “justo” entre os humanos.

2 – Nesse sentido, só para exemplificar: SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

3 – Pensador lituano-francês (1906-1995), estudioso de Bérgrson, aluno de Husserl e leitor e crítico da Ontologia Fundamental de Heidegger, Lévinas é considerado o filósofo cuja obra tem a característica de uma intensa e rigorosa reconsideração da questão da subjetividade esvaziada de sua aufo-suficiência ontológica, instituidora, em consequência, de um outro modo de pensar, em que a ética é a filosofia primeira e a base de todo pensar.

O paradigma filosófico estruturado a partir da Ética da Alteridade permite a revisão crítica do proceder pela tradição retributiva, um proceder fortemente tendente a totalizações, notadamente pelo uso da linguagem desde sempre de redução do Outro a um conceito. Ele, “o” adolescente, o Outro, ingressa no sistema como “o” infrator. Ele já “é” antes mesmo de juízos decisórios acerca do comportamento que lhe está sendo atribuído. Quando fala, fala como reduzido a um conceito, já pertence a uma categoria, encontra-se na situação de sujeito passivo do proceder em que o positivismo classificatório é a principal linha de ação, um proceder estruturado na lógica do separar para apurar melhor, para estudar melhor, para compreender melhor, para julgar melhor. E, depois de julgado, para tratar melhor, para “educar” melhor. O titulares do sistema acreditam na possibilidade de compreender, têm fé absoluta na capacidade cognitiva do saber do Estado-Juiz. Não seria o caso de se desconfiar desse poder, não poderia haver espaços para o exceder da compreensão? O autor de um ato infracional, então infrator, acusado, processado, representado, não deveria contar como “um ente” e, como tal, constituir-se em um ser insuscetível de redução a um conceito, a um definição, a uma categoria universal possível de ser compreendida?

A reflexão sobre o sentido da Ética da Alteridade em Lévinas coloca em crise a “justiça” como valor absoluto dos sistemas juridicamente encarregados de dizer o “justo”⁴. Justiça, aqui, não mais como a virtude de dar a cada o que é seu, como elemento de equidade, mas justiça como valor em dimensão, como desejo de realidade na convivência entre os humanos, ao ponto que se tem a todo momento, entre os entes em convivência, a necessidade de demonstrar ou de provar o que é justo ou que o justo tem o direito de ser considerado. Justiça, portanto, como elemento essencial da realidade, “enquanto constitutivo essencial da própria realidade meramente pensável”⁵.

Descabe, nesse resumido ensaio, meramente anunciador do conjunto de reflexões de que trata a obra em questão, aprofundar a interpretação da filosofia levinasiana no que se relaciona com o tema da justiça, porque importaria colocar em questão os temas da liberdade e o da verdade. Lévinas, porque crítico do pensamento da modernidade iluminista, coloca a liberdade em questão, submetendo-a a razões éticas. O que ele coloca em questão não consiste no fato de a liberdade existir ou não, no fato de a liberdade ser, mas de como o ser humano exerce a sua liberdade em face do Outro. Pensar a liberdade, nesse contexto,

4 – A reflexão sobre justiça em Lévinas está baseada nos seguintes textos: LÉVINAS, Emmanuel. *Verdade e Justiça*. In: *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980, pp. 68-87; LÉVINAS, Emmanuel. *Filosofia, Justiça e Amor*. In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 143-164. SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça, Liberdade e Alteridade Ética: sobre a questão da radicalidade da justiça desde o pensamento de E. Lévinas*. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes e SOUZA, Draiton Gonzaga (Org.). *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, pp. 619-633.

5 – SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça, Liberdade e Alteridade Ética: sobre a questão da radicalidade da justiça desde o pensamento de E. Lévinas*. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes e SOUZA, Draiton Gonzaga (Org.). *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 620.

significa não mais uma etapa do processo de totalização, “mas como instância de interdição da totalização”⁶.

Transparece, nesse particular, o caráter ao mesmo tempo subversivo e de instalação da responsabilidade no pensamento levinasiano. O agir humano somente será livre se justo. E somente haverá justiça se justa for a relação com o Outro. Justiça é ética não são sinônimos. São constitutivos um do outro. Para ser ético, é necessário ser justo com o Outro. Tal lógica subverte toda lógica da liberdade como valor absoluto, que não se pode colocar em questão. E o “ser justo” como forma de “ser ético” diz com o exercício da responsabilidade. Porque ético só poderá ser o justo construído na relação em que há invocação e resposta para aquele que se desvela. A justiça como valor, assim, é dependente de construção do sentido entre sujeitos que se falam. Trata-se de um desejo de concretude daquele que fala em face da presença do Outro. É responsabilidade por outrem.

A construção levinasiana do sentido de justiça não se restringe entre os sujeitos. Diz com a própria realidade constituída, inclusive a realidade social. É ela injusta? Ela está aí, posta, nua, cruel, violenta? Pois essa realidade que “se constitui na condição de possibilidade da construção da justiça, e, por extensão, da realidade propriamente dita”⁷.

A exigência, assim, passa a ser de outra dimensão. Para Lévinas, uma “teoria de justiça” apenas pode apresentar-se consistentemente como tal se corresponder a “uma maior ou mais anterior teoria de realidade”⁸. Rompe, o filósofo da Ética da Alteridade, portanto, com a possibilidade inspirada na tradição, dada a pensar a justiça como o modo de adequar a realidade ao pensado, uma “justiça que tolera excessivas liberdades da injustiça efetiva”⁹. Introduce, ele, o conceito de justiça como o dever de pensar a realidade para que ela possa tornar-se justa e por real da realidade entendidas como “as relações éticas fundamentais entre os indivíduos”¹⁰.

Não há como deixar escapar, mesmo nesse espaço de mera sugestão de leitura, uma tentativa de aproximação do pensamento levinasiano como possibilidade de análise crítica do tratamento jurídico dispensado pelo proceder da tradição retributiva aos direta ou indiretamente interessados na resolução de uma conduta de natureza violenta. Pela tradição retributiva, na sua configuração mais clássica, o que é o “justo”, o que significa “fazer justiça”? Como sistema estatal, todos os esforços consistem na busca da adequação de um determinado comportamento à norma penal preexistente. O exercício do devido processo legal está na

6 – SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História: Lévinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999, pp. 149-150.

7 – SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça, Liberdade e Alteridade Ética: sobre a questão da radicalidade da justiça desde o pensamento de E. Lévinas*. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes e SOUZA, Draiton Gonzaga (Org.). *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 630.

8 – *Ibid.*, p. 630.

9 – *Ibid.*, p. 633.

10 – *Ibid.*, p. 633.

condução dos diversos intervenientes com vistas à busca do que será, uma vez alcançado, apresentado com a etiqueta de “resultado”. Na existência de prova ou na sua insuficiência, a absolvição. Dir-se-á, então, é “justo”. Se ao contrário vencer-se, dirá o juiz a procedência e o “quantum” da resposta. Cabe ao julgador o encargo de ditar a qualidade e a quantidade da resposta com base em circunstâncias concebidas para o ajuste proporcional entre a gravidade do fato e o quanto de consequência. É desse exercício de individualização que resultará, ao final, a também oração “fez-se justiça”. Será do Estado, na figura do Estado-Juiz, a titularidade exclusiva de ditar “o justo”, pelo exercício de adequação da realidade a critérios objetivos e preexistentes a partir de percepções subjetivas. Será o ditado da medida certa da punição. É ele o titular do poder jurisdicional, o titular do saber da medida certa.

Mesmo que se percebam largas as margens para a discricionariedade ou a subjetividade do julgador, inexistente nesse sistema a possibilidade de espaços para a construção “do justo” como modo de adequar a realidade de tal forma que ela possa ser justa, porque de modo algum importam as relações entre os sujeitos, entre os entes, no entendimento de que justo só pode ser o considerado como o dado pelos sujeitos direta ou indiretamente envolvidos no conflito. Deles terá sido o conflito. Deles terá sido ou ainda será a dor e a culpa. Deles será a responsabilidade de levar a vida adiante. Desapropriam-se, entretanto, o Estado a capacidade de se envolver com a busca da solução, com a possibilidade de contribuir com a pacificação real. O resultado, “o justo” do resultado, será meramente simbólico, expresso em fórmulas matemáticas que se traduzem em cálculos visíveis na modalidade de anos, meses e dias de controle estatal em forma de restrição ou privação de liberdade. Nenhum encontro além das formalidades da colheita probatória. “O justo” nada mais será do que a totalização formal da sentença, indiferente às necessidades relacionais a serem satisfeitas no território da restauração das violações com sede no fato delituoso propriamente dito. Trata-se, na perspectiva crítica do proceder pela tradição retributiva, nada mais do que modalidade de substituir a violência do fato por outra modalidade de violência, do tipo violação de qualquer possibilidade da instalação do justo como algo disposto pelos titulares do conflito.

Será ele, o Outro, sujeito passivo do proceder, uma forma de totalidade procedimental em que pouco importam as relações entre os indivíduos atores do conflito-causa do proceder. Far-se-á ele presente por representação. Trata-se de uma exigência formal havida pelo sistema em tutela de sua liberdade, bem indisponível por vontade política do poder estatal. Sua fala já não será “um direito à palavra”, mas um dizer que se sustenta por concessões despidas de alteridade. Para que alteridade pudesse haver, o Juiz precisaria descer do seu lugar de poder real ou simbólico, despir-se da toga e pôr-se na circularidade do chamado a responder, respeito original ao Outro como absolutamente Outro, *locus* simbólico em que antes de ser interrogado ou perguntado, o adolescente teria direito à palavra na expressão genuína do seu Rosto, na confidencialidade do encontro em que o acontecimento principal estaria no dizer o justo na sua fórmula mais original, na forma de lhe oferecer a palavra.

O que não quer dizer que não se possam admitir as formas de justiça tradicional? “Se falamos de justiça, é necessário admitir Juizes, é necessário admitir instituições como o Estado; viver num mundo de cidadãos, e não só na ordem do face-a-face”¹¹. Ainda que o Estado seja sempre uma ordem violenta, em que a relação interpessoal é impossível, é ele indispensável ao terceiro como fonte de justiça, justificando-se, inclusive, a repressão, na idéia de que “é a violência sofrida por terceiro que justifica que se pare com violência a violência do outro”¹². No entanto, é um Estado que se deve fixar limites.

“Há no Estado uma parte de violência que, todavia, pode comportar a justiça. Isto não quer dizer que não é necessário evitá-la, à medida do possível; tudo o que a substitui na vida entre os Estados, tudo o que se pode deixar para a negociação, para a palavra, é absolutamente essencial, mas não se pode dizer que não haja nenhuma violência que seja legítima”¹³.

Não se trata, portanto, de deslegitimar a reação do Estado como justificativa para conter a violência¹⁴. Tampouco trata-se de sugerir um modelo abolicionista ou de abandonar as formas de institucionalidade¹⁵, com a exclusão da justiça formal, da necessidade da norma, ou o abandono do estado democrático¹⁶. Trata-se, segundo o pensamento em pauta, de instituir, ou de justificar, tanto nas relações entre os Estados como nas relações dos representantes do Estado com os cidadãos, assim como nas relações entre os sujeitos, a essencialidade absoluta da

11 – LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 145.

12 – LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus que Vem à Idéia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 121.

13 – LÉVINAS, 2005, p. 146.

14 – Para Lévinas, “há necessidade de instituições que arbitrem e uma autoridade política que a sustente. A justiça exige e funda o Estado”. In: LÉVINAS, 2005, p. 248.

15 – “Abandonar as instituições – o Direito, o Estado, etc. – pode significar a proliferação da violência. Nesse sentido, Lévinas considera que a paz armada ainda é melhor do que a guerra e o compromisso é melhor do que a violência declarada, as leis de pedra, generalizantes, são melhores do que a arbitrariedade. A justiça que não olha para as lágrimas – os tribunais baseados em leis universais e a história – não pode ser abolida ou esquecida em função de um espontaneísmo e de um perdão fácil que acaba por gerar maior violência: os primeiros a serem tragados são exatamente os que, mesmo sob as instituições e suas contradições, já sofrem sem poder; os proletários, os marginalizados, os que já estão oprimidos e sem reconhecimento, e que são o homem evocado aqui no que chamamos ‘dificuldade de ser’”. SUSIN, Luiz Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Lévinas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 194.

16 – “Talvez esteja aí a própria excelência da democracia cujo intrínseco liberalismo corresponde ao incessante remorso profundo da justiça: legislação sempre inacabada, sempre retomada, legislação aberta ao melhor. Ela atesta uma excelência ética e sua origem na bondade, da qual a distanciam todavia – talvez cada dia um pouco menos – os necessários cálculos que uma socialidade múltipla impõe, cálculos que recomeçam sem cessar. Haveria assim – na vivência do bem sob a liberdade das revisões – progresso da Razão. Má consciência da Justiça! Ela sabe que não é tão justa quanto é boa a bondade que a suscita. Contudo, quando ela a esquece, corre o risco de soçobrar num regime totalitário e stalinista, de perder, nas deduções ideológicas, o dom da invenção de formas novas de humana coexistência.” In: LÉVINAS, 2005, p. 294.

negociação, da palavra, da mediação, como modalidade primeira, e verdadeiramente ética, de (re)solver a violência. Está nessa perspectiva a possibilidade de fazer com que a “realidade” possa tornar-se “justa”, com a qualidade da reconstrução das relações éticas destruídas pela violência, em forma de manifestação da responsabilidade de uns pelos outros. Florescem em abundância, no raciocínio levinasiano, argumentos para a instalação do proceder na dimensão restaurativa no lugar do proceder pelo sistema acusatório da tradição retributiva. Ou seja, “justiça” em Lévinas, inclusive a justiça social, consiste em tornar de novo possível a expressão em que, na não-reciprocidade, a pessoa se apresenta única. “A justiça é um direito à palavra”¹⁷, como direito à expressão “em sentido pleno, sintetizado na preservação incondicional da dignidade da unicidade absoluta de cada um em meio à multiplicidade dos Outros”¹⁸.

Se está no direito à palavra o cerne de uma teoria de justiça com inspiração na Ética da Alteridade, também está na efetiva possibilidade do exercício desse direito a sustentação ético-filosófica do proceder na dimensão da Justiça Restaurativa em relação ao proceder pela tradição retributiva. O proceder restaurativo tem, como característica fundamental de distinção, o desejo da instalação do ambiente em que os sujeitos em conflito são merecedores de um direito, o do exercício da palavra. Não a palavra na estrutura legal do interrogatório, nem na ordem do “responda-o-que-perguntado” dos depoimentos, formas de submissão típicas das relações de poder. Mas uma palavra posta na circularidade horizontal dos falantes diretamente interessados. Recupera-se, assim, como da essencialidade justificadora do proceder restaurativo, a necessidade da efetiva garantia ao exercício da palavra aos sujeitos em conflito, elemento essencial na diferenciação do proceder restaurativo em relação ao proceder da tradição retributiva. Portanto, muito mais do que o resultado, importa, como da essencialidade do sistema, a forma de proceder.

A Justiça Restaurativa está presente no contexto brasileiro de forma ainda embrionária. Apesar das recomendações da normativa internacional para que seja adotada como modo de resolução não violenta de conflitos, muito temos por avançar. E se há sentidos já desvelados, outros tantos podem ser percebidos notadamente como instrumento de revisão crítica dos procederes da tradição. A Justiça Restaurativa, nesse contexto, no mínimo pode constituir-se em oportunidade para instalar dentre nós a cultura do aprendizado.

17 – LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 278.

18 – SOUZA, Ricardo Timm de. *O Sujeito, Ética e História: Lévinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999, p. 148.

A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA TRAJETÓRIA DE LUTA E TRABALHO

ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA
Presidente da FAMJ

Antonio Carlos Gomes da Costa começou sua vida de educador lecionando no ensino supletivo e, posteriormente, no ensino regular de 1º e 2º graus. Em 1982, assumiu a cadeira de pedagogia terapêutica no Curso de Psicologia Escolar da FUMEC em Belo Horizonte. Como educador, entretanto, sua experiência mais significativa foi ter dirigido a Escola FEBEM Barão de Camargos em Ouro Preto, junto com sua esposa, Maria José. Aqueles anos de luta e trabalho foram a base de toda sua atividade social e educativa até os dias de hoje.

Como dirigente e como técnico, na área das políticas públicas para a infância e juventude, sua trajetória permitiu-lhe acumular uma considerável vivência nesse campo. Foi Secretário de Administração e Chefe de Gabinete do Prefeito de Ouro Preto, Presidente da FEBEM-MG, Oficial de Projetos do UNICEF e da OIT, Secretário Municipal de Educação de Belo Horizonte, Diretor Executivo e Presidente do CBIA (Centro Brasileiro para Infância e Adolescência). Exerce as funções de Conselheiro nas Fundações ABRINQ, FNLIJ, ANDI, FUNJOBI e Instituto Ayrton Senna. Atualmente, é Diretor-Presidente da Modus Faciendi, sua empresa de consultoria, atuando ainda como consultor independente de vários organismos internacionais.

No plano internacional, representou o Brasil no Conselho Interamericano da Criança, organismo da OEA que funciona em Montevideú. Atuou também como membro eleito a título pessoal (perito) no Comitê dos Direitos da Criança da ONU em Genebra.

Considera sua maior realização, enquanto cidadão e educador, ter participado do grupo de redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como da atuação política pela sua aprovação no Congresso Nacional e posterior sanção pelo Presidente da República.

Organizações às quais tem prestado serviços: Prefeituras, Secretarias de Estado, UNICEF, OIT e outras entidades governamentais e não-governamentais, como as Fundações Odebrecht, Maurício Sirotsky Sobrinho, Acesita e o Instituto Ayrton Senna.

Atuando como consultor externo do UNICEF, realizou missões de consultoria nos seguintes países: Argentina, Bolívia, Colômbia, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras e Peru, apoiando tecnicamente processos de adequação de diversas legislações nacionais à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e de melhoria das ações de atenção direta.

Atuou como professor no curso de pós-graduação “Gestão Estratégica para Organizações do Terceiro Setor”, da Faculdade Salesiana de Vitória-ES.

Possui o título “Notório Saber” concedido pelo Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo em 2000.

Em 1998 recebeu, no Palácio do Planalto, o “Prêmio Nacional de Direitos Humanos”, da Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

Atendendo a convite do Secretário Estadual de Educação – Gabriel Chalita –, Antônio Carlos Gomes da Costa passa a integrar o Conselho Consultivo dessa Secretaria, que tem como missão apoiar a implementação da nova Política Educacional no Estado de São Paulo.

Em julho de 2003, o Sinapse, encarte da “Folha de São Paulo”, trouxe como matéria de capa: “O Futuro da Escola - Doze educadores e pensadores, brasileiros e estrangeiros, refletem sobre o caminho que o ensino seguirá nas próximas décadas”. Neste, o Prof. Antonio Carlos Gomes da Costa trouxe singular contribuição com a produção e publicação do seu texto “Mudar o conteúdo, o Método e a Gestão”.

É autor de dezenas de livros e artigos sobre o atendimento, a promoção e a defesa dos direitos da população infanto-juvenil, publicados no Brasil e no exterior.

O FONACRIAD (Fórum Nacional dos Dirigentes Estaduais de Políticas para a Criança e o Adolescente), desde a luta pela aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, vem atuando em favor de uma política de execução mais qualificada das medidas socioeducativas. A Secretaria Extraordinária de Direitos Humanos empenhou-se nesta direção e, hoje, temos alguns avanços a registrar no campo da formulação, pela primeira vez em nossa história, de um sistema nacional voltado para a normatização e o apoio técnico às ações de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei. O SINASE, formulado com a participação do CONANDA, ainda não saiu do papel.

No campo da implantação e qualificação das ações dos Conselhos Municipais e Tutelares, o Pró-conselho, iniciativa pioneira do Instituto Telemig Celular e do UNICEF, encontrou eco na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República disposta a transformar este programa vitorioso em política pública.

As Conferências municipais, estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, a nosso ver, são um mecanismo que deve e merece ser repensado de forma profunda. Tais iniciativas consomem tempo, recursos e energias, que os conselheiros municipais e estaduais poderiam utilizar com iniciativa e criatividade nas bases, construindo redes. Em vez de transformar a Política dos Direitos da Criança numa grande estrutura piramidal direcionada para um vértice situado em Brasília.

Se isto tem sua validade para políticas básicas, como a de saúde, que se estrutura com base nos princípios da universalização e da hierarquização, a transposição deste modelo para a questão dos direitos da criança e do adolescente não se revelou produtiva e fecunda. O princípio que preside o conceito de política

de atendimento no art. 88 do ECA é o princípio da rede, e não o da pirâmide. Rede é um “conjunto articulado de ações”. Não se trata, portanto, de um conjunto verticalizado de ações.

As ameaças de mudanças na lei, gerando retrocessos, continuam a pairar sobre o Congresso Nacional. A posição mais sensata é a de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é uma lei perfeita e imutável. Ela deve e merece receber melhorias e revisões em um ou outro aspecto. O problema, porém, é que as propostas de mudanças se concentram no campo da resposta do Estado com base na lei ao ato infracional cometido por adolescentes e ocorrem, quase sempre, em momentos de comoção gerados por delitos graves e, quase invariavelmente, têm como tema o que se convencionou chamar de “fim da impunidade”.

Se acompanharmos o noticiário cotidiano da imprensa, poderemos constatar que poucos países no mundo tratam os jovens infratores de forma tão desumana e degradante como o nosso. A política de atendimento – salvo as raras e honrosas exceções – tem se resumido à construção de mais unidades e a sua lotação com pessoal despreparado, ou seja, gente incapaz de compreender, aceitar e praticar a Doutrina da Proteção Integral no que diz respeito à aplicação das medidas socioeducativas.

Neste sentido, a Secretaria Extraordinária de Direitos Humanos da Presidência da República investiu na elaboração de Parâmetros Nacionais para Execução das Medidas Socioeducativas. Este é, sem dúvida alguma, um sinal que nos autoriza a olhar com esperança para o futuro. Porém, ainda falta montar e executar uma *estratégia nacional de formação de formadores*, visando a incorporar estes conceitos e práticas à execução efetiva da política de ação socioeducativa nas unidades federadas.

Para a implementação conseqüente do Estatuto da Criança e do Adolescente, entendemos que não bastam compromisso ético e vontade política de mudança. Se isto fosse suficiente, a experiência corajosa e ousada do Governo de São Paulo na gestão do Secretário Alexandre Morais teria sido um êxito. Por que um esforço tão veemente não resultou em uma virada radical na situação dos internos do órgão estadual responsável pela execução das medidas socioeducativas? A resposta, a nosso ver, está no fato de que o Poder Público, na ânsia de dar uma resposta instantânea à opinião pública, descuidou-se de um aspecto: a *competência técnica*.

Uma resposta política abrangente e profunda à questão do delito juvenil deve basear-se no tripé: compromisso ético com os direitos humanos, a segurança dos cidadãos, vontade política de transformação da dura e cruel realidade hoje vigente e um investimento sólido e irreversível na competência técnica no médio e no longo prazos.

Como cidadão, educador e ativista dos direitos da criança e do adolescente, minha visão é de que, assim como existem academias de polícia civil e militar, que recrutam, selecionam e capacitam quadros dirigentes, técnicos e operacionais, para atuar nesta área (execução das medidas socioeducativas), deveria o Governo criar uma academia voltada para formar profissionais bem selecionados e

bem capacitados para compreender, aceitar e praticar um novo modelo de atendimento, que tenha por fundamento a normativa internacional, a Constituição brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as normas infralegais emanadas do CONANDA.

Outros pontos de avanço da política de atendimento se deram nos campos do combate ao trabalho infanto-juvenil e da exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes. Em ambas as áreas, a cooperação Estado–sociedade civil organizada se revelou produtiva, gerando ações convergentes, intercomplementares e sinérgicas.

Uma questão que ainda tem sido objeto de polêmica é a chamada *gestão compartilhada* das unidades de privação de liberdade. Para uns, isto configura uma terceirização de uma função indelegável do Estado. Para outros, desde que essas organizações não-governamentais tenham fins públicos, trata-se de uma política pública de execução não-governamental. Tendo acompanhado algumas iniciativas nesta linha, implementadas por religiosos salesianos, maristas e agostinianos, entendemos que, em muitos casos, houve humanização e melhoras efetivas na qualidade do atendimento, sendo que tais experiências não devem ser relegadas, mas acompanhadas e avaliadas em seu mérito, em sua relevância e em seu impacto, aquilatando-se sua capacidade de tornarem-se um modelo complementar às iniciativas geridas diretamente pelo Poder Público. O marco regulatório do terceiro setor (OSCIPs) permite avanços importantes nessa direção.

Um aspecto que não pode ser desdenhado em meio a tantas crises e dificuldades, é a cobertura da mídia às questões relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Graças à postura assumida por organizações como a ANDI (Agência de Notícias dos Direitos da Criança) e do IAS (Instituto Ayrton Senna), poucos países do mundo dispõem de um quadro de jornalistas capazes de compreender com tanta amplitude e profundidade a questão dos direitos da criança.

No plano internacional, principalmente na América Latina, a legislação brasileira continua funcionando como um exemplo inspirador para outros países, que adotaram concepções e dispositivos da nossa ordem jurídica interna nessa matéria.

No plano econômico, estamos vivendo a globalização dos mercados. Do ponto de vista tecnológico, estamos assistindo ao nascimento do mundo pós-industrial. Na política, a nova ordem pós-Guerra Fria vai rapidamente delineando seus contornos, enquanto, no plano sociocultural, a pós-modernidade vai se afirmando como paradigma hegemônico.

Se olharmos, por exemplo, a década de noventa do ponto de vista dos direitos, veremos que, aí também, coisas extraordinárias estão ocorrendo. A Organização das Nações Unidas, numa decisão de lucidez extrema, se empenhou em marcar esse período por um conjunto de megaeventos, que fecham o século XX e prefiguram o que pode vir a ser o lado luminoso do século XXI. E o possível, é sempre bom lembrar, de certa forma, faz parte do real.

A Conferência de Cúpula sobre os Direitos da Criança, realizada em Nova Iorque em setembro de 1990, foi precedida apenas pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos, realizada em Jomtien, Tailândia, em março desse mes-

mo ano. Em 1992 foi a Rio-92, a Conferência de Cúpula sobre o Meio Ambiente, que consagrou e entronizou de forma definitiva o conceito de desenvolvimento sustentado. Em 1993 foi o Congresso Mundial de Direitos Humanos em Viena. Em 1994, o Ano Internacional da Família e a Conferência sobre População e Desenvolvimento no Cairo. Já 1995 foi marcado pela Conferência sobre Desenvolvimento Social em Copenhague e pela Quarta Conferência sobre os Direitos da Mulher em Pequim. Em 1996 tivemos a Conferência de Istambul sobre os Assentamentos Humanos e, em Roma, no ano de 1997, a FAO organizou evento mundial enfocando a fome. Este elenco, ainda que incompleto, serve para assinalar o fenômeno irrupção dos direitos humanos na superfície do direito internacional.

Não podemos analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente fora do contexto maior desse grande esforço de importantes setores da comunidade internacional no sentido de pensar o século XXI como aquele em que a humanidade, finalmente, se vê confrontada, não apenas com a possibilidade, mas com as condições capazes de permitir a construção de uma vida digna para todos.

Para que isso ocorra, faz-se necessário uma opção política pela transformação produtiva com equidade social. As reformas econômicas, encaradas de per si, tendem a impactar de forma perversa as conquistas sociais, gerando e acirrando desigualdades intoleráveis, seja entre as nações, seja entre as pessoas no interior de cada nação.

Países como o Brasil parecem ter hoje uma clara agenda para a transformação produtiva, a agenda das reformas estruturais destinadas a promover as condições que possibilitem a sua inserção competitiva numa economia internacional em acelerado e irreversível processo de globalização. Porém, quando se trata da equidade social, o quadro é bem outro. O que se vê são políticas setoriais, desarticuladas uma das outras e cuja importância não vai muito além da de uma nota ao pé de página da política econômica.

Este é o quadro que precisa ser revertido, para que o Brasil possa minimizar a enorme distância entre a lei e a realidade. Não se trata de propor que, magicamente, o País reverta seus indicadores sociais negativos. O que se faz necessário neste momento é que a nação assumo consigo mesma o compromisso ético de implantar uma tendência mais firme e determinada nessa direção.

Além de uma nova política (transformação produtiva com equidade social), o Brasil necessita de uma nova ética. A ética da co-responsabilidade entre os três grandes setores da vida nacional: o Governo, o mundo empresarial e o chamado terceiro setor. Somente a construção de sólidas e duradouras alianças sociais estratégicas, capazes de gerar equações factíveis de co-responsabilidade poderá acelerar o nosso trânsito entre o país que temos e o país que queremos para nossas crianças e jovens.

Assim como as velas da agenda da transformação produtiva são empurradas pelos ares do mundo e não somente pela vontade política e o compromisso ético dos brasileiros. Assim também, a nossa agenda da equidade social deverá ser construída com base nas declarações e planos de ação, que, a cada grande evento internacional, são produzidos no campo dos direitos humanos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o reflexo no Direito brasileiro dos avanços obtidos na ordem internacional em favor da infância e da juventude. Ele representa uma parte importante do esforço de uma nação, recém saída de uma ditadura de duas décadas, para acertar o passo com a comunidade internacional em termos de direitos humanos. As idas e vindas, os altos e baixos, os caminhos e descaminhos de sua implementação nos dão uma boa imagem de como, enquanto Estado e sociedade civil, estamos nos saindo no esforço de democratizar nossa democracia reconquistada em 1985.

O art. 227 da Constituição de 1988 trouxe para dentro do Direito brasileiro o conteúdo e o enfoque, a letra e o espírito, diríamos nós, do Projeto de Convenção Internacional dos Direitos da Criança que, desde 1989, vinha sendo discutido pela comunidade internacional no âmbito das Nações Unidas.

A Lei nº 8.069/90, de 13-07-90, mais do que regulamentar as conquistas em favor das crianças e dos adolescentes na Constituição Federal, veio promover um importante conjunto de revoluções que extrapolam o campo jurídico e se desdobram por outros âmbitos da nossa realidade política e social brasileira.

Estamos diante de uma lei e várias revoluções. A primeira e talvez a mais importante dessas revoluções, uma vez que é dela que depende as demais, foi a da concepção de infância e adolescência. Ao conceber a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e prioridade absoluta, o novo direito rompeu definitivamente com o enfoque da doutrina da situação irregular, levando à sua superação, tanto no campo dos procedimentos jurídicos, como no da estrutura e funcionamento das políticas públicas.

Conceber a criança e o adolescente como sujeitos de direitos exigíveis com base na lei, deixando de vê-los como mero objeto de intervenção jurídica e social por parte da família, do Estado e da sociedade, equivale a deixar de tratá-los como meros portadores de necessidades. Esse salto das necessidades aos direitos é a pedra angular da construção tanto do novo direito, como das políticas públicas e da prática social destinadas a implementá-lo.

O conceito de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento complementa de forma magnífica a concepção de sujeito de direitos. Por ele se reconhece que as crianças e os adolescentes são detentoras de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade. Além disso, lhes são reconhecidos direitos especiais decorrentes do fato de que eles não conhecem suficientemente seus direitos, não estão em condições de exigí-los do mundo adulto e de não serem ainda capazes de prover por si mesmos suas necessidades básicas sem prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e social.

A visão da criança e do adolescente como prioridade absoluta culmina essa concepção. Por ela se reconhece o valor intrínseco e o valor projetivo das novas gerações. O valor intrínseco reside no reconhecimento de que, em qualquer etapa do seu desenvolvimento, a criança e o adolescente são seres humanos na acepção mais plena do termo. O valor projetivo, por sua vez, evoca o fato de que cada criança e cada adolescente é portador do futuro da sua família, do seu povo e da humanidade, ou seja, é deles que depende a continuação da linha da vida

na espécie humana. A prioridade absoluta às novas gerações, como se vê, é uma exigência ética impostergável no marco da construção de uma vida digna para todos, ou seja, dos direitos humanos.

A *revolução de conteúdo* trazida pelo Estatuto foi introduzir no Direito brasileiro o que havia de melhor na normativa internacional em termos de conquistas em favor da população infanto-juvenil. Além da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras de Beijim, as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade, a Convenção 138 da OIT e outros dispositivos tiveram seu conteúdo assimilado pela nossa legislação.

A *revolução de método* deu-se por duas conquistas básicas: (i) A primeira foi a introdução das garantias processuais no relacionamento do adolescente com o sistema de administração da justiça juvenil. (ii) A segunda foi a superação do assistencialismo, ou seja, as crianças e adolescentes não estão mais à mercê da boa vontade da família, da sociedade e do Estado. Seus direitos, agora exigíveis com base na lei, podem levar aos tribunais os responsáveis pelo seu não-atendimento ou atendimento irregular.

A *revolução de gestão* reside no fato de o Estatuto ter introduzido uma nova divisão do trabalho social, não só entre os três níveis de Governo (União, Estado e Município), como também entre o Estado e a sociedade civil organizada.

Os conselhos de direitos da criança e do adolescente em todos os níveis e os conselhos tutelares em nível local são parte fundamental do esforço de democratizar a democracia brasileira, fazendo com que ela deixe de ser apenas representativa e se torne também uma democracia cada vez mais beneficiada pela participação da cidadania organizada na formulação das políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis.

Além dos conselhos de direitos e tutelares, o Estatuto da Criança e do Adolescente gerou várias outras instituições de tipo novo, como as novas conceituações de abrigo, internato, programas de orientação e apoio sociofamiliar, plantão interinstitucional integrado operacionalmente e outras. Essas novas institucionalidades estão chamadas a desempenhar um papel fundamental na implementação do novo direito, pois é através delas que as conquistas obtidas na legislação chegam até seus destinatários.

De um modo geral, o que podemos concluir da mudança de concepções da infância e da adolescência em nossa sociedade é que este conjunto revolucionário de transformação diminui de forma substancial o poder discricionário do mundo adulto sobre as novas gerações, na medida em que as regras do estado democrático de direito se imiscuem nestas relações, o campo da discricionariedade e freqüentemente o do arbítrio vêm diminuindo a sua margem de atuação. Com isso, a mitologia construída em torno da incapacitação da infância e da adolescência, base da conduta tutelar, que, por sua vez, é o eixo central da doutrina da situação irregular, já não mais se sustenta. Seja na garantia de seus direitos sociais, seja na circunstância de seu envolvimento em conflito de natureza jurídica, a criança e o adolescente são, hoje, sujeitos de direitos exigíveis com base na lei.

Embora seja necessário reconhecer a melhoria de alguns indicadores sociais, a verdade é que este desempenho ainda continua muito aquém da magnitude e do ritmo que seriam necessários para o grande salto rumo à dignidade que as camadas populares tanto necessitam para sua efetiva emancipação econômica, promoção social e libertação político-cultural.

Todos sabemos que é somente através da elevação dramática dos níveis de educação que conseguiremos romper com o ciclo de ferro da reprodução intergeracional da pobreza. Esse quadro se torna ainda mais grave quando consideramos as macrotendências do mundo globalizado e pós-industrial que emerge diante de nós, inaugurando uma nova etapa do processo civilizatório. Uma etapa marcada pelo signo do uso intensivo de conhecimento em praticamente todos os domínios da atividade humana.

Não há como negar, no entanto, as *importantes conquistas* em favor da população infanto-juvenil brasileira:

1. A estrutura de participação requerida pelo Estatuto já se concentra em grande parte implantada nos níveis da União, de todos os Estados e num número bastante significativo de Municípios;

2. O sistema da Política Nacional de Bem-Estar do Menor teve seu órgão reitor (FUNABEM) totalmente desativado;

3. O Ministério Público vem assumindo com rapidez e competência suas novas atribuições no campo da infância e da juventude;

4. O movimento social em favor das crianças e dos adolescentes continua ativo e a competência técnica e a maturidade política de seus quadros parecem ter aumentado;

5. A educação, base do desenvolvimento pessoal e social da população infanto-juvenil, substitui os grupos de risco como eixo central do debate dos direitos das crianças e dos adolescentes em nosso país;

6. Ao lado da escola, a família começa a emergir (com certo destaque) no campo das políticas sociais. Programas de saúde da família, valorização da participação dos pais na vida das escolas e renda familiar mínima são exemplos de ações que ilustram essa tendência;

7. Os indicadores de saúde e educação, apesar das dificuldades econômicas não deixaram de conhecer um processo constante de melhoria;

8. Os Municípios assumiram, como em nenhuma época anterior de nossa história, uma linha de programas para a população infanto-juvenil, incluindo um variado conjunto de ações em favor dos grupos em situação de maior vulnerabilidade pessoal e social;

9. Questões antigas, como o trabalho infantil, foram objeto de um intenso processo de mobilização social, gerando ações de tipo novo, tanto por parte do Estado, como da sociedade;

10. O terceiro setor, ligado ao empresariado, aumentou de forma significativa sua presença no campo da solidariedade social em favor da população infanto-juvenil;

11. O Plano Nacional de Direitos Humanos propõe ações relevantes no campo dos direitos da criança e do adolescente;

12. Nunca se escreveu, publicou, se discutiu e se capacitou tanta gente, para atuar no campo do atendimento e da promoção e defesa dos direitos das crianças e dos jovens;

13. As ameaças de retrocesso na legislação relativa à criança e ao adolescente, embora persistam, ainda não foram capazes de gerar nenhum resultado prático;

14. O Estatuto da Criança e do Adolescente já influenciou a elaboração de legislações semelhantes em mais de 15 países da região, constituindo-se numa verdadeira ponte de integração do Brasil com os países-irmãos da América Latina.

Os desafios existem e não são simples e nem pequenos. Elencamos aqueles que nos parecem mais relevantes:

1. Parte considerável dos conselhos de direitos e tutelares ainda não consegue funcionar dentro do que dispõe a legislação;

2. Velhas institucionalidades (FEBEMs), herança trágica do modelo assistencialista e correccional-repressivo do velho Código de Menores e da Política Nacional de Bem-Estar do Menor ainda persistem sob novas roupagens;

3. No sistema de administração da justiça juvenil, a Defensoria Pública continua sendo o elo mais fraco, prejudicando o exercício das garantias processuais pelos adolescentes;

4. Um novo Pacto Federativo continua a ser necessário. A divisão do trabalho social e de recursos para realizá-lo entre a União, os Estados e os Municípios continua a requerer ajustes;

5. As culturas organizacionais do passado ainda persistem em algumas áreas, fazendo com que os modelos assistencialistas e correccionais-repressivos de atendimento sigam vigindo, principalmente nas áreas das crianças em situações de risco e dos adolescentes em conflito com a lei;

6. Falta, em muitos conselhos, capacidade técnica e cultura de participação. Este quadro em muitas situações é agravado pela inapetência dos executivos em fortalecer os mecanismos de democracia participativa;

7. Inexiste uma adequada estrutura de apoio técnico aos Municípios, principalmente os pequenos, que começam a estruturar suas políticas para infância e juventude no marco do Estado;

8. Devido às dificuldades econômicas, programas e ações interessantes ficam restritos à pequena escala em razão da dificuldade de promover sua expansão;

9. O movimento social em favor da infância e da juventude não tem sido, em muitos casos, capaz de superar as resistências de certos governos locais e supramunicipais em relação à participação e à transparência na administração pública;

10. Os programas e ações desenvolvidos nas áreas de educação e saúde para a população infanto-juvenil ainda não levam em conta e da maneira devida a contribuição que a adoção da perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente poderia agregar à sua atuação.

O pano de fundo de todos esses desafios são as culturas obstaculizadoras aos avanços da democracia participativa e das práticas sociais e jurídicas superadoras tanto do assistencialismo como da discricionariedade. São elas:

1. Nossa cultura política, ainda predominantemente clientelista e fisiológica;
2. Nossa cultura administrativa, marcadamente burocrática e corporativa;
3. Nossa cultura técnica, fortemente auto-suficiente e formalista;
4. Nossa cultura jurídica, ainda contaminada, em muitos casos, por resíduos tóxicos da velha doutrina da situação irregular;
5. Nossa cultura cidadã, ainda emoldurada por uma história secular de passividade e conformismo.

A complexidade e profundidade destas questões nos fazem ver que a implementação plena de uma lei como o Estatuto depende não apenas de decisões unilaterais deste ou daquele setor da vida nacional. Como no tempo da sua elaboração e aprovação, a construção de consensos continua a ser fundamental para o avanço. Consensos éticos, consensos políticos, consensos técnicos, consensos operacionais. Este é um campo onde ainda quase tudo está por fazer. O novo direito da criança e do adolescente e as políticas, programas e ações dele decorrentes seguem sendo, dezessete anos depois, um tema controverso.

Trata-se de uma lei cuja implementação deve se fazer num diálogo, numa interlocução permanente com a LDB, a LOAS e a Lei Orgânica da Saúde. Nelas existem dispositivos, como ocorre também com a CLT, que afetam a interpretação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De tudo isso, porém, o que não resta a menor dúvida é o fato de que atuar na implementação dessa lei tem sido, para todos os envolvidos nesse empreendimento gigantesco, um aprendizado constante nos campos do direito, da formulação de políticas, da construção de soluções técnicas e, sobretudo, de vivência e convivência democrática. A imaginação política criadora dos atores pessoais e sociais tem crescido e, aos poucos, o que se vê é que quem mais ganha com tudo isso é a democracia.

Mais do que um projeto de lei, que, aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, se tornou lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente segue sendo um projeto. Um projeto de sociedade. Por isso sua implementação, como dizíamos há dezessete anos atrás, é uma maratona e não uma corrida de cem metros rasos.

O Brasil necessita e requer colocar os direitos da população infanto-juvenil na agenda das políticas públicas, do mundo empresarial e do chamado terceiro setor como prioridade real. Enquanto isso não acontecer, continuaremos a viver na pré-história do atendimento digno dos direitos dos segmentos mais frágeis e vulneráveis de nossa população infanto-juvenil. Como fazer isso? Adotando-se uma ética de co-responsabilidade que resulte na atuação convergente, intercomplementar e sinérgica desses três setores.

O caminho é longo. Resta-nos seguir trabalhando e lutando. Trabalho, esforço paciente, progressivo e metódico, aplicado à consecução de uma finalidade. Luta, disposição de enfrentar os obstáculos, de não se deixar deter diante deles,

de se expor, de correr riscos, de encarar as reações dos oponentes. Estamos aprendendo a cada dia. E isto é que nos dá a certeza de que, muito antes do que muitos supõem, haveremos de chegar lá.

Estamos no caminho certo e não estamos parados. Quando isto ocorrer, não tenhamos dúvida, descobriremos que tudo que tivermos feito em favor de nossas crianças e adolescentes será uma pequena parcela do que fizemos em favor de nós mesmos, do Brasil e do mundo.

SENTENÇAS

Comarca de Santa Cruz do Sul-RS
Juizado Regional da Infância e da Juventude
Processo nº 026/0539001.07143
Autores: G. D. P. e E. D. H.
Tipo: Ação de adoção

Vistos.

G. D. P. e E. D. H., ambos qualificados na inicial, ingressaram com pedido de adoção da criança L. R. F., nascida em 25 de novembro de 2005, filha de I. R. F., argumentando que a mãe da criança teria trabalhado para os requerentes como diarista na cidade de Rio Pardo. Afirmam que ela teria entrado em contato com os requerentes quando do nascimento de L., demonstrando interesse de que a menina fosse criada nesta família, tendo em vista que não teria condições de cuidar da filha. Prestam informações para demonstrar sua capacidade de assumir o encargo e fundamentam o pedido no art. 28, § 2º, do ECA, bem como em outros dispositivos legais. Afirmam que contam com o consentimento da genitora da criança, passado através do documento da fl. 20. Juntam diversos documentos. Foi requerido o deferimento da guarda provisória.

Manifestou-se o Ministério Público, solicitando esclarecimentos dos autores a respeito de alguns pontos obscuros, surgidos após diligência realizada pelo Promotor de Justiça de Camaquã, que ouviu a mãe biológica.

Foi oportunizado aos autores que prestassem os esclarecimentos necessários (fls. 55 a 57). O Ministério Público, não satisfeito com as informações complementares, solicitou designação de audiência para depoimento pessoal dos autores e da mãe da criança.

Relatei.

Decido.

Não vejo necessária a designação de audiência, como requerido à fl. 59, tendo em vista que a oitiva dos autores e da mãe da criança não irá alterar a situação jurídica, como passo a fundamentar.

A adoção é uma medida extrema, de conseqüências irreversíveis e que, justamente por isso, dependente da observância de uma série de normas, todas elas informadas por princípios voltados para a proteção integral da criança e do adolescente.

A adoção oficial (aquela intermediada pelo Poder Judiciário) segue um procedimento padrão. É absolutamente impossível, nesse rito, abrir mão de certas formalidades, quais sejam, a prévia habilitação dos pretendentes e a prévia solução dos vínculos jurídicos da criança com seus pais biológicos. Existem processos próprios, seja para declarar alguém habilitado a adotar, seja para decretar o rompimento dos vínculos de uma criança com os seus pais biológicos. Processos estes onde provas são carreadas; avaliações psicossociais são realizadas e hipóteses legais estritas

são observadas. Criam-se, a partir das decisões destes processos, dois cadastros, ou duas listas, uma referente àqueles que pretendem adotar e outra das crianças em situação de adoção, cujas informações são cruzadas em um determinado momento. As justificativas para essas exigências são inúmeras. Pode-se partir da prevalência dos interesses da criança em permanecer com a família biológica (art. 19 do ECA); da necessidade de segurança e sigilo de uma colocação, para se chegar na própria credibilidade e fortalecimento do sistema legal (oficial) de adoção, como desestímulo às adoções improvisadas, às adoções à brasileira e ao próprio tráfico de crianças.

De qualquer modo, felizmente, a lei não adotou uma rigidez absoluta e não chegou ao absurdo de vedar qualquer adoção que não se enquadre nesse procedimento. Muito pelo contrário. A adoção *intuitu personae*, ou “adoção pronta”, é a flexibilização prevista em nosso sistema jurídico. Contudo, essa forma de adoção não tem sido bem compreendida. Sobretudo porque ela é uma exceção e, como tal, não pode conviver em pé de igualdade com a adoção pelo cadastro (oficial). Como exceção que é, depende da observância dos pressupostos de fato eleitos pela lei.

No presente pedido, os autores identificaram corretamente a norma autorizadora da adoção *intuitu personae*. Com efeito, é unicamente no art. 28, § 2º, do ECA que devem buscar guarida todos aqueles que, não se sujeitando à ordem do cadastro de habilitados, pretendam adotar uma criança identificada e que ainda esteja sujeita ao poder familiar de alguém. A permissão legal, no entanto, foi restringida aos casos de (a) parentesco, (b) relação de afinidade ou (c) relação de afetividade.

Como o bom senso deve imperar nessas questões, a lei permitiu uma solução alternativa para resolver duas situações preocupantes: (a) O que fazer quando a família extensiva se dispõe a acolher uma criança não querida pelos genitores? (b) O que fazer quando uma família substituta, diversa da extensiva, exerce a posse de fato da criança há vários anos? Para essas duas situações é que existe o art. 28, § 2º, do ECA. O critério da lei é muito claro: minorar os efeitos que uma adoção oficial poderia causar, no primeiro caso, e evitar as traumáticas conseqüências da retirada da criança, no segundo. O interesse aqui, nota-se, é de proteção dos interesses da criança.

E assim deve ser também, porque o poder familiar é, de regra, irrenunciável (afinal, nenhum dever legal é renunciável, ainda mais quando diz com o interesse público). Ninguém pode, simplesmente, abrir mão em definitivo dos deveres de cuidado e proteção de um filho para um terceiro, estranho à criança. Não existe essa disponibilidade ilimitada. Está o art. 30 do ECA a preceituar isso e tal norma é a base do princípio da oficialidade da adoção. Se uma mãe quer entregar um filho em adoção, deve fazê-lo para o Juiz, na presença do Ministério Público, pois a estes órgãos foi incumbida a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais da criança, dentre eles o direito preferencial de ser criada e educada no seio de sua família biológica (art. 19 do ECA). O Judiciário e o Ministério Público

têm o dever de analisar os motivos dessa genitora e, não sendo eles razoáveis, tomar as medidas necessárias para a manutenção dos vínculos biológicos. Como diz a própria lei, a adoção, mesmo a oficial, já é uma exceção. De modo que, se fosse possível aos genitores abrir mão do poder familiar, sem qualquer controle estatal, restariam expostas as crianças e adolescentes, contradizendo frontalmente a doutrina da proteção integral e o princípio da responsabilidade que lhe embasa.

Lamentavelmente, em que pese as boas intenções dos autores, nenhuma das hipóteses de fato que autorizam a adoção fora do sistema do cadastro estão presentes neste caso. Graças à exemplar e diligente atuação do Ministério Público Estadual, a mãe da criança foi ouvida, tendo ficado muito claro que os autores não são parentes da criança, nem por consangüinidade, nem por afinidade, e também não mantêm com ela nenhuma relação de afetividade. Nem poderia ser diferente, porque a pequena L. nasceu em 26-11-05 (fls. 19) e nem teria condições de estabelecer um vínculo dessa ordem em tão curto espaço de tempo. Veja-se que a relação de afetividade tratada na lei não se refere ao relacionamento mantido com a mãe da criança, e sim com a própria criança.

Não é possível, portanto, dar prosseguimento a um pleito dessa ordem, porque não atende aos requisitos específicos da “adoção *intuitu personae*” e também não obedece, sequer de longe, aos requisitos para uma adoção pelo cadastro.

Adota-se aqui a Conclusão nº 10 do Ministério Público Estadual e consignada no documento “Carta de Porto Alegre”, redigido em julho de 2004 durante o Seminário Regional “Viver em Família: Nosso Direito”, no sentido de que deve ser acolhida a “adoção *intuitu personae* como excepcionalíssima, exigidos os requisitos de colocação em famílias com vínculo parental ou afetivo”.

Também perfilha essa sentença o entendimento unânime do Conselho de Supervisão da Infância e da Juventude – CONSIJ constante de seu Enunciado nº 03: “A inobservância da lista de habilitados para adoção pressupõe, inafastavelmente, a presença de alguma das situações previstas no art. 28, parágrafo segundo, do ECA, sob pena de busca e apreensão”.

POSTO ISSO, julgo EXTINTO O PROCESSO, sem julgamento do mérito, diante da impossibilidade jurídica de um pedido de adoção *intuitu personae* que não atenda pelo menos a uma das hipóteses do art. 28, § 2º, do ECA.

Como o poder familiar da mãe biológica ainda persiste, deverá a criança retornar para os seus cuidados, até porque foi esse o desejo por ela manifestado ao Promotor de Justiça (fls. 53). *Fixo o prazo de 48h para que os autores devolvam a criança aos cuidados de sua genitora. Intimem-se os autores, com urgência.*

Comunique-se o Ministério Público a respeito desta decisão e da ordem de devolução da criança à mãe. Deixo de determinar o abrigamento de L. por entendê-lo desnecessário e incabível no momento. Orienta-se esse juízo por quatro fundamentos importantes: (a) o abrigamento judicial é uma medida drástica, que deve ser tomada dentro de um processo contraditório de destituição do poder familiar, presente um motivo grave (art. 157 do ECA); (b) é presumida, até prova em contrário, a possibilidade de manutenção de vínculos entre a criança e sua

mãe; (c) a decisão de ingressar ou não com uma ação de destituição do poder familiar pertence ao Ministério Público; e (d) eventual ação de destituição do poder familiar deverá tramitar na Comarca de Camaquã, por força do art. 147, I, do ECA.

Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, arquivem-se, com baixa.
Santa Cruz do Sul, 11 de dezembro de 2005.

CLEBER AUGUSTO TONIAL
Juiz da Infância e da Juventude

Comarca de Santa Cruz do Sul-RS
Juizado Regional da Infância e da Juventude
Processo nº 8.169
Autor: Conselho Tutelar
Réu: N. S.
Tipo: Ação Cautelar

Vistos.

O Conselho Tutelar de Passo do Sobrado ingressou com representação contra N. S., qualificado, postulando contra ele o deferimento da medida prevista no art. 130 do ECA, sob o argumento de que o requerido abusou sexualmente da enteada adolescente, com 13 anos de idade, que acabou grávida.

A liminar foi deferida. O Ministério Público opina pela realização da instrução.

Relatei.

Decido.

Melhor analisando o presente processo, constato não existir condições para prosseguimento até final sentença.

Os processos que tramitam na Vara da Infância e da Juventude são regulados pela lei especial e também, nas matérias cíveis, pelo Código de Processo Civil, conforme o disposto no art. 152 da Lei nº 8.069/90. Assim, também vigorando nos processos que versem sobre direito protetivo o art. 3º do CPC¹, concluo que o Conselho Tutelar não tem legitimidade para propor uma ação cautelar ou postular o deferimento de medidas cautelares urgentes como a prevista no art. 130 do ECA.

O requerimento feito pelo Conselho Tutelar foi nominado de “representação”. Contudo, embora a lei não tenha sido rigorosa sob o ponto de vista técnico, pois empregou a mesma palavra em situações totalmente distintas², a correta interpretação desse verbo é restritiva. O “representar” em juízo, sem intermediários, depende de lei autorizativa. As representações permitidas ao Conselho Tutelar, com efeito, são apenas aquelas previstas no art. 136, inc. III, *b* (pelo descumprimento injustificado de suas deliberações); no art. 191 (para apurar irregularidade em entidade de atendimento); e no art. 194 (para apurar infração administrativa às normas de proteção). Uma interpretação extensiva dessas permissões poderia levar à aceitação de legitimidade do Conselho Tutelar para outros processos cíveis, como a colocação em família substituída ou a destituição do poder familiar, possibilidade que é absolutamente indesejável – senão incompatível – para um órgão administrativo cuja finalidade precípua é presidir, vinculadamente, todas as intervenções para manutenção de vínculos familiares. Não seria prudente, nem democrático,

1 – “Art. 3º – Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

2 – A “representação” do art. 136, III, *b*, é totalmente diversa da “representação” mencionada nos incs. X e XI.

que ao próprio órgão de proteção especial caiba a decisão de finalizar sua própria intervenção³.

De modo que a medida prevista no art. 130 do ECA não é uma medida de proteção típica, mas um reforço ou ampliação ao que o art. 888, VI, do CPC já vinha autorizando há anos.

Diante da cautelaridade deste tipo de providência, e da necessária angulação da relação processual, não é possível que o Conselho Tutelar tome o lugar da parte, ou subtraia atribuição que pode ser do Ministério Público. Emendar a inicial não é o caminho, porque, nos casos de falta de legitimidade, o chamamento do legitimado pelo Juiz implicaria na violação do princípio da inércia (art. 2º do CPC).

Finalizando, o pedido cautelar, ao menos nesse caso concreto, é tipicamente satisfativo, pois o atingido pela medida não detém nenhum direito com relação à adolescente abusada. Não sendo ele o genitor, não existe ação principal a ser futuramente proposta. Nota-se, portanto, além da falta de legitimidade, a clara perda de objeto da presente demanda.

Posto isso, julgo extinto o presente processo, sem resolução de mérito, por falta de uma das condições de ação, qual seja, a legitimidade de parte, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Intimem-se. Arquivem-se.

Santa Cruz do Sul, 07 de maio de 2007.

CLEBER AUGUSTO TONIAL
Juiz da Infância e da Juventude.

3 – Hoje é o Ministério Público quem fiscaliza se a decisão (art. 136, inc. XI, do ECA) de cessar a intervenção protetiva de manutenção de vínculos é aceitável, já que é dele a legitimidade para propor ações de destituição ou suspensão do poder familiar.

Comarca de Santa Cruz do Sul-RS
Juizado Regional da Infância e da Juventude
Processo nº 026.0661001.07356
Autor: S. R. M.
Ré: Diretora da Escola Estadual Gaspar Bartholomay e Coordenadora da
6ª Coordenadoria Regional de Educação
Tipo: Mandado de Segurança
Data: 31-03-06

Vistos.

S. R. M., qualificada, representada por sua mãe, J. R., ingressa com mandado de segurança contra ato da Diretora da Escola Estadual Gaspar Bartholomay e da Coordenadora da 6ª Coordenadoria Regional de Educação, argumentando que teve sua matrícula negada na escola Gaspar Bartholomay em função do zoneamento escolar. Refere a inicial que a criança é atendida durante as manhãs e tardes na creche “L. M.”, que está situada na Rua J. N. K., em Santa Cruz do Sul, próxima da escola mencionada. Diz que as religiosas que mantêm a creche também levam as crianças à escola, e essa vantagem é especialmente importante para a mãe da autora, que é pessoa pobre e que enfrenta dificuldades financeiras. Também afirma que outras crianças vizinhas da autora e que moram em lugares afastados teriam conseguido a matrícula, inobstante a proibição do zoneamento. Fundamenta o pedido no art. 208 da CF e cita jurisprudência em reforço à sua tese. Pede a concessão da segurança, para que se determine a realização da matrícula.

Relatei.

Decido.

Admite-se na inicial que a criança reside no Bairro B. A escola visada situa-se no centro da cidade. Logo, sob os critérios do zoneamento escolar, não tem a impetrante direito líquido e certo de estudar ali.

Contudo, a autora fundamenta o pedido no art. 208 da CF. Penso que o problema está desfocalizado. A questão não se refere ao exercício do direito à educação previsto na Constituição Federal. Ela diz com a legalidade ou não do zoneamento. Enfim, o zoneamento é legal e constitucional? O direito à educação compreende também o direito de escolha do educandário?

Sem dúvida que o zoneamento escolar é legal e constitucional. Precisamos reconhecer que o Estado assumiu uma ingente tarefa ao se comprometer com a educação pública. Sobretudo porque a educação deve ser oferecida com qualidade. Releva notar que o Estado precisa assegurar a todos uma “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”, assim como deve garantir “acesso à escola pública e gratuita próxima da residência da criança e do adolescente”. Tais obrigações são textuais no art. 53, I e V, do ECA.

Logo, como o dever de prestar a educação não é dirigido especialmente à autora, mas para toda uma população, é forçoso reconhecer que o particular só pode exigir a satisfação de seu direito até certo ponto, ou seja, de tal forma que não inviabilize o exercício dos idênticos direitos dos demais. O direito à educação, portanto, não é um direito ilimitado, pois pode sofrer condicionamentos e limitações necessários para a consecução do interesse público.

O zoneamento escolar, portanto, é um desses condicionamentos. Através dele o Estado tem condições de assegurar que todas as crianças e adolescentes tenham acesso a uma escola próxima de sua residência, como manda a lei. Se não fosse assim, e se a cada um fosse garantido o direito de escolher uma escola, dificilmente se conseguiria alcançar a universalidade do atendimento, sem falar na situação específica do estudante que, mesmo residente próximo da escola, venha a ter negado seu direito porque a sua vaga foi destinada para outro que reside em local afastado. A vaga que teria sido reservada a este último, por seu turno, ou acabará não preenchida, causando prejuízos aos cofres públicos, ou terá que ser ocupada pela criança que foi inicialmente preterida, a qual arcará com o ônus da distância e para o qual não concorreu. Essas situações são obviamente injustas, e o zoneamento escolar é a solução razoável e racional para evitá-las.

Finalmente, se o zoneamento foi desrespeitado pela própria escola, como disse a autora, tal circunstância não é relevante para o processo. Se o juízo, com base nesse desrespeito, determinasse mais uma matrícula indevida, cometeria um segundo equívoco, e dois erros nunca fizeram um acerto.

Posto isso, na forma do art. 8º da Lei nº 1.533/51, INDEFIRO liminarmente o presente mandado de segurança, diante da inexistência de direito líquido e certo de obter matrícula em uma escola pública específica, desrespeitando o zoneamento escolar em vigor.

Intimem-se, assim como o Ministério Público.

Transitada em julgado, arquivem-se com baixa.

Santa Cruz do Sul, 31 de março de 2006.

CLEBER AUGUSTO TONIAL
Juiz da Infância e da Juventude

JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HÁBEAS-CÓRPUS Nº 45.667-SP (2005/0113432-3)

Adolescente. Ato infracional. Medida socioeducativa (liberdade assistida). Prescrição penal (possibilidade). 1. Não obstante a finalidade pedagógica da medida socioeducativa, não há como negar seu caráter repressivo. 2. Perfeitamente possível a aplicação da prescrição penal aos atos infracionais praticados por adolescentes. 3. Precedentes do Superior Tribunal. 4. Ordem concedida para extinguir, pela prescrição, a medida socioeducativa imposta à paciente.

RELATÓRIO

Min. Nilson Naves (Relator) – Foram estas as informações prestadas pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 01-08-05:

“Contra a paciente foi oferecida representação ministerial pela prática de ato infracional equiparado ao delito capitulado no art. 157, incs. I e II, do CP, sobre vindo sentença de procedência, aplicando-lhe a medida socioeducativa de semiliberdade, posteriormente progredida para a de liberdade assistida.

“Pelo que se infere das informações prestadas pelo Juízo do Departamento das Execuções da Infância e da Juventude da Comarca de São Paulo, a paciente descumpriu a medida, oportunidade em que o magistrado decretou sua internação-sanção, não sendo, porém, até a presente data, localizada.

“Impetrou-se hábeas-córpus preventivo perante esta Corte de Justiça, postulando-se a concessão liminar, para que fosse reconhecida a prescrição da medida inicialmente ministrada, expedindo-se salvo-conduto em favor da paciente e, no mérito, a cassação da sentença, restituindo-se o seu direito de liberdade, sustentando a ilegalidade da decisão que determinou a internação-sanção da adolescente, eis que a medida aplicada no Juízo de conhecimento, encontra-se prescrita, segundo o que dispõem os arts. 109, 110, 112 e, por analogia, o art. 115, todos do CP.

“Prestadas as informações e denegada a liminar, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, tendo a Egrégia Câmara Especial, em julgamento ocorrido em 16-05-05, por unanimidade de votos, não concedido a ordem, considerando que as medidas previstas na Lei nº 8.069/90 têm o escopo de ressocializar os infratores e não os punir, segundo o que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, tendo a prescrição, como pressuposto, uma pena, não poderia essa ser paradigma para a questão em tela. Assim, frente ao descumprimento da medida, correta foi a decretação da internação-sanção da paciente com base no art. 122, inc. III, do citado Estatuto, não tendo sido detectada qualquer ilegalidade na decisão guerreada”.

São estes os fatos narrados pela Defensoria Pública no hábeas-córpus impetrado no Superior Tribunal:

“A medida socioeducativa de liberdade assistida foi decretada no dia 24-09-03 (fl. 15). Tem o prazo determinado de 06 meses (fls. 15). O dia do início do prazo prescricional deve ser o dia em que se interrompeu o cumprimento da medida, configurando assim a hipótese do art. 112, inc. II, do CP.

“O relatório das fls. 16/17 informa que a adolescente passou a descumprir a medida em 19-02-04, quando foi tentado pela última vez o contato com a adolescente; data esta que devemos estabelecer como a de início do descumprimento da medida de liberdade assistida.

“A adolescente é primária, não tendo assim o acréscimo do *caput* do art. 110 do CP (fl. 12). A medida corresponde a uma sanção restritiva de direitos (art. 109, parágrafo único); sendo inferior a 01 ano, prescreve em 02 anos, aplicando o inc. VI do art. 109 do CP. Aplicando-se ainda o art. 115 do CP, o prazo prescricional cai para 01 ano, ou seja, a pena prescreveu em 19-02-05”.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem. Eis a ementa do parecer:

“Hábeas-córpus. Processo penal. Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescrição. Possibilidade. Concessão da ordem. ‘I – Em virtude da característica punitiva, e considerando-se a ineficácia da manutenção da medida socioeducativa, nos casos em que já se ultrapassou a barreira da menoridade e naqueles em que o decurso do tempo foi tamanho que retirou da medida sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, de forma como prevista no Código Penal. Precedentes. II – Sendo o réu menor de 21 anos à época do fato delituoso, reduz-se à metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do CP. [...]’ (REsp nº 564.353-MG) É o parecer pela concessão da ordem”.

É o relatório.

VOTO

Min. Nilson Naves (Relator) – Estou acolhendo o parecer ministerial da lavra do Subprocurador-Geral, Pessoa Lins; ei-lo em suas conclusões:

“7. Em que se respeite a relutância da Corte *a quo* em aplicar a prescrição nos atos infracionais descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente, é cediço que, ao contrário do que pensa aquela Corte, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, tem inclinado-se ‘para o reconhecimento da possibilidade de se aplicar o instituto da prescrição, com a respectiva extinção da punibilidade, às medidas socioeducativas a adolescentes infratores, pela prática das condutas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.’ (RHC nº 15.905-SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ*, de 03-11-04).

“8. Nesse sentido, juntam-se outros precedentes:

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

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

“ II – Sendo o réu menor de 21 anos à época do fato delituoso, reduz-se à metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do CP.

“ III – Transcorrido mais de 01 ano, desde a sentença até a presente data, declara-se extinta a sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição intercorrente ou superveniente.

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

“ Hábeas-cópus. Penal. Leis extravagantes. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Medida socioeducativa. Prazo. Prescrição na forma prevista pelo Código Penal brasileiro. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento pelo Tribunal *a quo*. *Reformatio in pejus*. Impossibilidade. Ordem concedida.’ (HC nº 34.550-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ, de 07-03-05)

“9. Como bem ponderou o eminente Min. Felix Fischer, no HC nº 30.028-MS: ‘[...] Não aplicar o instituto da prescrição aos atos infracionais, injustos fundamentadores da atuação do Estado, significa criar situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, o que é de todo desaconselhável e inaceitável.’

“10. Ante o exposto, reconhecida a incidência da prescrição, o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem”.

Ao que me parece, as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não têm a mesma natureza e intensidade das penas estabelecidas no Código Penal, pois devem ser regidas pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Entretanto, preservado o escopo principal das medidas socioeducativas (pedagógico), não há como negar o seu caráter repressivo (punitivo); admiti-lo, inclusive, é útil não só aos autores de atos infracionais (adolescentes), mas também às vítimas de tais condutas ilícitas. Assim, as medidas socioeducativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social, porquanto permitem ao Estado delimitar a liberdade individual do adolescente infrator.

Dessa forma, devido à restrição total, parcial ou potencial do direito fundamental de ir, vir ou ficar do adolescente, torna-se arbitrária a concessão ao Estado do poder de aplicar ou executar tais medidas a qualquer tempo. Assim, perfeitamente possível a aplicação da prescrição penal aos atos infracionais.

No caso, a adolescente descumpriu medida socioeducativa (liberdade assistida) em 19-02-04, data a partir da qual se iniciou a contagem do prazo prescricional. A medida, cujo prazo é inferior a 01 ano, prescreve em 02 anos (art. 109, parágrafo único, do CP). E mais: por equiparação, é reduzido de metade o prazo da prescrição quando o agente era, ao tempo do fato, menor de 21 anos. Assim, a medida socioeducativa prescreveu em 18-02-05.

À vista do parecer ministerial, que se louva em precedentes do Superior Tribunal, voto pela concessão da ordem para extinguir, pela prescrição, a medida socioeducativa imposta à paciente.

DIREITO INTERNACIONAL

O CASO ROPER “VERSUS” SIMON: A Decisão da Suprema Corte Norte-Americana Banindo a Pena de Morte por Delitos Praticados por Pessoas com Menos de Dezoito Anos de Idade

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA
Juiz de Direito

O Estados Unidos da América do Norte não se fez signatário da Convenção de direitos da Criança, instituída pela Organização das Nações Unidas. Em verdade, apenas duas Nações não ratificaram aquele documento. Paradoxalmente, estão na mesma condição Estados Unidos e Somália.

As razões expostas pelos norte-americanos para não firmarem a Convenção resultam do modelo de responsabilidade juvenil reinante naquele País, cujo formato varia de Estado para Estado, havendo alguns que estabelecem a imputabilidade penal em 21, 20, 19 e 18 anos, enquanto outros admitem a responsabilização penal, praticamente nos moldes de adultos, de adolescentes e até crianças. Há Estados que prevêm prisão perpétua para menores de dezoito anos, e outros previam até mesmo a aplicabilidade da pena de morte.

Estes aspectos embaraçaram o Governo americano em face da Convenção, de modo que, entre fazer reservas que a desfigurassem enquanto instrumento de direitos humanos, optaram os norte-americanos por sua não ratificação, haja vista que a Convenção vem fundada em princípios que impõem um tratamento mais favorável às crianças e adolescentes. Ou seja, crianças e adolescentes teriam todas as garantias e prerrogativas dos adultos, mais um *plus* decorrente de sua especial condição de pessoa em desenvolvimento. Daí os princípios da brevidade e da excepcionalidade, expressos na Convenção, como balizadores das sanções privativas de liberdade em face daqueles com menos de 18 anos.

O caso Roper *versus* Simon se constitui, nesse contexto, como um fato jurídico importantíssimo no contexto internacional na medida em que a Suprema Corte norte-americana, revendo decisões anteriores, vem a declarar a inconstitucionalidade da pena de morte para pessoas com menos de 18 anos, destacando na decisão a circunstância de os Estados Unidos se constituírem em um Estado que vem sendo objeto de crítica na comunidade internacional pela forma como conduz seu sistema de responsabilidade penal juvenil.

Assim, faz-se oportuno compartilhar o teor dessa decisão com aqueles que se propõem estudar o Direito da Criança, em particular no viés do adolescente em conflito com a lei e o modelo de responsabilidade penal juvenil decorrente da Convenção¹, cuja versão brasileira vem expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 – Insisto na necessidade da compreensão desse modelo de responsabilidade Penal Juvenil, como analisado por diversos autores como Emilio Garcia Mendez, Karyna Sposato, Afonso Konzen, Martha Toledo, Ana Paula Costa, Wilson Donizete, e tantos outros, ou ainda no recente Compêndio de Direito Penal Juvenil, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2006.

Apresenta-se o original (em inglês) e uma tradução livre para a qual concorreu o auxílio de Vicente Silva Saraiva. Na decisão da Corte percebe-se que se faz presente o princípio da incapacidade como norteador daquele sistema, que não logrou reconhecer o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento instituído pela Convenção. De qualquer sorte se constitui em excelente material para estudo e crítica, contribuindo assim para a compreensão da imensa distância que existe entre um modelo de responsabilidade juvenil, fundado na Convenção, e um modelo de Direito de Menores, baseado na lógica da incapacidade, nos termos da obra de Tobias Barreto², há muito superada.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS
“ROPER, SUPERINTENDENT, POTOSI CORRECTIONAL CENTER V. SIMMONS”
RECURSO DA SUPREMA CORTE DO ESTADO DO “MISSOURI”

Nº 03-633. Discutida em 13-10-04. Sentença em 01-03-05.

Aos 17 anos, o acusado Simmons planejou e cometeu um homicídio. Após completar 18 anos de idade, ele foi sentenciado à morte. Tanto sua apelação direta como seu pedido recursal nas esferas estaduais e federais foram recusados. Esta corte então julgou, em *Atkins v. Virginia* (536 US 304 -2002-), que a *VIII Emenda*, aplicável aos Estados através da *XIV Emenda*, proíbe a execução de pessoas deficientes mentais. Simmons propôs um novo recurso na jurisdição estadual, alegando que, conforme o raciocínio estabelecido no caso *Atkins*, a Constituição proíbe a execução de um adolescente que tenha cometido um crime quando à época tinha menos de 18 anos de idade. A Suprema Corte do Estado do Missouri acolheu favoravelmente o argumento e modificou a pena de morte em benefício da prisão perpétua, ressaltando, entretanto, a impossibilidade de livramento condicional nestes casos. Julgando que, embora *Stanford v. Kentucky* (492 US 361 -1989-), recusou a proposta de que a Constituição vede a pena de morte para jovens infratores com menos de 18 anos de idade, um consenso nacional desenvolveu-se em sentido contrário à execução destes jovens infratores.

Julgou: *As Emendas VIII e XIV* proíbem a aplicação de pena de morte aos réus que tinham menos que 18 anos de idade na época do cometimento do crime. Pp. 6-25.

2 – Nos primórdios da fundação do chamado Direito do Menor, Tobias Barreto, no final do século XIX, publicou “Menores e Loucos em direito Criminal”, argumentando que, como os “loucos” os menores reclamavam um tratamento diferenciado em face de sua incapacidade. No início do século XXI o Direito Penal Juvenil, à luz da Convenção da ONU, reclama tratamento diferenciado ao adolescente não por conta de uma suposta incapacidade, mas sim pelo reconhecimento de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, que não o faz um adulto, mas por certo não o reduz a uma condição de incapaz análoga ao portador de sofrimento psíquico.

a) A Oitava Emenda, que trata a respeito da proibição de impor “penas cruéis e extraordinárias”, deve ser interpretada de acordo com o seu texto, considerando a história, tradição, e os precedentes, mas sobretudo com a devida atenção que esta proposta merece no contexto constitucional. Ao implementar esta nova estrutura, esta Corte fixou as normas e afirmou a necessidade de remeter “a padrões de decência que marcam o progresso de uma sociedade madura” para determinar que tais punições são tão desproporcionais que são “cruéis e extraordinárias”. *Trop v. Dulles* (356 US 86, 100/101 -1958-).

Em 1988, em *Thompson v. Oklahoma* (487 US 815, 818/838 -1988-), uma pluralidade determinou que padrões nacionais de decência não podem permitir a execução de qualquer acusado com menos de 16 anos de idade na época do cometimento do crime. Um ano após, em *Stanford*, por 5 votos contra 4, a Corte se remeteu aos padrões contemporâneos de decência, mas concluiu que as *Emendas VIII e XIV* não proíbem a execução de acusados com idade acima de 15 anos e abaixo dos 18 anos de idade porque 22 dos 37 Estados permitem a pena de morte como forma de punição para infratores de 16 anos de idade, e 25 permitem para 17 anos de idade, por meio disso, percebe-se que não se trata de um consenso nacional. 492 US, em 370-371. A *plurality* também “enfaticamente rejeitou” a proposta de preponderância do julgamento da Corte quanto à admissibilidade de impor a pena de morte aos jovens infratores. Cit., em pp. 377/378. No mesmo dia a Corte julgou, em *Penry v. Lynaugh* (492 US 302, 334 -1989-), que a *VIII Emenda* não ordenava uma dispensa categórica da pena de morte nos casos de deficientes mentais porque em apenas dois Estados havia sido aprovado leis que banissem a pena de morte. Todavia, faz três anos, em *Atkins*, a Corte julgou que os padrões de decência tinham evoluído desde o caso *Penry* e que foi demonstrado que a execução de um deficiente mental é uma punição “cruel e extraordinária”. No caso *Atkins* notam-se, objetivamente, indícios de padrões na sociedade, expressadas de forma pertinente nas aprovações das respectivas casas legislativas e na aplicação prática dos Estados, demonstrando que este tipo de execução tornou-se indubitavelmente tão “extraordinário” que já é lícito referir um consenso nacional que se desenvolveu com o fim de combater este tipo de punição. (Cit., em pp. 314/315). A Corte também retornou a regra, estabelecida em decisões que precedem o caso *Stanford*, sendo que a Constituição contempla a prerrogativa de que as decisões da corte preponderem em relação à questão da aceitabilidade da pena de morte. Id., em p. 312. Convém ressaltar que deficientes mentais possuem diminuída culpabilidade mesmo em ocasiões que podem distinguir certo de errado (id., em p. 318), e que réus deficientes mentais possuem uma diminuição da capacidade, o que torna injustificável a aplicação da pena de morte como retribuição aos crimes cometidos ou como fator dissuasivo real de um futuro cometimento de crimes (id., em pp. 319/320), a Corte regrou que a pena de morte constitui uma excessiva sanção para toda a categoria englobada pelos réus deficientes mentais. E que a *VIII Emenda* impõe uma substantiva restrição ao poder do Estado de tirar a vida

de um delinqüente (id., em p. 321). Da mesma forma que a Corte, em *Atkins*, reconsiderou a questão decidida em *Penry*, a Corte reconsidera a decisão no tema decidido em *Stanford*.

b) Ambos indícios objetivos de consenso, como foi expresso em particular pela aprovação das leis que abordam a questão, e a Corte com sua prerrogativa de exercício de imposição preponderante de seus julgamentos, demonstrou que a pena de morte é uma punição desproporcional para jovens infratores.

1. Como no caso *Atkins*, objetivamente há um consenso nacional – a rejeição à pena de morte na maioria dos Estados americanos; a pouca freqüência que se aplica nos lugares onde segue vigendo; e a consistente tendência que segue a sociedade no sentido de abolir esta prática, nas palavras usadas por *Atkins*, referindo-se aos deficientes mentais como “categoricamente menos culpável que grande parte dos crimes” (cit., em 316). A prova deste consenso é similar, e em alguns aspectos, paralela, à de *Atkins*: 30 Estados proíbem a pena de morte para menores, incluindo 12 que rejeitam por completo e 18 que mantêm, mas não aplicam aos menores em virtude do disposto por exceções de origem normativa ou jurisprudencial. Além disso, em cada um dos 20 Estados sem uma proibição formal, a execução de jovens infratores é infreqüente. Embora o contraste no caso *Atkins*, o percentual de mudança indica uma redução na incidência da aplicação da pena de morte para infratores juvenis, ou de que, pelo menos, a tendência que caminha no sentido de aboli-la tem sido menos dramática, a diferença entre este caso e o caso *Atkins* vem a estabelecer, e sobretudo contrabalançar, a consistente corrente que busca modificar a legislação no sentido de abolir a pena de morte. Naturalmente, a maior lentidão deste processo pode explicar porque a inadmissibilidade da execução de menores entre 16 e 18 anos de idade se reconheceu amplamente antes que a dos deficientes mentais.

2. A rejeição na imposição da pena de morte para jovens acusados com menos de 18 anos de idade justifica-se pela VIII Emenda. A punição capital deve ser limitada para aqueles acusados que cometerem “uma restrita categoria entre os mais sérios crimes” e que suas culpabilidades os tornem “os maiores merecedores da pena de morte”. (*Atkins*, cit., p. 319). Três diferenças em geral diferenciam os jovens com menos de 18 anos de idade e os adultos, o que demonstra que os menores infratores não podem ser colocados no rol dos piores criminosos. Os jovens são mais suscetíveis de comportamentos imaturos e irresponsáveis, significando que “sua irresponsabilidade conduz a uma repreensão moral diversa da recebida pelo adulto”. *Thompson v. Oklahoma* (cit., p 835). Sua própria vulnerabilidade e relativa falta de controle sobre as circunstâncias que os envolvem diretamente, permitem um direito maior que os adultos no que tange serem perdoados por eventuais falhas às quais estão submetidas por conviverem em um ambiente propício a influências. Ver *Stanford*, supra, em p. 395. A realidade é que os jovens ainda se esforçam para definir sua própria identidade, o que significa ser menos tolerável admitir que até o mais horripilante dos crimes praticados por

jovens comprovem um caráter depravado e irreparável. A *Thompson plurality* reconheceu a importância destas características em relação aos jovens com menos de 16 anos de idade. Cit., em pp 833/838. A mesma razão é aplicada para todos os jovens infratores com menos de 18 anos de idade. Tratando-se de jovens, é reconhecida sua diminuída capacidade. Está comprovado que nenhuma das duas justificativas penalógicas para a retribuição da pena e dissuasão dos eventuais criminosos para que não cometam delitos que tenham prevista a pena de morte. E.g., *Atkins* (cit., em p. 319) – estabelecendo adequada justificativa para a imposição desta pena aos jovens criminosos. Embora a Corte não possa negar, muito menos se omitir, dos crimes brutais praticados por jovens infratores, não compartilha esta Corte do alegado pelo recorrente, dando a insistência em referir que a pena de morte é considerada individualmente, sendo arbitrário e desnecessário adotar o tratamento com pena de morte aos acusados com menos de 18 anos de idade. É inaceitável mencionar a probabilidade quando da existência de um crime de natureza brutal e sangue-frio que justifique tamanho excesso de poder (pena de morte) que atenua os argumentos de erro de conduta em razão da pouca idade. Até mesmo para que o jovem infrator possa compreender sua própria imaturidade, vulnerabilidade, sendo sua potencial falta de consciência da ilicitude, merecedora de uma pena menos grave que a morte. Quando um jovem comete um crime horrível, o Estado pode exigir a perda de alguns dos direitos mais básicos, mas o Estado não pode extinguir a vida e uma possível compreensão mais madura do acusado acerca de sua condição humana. Enquanto se estabelece o limite nos 18 anos de idade como objeto de críticas que sempre merecem as regras que criam categorias, a questão é onde a sociedade fixa a idade adulta e a infância como patamares mínimos para a imposição da pena de morte. Deve-se considerar que *Stanford* deixou de ser o precedente aplicável neste tema. Pp. 14-21.

c) A esmagadora pressão internacional contra a pena de morte para jovens infratores não resulta como determinante neste assunto, mas produz respeito e significado considerável na confirmação desta Corte, determinando a pena de morte como uma punição desproporcional aos réus menores de 18 anos de idade. Veja, e.g., *Thompson*, cit., em pp. 830/831 e nota 31. Os Estados Unidos da América continuam sendo o único país no mundo que oficialmente aplica a pena de morte aos delinquentes juvenis. Isso não diminui a lealdade ou dignidade original da Constituição ao admitir que a afirmação expressa de certos direitos fundamentais por parte de outras nações e povos enfatiza o caráter central que estes mesmos direitos tem dentro de nossa própria herança de liberdade.

O Magistrado *Kennedy* expôs a opinião da Corte, que contou com o voto favorável dos Magistrados *Stevens*, *Souter*, *Ginsburg* y *Breyer*. Em sua parte, o Magistrado *Stevens* votou de forma concorrente, ao qual acompanhou a Magistrada *Ginsburg*. A Magistrada *O'Connor* esteve em opinião discordante. Também um voto contrariamente o Magistrado *Scalia*, que contou com a adesão do Chefe dos Magistrados *Rehnquist* e do Magistrado *Thomas*.

Syllabus

NOTE: Where it is feasible, a syllabus (headnote) will be released, as is being done in connection with this case, at the time the opinion is issued.

The syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader.

See United States v. Detroit Timber & Lumber Co., 200 U.S. 321, 337.

**“SUPREME COURT OF THE UNITED STATES
ROPER, SUPERINTENDENT, POTOSI CORRECTIONAL CENTER v. SIMMONS
CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF MISSOURI”**

No. 03-633. Argued October 13, 2004. Decided March 1, 2005.

At age 17, respondent Simmons planned and committed a capital murder. After he had turned 18, he was sentenced to death. His direct appeal and subsequent petitions for state and federal postconviction relief were rejected. This Court then held, in Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, that the Eighth Amendment, applicable to the States through the Fourteenth Amendment, prohibits the execution of a mentally retarded person. Simmons filed a new petition for state postconviction relief, arguing that Atkins’ reasoning established that the Constitution prohibits the execution of a juvenile who was under 18 when he committed his crime. The Missouri Supreme Court agreed and set aside Simmons’ death sentence in favor of life imprisonment without eligibility for release. It held that, although Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361, rejected the proposition that the Constitution bars capital punishment for juvenile offenders younger than 18, a national consensus has developed against the execution of those offenders since Stanford.

Held: The Eighth and Fourteenth Amendments forbid imposition of the death penalty on offenders who were under the age of 18 when their crimes were committed. Pp. 6-25.

(a) The Eighth Amendment’s prohibition against “cruel and unusual punishments” must be interpreted according to its text, by considering history, tradition, and precedent, and with due regard for its purpose and function in the constitutional design. To implement this framework this Court has established the propriety and affirmed the necessity of referring to “the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society” to determine which punishments are so disproportionate as to be “cruel and unusual”. Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 100-101. In 1988, in Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 818-838, a plurality determined that national standards of decency did not permit the execution of any offender under age 16 at the time of the crime. The next year, in Stanford, a 5-to-4 Court referred to contemporary standards of decency, but concluded the Eighth and Fourteenth Amendments did not proscribe the execution

of offenders over 15 but under 18 because 22 of 37 death penalty States permitted that penalty for 16-year-old offenders, and 25 permitted it for 17-year-olds, thereby indicating there was no national consensus. 492 U.S., at 370-371. A plurality also “*emphatically reject[ed]*” the suggestion that the Court should bring its own judgment to bear on the acceptability of the juvenile death penalty. *Id.*, at 377-378. That same day the Court held, in *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 334, that the Eighth Amendment did not mandate a categorical exemption from the death penalty for mentally retarded persons because only two States had enacted laws banning such executions. Three Terms ago in *Atkins*, however, the Court held that standards of decency had evolved since *Penry* and now demonstrated that the execution of the mentally retarded is cruel and unusual punishment. The *Atkins* Court noted that objective indicia of society’s standards, as expressed in pertinent legislative enactments and state practice, demonstrated that such executions had become so truly unusual that it was fair to say that a national consensus has developed against them. 536 U.S., at 314-315. The Court also returned to the rule, established in decisions predating *Stanford*, that the Constitution contemplates that the Court’s own judgment be brought to bear on the question of the acceptability of the death penalty. *Id.*, at 312. After observing that mental retardation diminishes personal culpability even if the offender can distinguish right from wrong, *id.*, at 318, and that mentally retarded offenders’ impairments make it less defensible to impose the death penalty as retribution for past crimes or as a real deterrent to future crimes, *id.*, at 319-320, the Court ruled that the death penalty constitutes an excessive sanction for the entire category of mentally retarded offenders, and that the Eighth Amendment places a substantive restriction on the State’s power to take such an offender’s life, *id.*, at 321. Just as the *Atkins* Court reconsidered the issue decided in *Penry*, the Court now reconsiders the issue decided in *Stanford*. Pp. 6-10.

(b) Both objective indicia of consensus, as expressed in particular by the enactments of legislatures that have addressed the question, and the Court’s own determination in the exercise of its independent judgment, demonstrate that the death penalty is a disproportionate punishment for juveniles. Pp. 10-21.

(1) As in *Atkins*, the objective indicia of national consensus here—the rejection of the juvenile death penalty in the majority of States; the infrequency of its use even where it remains on the books; and the consistency in the trend toward abolition of the practice—provide sufficient evidence that today society views juveniles, in the words *Atkins* used respecting the mentally retarded, as “*categorically less culpable than the average criminal*”, 536 U.S., at 316. The evidence of such consensus is similar, and in some respects parallel, to the evidence in *Atkins*: 30 States prohibit the juvenile death penalty, including 12 that have rejected it altogether and 18 that maintain it but, by express provision or judicial interpretation, exclude juveniles from its reach. Moreover, even in the 20 States without a formal prohibition, the execution of juveniles is infrequent. Although, by contrast to *Atkins*, the rate of change in reducing the incidence of the

juvenile death penalty, or in taking specific steps to abolish it, has been less dramatic, the difference between this case and Atkins in that respect is counterbalanced by the consistent direction of the change toward abolition. Indeed, the slower pace here may be explained by the simple fact that the impropriety of executing juveniles between 16 and 18 years old gained wide recognition earlier than the impropriety of executing the mentally retarded. Pp. 10-13.

(2) Rejection of the imposition of the death penalty on juvenile offenders under 18 is required by the Eighth Amendment. Capital punishment must be limited to those offenders who commit "a narrow category of the most serious crimes" and whose extreme culpability makes them "the most deserving of execution". Atkins, 536 U.S. at 319. Three general differences between juveniles under 18 and adults demonstrate that juvenile offenders cannot with reliability be classified among the worst offenders. Juveniles' susceptibility to immature and irresponsible behavior means "their irresponsible conduct is not as morally reprehensible as that of an adult". Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 835. Their own vulnerability and comparative lack of control over their immediate surroundings mean juveniles have a greater claim than adults to be forgiven for failing to escape negative influences in their whole environment. See Stanford, supra, at 395. The reality that juveniles still struggle to define their identity means it is less supportable to conclude that even a heinous crime committed by a juvenile is evidence of irretrievably depraved character. The Thompson plurality recognized the import of these characteristics with respect to juveniles under 16. 487 U.S., at 833-838. The same reasoning applies to all juvenile offenders under 18. Once juveniles' diminished culpability is recognized, it is evident that neither of the two penological justifications for the death penalty—retribution and deterrence of capital crimes by prospective offenders, e. g., Atkins, 536 U.S., at 319—provides adequate justification for imposing that penalty on juveniles. Although the Court cannot deny or overlook the brutal crimes too many juvenile offenders have committed, it disagrees with petitioner's contention that, given the Court's own insistence on individualized consideration in capital sentencing, it is arbitrary and unnecessary to adopt a categorical rule barring imposition of the death penalty on an offender under 18. An unacceptable likelihood exists that the brutality or cold-blooded nature of any particular crime would overpower mitigating arguments based on youth as a matter of course, even where the juvenile offender's objective immaturity, vulnerability, and lack of true depravity should require a sentence less severe than death. When a juvenile commits a heinous crime, the State can exact forfeiture of some of the most basic liberties, but the State cannot extinguish his life and his potential to attain a mature understanding of his own humanity. While drawing the line at 18 is subject to the objections always raised against categorical rules, that is the point where society draws the line for many purposes between childhood and adulthood and the age at which the line for death eligibility ought to rest. Stanford should be deemed no longer controlling on this issue. Pp. 14-21.

(c) The overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty is not controlling here, but provides respected and significant confirmation for the Court's determination that the penalty is disproportionate punishment for offenders under 18. See, e. g., Thompson, supra, at 830-831, and n. 31. The United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile penalty. It does not lessen fidelity to the Constitution or pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom. Pp. 21-25.

112 S. W. 3d 397, affirmed.

Kennedy, J., delivered the opinion of the Court, in which Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer, JJ., joined. Stevens, J., filed a concurring opinion, in which Ginsburg, J., joined. O'Connor, J., filed a dissenting opinion. Scalia, J., filed a dissenting opinion, in which Rehnquist, C. J., and Thomas, J., joined

VIOLENCIA JUVENIL: ¿PENA O ARBITRIO?

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Doutor em Direito pela Universidade de Saarland

Cada hecho de violencia grave, real o supuestamente atribuido a un menor de edad, provoca en América Latina un desordenado e irracional debate en el que el aumento de la brutalidad de las penas pareciera ser el elemento dominante de este tipo de respuestas. Uno a uno los países de la región se turnan para ser un ejemplo de manual de una tendencia que, mirada en profundidad, resulta un poco mas compleja y diversa de lo que aparenta.

Esta vez el epicentro del debate se ha situado en el Brasil, un país que, dada su dimensión continental y su carácter pionero y avanzado en materia de legislación para la infancia, está destinado a ejercer una profunda influencia sobre el resto de los países de la región. Hace pocos meses, el inusitadamente cruel asesinato, en la ciudad de Río de Janeiro, de un niño de siete años por un grupo de delincuentes, entre los que se encontraba un menor de edad, abrió un debate nacional donde no faltó ninguno de los clásicos ingredientes destinados a contribuir a la confusión general. Al sensacionalismo de una parte considerable de los medios de comunicación se ha sumado el consabido coro de políticos irresponsables e inescrupulosos, siempre dispuestos a lucrar con las necesidades legítimas de la gente, y proponer en el mercado electoral el acostumbrado trueque entre sensación de seguridad y votos.

Como para que no faltara ningún ingrediente, a la histeria planificada de estos paladines del retribucionismo hipócrita, le ha seguido como el trueno al relámpago la letanía de un paternalismo ingenuo para quien el vínculo automático entre pobreza y criminalidad se ha convertido en una suerte de comodín y legitimación de un inmovilismo destinado a “ganar tiempo”, hasta que el próximo hecho grave vuelva a poner en marcha este desgraciado mecanismo. Pero la pérdida de intensidad del debate no significa que el fin transitorio de cada crisis vuelva a retrotraer las cosas exactamente al punto anterior a su desencadenamiento. Bien miradas, las demandas del retribucionismo hipócrita constituyen algo bastante diverso a un aumento indiscriminado de la represión. Con cada crisis avanzan, de modo muchas veces sutil e imperceptible, propuestas destinadas a consolidar el carácter clasista y discriminado de las respuestas represivas. Las propuestas de reforma legislativa que se acumulan hoy en el Congreso brasilero van mucho mas allá de la simple rebaja de la edad de la imputabilidad penal. Casi todas ellas incluyen, especialmente en la faja de 16 a 18 años, el previo tramite de una “científica” pericia psicológica, destinada a determinar el supuesto grado de madurez y de capacidad para entender la gravedad del hecho por parte del menor.

Sólo después de esta pericia “científica”, se estaría en grado de juzgar al menor como a un adulto. Tal vez producto de la redondez de la tierra, Argentina

el país mas brutal y atrasado de toda la región (el único que irroga penas de reclusión perpetua a menores de edad por esta vía, que se basa increíblemente en un decreto de la execrada dictadura militar), se encuentra paradójicamente en la vanguardia de este “moderno” método. La inexistencia de un solo menor de edad de clase media entre los 2.500 oficialmente reconocidos por el gobierno argentino como privados de libertad sugiere un extraño y no aclarado vinculo entre la pobreza y la marginalidad por un lado y la paradójica capacidad de los menores pobres para comprender la ilicitud del hecho, por el otro.

Una explicación menos barroca sugiere que cualquier abogado de parte, medianamente formado, está en plena capacidad para destruir el mamarracho de la discrecionalidad disfrazado de pericia psicológica.

En el caso de Brasil, sólo la lucida, sensata, y por el momento solitaria, propuesta, entre los políticos de nota, representada por José Serra, actual Gobernador de São Paulo, se ha convertido en el mas importante aporte para devolverle racionalidad a un debate que amenaza con poner en peligro al conjunto del sistema de la Justicia penal. Discutir con seriedad un aumento del monto de la privación de libertad, que contemple el delicado equilibrio entre la proporcionalidad del hecho y la condición particular de sujeto en desarrollo, constituye el centro de una propuesta, que las visiones esquizofrenicas sobre la adolescencia resisten con mas gritos que argumentos.

Es claro que corresponde a la política social la responsabilidad de que el problema de la delincuencia juvenil permanezca en una dimensión cuantitativa tolerable, presente hasta en las sociedades mas desarrolladas.

Sin embargo, discutir un aumento racional del monto de la privación de libertad para menores de edad, reforzar las garantías procesales y aumentar la eficiencia de los programas alternativos a la privación de libertad para infracciones penales no violentas, constituye una excelente oportunidad para quebrar el carácter crónico de un circulo vicioso que amenaza con destruir las enormes conquistas obtenidas en estos últimos años.