



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

*ANO VII
Nº 18*

*Periodicidade: quadrimestral
Tiragem: 1.340 exemplares
Impresso em julho de 2010*

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

EXPEDIENTE

Coordenação-Geral:

Conselho de Supervisão da Infância e Juventude – CONSIJ

Elaboração:

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

Diagramação, Revisão e Impressão:

Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques – DAG/TJRS

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

Quadrimestral.

ISSN 1807-0957

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

CDU 347.157(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desembargador LEO LIMA
Presidente

Desembargador JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO
1º Vice-Presidente

Desembargador VOLTAIRE DE LIMA MORAES
2º Vice-Presidente

Desembargadora LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO
3º Vice-Presidente

Desembargador RICARDO RAUPP RUSCHEL
Corregedor-Geral da Justiça

CONSELHO DE SUPERVISÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – CONSIJ

Desembargador RICARDO RAUPP RUSCHEL
Corregedor-Geral da Justiça – Presidente

Dr. EDSON JORGE CECHET
Juiz-Corregedor – Vice-Presidente

Dr. Leandro Figueira Martins
Juiz-Corregedor – Vice-Presidente – Suplente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. NILTON LUIS EISENBRUCH FILOMENA
Vara Judicial de Antônio Prado

Dra. MÁRCIA RITA DE OLIVEIRA MAINARDI
Vara Judicial de Arroio do Tigre

Dr. FERNANDO VIEIRA DOS SANTOS
2ª Vara Judicial de Três Passos

Dr. RICARDO LUIZ DA COSTA TJADER
2ª Vara Criminal de Cruz Alta

Dra. CAMILA LUCE MADEIRA
2ª Vara Criminal de São Leopoldo

Dra. ROSSANA GELAIN
2ª Vara Criminal de Carazinho

Dra. CLECIANA GUARDA LARA PECH
Justiça Juvenil

Dra. MARIA ELISA SCHILLING CUNHA
Justiça Instantânea

SUMÁRIO

DOCTRINA

Severidade e Justiça – Antônio Carlos Gomes da Costa	9
Excepcionalmente Intensa e Transitoriamente Importante – Escolhas de Acolhimento na Medida de Proteção de Abrigo – Ana Carolina Chagas Svirski e Mirela de Cintra	13
A Imputabilidade Penal: Uma Análise sobre a (Im)Possibilidade de Alteração do Artigo 228 da Constituição Federal de 1988 para Redução da Idade Penal – Diego Dezorzi	23
Perícia – Campo de Interlocação? – Marcia Helena de Menezes Ribeiro	37
Onde anda o “Protagonismo Institucional da Fase?” Considerações acerca do Processo Histórico do Reordenamento das Políticas e Práticas de Atenção à Infância no RS – Alexandre Onzi Pacheco	41

JURISPRUDÊNCIA

STJ – Hábeas-Córpus nº 98.381 – 1ª Turma – Rio Grande do Sul	47
STJ – Hábeas-Córpus nº 136.519-RS (2009/0094082-2) – 5ª Turma	53
STJ – Recurso Especial nº 573.488-RS (2003/0130628-3) – 5ª Turma	59
Apelação Cível nº 70028655488 – 7ª Câmara Cível – Santo Ângelo	63

DOCUMENTOS

Instrução Normativa CNJ nº 2, de 3 de novembro de 2009	69
--	----

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

DOUTRINA

SEVERIDADE E JUSTIÇA

ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA

Pedagogo, escritor e consultor na área de desenvolvimento social e ação educativa

No início dos anos sessenta, um egresso do SAM (Serviço de Assistência ao Menor), numa tentativa de assalto, assassinou covardemente o filho do jornalista, escritor e membro da Academia Brasileira de Letras, Odylo Costa Filho. O crime indignou a todos. A comoção nacional foi enorme. Preso o autor dos disparos, o pai, transtornado pela dor, foi ao reformatório conhecer de perto o responsável pela tragédia. As condições de atendimento daquele lugar, que David Nasser tornaria nacionalmente conhecido por expressões como “universidade do crime” e “sucursal do inferno”, tiveram forte impacto sobre o espírito humanista e cristão do grande brasileiro. Ele retornou à redação consciente de que grande parte da responsabilidade pelo fim trágico de seu filho cabia aos responsáveis por organizar e manter um lugar como aquele.

Assim, a sorte do “famigerado SAM” foi definitivamente selada. Um grupo de pessoas influentes, sensíveis e comprometidas do Rio de Janeiro, então capital do País, passou a se reunir na ASA (Ação Social Arquidiocesana), onde o jovem bispo auxiliar, Dom Helder Câmara, coordenava o esforço de pessoas como Maria Celeste Flores da Cunha, Eduardo Prado Kelly, Milton Campos e do próprio Odylo Costa Filho. Rachel de Queiroz repercutia o pensamento do grupo na revista *O Cruzeiro*, mantendo a opinião pública conectada com os avanços de seus esforços.

Foi desse processo de mobilização de esperanças que nasceu a PNBEM (Política Nacional de Bem-Estar do Menor). Cercadas de expectativas positivas em seu nascimento, a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) e as FEBEMs, suas congêneres estaduais, infelizmente, não se mostraram capazes de romper com o arbitrário e cruel modelo correccional-repressivo praticado no SAM.

Por que as FEBEMs não deram certo? O fracasso histórico dessas organizações em todo o País decorreu da sua literal incapacidade de romper com as culturas organizacionais do passado. Nas polícias, nos juizados, curadorias e no sistema de atendimento, as maneiras de ver, sentir, entender, agir e reagir seguiram sendo literalmente as mesmas do período anterior, fazendo com que as mudanças na legislação resultassem numa total ineficiência.

O fim do regime autoritário possibilitou que diversos segmentos da sociedade e do Estado se articulassem para pôr fim ao modelo FEBEM-FUNABEM, retratado de forma magistral na literatura por José Louzeiro (*Infância dos Mortos*), e, no cinema, por Hector Babenco (*Pixote*). O grande fruto desse movimento foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90).

O desafio, agora, é fazer com que, no campo do atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, o novo direito cumpra os fins sociais a que se destina: contribuir para elevar os níveis de segurança da população e assegurar aos jovens oportunidades reais de educação para o convívio social. Para isso, mais do que colocar a lei no banco dos réus, é necessário averiguar como ela vem ou não sendo cumprida e identificar as razões por trás dos fatos observados.

Se as pessoas, que hoje se lançam numa cruzada pelo abaixamento da idade de imputabilidade penal, visitassem – a exemplo do que fez Odylo Costa Filho – as unidades de atendimento aos jovens privados de liberdade, elas rapidamente perceberiam que o verdadeiro problema não está no tempo em que o jovem passa no sistema, mas no que acontece com ele no interior de uma engrenagem institucional, que, em vez de privá-lo de liberdade, acaba suprimindo-lhe o direito ao respeito, à dignidade, à identidade e à integridade física, psicológica e moral.

Quem conhece de perto as entranhas das unidades de internação mais problemáticas dificilmente poderá negar que é nelas que se produz e se reproduz o processo de “educação” da juventude para formas cada vez mais bárbaras de cometimento de atos infracionais, aqueles que, se praticados por adultos, são considerados crimes ou contravenções. Como romper com esse ciclo perverso de alimentação e retro-alimentação da violência?

A resposta não é simples nem fácil. A verdade, porém, é que não existe outra. O sistema de execução das medidas socioeducativas precisa ser reordenado em conteúdo, método e gestão. Este reordenamento complexo, laborioso e difícil passa por três construções: (I) a construção de propostas de ações socioeducativa baseadas no binômio severidade e justiça; (II) a construção de unidades de atendimento que, por fora, funcionem como prisões, para garantir níveis adequados de contenção e segurança, mas que, por dentro, funcionem como escolas de educação para a vida, capazes de preparar esses jovens para o retorno ao convívio social; e (III) a construção de equipes capazes de entender o significado e o sentido do projeto pedagógico adotado, de comprometer-se com ele e de desenvolver as capacidades necessárias para tirá-lo do papel.

Propostas pedagógicas sérias são uma raridade neste campo. Normalmente, as unidades de atendimento não possuem sequer regimento interno, definindo os direitos e as obrigações da direção, dos funcionários, dos educandos e de suas famílias. O exercício da discricionariedade em todos os níveis é a regra que impera sobre o sistema. Os itinerários formativos, quando existem, são na maioria dos casos ignorados, ficando apenas no papel.

A construção das unidades não leva em conta as disposições do Estatuto e das normas internacionais, como as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade. A superlotação, a inadequação dos espaços, a promiscuidade e as condições precárias de higiene e limpeza criam ambientes desprovidos de qualquer traço de humanidade, onde nenhuma proposta pedagógica séria encontra oxigênio para seguir respirando e funcionar de maneira satisfatória.

As equipes são recrutadas sem a observância de critérios adequados de seleção. A formação para o trabalho, quando existe, é extremamente precária, limitando-se a umas poucas horas. Um policial militar, desde o momento em que ingressa na corporação até assumir suas funções no policiamento ostensivo, leva de oito a dez meses de formação e treinamento. Um monitor, educador, agente de proteção (a função não tem sequer nome legalmente estabelecido) costuma ser posto a atuar, sem passar por nenhum tipo de capacitação introdutória ou em serviço. Esses funcionários – embora percebidos de forma extremamente negativa pela imprensa e pela opinião pública – acabam sendo, como seus educandos, vítimas e cúmplices da máquina de degradar e (des)educar em que se viu transformado o sistema de execução das medidas socioeducativas.

Diante desse quadro, o surpreendente é que as ameaças à segurança dos cidadãos e os níveis de reincidência não sejam ainda maiores do que são na realidade. Se quisermos que as tragédias, como o brutal assassinato de Liana Friendenbach e de Felipe da Silva Caffé, não se tornem uma manifestação de barbárie cada vez mais recorrente em nosso cotidiano, devemos ter a coragem de pôr o dedo na ferida e encarar a tragédia nos olhos. Para isso, duas ações são necessárias: (I) a elevação dramática das oportunidades de educação básica, profissional e de utilização criativa, construtiva e solidária do tempo livre destinadas à juventude popular urbana e (II) um corajoso reordenamento político-institucional e pedagógico do sistema de administração da justiça juvenil.

Francis Ford Fukuyama, em seu livro *Confiança*, nos fala dos fortes vínculos fracos e dos fracos vínculos fortes. Nas relações interpessoais de amor, parentesco e amizade, os vínculos são fortes e sentimentos são uma virtude. Já nas relações nas esferas econômica e política, os vínculos são fracos. Nelas, em vez de sentimentos, devem prevalecer a racionalidade de analisar as situações com clareza e objetividade.

Se aplicarmos este raciocínio à presente situação, veremos que, no plano das relações entre pessoas, a indignação, a dor e a solidariedade com as vítimas e seus parentes são virtudes na esfera da vida privada. Porém, se uma sociedade passa a decidir sobre temas como a idade de imputabilidade penal, sob o impacto da comoção, da dor e dos sentimentos de indignação e de solidariedade, essas virtudes acabam se transformando em vícios, pois levam ao reducionismo e à simplificação das situações, abrindo espaço para retrocessos graves e socialmente nocivos nas conquistas do estado democrático de direito.

Cabe aos dirigentes de políticas públicas, aos legisladores e aos operadores do direito agir com base no compromisso ético, na vontade política e na competência técnica para cumprir e fazer cumprir a lei, de modo a assegurar segurança para os cidadãos e oportunidades reais de socioeducação para os adolescentes autores de atos infracionais.

O sistema de justiça juvenil deve ser severo e justo. Não pode, porém, ser cruel e arbitrário. Neste aspecto, o exemplo de Odylo Costa Filho é para todos nós uma grande e necessária lição de justiça, serenidade e grandeza.

EXCEPCIONALMENTE INTENSA E TRANSITORIAMENTE IMPORTANTE

ESCOLHAS DE ACOLHIMENTO NA MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ABRIGO

ANA CAROLINA CHAGAS SVIRSKI

Psicóloga pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Atualmente realiza especialização em Direito da Criança e do Adolescente e em Psicologia Jurídica, ambas na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Graduanda do Curso de Licenciatura em Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Servidora do quadro concursado da Prefeitura Municipal de Porto Alegre-RS.

MIRELA DE CINTRA

Psicóloga e Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Psicologia Clínica com ênfase em Psicanálise pela Clínica de Atendimento Psicológico da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduanda do Curso de Licenciatura em Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Servidora do quadro concursado da Prefeitura Municipal de Porto Alegre-RS onde trabalha na equipe técnica da Rede de Proteção Especial de Alta Complexidade Infante-Juvenil da Fundação de Assistência Social e Cidadania.

O presente trabalho trata-se de uma reflexão sobre as diferentes formas de acolhimento de crianças e adolescentes sobre cuidados alternativos previstas, atualmente, no Brasil. O artigo aborda as proposições da Organização das Nações Unidas sobre o assunto e as Diretrizes das Políticas de Acolhimento do País, defendendo a existência de critérios específicos que devem ser minuciosamente avaliados quando da escolha da modalidade de acolhimento que será oferecida por ocasião da aplicação da medida de proteção de abrigo. O trabalho aborda o tema visando a refletir sobre a escolha do tipo de acolhimento institucional mais adequado ao atendimento das necessidades da criança ou adolescente posto sob proteção do Estado.

O cuidado da criança tem longa e complexa história, demonstrando, desde uma não-concepção, e conseqüente inexistência do conceito, até o atual entendimento de infância. Ao longo dos séculos a prole dos humanos foi sendo, gradualmente, considerada importante, uma vez que os avanços da ciência possibilitaram diminuição dos índices de mortalidade de bebês e crianças, favorecendo o apego, além do papel central da família na estrutura da sociedade moderna.

O filhote humano é extremamente frágil, talvez o mamífero que nasça com menos condições de sobrevivência fora do contexto sociofamiliar. Sabemos que é justamente nesta fragilidade que se assenta aquilo que nos compõe enquanto espécie humana, ou seja, um cérebro que precisa de espaço que a cavidade uterina não comporta para desenvolver a frontalidade cortical essencial da condição humana, que, além de espaço, necessita do aprendizado relacional. É no espaço de intersecção entre a fragilidade herdada, aquilo que se recebe do meio, inclusive o intra-uterino, e o que se consegue assimilar que se funda a realidade psíquica, sobre os alicerces das relações afetivas estabelecidas desde o início da vida.

Desde a concepção, o ser humano encontra-se inserido em uma certa constelação psíquica que lhe é própria e que envolve os desejos e fantasias de seus progenitores e sua própria força pulsional. O que Freud, em 1926, referiu de “continuidade entre a vida intra-uterina e a primeira infância”¹ abriu portas para o caminho do entendimento do psiquismo fetal.

Alessandra Piontelli² é pioneira no estudo da observação de bebês intra-útero, ela considera que existe uma notável consistência no comportamento antes e depois do nascimento e que muitas crianças pequenas apresentam sinais na vida pós-natal de terem sido influenciadas por experiências que tiveram antes de nascer. Joana Wilhelm³ também vem se dedicando ao estudo do desenvolvimento evolutivo psico-afetivo-emocional do indivíduo no período anterior ao nascimento. Esta autora defende que temos memória celular, ou seja, trazemos impressos, em nosso inconsciente, registros desde a fecundação, a vivência da nidação, assim como cada momento evolutivo vivenciado intra-útero. Luiz Chiozza⁴ vai mais longe, apoiado nos pioneiros trabalhos sobre psiquismo fetal de Arnaldo Raskowsky, defende a existência de um ego-primitivo. Para o autor, o DNA “é uma representação físico-química da mesma realidade inconsciente que podemos representar desde o ID, ou, melhor ainda, como um eu inconsciente primitivo ‘filogenético’ ”⁵.

Podemos pensar que todo esse material fica contido inconscientemente em um núcleo de primitivas identificações investido narcisicamente. Raskowsky⁶ acreditava na existência de objetos internos herdados que formariam o psiquismo do feto. O autor aborda, em sua teoria, a existência de núcleos pré-natais do psiquismo, protoestruturas psíquicas que funcionariam como um acervo das experiências transmitidas. Portanto, desde sempre, haveria um esboço de organização – um eu ainda não unificado, mas sim um núcleo de organização incipiente das primeiras ligações e sínteses efetuadas sobre as excitações dispersas. Isto é, pequenos estímulos de energia sobre a pele ou membranas, modificações na estrutura química de alguma

1 – FREUD, Sigmund. *Inibição, Sintoma e Ansiedade*. In *Obras Psicológicas Completas*, Vol. XX.

2 – PIONTELLI, Alessandra. *De Feto à Criança: Um estudo observacional e psicanalítico*. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

3 – WILHEIM, Joana. *O que é Psicologia Pré-Natal*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

4 – CHIOZZA, Luis A. *Os Sentimentos Ocultos*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

5 – *Ibidem*, p. 169.

6 – RASKOWSKY, Arnaldo. *El Psiquismo Fetal*. Buenos Aires: Paidós, sem ano.

proteína materna ou de aporte da placenta formariam configurações no aparelho psíquico. Tudo o que ocorre dentro do ventre materno é registrado em algum nível no incipiente aparelho psíquico do feto.

Estes dados nos levam a valorizar ainda mais as proposições de vários autores que estudaram a primeira infância: o bebê, a criança humana, teria marcas celulares de vivências que, se rompidas, podem ser consideradas catastróficas. John Bowlby⁷ e Donald Winnicott⁸ são considerados os autores mais importantes no estudo dos efeitos dos rompimentos de vínculo e das privações emocionais.

O bebê humano necessita de um ambiente que o mantenha razoavelmente protegido, que lhe transmita uma certa estabilidade e minimize a necessidade deste de reagir a interrupções para as quais ainda não está nem psico, nem fisiologicamente preparado. Este ambiente, embora externo ao bebê, deve poder transmitir-lhe continuidade da experiência cósmica que ele experimentou ao longo da gestação. É sobre esta matriz, que se constitui e reconstitui constantemente, que o significado do primeiro dos muitos eventos de separação pelos quais passará a criança ao longo do processo que a transformará em sujeito psíquico, a “caesura do nascimento”, irá se construir. A partir desta separação primordial e do ambiente de acolhida que o bebê receberá que se formarão as profantasias e os íntimos registros psíquicos.

Dias⁹ lembra que, para Winnicott, a integração entre corpo e psique em uma identidade percebida pelo sujeito como Eu, embora nunca considerada concluída, é entendida na perspectiva de “independência relativa”, lembrando a importância para o sujeito de suas relações com seus semelhantes. Para alcançar o estágio de independência relativa, porém, é necessário ter vivido anteriormente as experiências de “dependência absoluta” e “dependência relativa”, não possibilitadas senão através das relações iniciais do bebê com a mãe, ou sujeito que exerce a função materna, que, ao mostrar-se “suficientemente bom”¹⁰, possibilitará um “ambiente suficientemente bom”, que garantirá ao bebê a continuidade da experiência capaz de levar ao amadurecimento e, com ela, a não-necessidade de reagir a experiências sentidas como invasivas. Para uma parte das crianças que nascem, esta continuidade, que proporciona segurança, é transmitida pela unidade familiar. A continuidade do contato com a mãe, seus cheiros, seus ritmos, as vozes familiares dos pais, avós e irmãos, vão construindo uma ponte que permite uma travessia razoavelmente calma pelas etapas de constituição psíquica que o tornarão sujeito, adulto. Um passeio que, lento e gradualmente, vai dizimando e permitindo novas significações às vivências catastróficas de desintegração vivenciadas pelo bebê no

7 – BOWLBY, John. *Cuidados Maternos e Saúde Mental*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

8 – WINNICOTT, Donald W. (1956) *A Tendência Anti-Social*. In WINNICOTT, Donald W. *Da Pediatria à Psicanálise – Obras escolhidas*. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

9 – DIAS, Elisa. *A Teoria do Amadurecimento de D. W. Winnicott*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

10 – WINNICOTT, Donald W. *Os Bebês e Suas Mães*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

momento de seu nascimento e em diversas outras situações experienciadas ao longo do seu desenvolvimento.

Janusz Korczak¹¹, pediatra e educador polonês que viveu entre 1878 e 1942, sendo considerado o precursor dos direitos da criança, preconiza que sem uma infância serena e completa toda vida posterior fica mutilada, ou seja, quando esta ponte não se constrói, não transmite segurança ou mesmo rui, a criança vê-se engolfada por sensações de insocorridade que podem ser evocadas, no futuro, perante ações externas, através de sensações da ordem do irrepresentável.

Haudenschild¹² afirma que Winnicott e Bion definem vivências catastróficas como situações emocionais carregadas de intensa angústia devido a sensações de morte iminente que, posteriormente, a pessoa não consegue descrever com palavras. Winnicott as denomina de “angústia inimaginável”, já Bion a chama de “terror sem nome”. Assim, toda e qualquer descontinuidade na vida de uma criança pode vir a transformar-se num evento traumático.

Trauma psíquico é um acontecimento da vida do sujeito que, tanto pela sua intensidade como pela incapacidade em que se acha o sujeito de lhe responder de forma adequada, cria efeitos patogênicos duradouros na organização psíquica. Para a teoria freudiana, o trauma é estruturante, Laplanche¹³ afirma que o trauma se caracteriza por um afluxo excessivo de estímulos que ultrapassa a tolerância do indivíduo e sua capacidade de dominar e de elaborar psiquicamente estas excitações.

Quanto menos capacidade de atribuir significados a acontecimentos, ou seja, quanto mais imatura a estruturação psíquica de uma pessoa é, mais traumatizante podem se tornar eventos de descontinuidade. O sentimento de desamparo ocorre, assim, como efeito de uma ruptura na continuidade dos cuidados parentais. Depreende-se que, quanto menor a criança, maiores as chances de que a exposição a uma situação de descontinuidade se transforme num evento traumático.

Na sociedade ocidental são inúmeros os eventos que, valorados gradualmente pela cultura, passaram a ser concebidos como inadmissíveis no cuidado de crianças e adolescentes e que podem acarretar o afastamento compulsório de uma criança de seu lar.

11 – KORCZAK, Janusz. *Como Amar uma Criança*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

12 – HAUDENSCHILD, Teresa Rocha L. *Trauma e Resiliência no Processo Analítico*. Artigo disponível em http://www.abp.org.br/teresa_ipa.doc. Acesso em 01-12-06.

13 – LAPLANCHE, J. *Vocabulário de Psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

Existem situações em que o afastamento do lar, pressupõe-se, se mostraria menos prejudicial do que o convívio familiar. Entretanto, temos que ter em mente que, embora a retirada da criança da família lhe garanta direitos e esteja prevista em lei, do ponto de vista da criança, inevitavelmente, há uma descontinuidade do ser, pois este sujeito em formação que chega aos órgãos responsáveis pela proteção, seja uma criança abandonada, negligenciada, maltratada, enfim, em situação de risco ou de direitos violados, tem uma certa bagagem de representações de mundo que se rompe. Assim, o cuidado alternativo a lhe ser oferecido deve poder minimizar os efeitos traumáticos desta descontinuidade¹⁴.

A abrigagem, seja qual for a sua modalidade, deve ser capaz de suprir necessidades que deveriam ser atendidas num ambiente familiar, oferecendo coerência, confiabilidade e uma fundamental estabilidade ambiental¹⁵. Winnicott¹⁶ considera o ambiente como fundamental. A vivência em um ambiente com traços positivos pode favorecer, embora não de forma determinante, as fundações da saúde física e mental, em termos de estrutura de personalidade e sentido de realidade. Para o autor, faz parte destes traços positivos a capacidade do adulto de ser continente¹⁷ e transformar a comunicação “primitiva” em pensamento simbólico, capacidade de pensar, capacidade de ser. Assim, ao pensar-se em acolhimento institucional, deve, necessariamente, pensar em um ambiente suficientemente bom, levando em consideração que, ao retirar a criança do contexto familiar, esta perderá, provisoriamente ou não, suas referências mais íntimas. É entendimento pacífico que o espaço protetivo deve ter uma função não apenas cuidadora, mas restauradora e construtora.

A política de proteção no Brasil possui diretrizes próprias, no que diz respeito ao acolhimento de crianças e adolescentes, preconizando a centralidade na família e o direito à convivência familiar e comunitária conforme os preceitos constitucionais do art. 226, que estabelece que a “família é a base da sociedade”, e do que assegura à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais (art. 227). A Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), reforça o papel da família na vida da criança e do adolescente como elemento imprescindível dentro do processo de proteção integral e prevê no art. 19 que toda criança ou adolescente tem direito de ser criado

14 – Cabe ressaltar que um fato que tem efeito traumático para um sujeito pode não produzir o mesmo efeito em outro que tenha a possibilidade de encontrar um espaço adequado que permita elaboração, pois a forma como é processado o evento estressante após sua ocorrência é determinante para a configuração ou não do trauma. Essa caracterização de um evento como traumático depende do estímulo estressor, da forma que este é percebido pelo sujeito e do arsenal de apoio ambiental que ele encontra após o evento. Experiências potencialmente intensas e devastadoras possuem efeitos variáveis nas diferentes pessoas envolvidas.

15 – WINNICOTT, Donald W. *Privação e Delinquência*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

16 – WINNICOTT, Donald W. *Natureza Humana*. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

17 – O termo continência refere-se ao conceito winnicotiano da capacidade psíquica do adulto/ambiente de exercer função auxiliar à integração do ego em formação da criança, na qual há fusão de tendências libidinais e agressivas. (WINNICOTT, Donald W. *Privação e Delinquência*. São Paulo: Martins Fontes, 1995)

e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária. O ECA estabelece que a medida de proteção de abrigo deve ser excepcional e transitória, utilizada como último recurso, somente quando restarem inadequadas ou insuficientes as medidas de proteção anteriores. A medida deve atender as necessidades da criança, e estas dependem da idade desta, de sua relação com os adultos responsáveis por ela até o momento do abrigamento e das circunstâncias em que esta foi posta sobre medida de proteção.

No Brasil, são previstas três modalidades de acolhimento: abrigos institucionais (abrigos e casas de passagem), casas-lares e famílias acolhedoras¹⁸. E, embora já existam alguns indicadores básicos que indicam qual a melhor modalidade de acolhimento para cada criança, em que momento, ainda é bastante incipiente, e por vezes pouco aceita, a construção de parâmetros mínimos que auxiliem na indicação de qual modelo de abrigamento indicar no momento de solicitação de uma vaga pelas autoridades competentes. Em geral, as crianças são enviadas para um local geral e logo em seguida são transferidas para outro, o que pode ocasionar reedição das fraturas psíquicas que ocorreram na aplicação da medida de proteção de abrigo.

A proposição a seguir expressa é fruto de experiência de trabalho na abrigamento, assentada sobre os pressupostos teóricos aqui desenvolvidos, até o momento, e da necessidade de composição de alguns padrões que norteiem as indicações de modalidade de abrigamento, de forma inicial e rápida, podendo levar a diminuição das necessidades de transferências entre unidades e modalidades de abrigamento, o que também é previsto no ECA, diminuindo, assim, processos de revitimização.

A idade da criança ou do adolescente é o primeiro fator a ser analisado. Há um consenso na literatura de que nos bebês os efeitos de um abrigamento tendem a ser mais severos, frente a sua imaturidade e capacidade de simbolização, descritas acima. Assim, a melhor indicação seria a inserção em programa de famílias acolhedoras, o que já está indicado nas Diretrizes da ONU¹⁹, que refere que os cuidados alternativos de crianças pequenas, particularmente de menos de três anos, devem ser prestados em ambiente familiar, considerando-se que a criança pequena necessita de atenção constante e é mais dependente. Além disso, se a função paterna dispensa a encarnação em um ser concreto, sendo exercida pelas normas da instituição e pelos próprios órgãos responsáveis pela determinação da medida, muitas vezes colocadas pelas crianças e adolescentes na figura do “Juiz”, o mesmo não se dá em relação à função materna, que demanda o

18 – MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília-DF, 2006.

19 – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Projeto de Diretrizes para a Proteção e Cuidado Alternativo de Crianças Privadas de Cuidados Parentais*. 2006.

exercício específico por um cuidador. A função materna é essencial à criança pequena²⁰.

O segundo fator é se existem irmãos envolvidos no abrigo ou já abrigados e qual o grau de convívio e vínculo que a criança possui com seus irmãos. Um dos aspectos mais importantes é se há coabitação entre a criança e seus irmãos, o que pode indicar um grau de vínculo maior. Outro fator importante é a origem paterna, crianças filhas de um mesmo casal também tendem a ser mais vinculadas entre si, especialmente se não possuem muita diferença de idade, que é o próximo fator a ser analisado.

Embora haja previsão legal de não-desmembramento de grupos de irmãos, há de se pensar que crianças em idades muito díspares apresentam necessidades específicas e que uma modalidade de abrigo pode ser adequada para uma e não para outra, nestes casos deve-se pensar na condição peculiar de desenvolvimento de cada criança e adolescente, com suas necessidades específicas. O local de acolhimento deve poder ter flexibilidade para conseguir dar conta das demandas específicas do grupo familiar, evitando, assim, o desmembramento do grupo de irmãos e, principalmente, a estigmatização dos adolescentes. Para grupos de irmãos abrigados por situações que tenham atingido a todos, como orfanidade, abandono, negligência e maus-tratos, e que possuem vínculos entre si, o abrigo na modalidade Casa-Lar é o mais indicado, pois permite que uma certa coesão preexistente ao abrigo colabore para o sentimento de pertença, que pode facilitar a adaptação. Entretanto, a estrutura das Casas-Lares mostra-se insuficiente às necessidades de crianças cuja estrutura psíquica ou funcionamento exige um atendimento mais continente. Nestes casos, muitas vezes, as Casas-Lares mostram-se “expulsivas”, não dando conta da demanda de cuidados e ambiente apresentada pela criança. Isso é bastante comum no caso de abrigo de crianças já em idade escolar, que passaram por um período, nem tão curto, de cuidado adequado anteriormente ao abrigo. Nestes casos, os abrigos, em cuja estrutura concebida as funções materna e paterna se mostram diluídas entre diferentes cuidadores, que não se colocam como “pais” e “mães”, possibilitam à criança, justamente por não representarem as figuras parentais de forma tão maciça, uma oportunidade de cuidado mais incondicional.

A criança que sofre uma privação emocional após um período de cuidado adequado, em geral, demonstra reações emocionais mais intensas quando consegue sentir-se novamente em um ambiente seguro. Green²¹ considera que o desamparo vivido na infância pode levar a criança a refugiar-se em um mundo de onipotência que não se referirá à realidade, e que a perda desse sentimento de

20 – Fundação de Assistência Social e Cidadania. Projeto Figueira – reordenamento da rede própria de abrigos infanto-juvenis de Porto Alegre. Porto Alegre, 2007, não publicado.

21 – GREEN, André. *Conferências Brasileiras de André Green*. Rio de Janeiro: Imago, 1988.

onipotência não se efetuará sem a experiência da agressividade. Assim, reações anti-sociais podem surgir assim que a criança adquire confiança no ambiente que a acolheu. Segundo Winnicott²² existem sempre duas direções na tendência anti-social, uma que leva ao roubo e outra que se exprime através de atos de destrutividade. Segundo este autor, onde há roubo existe esperança de encontrar em algum lugar aquilo do qual quem rouba se julga desapropriado. Na destrutividade, a criança ou adolescente faz um apelo ao ambiente para que este lhe dê estabilidade, que suporte a erupção de suas tensões emocionais e seu comportamento impulsivo. A estrutura dos abrigos é mais adequada para esse tipo de situação, uma vez que permite uma diluição das funções de sustentação entre os cuidadores, que, diferente das Casas-Lares, são em maior número. Nestes casos a instituição vem a ser o representante da continência e a função da equipe de educadores é transcender estes atos com manejo, compreensão e tolerância, dando a eles um significado dentro da história de cada sujeito, pondo em palavras o que cada ato significa para aquele sujeito que o praticou, dentro de sua história, que é única.

Um entendimento semelhante pode ser utilizado quando do acolhimento de adolescentes em medida de proteção de abrigo. Nestes casos, principalmente quando se trata de um primeiro abrigamento, estamos frente a uma situação ainda mais complexa, pois há a vivência de não-aceitação num momento em que esta assume função vital no desenvolvimento.

Adolescência é entrada no laço social, no que Freud, em 1929, chamou de cultura²³. Pode ser definida como passagem de um espaço familiar de encarnação da lei, onde um pai reina absoluto como único representante desta, para um espaço comum onde a lei é expressa pelo discurso social. Rassial²⁴ afirma que o adolescente se vê diante, pela primeira vez, da realidade de que seus pais são pessoas comuns, que, apenas por um tempo, encarnaram o futuro, o ideal-de-eu, daquele sujeito que está se tornando adulto. Para adolecer, o sujeito “deve aprender a dispensar o pai para poder servir-se dos nomes-do-pai, os quais vão ser para ele pensados doravante, no plural de suas escolhas de vida”²⁵, ou seja, o pai real encarnado é substituído, o seu lugar de representante único da ordem simbólica se dilui em várias instâncias sociais. O adolescente necessita fazer, como etapa fundamental da estruturação psíquica, a passagem do laço familiar ao laço social.

A vivência da falta de lugar, da rejeição, num momento de forte investimento narcísico tende a dar espaço para atuações ainda mais fortes das da criança que

22 – WINNICOTT, Donald W. *Privação e Delinqüência*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

23 – Freud, no terceiro parágrafo de *O Futuro de uma Ilusão*, texto escrito em 1927, afirma que a civilização humana significa tudo aquilo em que a vida humana se elevou acima de sua condição animal e difere da vida dos animais. (FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas Completas*, Vol. XXI)

24 – RASSIAL, Jean-Jacques. *A Passagem Adolescente: Da família ao laço social*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

25 – *Ibidem*, p. 54.

se descobre novamente protegida, pois agora a relação é ainda mais social, envolvendo, necessariamente, um cenário ampliado. Nestes casos, um abrigo para adolescentes, que funcionasse num esquema mais democrático e participativo, onde se transmita a sensação de um porto seguro ao adolescente, lhe permitindo algumas incursões independentes, pode ser o mais adequado, assim a suplência da função materna e paterna na adolescência passa a ser cumprida pela continência de um ambiente que, ao impor a lei, tranqüiliza o sujeito, permitindo que este acesse a instância simbólica, encontre limites para sua atuação e algo que lhe apresente um gozo tolerável, lhe permitindo viver e conviver com a alteridade e achar um lugar onde “a existência poderá encontrar um assento”²⁶.

26 – MELMAN, Charles. *Novas Formas Clínicas no Início do Terceiro Milênio*. Porto Alegre, CMC: 2003, p. 137.

A IMPUTABILIDADE PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA REDUÇÃO DA IDADE PENAL

DIEGO DEZORZI
Advogado, Especialista em Direito Público

RESUMO

O art. 228 da CF/88 elevou ao patamar constitucional a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos. O presente trabalho, numa abordagem dialética, trata de aspectos ligados à responsabilidade penal, com ênfase nos direitos fundamentais da criança e do adolescente, na tentativa de desvendar a natureza jurídica daquela cláusula. Em continuidade, busca-se definir alguns limites impostos ao poder constituinte derivado reformador, propondo o debate acerca das propostas existentes para redução da idade penal. Refuta-se, ao final, a constitucionalidade de eventual modificação do texto constitucional tendente a abolir, com a minoração da idade, a garantia da inimputabilidade penal ali fixada. A diminuição da criminalidade atual não reclama, necessariamente, ampliação do feixe de incidência do Direito Penal, com a supressão de garantias constitucionais e a desconsideração do sistema de responsabilidade juvenil vigente.

Palavras-chave: Imputabilidade penal. Menoridade. Direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Cláusulas pétreas. Reforma constitucional.

INTRODUÇÃO

O debate acerca da menoridade penal, consagrada constitucionalmente, apresenta-se, antes de tudo, como dimensão da problemática existente em torno da violência e da correlata ineficiência do Estado em combatê-la. Com efeito, propostas tendentes à redução da idade penal para patamares inferiores a dezoito anos não encontrariam espaço em um Estado que detivesse razoável controle da violência dirigida contra os bens jurídicos que se dispôs a tutelar.

Entretanto, violência e criminalidade são mazelas históricas do Brasil, alcançando índices alarmantes e fazendo com que se conviva em uma sociedade atemorizada pelo crime. A situação torna-se mais complexa quando se pretende atribuir parcela significativa da culpa pelo caos diário aos jovens menores de dezoito anos. Isso porque, com a pretensão do reconhecimento de sua “periculosidade social”,

surge também a aparente necessidade de que sejam alcançados pela tutela penal, sob pena de ficarem impunes. É um mecanismo tradicionalmente empregado pelo legislador para dar respostas rápidas à sociedade, mas, na maior parte das vezes, ineficiente no longo prazo.

Ocorre que, a despeito do crescimento da criminalidade, há pesquisas que ressaltam que apenas dez por cento das infrações penais cometidas no Brasil poderiam ser atribuídas a adolescentes – caso em que devem ser denominadas de atos infracionais. Desse total, apenas oito por cento constituem crimes contra a vida, sendo que setenta por cento representam crimes contra o patrimônio e, destes, cinquenta por cento cometidos sem violência. (Leal, 2003, p. 261)

O tema, por isso tudo, ganha bastante importância e atualidade, na medida em que se propõe, numa abordagem eminentemente bibliográfica, a discutir a viabilidade jurídica da redução da idade de imputabilidade penal consagrada pelo art. 228 da Carta da República, por meio de emenda, no exercício do poder constituinte derivado reformador.

Para tal finalidade, estrutura-se o texto de modo a discorrer, num primeiro momento, sobre aspectos da menoridade penal no ordenamento jurídico brasileiro e no Direito Comparado, assim como da responsabilização juvenil. Posteriormente, procura-se avançar na análise dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, para, após isso, poder definir a natureza jurídica da cláusula inscrita no art. 228 da CF/88. Finalmente, fixados os pressupostos teóricos básicos à compreensão da problemática, adentra-se na esfera das limitações constitucionais ao poder constituinte reformador e, em seguida, são apresentadas e debatidas algumas propostas existentes para modificação da idade penal.

Enfim, a partir de uma leitura de raiz constitucional do instituto da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, bem como com a definição de modelos teóricos idealizados pela doutrina, o trabalho dispõe-se a apontar soluções ao problema descrito, assim como contribuir, de algum modo, para evolução do pensamento jurídico-científico nacional e das próprias instituições jurídicas consagradas na Carta de 1988.

1. ASPECTOS DA MENORIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO E A RESPONSABILIZAÇÃO JUVENIL

O discurso sobre a menoridade penal pressupõe a compreensão de alguns elementos do instituto da imputabilidade penal. Não se pretende, entretanto, avançar na discussão existente sobre ser a imputabilidade pressuposto ou elemento da culpabilidade. Basta que se compreenda que, sem imputabilidade, não será o agente culpável e, conseqüentemente, não poderá sofrer sanção penal.

Com efeito, a ideia de imputabilidade expressa a possibilidade de se atribuir algo – a responsabilidade penal – a alguém. (Toledo, 2002, p. 312) Nessas circunstâncias, é possível definir a imputabilidade como “a capacidade pessoal de se tornar o objeto de censura, isto é, de reunir capacidade de culpabilidade.” (Pierangeli, 2003, p. 22) A imputabilidade é, portanto, a capacidade de culpabilidade, isto é, o atributo jurídico de indivíduos com certos níveis de desenvolvimento biológico e de

normalidade psíquica, indispensáveis para compreender a natureza proibida de suas condutas ou para orientar o comportamento segundo essa compreensão. (Santos, 2000, p. 215) Quem não ostentar essa capacidade não poderá ser responsabilizado penalmente pelos seus atos, embora estes sejam típicos e ilícitos.

É com razão, assim, que, na esteira do pensamento de Maurach e Welzel, Pierangeli (2003, p. 22) assinala que a imputabilidade se funda sobre um estado anímico de normalidade e de suficiência das faculdades intelectuais e volitivas. Desse modo, se estas estiverem relevantemente alteradas ou não tiverem alcançado um determinado ponto de desenvolvimento, a imputabilidade fica excluída.

A legislação penal brasileira vigente não define a imputabilidade penal, a não ser por um critério negativo, presumindo a capacidade de culpabilidade para, depois, estabelecer as hipóteses de sua exclusão ou redução. De fato, a imputabilidade é presumida em indivíduos com dezoito anos de idade – um critério cronológico empírico – e excluída ou reduzida em indivíduos portadores de psicopatologias excludentes ou redutoras da capacidade de compreensão da proibição e de orientação de acordo com essa compreensão – um critério científico controverso, em razão do conflito da psiquiatria sobre a noção de doença mental. (Santos, 2000, pp. 215-216)

Genericamente, consoante Bitencourt (2003, p. 307), a imputabilidade penal estará presente sempre que o agente apresentar condições de normalidade psíquica e maturidade psíquica. Ao contrário, na falta de sanidade mental ou maturidade mental – que é a hipótese da menoridade –, poderá ser reconhecida a inimputabilidade, em razão da ausência de culpabilidade. Ao que se tem do art. 26 do CP atual, o Direito Penal brasileiro adotou, em regra, um critério biopsicológico para definição da inimputabilidade penal.

É nesse contexto que vem à tona a figura da menoridade penal como causa que afasta a culpabilidade. Efetivamente, o menor de dezoito anos, por presunção legal *juris et de jure*, é mentalmente imaturo e, conseqüentemente, incapaz de culpabilidade. A legislação pátria, nesse particular, por razões de política criminal – conforme expressa a Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal, de 1984 –, seguiu um critério estritamente biológico, ignorando o grau de desenvolvimento mental do menor de dezoito anos e considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Bitencourt, 2003, p. 308)

Deve-se frisar, além do mais, que a adoção, pelo Brasil, do critério fixo de imputabilidade penal a partir dos dezoito anos não destoa dos modelos encontrados no Direito Comparado. Com efeito, quase todos os países da Europa – exceto Escócia e Estônia, em que a idade limite é de, respectivamente, dezesseis e dezessete anos – fixam a idade de dezoito anos ou patamar superior como marco inicial da imputabilidade penal, havendo variadas idades para o início da responsabilidade juvenil. (Vásquez González, 2005, p. 420 *apud* Saraiva, 2008, p. 147)

Nesse particular, merece especial destaque a recente legislação espanhola – de 1995 – acerca da matéria, que também fixou em dezoito anos o início da responsabilidade penal, além de prever outras especificidades que pretendem atribuir

uma natureza educativa à intervenção estatal nos casos de delinquência juvenil, no que não discrepa das intenções do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro.

Por sua vez, na América do Sul, segundo Pierangeli (2003, p. 24), Peru, República Dominicana, Porto Rico, Uruguai, Venezuela, Equador e México também adotam o patamar de dezoito anos para início da responsabilidade penal, enquanto outros países optam por critérios diversos. Chile e Argentina reduzem a imputabilidade para dezesseis anos, de acordo com a constatação da existência de discernimento; mas a regra ainda é a idade de dezoito anos.

A idade de imputabilidade penal aos dezoito anos é, assim, a preferida no Direito Comparado e foi o critério adotado pelo Brasil. Aqui, enfim, considerou-se que os menores de dezoito anos são indivíduos normais (Pierangeli, 2003, p. 22), podendo até mesmo compreender o injusto de determinados crimes, mas incapazes, em qualquer caso, de comportamento conforme a eventual compreensão desse injusto, pela insuficiência de desenvolvimento do poder de controle dos instintos, impulsos e emoções. (Santos, 2000, p. 217)

É importante considerar que nem sempre o menor de dezoito anos foi considerado inimputável. Efetivamente, ao longo da história, a situação da capacidade do menor apresentou sensíveis variações. Sob a vigência das Ordenações Filipinas, sete anos era o marco inicial da responsabilidade penal. Mais tarde, já proclamada a Independência, o Código Penal de 1830 fixou a idade de imputabilidade penal plena no patamar de catorze anos, havendo a possibilidade de punição a partir dos sete anos em determinados casos. Na República, sob a égide de outro diploma penal (1890), o menor com idade de até nove anos era penalmente irresponsável, mas a imputabilidade plena, de caráter objetivo, só se dava aos catorze anos – logo, dos nove aos catorze anos, os jovens poderiam ser alcançados pelo Direito Penal de acordo com a avaliação de seu discernimento pelo magistrado. (Saraiva, 2005, pp. 26-33)

O Código Penal atual, de 1940, finalmente, fixou a idade de imputabilidade penal em dezoito anos, o que foi mantido pela reforma de 1984, conforme dispõe o seu art. 27. Trata-se, definitivamente, de grande avanço no tema em pauta.

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos foi alçada à categoria de norma constitucional, passando a constituir o art. 228, assim redigido: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Idêntico conteúdo foi reproduzido posteriormente pelo art. 104 do ECA – Lei nº 8.069, de 1990.

Hoje, então, os menores de dezoito anos não cometem infrações penais, uma vez que não ostentam capacidade de culpabilidade. São inimputáveis, por força, inclusive, de dispositivo constitucional. Isso não significa, contudo, que não estejam sujeitos à responsabilização quando da prática de atos tipificados como crimes ou contravenções penais, pois, nesses casos, cometem ato infracional e atraem a incidência das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deve-se ter claro que inimputabilidade não se confunde com impunidade, pois a legislação especial estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição de peculiar desenvolvimento das crianças e adolescentes, contemplando

um modelo de responsabilidade juvenil. (Saraiva, 2006, pp. 46-48) Portanto, não pode prosperar o argumento de que o adolescente não responde por seus atos, de vez que o Estatuto arrola, dentre outros traços, o rito a ser seguido para apuração do ato infracional, com a previsão de aplicação de medidas socioeducativas.

Saraiva (2006, p. 49), ademais, esclarece que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz e sanciona medidas socioeducativas eficazes, além de reconhecer a possibilidade de privação provisória de liberdade ao adolescente infrator, não sentenciado – em parâmetros semelhantes ao que o Código de Processo Penal destina aos imputáveis na prisão preventiva –, e oferecer diversas alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe a internação sem atividades externas. Não se pode falar, dessarte, em ausência de responsabilização pelos atos praticados pelos menores de dezoito anos.

Assim, com o delineamento de alguns dos principais aspectos que envolvem a menoridade penal, faz-se mister adentrar, no tópico seguinte, na análise da temática acerca da definição da posição jurídica e do próprio significado da norma insculpida no art. 228 da Constituição da República, que constitucionaliza a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos.

2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A POSIÇÃO JURÍDICA DO ART. 228 DA CF/88

A importância da descoberta da natureza jurídica da cláusula inserida no art. 228 da Carta de 1988 é fundamental para discussão da possibilidade, ou não, de sua alteração pelo poder constituinte derivado reformador, no fito de reduzir o patamar de dezoito anos ali estabelecido. Tal aferição, todavia, não dispensa a análise de sua contextualização no plano dos direitos e garantias fundamentais conferidos à criança e ao adolescente, pois é nessa perspectiva que reside a solução da problemática.

A Constituição Federal de 1988 conferiu especial tratamento à criança e ao adolescente em razão da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, fazendo-lhes titulares de diversos direitos e garantias – dos quais se questiona o caráter de fundamentalidade –, como se nota do seu Título VIII, Capítulo VII – Da família, da criança, do adolescente, do idoso. Por isso, uma breve incursão na doutrina dos direitos fundamentais mostra-se inevitável.

Faz-se necessária a compreensão de que os direitos fundamentais caracterizam-se, dentre outros aspectos, pela historicidade, isto é, são fruto de uma prolongada evolução histórica. Bobbio (1992, pp. 05-06) demonstra que a evolução dos direitos humanos – e os direitos fundamentais são direitos humanos positivados – foi decorrência da sucessão de fatos históricos, bem como da necessidade de se contraporem direitos aos excessos cometidos no exercício do poder estatal e nas próprias relações privadas. Assim, a positivação dos direitos humanos é também decorrência da evolução das sociedades.

Nessas circunstâncias, dentro de uma acepção histórica, os direitos fundamentais são classificados em gerações ou dimensões, de acordo com o momento histórico em que surgiram e o conteúdo que adquiriram em cada uma dessas fases.

Em verdade, o lema da Revolução Francesa, segundo Bonavides (2009, p. 562), conseguiu exprimir em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, antevendo inclusive a sequência histórica de sua progressiva institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com efeito, os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos, hoje consolidados em sua projeção de universalidade formal. Eles têm por titular o indivíduo frente ao Estado e são caracterizados especialmente pela subjetividade. Constituem-se, enfim, em clássicos direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Já os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, vinculados ao princípio da igualdade. Quanto aos direitos de terceira geração, estão ligados à fraternidade ou à solidariedade, e constituem direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação. São direitos que não se destinam especificamente à proteção de interesses de um indivíduo ou grupo em particular, mas do gênero humano mesmo. (Bonavides, 2009, pp. 562-570)

Por fim, Bonavides (2009, pp. 570-572) ainda apresenta os direitos de quarta geração, produtos de um processo de globalização política. São eles os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, e deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.

Procurando situar o Direito da Infância e da Juventude, enquanto gênero, dentro das dimensões ou gerações de direitos examinadas, a doutrina (Tavares, 2001, p. 40) posiciona-se no sentido de que pertence à terceira delas. Isso porque os direitos infanto-juvenis derivam da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento biopsicossocial.

Reconhece-se, ademais, em sede doutrinária (Lenza, 2009, p. 669), que os direitos e garantias individuais e coletivos não se restringem ao rol do art. 5º da CF, podendo ser encontrados ao longo de todo texto constitucional, expressos ou decorrentes dos princípios e do regime adotados pela Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, avaliza esse entendimento, já tendo aceitado, no julgamento da ADI nº 939-7-DF – Rel. Min. Sydney Sanches, 1993 –, sobre a inconstitucionalidade de emenda constitucional que criara o IMPF, a possibilidade de existência de direito ou garantia fundamental fora do rol previsto pelo art. 5º da Constituição de 1988.

É nesse prisma, pois, que se afirma que o art. 227 da Carta de 1988 estabeleceu a titularidade, por parte de crianças e adolescentes, de diversos direitos fundamentais individuais, sociais e culturais, englobando direitos de primeira – vida, liberdade –, segunda – saúde, alimentação, educação – e terceira – cultura – gerações. (Leal, 2003, p. 267)

Na mesma linha de raciocínio, também existe a viabilidade jurídica de ser tomada como fundamental a garantia inscrita no art. 228 da Constituição, nos termos propostos por Couto Terra (2001 *apud* Saraiva, 2005, pp. 78-79), a seguir traçados:

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

“Num enfoque do ponto de vista individual de todo cidadão menor de dezoito anos, trata-se de garantia asseguradora, em última análise, do direito de liberdade. [...] Exerce uma típica função de defesa contra o Estado, que fica proibido de proceder a perseguição penal.

“Trata-se, portanto, de garantia individual, com caráter de fundamentalidade, pois diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade de todo cidadão menor de dezoito anos. E não se pode olvidar que a liberdade sempre está vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana [...]”.

Nesse cenário, verifica-se que a opção política do constituinte de 1987-1988, que constitucionalizou o instituto da inimputabilidade penal do menor de dezoito anos, repercute na sua natureza jurídica. Ora, não restam dúvidas de que a constitucionalização dessa condição logrou alçar-lhe ao grau de garantia fundamental, uma vez que procura assegurar a plena fruição do direito – também fundamental – à liberdade, do qual são titulares as crianças e os adolescentes.

A norma do art. 228 da Carta de 1988 está posta na ótica de um direito de defesa – de primeira geração – de todo e qualquer ser menor de dezoito anos, oponível contra o Estado. É justamente em razão dela que se exige que o Estado não promova a perseguição penal nesses limites etários.

O entendimento agora alinhavado, a bem da verdade, é predominante na doutrina (Dotti, 2002, pp. 412-413; Moraes, 2007, p. 2226; Saraiva, 2006, p. 45; Silva, 2005, pp. 860-861; entre outros), afirmando-se que a norma extraída do art. 228 da Constituição brasileira consubstancia-se, de fato, numa garantia fundamental da pessoa humana, embora esteja topograficamente deslocada.

Não se pode, entretanto, deixar de fazer alusão ao posicionamento minoritário – e em desacordo com a própria orientação do Supremo Tribunal Federal – de Nucci (2007, p. 109), que alega não concordar com a tese de que haja direitos e garantias fundamentais do homem dispersos em outros trechos da Constituição.

A despeito dessa discussão, tem-se como estabelecida, na esteira da orientação majoritária, a natureza jurídica da cláusula inscrita no art. 228 da Constituição da República, qual seja, garantia individual fundamental da criança e do adolescente. Abre-se, portanto, caminho para investigação, na etapa seguinte, das condições de possibilidade de sua alteração pelo legislador reformador, não se olvidando das limitações constitucionais que incidem sobre a matéria.

3. AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR E A (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO ART. 228 DA CF PARA REDUÇÃO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL

A concretização de eventual proposta de modificação da idade de imputabilidade penal somente pode ocorrer por meio de emenda à Constituição, uma vez que o instituto da inimputabilidade, a partir de 1988, foi traçado em nível constitucional.

No Direito brasileiro, a emenda constitucional está inscrita entre os atos que compreendem o processo legislativo, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, no exercício do poder constituinte derivado reformador, a modificação da Constituição. (Ferreira Filho, 2001, p. 283)

Para a alteração de seu texto, a Constituição vigente consagra um processo legislativo com caracteres especiais, mais dificultoso – o que confere, aliás, a sua tonalidade rígida –, enumerando o rol de legitimados para apresentação da proposta, o procedimento para sua aprovação e promulgação, assim como os limites ao poder reformador. Esse último aspecto merece maior atenção.

Com efeito, o poder de reforma constitucional, cujo exercício incumbe ao poder constituinte derivado, é por sua própria natureza jurídica um poder limitado, por meio de limitações explícitas e implícitas. As limitações explícitas ou expressas são as que, formalmente positivadas, conferem estabilidade à Constituição ou impedem a quebra de princípios básicos. Essas limitações podem ser de ordem temporal, circunstancial e material. (Bonavides, 2009, pp. 198-199) A última delas guarda estreita ligação com o objeto da corrente abordagem e, em razão disso, requer maior aprofundamento.

É por intermédio das limitações materiais que diversas constituições tornam imutável determinada matéria de seu conteúdo. O constitucionalismo brasileiro seguiu a regra, tendo o § 4º do art. 60 da Constituição vigente consagrado as “vedações materiais perpétuas” – na linguagem de Bonavides (2009, p. 200) – do ordenamento constitucional pátrio ao exercício do poder de reforma. Sua existência, além do mais, justifica-se na necessidade de preservarem-se as decisões fundamentais do constituinte. (Sarlet, 2009, p. 412)

Em doutrina, fala-se que ali estão estabelecidas as “cláusulas pétreas”, ou seja, o seu núcleo intangível, cuja finalidade é de garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra modificações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou acarretem a ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional. São, enfim, a garantia de permanência de identidade da Constituição e de seus princípios fundamentais. (Pedra, 2006, p. 137)

Assim, corolário da opção política do constituinte de 1987-1988, não será objeto de emenda constitucional a proposta tendente a abolir, dentre outros institutos, os direitos e garantias individuais – vale lembrar: aqui está alocada a norma do art. 228 da Carta, segundo concepção majoritária, conforme demonstrado no tópico anterior –, uma vez que integram o núcleo intangível da Constituição; são, enfim, as cláusulas pétreas eleitas pelo poder constituinte originário.

Em que pese existir discussão em torno da “superconstitucionalidade” de certos setores da Constituição, não há grande divergência, consoante Vieira (1999, p. 136), de que haja uma super-rigidez das cláusulas pétreas, ideia que fora desenvolvida por Geraldo Ataliba antes mesmo do texto de 1988. Questão primordial, nesse tema, diz com o alcance que é dado ao dispositivo constitucional, ao empregar a expressão “tendente a abolir”, especialmente quando diante de “direitos e garantias individuais”.

O tema é controverso. Mas, mesmo assim, parece que a expressão pretende significar que são proibidas tanto as propostas de emenda que lesem diretamente as cláusulas pétreas, como as que as prejudiquem indiretamente. (Pedra, 2006, p. 138; Silva, 2004, p. 67). Reconhece-se, porém, a dificuldade existente na determinação do momento em que determinada proposta de emenda à Constituição efetivamente tende a abolir o princípio protegido. (Sarlet, 2009, p. 419) A aferição somente será possível à luz do caso concreto.

Entende-se, majoritariamente, conforme Sarlet (2009, p. 420), que as cláusulas pétreas das constituições não pretendem a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles inscritos, que não podem ser esvaziados por uma reforma constitucional. É por isso que mera modificação do enunciado do dispositivo não conduz necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do enunciado e não vilipendiada a essência do princípio protegido pela norma. Não há, assim, como bem ressalta Sarlet (2009, pp. 420-432), a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, mas a proteção do seu núcleo essencial, do seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto que se insere a problemática da redução da menoridade penal, mostrando-se oportuna a indagação: a diminuição do patamar de idade de dezoito anos para limite inferior compromete o sentido do art. 228 da CF, seu núcleo essencial e, em última análise, arranha a dignidade humana? E mais: é possível modificar o art. 228 da Carta, diminuindo a idade de imputabilidade penal, e, com isso, não incorrer em inconstitucionalidade? Algumas propostas, a seguir sumarizadas, pretendem responder às questões.

Parcela da doutrina, empregando argumentação variada, entende possível a redução da idade penal, por meio do procedimento formal de alteração do texto constitucional. Nessa senda, Lenza (2009, pp. 872-873) assinala que a Constituição não permite proposta de emenda tendente a abolir direito e garantia individual, o que não significa que a matéria, consoante jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, não possa ser modificada. Os defensores dessa posição argumentam que “a sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar”. (Lenza, 2009, p. 872)

Admite-se, assim, a constitucionalidade de eventual reforma da Constituição que reduza a maioria penal de dezoito para dezesseis anos, interpretando-se que, com a redução, não se retiraria o caráter de fundamental da garantia consagrada no art. 228 da Carta, mas apenas haveria restrição admissível.

Observa-se, enfim, que a linha de pensamento apresentada não considera que a redução da idade penal de dezoito para dezesseis anos seja tendente a abolir a garantia fundamental assegurada pelo art. 228 da Constituição. Esse é o seu fundamento, ou seja, a não-violação da essência do dispositivo.

Mais radical, afirmando a existência de uma tendência mundial de redução da maioria penal – aspecto que não se conforma com os dados antes apresentados –, Nucci (2007, p. 109) sequer concebe que a garantia prevista no art. 228 da Constituição da República seja uma garantia fundamental, motivo por que não

haveria qualquer impedimento para sua modificação ou, até mesmo, supressão. Parece ser postura minoritária, que não reconhece existirem direitos e garantias fundamentais fora do rol previsto no art. 5º da Carta.

Não é muito diverso, aliás, o posicionamento encontrado nas propostas de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional. Com efeito, desde a promulgação da Constituição de 1988, diversas propostas de emenda ao seu texto foram apresentadas, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado. Há propostas que se encontram em avançada escala de tramitação, já prontas para votação e com parecer no sentido favorável à sua aprovação, ou seja, mostram-se aptas à modificação do texto.

Por outro lado, há densa corrente doutrinária que não vislumbra qualquer possibilidade de alteração – com objetivo de redução da idade ali fixada – do enunciado do art. 228 da Constituição brasileira, por entender que ele encerra, sim, hipótese de garantia individual fora do rol trazido pelo seu art. 5º. Em consequência, deve ser considerada autêntica cláusula pétrea (Gomes Neto, 2003), em conformidade com a previsão do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição, e, por isso mesmo, insuscetível de alteração tendente a sua abolição.

Deve-se ter claro que, aderindo às razões desse segmento doutrinário, qualquer alteração do art. 228 da Carta, no fito de reduzir a idade de imputabilidade penal, configura ato tendente a abolir a garantia ali inscrita. Ora, essa garantia integra o rol de garantias fundamentais de qualquer pessoa menor de dezoito anos, guardando estreita relação com a proteção do direito fundamental da liberdade desses indivíduos. Assim, é difícil conceber que uma redução para idade de dezesseis anos, por exemplo, não aboliria, efetivamente, a garantia de inúmeros adolescentes que se encontram nessa faixa etária e abriria terreno para, mais adiante, novas reduções, tendendo a abolir a garantia de outros tantos.

Saraiva (2006, p. 45) ainda sustenta que a pretensão de redução viola, mesmo que indiretamente, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança – ratificada pelo Brasil e, por isso, integrante da ordem jurídica pátria –, uma vez que nela está implícita a ideia de que os signatários não tornarão mais rigorosas as suas leis internas em vista do contexto normativo da Convenção, que entende por criança todo ser humano menor de dezoito anos, não fazendo distinção entre criança e adolescente.

Finalmente, agregam-se a essa linha de pensamento outros argumentos, trazidos por Saraiva (2006, pp. 50-51), capazes de conduzir a uma reflexão que transcenda os limites da constitucionalidade, indagando-se sobre a necessidade e a oportunidade de modificação do sistema ainda vigente. De fato, combatendo algumas justificativas trazidas pelos projetos de redução da idade penal, sustenta-se que, enquanto o voto aos dezesseis anos é facultativo, a imputabilidade seria compulsória. Além do mais, a maioria esmagadora dos infratores nessa faixa de idade sequer sabe de sua potencial condição de eleitores; falta-lhes consciência e informação. A Constituição, inclusive, faz outras distinções quanto a limites etários. Logo, não é uma justificativa plausível a de que, por poderem votar a partir dos dezesseis anos, os adolescentes deveriam responder penalmente pelos seus atos.

Outro ponto diz respeito ao discernimento. Aduz-se, segundo Saraiva (2006, pp. 51-52), que o jovem de hoje amadurece mais cedo, sendo capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos também mais cedo. Esse raciocínio, no entanto, também é falacioso, pois pode permitir que uma criança, independentemente da idade que possua, possa ser submetida ao processo penal e, eventualmente, recolhida a um presídio, desde que capaz de discernir – o que representaria a institucionalização do absurdo, principalmente pelas atuais condições dos presídios encontrados em *terrae brasilis*.

É nessa perspectiva que são relevantes alternativas diversas da simples redução da idade penal para solução da problemática da delinquência juvenil. Afinal de contas, o Direito Penal ainda deve ser a *ultima ratio*. Deve-se preferir, tanto quanto possível, a tutela do Direito da Infância e da Juventude, em vista de seu caráter também pedagógico e de sua melhor capacidade de reintegração do jovem infrator à sociedade.

Talvez alguns aspectos dessa legislação especial devam ser aprimorados, como sustentam Gomes e Molina (2007, pp. 582-585), ao afirmar que a disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao fixar limite máximo de internação de três anos, não se mostra razoável e, por isso, em certos casos, esse limite deveria ser extrapolado. Em sentido semelhante, Delmanto (2001, p. 6) também aventa solução mais equilibrada do que a redução da idade penal, propondo o aumento dos prazos máximos de internação e de liberação compulsória nos atos infracionais praticados dolosamente, dos quais resulte morte ou lesão gravíssima. Pode residir aí, enfim, um meio-termo para resolução do problema, sem a necessidade de reforma do art. 228 da CF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão recém-trazida à tona procurou enfrentar o problema que envolve a (im)possibilidade jurídica de modificação da idade de imputabilidade penal para patamar inferior a dezoito anos, apontada corriqueiramente como panaceia contra criminalidade crescente. A complexidade da temática impõe, no entanto, que se refute, desde logo, solução dessa natureza, não apenas pelo seu caráter simplista, mas também pela sua total inconstitucionalidade.

No decorrer da pesquisa, pôde-se observar que, diferentemente do que ocorria nas ordens jurídicas anteriores, a Constituição Federal de 1988 incorporou ao seu texto a regra da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, antes prevista apenas na legislação ordinária. Para os indivíduos nessa faixa etária, então, não incide o Direito Penal, mas o Direito da Criança e do Adolescente. Logo, crianças e adolescentes não cometem crimes, mas atos infracionais, e, quando da prática destes, estão sujeitos às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 1990 –, que prevê um sistema próprio de responsabilização juvenil.

Verificou-se, no mais, que a doutrina se divide tanto na consideração da natureza jurídica da cláusula inserida no art. 228 da Constituição brasileira – cláusula *pétrea*? – como na aceitação da possibilidade jurídica de sua modificação para

redução da idade de imputabilidade penal, tendo em vista a vedação constitucional a propostas de emendas tendentes a abolir direito ou garantia individual.

Argumenta-se, na contextura do segmento que não admite a alteração do texto magno, que o direito de não sofrer a persecução penal do Estado, assegurado aos menores de dezoito anos pela garantia do art. 228 da Constituição Cidadã e estreitamente vinculado ao direito à liberdade, é dotado de traços de fundamentalidade. Assim, qualquer redução do limite de idade penal afronta o próprio direito à liberdade dos menores de dezoito anos e, em consequência, padece de inconstitucionalidade material.

Além do mais, afora os elementos constitucionais, há necessidade da consideração do custo – social e econômico – que eventual diminuição da idade penal poderia representar para o Estado. Afinal, aumentar a gama de incidência de um sistema carcerário já falido é algo que deve ser tomado com extrema cautela.

Deve-se ponderar que eventual mudança da redação do art. 228 da Constituição não pode ser levada a cabo sem uma revisão da legislação infraconstitucional que também rege a matéria, sob pena de serem geradas antinomias que só atrasariam a realização do direito. A indagação que persiste, portanto, é no sentido de estar ou não o Estado capacitado para gerir isso tudo.

Em razão dessas peculiaridades, dentre outras, é que soluções alternativas ao alargamento do sistema penal parecem mais sensatas e mais condizentes com a condição de seres em peculiar estágio de desenvolvimento que são as crianças e os adolescentes. Propõe-se, em última análise, a reflexão dos sérios impactos que uma reforma constitucional desse jaez poderia trazer na vida social e política do País.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BREGALDA, Gustavo. *Redução da Maioridade Penal*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 19, nº 5, pp. 65-67, maio 2007.
- CUNHA, José Sebastião Fagundes. *A Responsabilidade Penal dos Menores na Espanha e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. *Revista dos Tribunais*, v. 790, pp. 523-530, ago., 2001.
- DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *A Necessária e Urgente Redução da Idade Penal*. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 14, pp. 57-69, 2001.
- DELMANTO, Roberto. *Maioridade Penal*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 99, p. 6, fev., 2001.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, pp. 11-17, out./dez., 1995.

_____. *Do Processo Legislativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Antonio Carlos Germano. *Maioridade Penal: Redução – Aspectos Práticos*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 24, pp. 34-39, fev./mar., 2004.

GOMES NETO, Gercino Gerson. *A Inimputabilidade Penal como Cláusula Pétreia*. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 39-50.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *A Desnecessária e Inconstitucional Redução da Maioridade Penal*. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 27-32.

LEAL, Luciana de Oliveira. *A Redução da Idade de Imputabilidade Penal e seus Aspectos Constitucionais*. *Revista da EMERJ*, nº 24, pp. 260-272, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCHE, Adriana Alves; LEITE, Antonio José Maffezoli. *Redução da Imputabilidade Penal: Ineficácia Social e Impossibilidade Constitucional*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 37, pp. 253-260, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Reflexões sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas*. *Revista de Informação Legislativa*, nº 172, pp. 135-148, out./dez., 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Menoridade*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 20, pp. 21-27, jun./jul., 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SARAIVA, João Batista Costa. *Inimputabilidade Penal e Responsabilidade Penal Juvenil: Nem Direito Penal Máximo, Nem Abolicionismo Penal*. *Revista da AJURIS*, nº 93, pp. 131-135, mar., 2004.

_____. *Adolescente em Conflito com a Lei: Da Indiferença à Proteção Integral: Uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Não à Redução da Idade Penal*. *Revista da AJURIS*, nº 111, pp. 145-149, set., 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, João Estevam da. *Reduzir a Menoridade Penal só Agravará o Sistema de Aplicação e Execução da Lei*. *Revista dos Tribunais*, v. 680, pp. 442-445, jun., 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. *A Irresponsabilidade Penal do Adolescente*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 18, pp. 87-92, abr./jun., 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

PERÍCIA – CAMPO DE INTERLOCUÇÃO?¹

MARCIA HELENA DE MENEZES RIBEIRO

Psicóloga no JRIJ Santo Ângelo. Psicanalista, Membro da Associação
Psicanalítica de Porto Alegre – APPOA.

Minha ideia é compartilhar algumas reflexões que foram se organizando nestes anos de trabalho numa vara da infância e da juventude, propondo a seguinte questão: psicólogo *do* Judiciário ou psicólogo *no* Judiciário? Há diferenças, se digo *do* Judiciário estou marcando uma pertença, uma filiação que poderia se pretender irrestrita, incondicional, como se todos devessem partilhar dos mesmos paradigmas; se digo *no* Judiciário refiro a uma referência circunstancial que guarda uma margem de distanciamento necessária. Poderia dizer também psicólogo judiciário, o judiciário aqui como adjetivo que marca um campo de atuação, como psicólogo escolar, clínico, etc. Trata-se então de fazer uma aproximação a uma questão ética: que condições de enunciação seriam possíveis nestes diferentes lugares.

Para tentar me aproximar desta questão, vou tomar um pequeno recorte no capítulo da história da interseção do jurídico com o saber *psí* que interessa não esquecer. Desde o final do século XIX, com a abolição da escravidão e a entrada dos imigrantes europeus para substituir essa mão de obra na agricultura, iniciou-se uma importante onda migratória para as grandes cidades. Estes dois eventos, associados à mudança de modelo econômico – de agrário para industrial –, contribuíram para o aumento de pessoas sem trabalho vivendo em condições indignas. Este quadro contrariava o projeto da República nascente fundado sobre o modelo higienista oriundo da Europa. A decadência moral, o alcoolismo, a indolência, a preguiça, entre outros adjetivos, precisavam ser coibidos sob pena de colocar em risco o projeto de nação civilizada moralmente bem assentada. As descrições deste período de nossa história retratam crianças nas ruas acompanhando os adultos em condições similares de degradação moral. Data deste tempo a ideia de que a infância precisa ser protegida porque dela depende o futuro do país, e o enlace duradouro da Pediatria, da Psiquiatria e da Psicologia com a justiça.

No Rio de Janeiro da década de 30, fundou-se o Laboratório de Biologia Infantil, vinculado ao Instituto de Identificação, que tinha, entre outras, a incumbência de diagnosticar, classificar e indicar tratamento às crianças e adolescentes na condição de menores. Menores, é preciso lembrar, era termo utilizado não só para designar incapacidade civil e criminal, mas para identificar aqueles que estavam em

1 – Texto estabelecido a partir de participação em Mesa Redonda no “Seminário Estadual Preparatório Psicologia e Interfaces com a Justiça” promovido pelo CRP/07 em setembro de 2009.

situação de abandono, orfandade, mendicância, delinqüência. Enfim, crianças e adolescentes fora da família. Embalados pelas teses higienistas da época, os profissionais da área *psi* desta instituição forneciam subsídios pseudo-científicos aos Juízes de menores para embasar suas decisões. Os efeitos que este saber prescritivo produziu ao se associar aos ideais republicanos de nação ainda hoje nos diz respeito.

Irma Rizzini, em um artigo intitulado *Saberes psicológicos nas práticas jurídico-assistenciais...*, retrata, a partir de pesquisa em fontes primárias, as relações entre estes dois campos no início do século XX. Nos arquivos do Laboratório de Biologia Infantil, que mais tarde passara para o Serviço de Assistência ao Menor (1941 – Getúlio Vargas), há registro de um estudo com 3.000 “menores”. Diz este estudo: “a aplicação do teste de Q. I. junto ao grupo de *menores* levou ao *seu amplo enquadramento na anormalidade*. 81% deles foram diagnosticados como ‘subnormais’”. O mesmo estudo foi realizado em um educandário que “acolhe crianças de bom padrão social”, ali somente 26% das 3.000 crianças testadas foram consideradas “subnormais”, abaixo dos 28% de “supernormais”. As interpretações destes estudos serviram como fundamento para as medidas adotadas pela Justiça para os menores. Isto é, o enquadramento numa determinada categoria diagnóstica resultava numa prescrição de intervenção do Estado.

Senão, vejamos:

“classes de repetição para os retardados por miséria física;
escola de aperfeiçoamento para os débeis intelectuais;
escola de reforma para os perversos”.

Em artigo de 1930 da Liga Brasileira de Higiene Mental (*apud* Irma Rizzini), o higienista Ernani Lopes acrescenta a categoria dos “menores incorrigíveis”, que agregava ao critério intelectual o psicopatológico. Este grupo era composto pelos menores cujas “reações anti-sociais” – sintomas predominantemente de ordem moral, como a preguiça, a indisciplina, a impicância, os desejos sexuais imoderados – eram considerados incorrigíveis. Devido a este caráter de incurabilidade, eram segregados do convívio social por meio da manutenção em instituições asilares com adultos.

Uma das interpretações possíveis destas experiências de nosso passado recente é que o saber *psi* esteve associado ao projeto político ideológico predominante da época e que a Psicologia, como campo de conhecimento nascente, através de seus representantes, tenham feito coro uníssonos a estes valores, por reconhecer aí um caminho viável para encontrar legitimação de seu saber, convertendo-se por fim em instrumento de práticas de controle político-ideológicas. Temos aqui um exemplo caro e claro de uma adesão obediente.

É de conhecimento que hoje em dia o trabalho do psicólogo na interface com a Justiça não se restringe à perícia. Avançou-se muito. A perícia continua sendo no entanto a intervenção que causa mais embaraço aos profissionais, tanto por que os restos dessa origem histórica seguem produzindo efeitos quanto pelos inevitáveis pontos de tensionamento no diálogo de disciplinas diferentes, ou seja, com o Direito e com os operadores que participam do processo judicial.

Evidentemente cada um dos profissionais – Promotor, defensor, Juiz – se aproxima e interpreta o objeto de investigação a partir dos fundamentos de sua

disciplina. Temos então, de uma forma bem reduzida, porque não é nosso propósito aprofundar isto, que o defensor vai analisar o problema/litígio procurando formular uma interpretação, a partir do código e do ato de seu cliente, capaz de minimizar a pena ou mesmo absolvê-lo. O mesmo sujeito do ato será visto como réu, algoz de sua vítima, e portanto passível de punição, pelo Promotor. E ao Juiz incumbirá a solitária tarefa de julgar o ato a partir do ordenamento legal em vigor e da reunião de todos os elementos trazidos aos autos para lançar a interpretação final que se expressará numa sentença.

Ou seja, a cada personagem corresponde um lugar no processo judicial a partir de sua função e dos paradigmas teóricos, técnicos e éticos.

Ao psicólogo na função de perito também estaria reservado um lugar, distinto destes que acabei de descrever.

A prática tem demonstrado que o lugar de psicólogo na perícia pode ser incerto e por isso, não raro, irrompe na cena judicial redobrando, duplicando o lugar do policial, do Promotor ou mesmo do Juiz.

Lacan, em *Psicanálise e Criminologia*, faz uma advertência que deveria ser levada a sério: que o psicanalista, e poderíamos estender a prescrição ao psicólogo, deveria se recusar a entrar na seara do policial. Pode-se estender a indicação para os outros campos. A verdade é ponto de tensionamento neste diálogo com o Direito, que se interessa pelos fatos. A verdade da qual tratamos é subjetiva e parcial, construída pelas interpretações da experiência com o semelhante. Se a subjetividade se fundasse na materialidade dos fatos não haveria possibilidade de mudança, porque os fatos, estes sim, são imutáveis.

As demandas de pesquisa pela verdade tomadas na literalidade, no contexto dos processos judiciais, interferem na escuta e promovem uma confusão de lugares (psicólogo investigador), cujo resultado pode se verificar nos laudos. Vou tentar elucidar este ponto de tensão no diálogo com o Direito a partir de exemplos.

Não é incomum que embrenhado num processo crime, com a atribuição de avaliar a vítima criança, as conclusões do laudo se expressem como sentença ou julgamento moral. Dizia assim um parecer: “não há dúvida que a criança foi abusada e o réu mereceria pagar por isso, inclusive para proteger fulana”. Além de fazer um julgamento moral (campo que não é o do psicólogo, reafirmo), confunde proteção da criança com responsabilização do réu. São campos distintos que exigem ainda mais um esforço para delimitar. Nestes casos seria interessante podermos indagar: afinal, quem é o cliente, a criança ou a justiça? Ou, enquanto o psicólogo se ocupa do julgamento, quem se ocupa da criança?

Questões que não estão restritas à esfera criminal. Na área cível, em processos que os pais figuram como réus, se deveria abster de emitir juízo moral ou de ficar reunindo argumentos para instruir defesa ou acusação. Avaliar, por exemplo, que representação tem estes pais para esta criança e como seus atos se inscrevem para ela é nossa competência.

É fórmula do Direito em sua pretensão legítima de ordenar o mundo, a fim de possibilitar o convívio social, fundar-se em premissas universais e em normas que esperaria produzissem efeitos de obediência e respeito. Este aspecto da norma

a ser cumprida porque parte de um pressuposto universal pode ser exemplificado por esta proposta legislativa de que bater nos filhos é pernicioso e crime. No campo humano o ajustamento incondicional e obediente à regra nem sempre significa a idealmente esperada normalidade. É também dessa particular posição humana que, enquanto profissionais *psi*, pode-se contribuir no diálogo com a Justiça.

J.-J. Rassial, psicanalista francês, falando do lugar que pode ocupar um perito, traz um exemplo de sua prática: recebeu para avaliação uma família cujo pai respondia processo de destituição do poder familiar porque batera no filho. O adolescente se envolvera em um furto de carro na companhia de amigos e fora preso. A intervenção do pai foi em ato e imediata: repreendeu, castigou e bateu. Rassial diz que durante a avaliação o adolescente se referira à intervenção paterna como legítima e que a partir dela interrompera o engajamento delinqüencial iniciado com os pais. O pai atônito dizia sentir-se desautorizado porque compreendia ter adotado com o filho a mesma conduta que supunha seu pai faria. Uma das indagações que se impõe neste exemplo é, novamente, que lugar o psicólogo pode ocupar: fará par com algum operador do Direito, com a legislação ou contribuirá, desde seu lugar de saber, para trazer ao conhecimento da Justiça o que aquela experiência representa para aqueles sujeitos singulares? Desde o lugar de psicólogo, e tomando o sujeito adolescente como objetivo da avaliação, um parecer deveria evidenciar o risco de desamparo e sideração que uma destituição do poder familiar representaria para ele e sua família, evidentemente com efeitos mais graves e funestos que apañhar do pai, como preconiza a legislação universalista.

Das perícias resultam laudos e creio podermos estender a esta área uma máxima da literatura: o texto que se torna público não é mais do autor, mas do leitor que o interpreta. Não se pode ter a pretensão de controlar as interpretações que os leitores – operadores do Direito – farão dos laudos, no entanto, quanto mais o texto estiver construído sob os fundamentos epistemológicos que sustentam a prática do psicólogo, menores os riscos de invadirmos campos e funções alheias.

A homogeneidade discursiva é imprópria à lógica do processo judicial, campo onde o contraditório figura como garantia fundamental. Em nome do que o psicólogo reduplicaria qualquer uma dessas vozes? Uma voz dissonante, que coloque em relevo a singularidade, num campo onde predominam premissas universalmente válidas, pode enriquecer o diálogo entre as disciplinas e contribuir também para que democracia e a justiça sejam efetivas.

REFERÊNCIAS

RIZZINI, Irma. *Saberes psicológicos nas práticas jurídico-assistenciais dirigidas ao menor* (1923-1941) in *Mnemosine*, vol. 3, nº 1, pp. 136-155 (2007).

LACAN, Jacques. *Psicanálise e Criminologia* in *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

RASSIAL, Jean-Jacques. *Questões pós-modernas e psicanálise de autistas e crianças maltratadas* in *Revista Percurso* nº 31/32, São Paulo: Departamento de Psicanálise do Instituto Sedes Sapientiae.

ONDE ANDA O “PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DA FASE?” CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO HISTÓRICO DO REORDENAMENTO DAS POLÍTICAS E PRÁTICAS DE ATENÇÃO À INFÂNCIA NO RS.

ALEXANDRE ONZI PACHECO
Assistente Social da FASE

Quando percorremos a trajetória das políticas e práticas de atenção a crianças e adolescentes no Brasil, fatalmente mergulhamos num mundo de injustiças, violências e violações de direitos.

Nesse cenário, tentar resgatar o processo histórico de surgimento e sobretudo de reordenamento da antiga FEBEM, no Rio Grande do Sul, é um esforço que me parece caro e fundamental, no sentido de dar visibilidade ao protagonismo de muitos profissionais que trabalharam e que ainda trabalham nessa instituição, em busca da afirmação e garantia de direitos de crianças e adolescentes excluídos, num espaço socioinstitucional tão adverso e contraditório.

Assim, frente a questionamentos que hoje vêm sendo feitos acerca da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul – FASE/RS, que insistentemente relacionam o alto custo operacional dessa instituição a resultados apresentados como pífios – custeio anual em torno de 80 milhões, com *per capita* médio mensal de 5 mil reais por adolescente internado, frente à verificação de elevados índices de reincidência infracional e da fragilidade de uma política/programa ou serviço de acompanhamento de egressos –, embora minha primeira reação ocorra no sentido de salvaguardar as boas práticas que, sabemos, existem em muitas das nossas unidades, no Estado, na verdade o que vem me causando preocupação é constatar a ausência de manifestação consistente sobre o tema.

Como é de conhecimento público, o discurso que atualmente vem sendo feito acerca da FASE demonstra uma tendência no sentido de minimizar esforços e avanços institucionais que, nos últimos anos, presenciamos nessa instituição. Nota-se, portanto, uma nítida tendência no sentido de se bater numa mesma tecla, afirmando que a FASE é uma instituição pesada, cara e ineficiente, que ainda funciona dentro dos parâmetros do velho paradigma da doutrina da situação irregular – como a velha FEBEM –, não havendo o reconhecimento da importância do processo de reordenamento institucional que, certamente, se verificou na história dessa instituição. Não estou aqui afirmando que está tudo ótimo, ou que chegamos numa espécie de “nirvana institucional”. Claro que temos muitos problemas,

muitas mazelas e inadequações, muitas práticas que carecem de superação. Mas não é justo que se faça uma *“terra arrasada”* de tudo!

Nesse contexto, se é justo e adequado que compartilhem, dentre diferentes segmentos, instituições e parceiros – seja no âmbito socioeducativo ou protetivo –, *os louros*, quando bem sucedido o processo de ressocialização, é também necessário que compreendamos o fenômeno da reincidência infracional dentro de um horizonte mais dialético e abrangente, transcendendo o discurso da culpabilização, que acaba dirigindo à FASE a estrita responsabilidade pelo fracasso daquilo que era previsto como meta dentro dos chamados PIAs – Planos Individuais de Atendimento – dos adolescentes por ela atendidos. Em outras palavras, mesmo sem negar a importância de avaliarmos os nossos próprios indicadores de eficiência e de eficácia, podemos afirmar que, se falhou a FASE, falhou também a família, a escola, as políticas sociais. Falhou a sociedade.

Assim, uma vez que se pretenda realizar uma avaliação séria e criteriosa acerca da instituição que, hoje, no Estado do Rio Grande do Sul, é responsável pela execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade, não há como olvidar a necessidade de se fazer um resgate histórico do surgimento dessa mesma instituição, a bem de identificar não apenas os limites, mas também os avanços já alcançados pelo seu protagonismo.

Se olharmos atentamente, constataremos que o processo de reordenamento das práticas e políticas de atenção à infância no RS se originou, partiu de uma velha instituição chamada FEBEM, lá nos idos de 1995, dentro da qual não cabia apenas o *“ato infracional”*, mas também os abandonados, os abrigados, os deficientes, ou seja, dentro daquela velha FEBEM, cabiam todos aqueles que estavam à margem da sociedade, atendidos dentro de uma velha e terrível lógica de *apartheid social*¹. Pois então, talvez tenha sido estrategicamente fundamental que se tivesse iniciado o processo de reordenamento dentro e a partir da FEBEM – muito antes, portanto, da regionalização e especialização do atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade –, pois dela foram germinadas as sementes que, mais tarde, viriam a florescer, com a criação da própria FASE e da FPE (Fundação de Proteção Especial), possibilitando, à luz do princípio da *“incompletude institucional”*, que também viesse a ser concebido todo um sistema de garantias, hoje organizado entre ações e políticas também secundárias – de proteção especial – e primárias de atenção à infância e à juventude. Sem dúvida, todo este acúmulo – e aqui saliento a importância estratégica do lançamento do Programa de Execução de Medidas Sócio-Educativas de Internação e Semiliberdade/PEMSEIS, em 2002 – veio a contribuir, como bem sabemos, com a sistematização do próprio SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo), atualmente concebido enquanto referência para a implantação e implementação de programas de atenção a adolescentes autores de ato infracional, no Brasil.

1 – Irene Rizzini demonstra muito bem, no conjunto da sua obra, que as origens das práticas e políticas de atenção à infância, no Brasil, seja no âmbito das obras da Igreja ou do Estado, tinham como primazia essa centralidade no modelo das grandes instituições asilares/de internação, o que, mais tarde, iria repercutir na criação da própria FEBEM.

Nesse quadro, é intrigante constatar a distância que vemos hoje existir entre aqueles que estão na linha de frente, pensando o sistema e articulando a elaboração de propostas, na nossa área, daqueles que, como eu, hoje se encontram na base, na execução direta do atendimento a jovens privados de liberdade, muitas vezes em precárias condições: de fato, gostaria de entender a lógica que gera a absurda contradição de termos uma instituição que custa 80 milhões de reais por ano, para o Estado, e que, seguidamente, apresenta tamanhas carências, como falta de papel higiênico, falta de lâmpadas, falta de condições de segurança e habitabilidade, bem como falta de estrutura e programas adequadas para dar conta da escolarização e da profissionalização dos jovens...

Assim, a sensação que tenho é de que estamos vivendo, infelizmente, um processo que convencionei denominar de “*perda do nosso protagonismo institucional*”, ou seja, de esvaziamento e de encolhimento do papel historicamente protagônico que esta instituição – hoje denominada FASE – ocupou, enquanto lugar de vanguarda na discussão e definição dos rumos da própria política pública, nessa área.

Lembro, portanto, de importantes personagens e momentos que marcaram o processo de reordenamento da antiga FEBEM. Lembro da figura da ex-presidente, Assistente Social Maria Josefina Becker, primeira dirigente que, ainda no contexto institucional da antiga FEBEM, propagou a idéia de que deveríamos fazer uma verdadeira “*revolução copernicana*”, propondo que se passasse a colocar, no centro das atenções, não mais os interesses ou ditames da instituição, mas, sim, a prioridade de atenção aos direitos dos nossos destinatários: as crianças e adolescentes, à luz do ECA. Lembro da ex-presidente *Mariazinha*, ainda, pautando a necessidade de reordenarmos nossas ações à luz do princípio da “*incompletude institucional*”, princípio este que, traduzido em diretriz político-administrativa, veio a culminar com a criação da FASE e da FPE, promovendo-se a tão esperada separação dos destinatários dos programas de abrigo – protetivo – e de internação – socioeducativo –, bem como definindo competências institucionais e extra-institucionais – de parceiros externos e de outras políticas públicas – no tocante ao atendimento das peculiaridades, necessidades e direitos das crianças e dos adolescentes em situação de risco e/ou em conflito com a lei. Vejam que, funcionando como uma espécie de antídoto contra o domínio do modelo centralizado na institucionalização, foi dentro da própria FEBEM onde primeiro se falou e se propagou a idéia da “*incompletude institucional*”.

Repriso, portanto, alguns desses momentos que fizeram a diferença, dentro do processo histórico de reordenamento das políticas de atenção a crianças e adolescentes no RS, buscando dar visibilidade e valor àquilo que, coletivamente, já construímos, para que possamos encontrar fonte de inspiração e de motivação a fim de retomarmos, enquanto trabalhadores da FASE, esse nosso tão importante *protagonismo institucional*.

JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HÁBEAS-CÓRPUS Nº 98.381

1ª TURMA

RIO GRANDE DO SUL

HÁBEAS-CÓRPUS. ATO INFRACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ASPECTOS RELEVANTES DO CASO CONCRETO. CARÁTER EDUCATIVO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ORDEM DENEGADA. I – O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela. Precedente. II – O caso sob exame, todavia, apresenta aspectos particulares que impedem a aplicação do referido princípio. III – As medidas previstas no ECA têm caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las. IV – Ordem denegada.

E. B. A., paciente – Defensoria Pública da União, impetrante – Superior Tribunal de Justiça, coator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, os Ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Min. Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de hábeas-córpus, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2009.

Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

Min. Ricardo Lewandowski (Relator) – Trata-se de hábeas-córpus impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do menor E. B. A., contra acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 107.779-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Eis a ementa da decisão impugnada: “Hábeas-córpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de furto qualificado. Teoria constitucionalista do delito. Tipicidade material. Princípio da insignificância. Não-incidência. Lesão ao bem jurídico tutelado. Pequeno valor. Ordem denegada.

“1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser

considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

“2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

“3. A subtração de uma ovelha, avaliada em R\$ 90,00, subsume à definição jurídica do crime de furto e se amolda à tipicidade subjetiva (dolo), portanto, punível.

“4. Ordem denegada, revogando-se a liminar”. (fl. 122 do apenso)

A impetrante narra, em suma, que, em 27-01-06, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu representação em desfavor do menor, ora paciente, pela prática de ato infracional que corresponde ao delito tipificado no art. 155, § 4º, do CP, consistente na subtração de uma ovelha.

Aduz, mais, que a magistrada de primeira instância rejeitou a inicial da representação, com base no art. 43, inc. I, do CPP (revogado pela Lei nº 11.791/08), com base no princípio da insignificância, ressaltando que a subtração de um bem no valor de R\$ 90,00 não tem o condão de ameaçar a integridade social.

Prossegue, informando que contra esta decisão o *Parquet* gaúcho apelou ao Tribunal de Justiça local, que deu provimento ao recurso para afastar a aplicação do aludido princípio.

Da ementa do julgado (fl. 42 do apenso) é possível verificar que a Corte estadual entendeu que o princípio da insignificância não se aplica aos procedimentos para apuração de ato infracional, por configurar instituto cujo objeto é a ressocialização do adolescente, sem caráter punitivo.

Irresignada, a Defensoria do Estado ajuizou recurso especial, o qual teve, primeiramente, o seu seguimento negado pelo 3º Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, dando ensejo à interposição de agravo de instrumento, que não foi conhecido pelo Min. Arnaldo Esteves Lima em face da impossibilidade de comprovação da tempestividade do recurso.

Em face dessa decisão, a Defensoria Pública da União manejou *writ* no Superior Tribunal de Justiça, obtendo o deferimento de medida liminar. No mérito, contudo, a ordem foi denegada ao fundamento de que o furto de uma ovelha, avaliada em R\$ 90,00, não seria inexpressivo, mas, sim, de pequeno valor. Deste modo, o Superior Tribunal de Justiça considerou típica a conduta, afastando a aplicação do princípio da insignificância.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante, sustentando, em síntese, que a lesão econômica sofrida pela vítima é insignificante, tomando-se por base o seu patrimônio, além de ressaltar que não houve ameaça ou violência contra a pessoa, o que excluiria a possibilidade de recebimento da representação.

Afirma, também, que o entendimento da Corte gaúcha – segundo o qual o princípio da insignificância não se aplicaria a atos praticados por menor – já teria

superado na decisão impugnada, pois a 5ª Turma do STJ considerou ser perfeitamente cabível de ele cogitar-se na espécie.

Assevera, ainda, que o fundamento utilizado para denegação da ordem, a saber, o valor do bem subtraído, não seria razoável, uma vez que o Supremo Tribunal Federal e o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiram em sentido contrário ao examinar questões em que a *res furtiva* teria valor igual ou até mesmo superior ao deste caso.

Ressalta, mais, que seria necessário analisar a potencialidade lesiva do ato, o que favorecia ao paciente, uma vez que sua conduta não causou prejuízo relevante à vítima, nem tampouco à comunidade, mostrando-se irrazoável e dispendiosa a movimentação do aparelho estatal para a solução de tal conflito.

Requer, ao final, a concessão de medida liminar para restabelecer a decisão de primeira instância, que rejeitou a representação, e, no mérito, a confirmação da ordem.

Em 31-03-09, indeferi o pedido de liminar e, estando adequadamente instruídos os autos, determinei a sua remessa à Procuradoria-Geral da República (fls. 12-14).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pela denegação da ordem, “em face da não-aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais” (fls. 17-20).

Em 03-08-09, determinei ao impetrante que providenciasse a juntada de cópia integral do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 25), o que foi atendido em 13-08-09 (fls. 30-36). É o relatório.

VOTO

Min. Ricardo Lewandowski (Relator) – Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem, conforme passarei a demonstrar.

Preliminarmente, registro que, não obstante os ponderáveis argumentos lançados no parecer ministerial, no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais, esta 1ª Turma, em recente julgamento, reconheceu a incidência do referido princípio em se tratando de ato praticado por menor.

Refiro-me ao HC nº 96.520-RS, Relª Minª Cármen Lúcia, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de menor contra o qual foi oferecida representação por suposta prática de ato infracional, consubstanciado no furto de R\$ 10,00 do interior de uma carteira.

Naquela ocasião, não se conheceu da ordem porque a matéria não teria sido examinada nas instâncias inferiores; contudo, com fundamento no princípio da insignificância, concedeu-se hábeas-cópus de ofício para assentar a inexistência de justa causa para o oferecimento de representação contra o paciente.

Na espécie, não encontro maior dificuldade em considerar satisfeitos os requisitos necessários à configuração do delito de bagatela, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

Em que se pesem tais considerações, todavia, penso que outros aspectos devem ser sopesados para o deslinde da questão, os quais, todavia, conduzem à denegação da ordem.

Com efeito, colhe-se do acórdão proferido pela Corte gaúcha que o adolescente registra antecedentes pela prática de outros atos infracionais, já tendo sofrido medida socioeducativa, além de ser ele usuário de substância entorpecente, tendo sua mãe declarado, perante as autoridades locais, que o filho “*está se envolvendo com criminosos, utilizando drogas e vendendo as coisas de casa para adiquiri-las*” (fl. 36).

Assim, tendo em conta o caráter educativo, preventivo e protetor das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não parece desarrazoado o que foi decidido pelo Tribunal local, ou seja, a aplicação da medida consistente na liberdade assistida, pelo prazo de 06 meses, mínimo previsto pelo art. 118 do ECA, além de sua inclusão em programa oficial ou comunitário para combater a dependência química (art. 101, VI, do ECA).

Como bem afirmou o ilustre representante do *Parquet* Federal: “Dadas as funções sociais das medidas socioeducativas, não pode o Estado ficar impossibilitado de aplicá-las, deixando de exercer seu papel constitucional de tutelar por suas crianças e adolescentes. Seria como impedir que um pai aplicasse a devida repreensão ao seu filho, de modo a evitar que não praticasse outras condutas erradas, ilegais”. (fl. 19)

Cumprido destacar, ainda, que nenhuma das duas medidas importa em privação à liberdade do adolescente.

Ante o exposto, considerando as peculiaridades do presente caso, denego a ordem.

Min^a Cármen Lúcia – Eu acompanho o Relator, Senhor Presidente, tal como bem-posto por ele, porque, a despeito de se ter considerado como aplicável, em tese, o princípio da insignificância a essas medidas, efetivamente, no caso concreto, as peculiaridades levam a que se chegue à denegação.

Eu acompanho o Relator pela fundamentação apresentada.

Min. Marco Aurélio – Presidente, não me recordo de haver enfrentado na Turma a problemática de se adotar a teoria da bagatela quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. E tenho dúvidas a respeito, presente o caráter socioeducativo do Estatuto.

Agora, todo modo, o Relator ressaltou que se está diante de menor infrator reincidente. No caso, foi imposta a liberdade assistida, ou seja, a liberdade mediante acompanhamento e relatórios periódicos. Não há qualquer ilegalidade no ato de indeferimento da ordem, praticado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acompanho Sua Excelência.

Min. Carlos Britto (Presidente) – Também entendo que a decisão do Superior Tribunal de Justiça levou em conta a condição especial, a peculiar condição de pessoa em estado de desenvolvimento, como diz a Constituição, para as crianças e adolescentes. A medida socioeducativa aí se impõe para tutela, para proteção do menor.

Louvo o voto de Sua Excelência o Ministro-Relator, Ricardo Lewandowski, e o acompanhamento.

EXTRATO DE ATA

Hábeas-Córpus nº 98.381. Proced.: Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Paciente: E. B. A. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Origem: Hábeas-Córpus nº 33.208 – Supremo Tribunal Federal.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de hábeas-córpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Min. Carlos Ayres Britto. 1ª Turma, 20-10-09.

Presidência do Min. Carlos Ayres Britto. Presentes à Sessão os Mins. Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Min^a Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HÁBEAS-CÓRPUS Nº 136.519-RS (2009/0094082-2)

5ª TURMA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HÁBEAS-CÓRPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPCIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. A tentativa de subtração de uma calculadora e um aparelho celular usados, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a medida socioeducativa, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima, não houve nenhuma periculosidade social da ação, a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo, e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva. 4. Ordem concedida para, aplicando o princípio da insignificância, julgar improcedente a representação, nos termos do art. 189, III, do ECA.

T. M. S., impetrante-paciente – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, impetrado – Esdras dos Santos Carvalho, Defensor Público da União, advogado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam, os Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Mins. Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Arnaldo Esteves Lima, Relator.

RELATÓRIO

Min. Arnaldo Esteves Lima (Relator) – Trata-se de hábeas-cópus, com pedido liminar, impetrado em favor de menor, representado pela suposta prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do CP.

Consta dos autos que o Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Viamão-RS julgou procedente a representação aplicando a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo de 06 meses, cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 04 meses, pela prática do ato infracional equiparado ao delito de furto qualificado, na forma tentada.

Insurge-se o impetrante contra acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao apelo ministerial para julgar procedente a representação e aplicar a medida socioeducativa de liberdade assistida (AC nº 70026077842).

Sustenta, em síntese, que deve ser aplicado o princípio da insignificância, uma vez que “a conduta do paciente se ateve, tão-somente, ao simples tentar subtrair uma calculadora e um celular, os quais possuem ínfima valia e certamente não afetam ao bem jurídico tutelado pela norma de regência, ainda mais quando restituída à vítima” (fl. 11).

Requer, por esses motivos, o deferimento do pedido liminar para suspender a aplicação da medida socioeducativa e, no mérito, a concessão da ordem para que seja reconhecida a atipicidade material da conduta, aplicando-se o princípio da insignificância.

O pedido liminar foi por mim deferido, oportunidade em que foram dispensadas novas informações (fls. 54/55).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Maria Eliane Menezes de Farias, opinou pela concessão da ordem (fls. 60/64). É o relatório.

VOTO

Min. Arnaldo Esteves Lima (Relator) – Conforme relatado, pretende o impetrante a concessão da ordem para que seja reconhecida a atipicidade material da conduta, aplicando-se o princípio da insignificância. Razão assiste ao impetrante.

O tema a respeito da aplicação do referido princípio é assaz controvertido, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria.

A moderna doutrina (Teoria Constitucionalista do Delito) desmembra a tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, em três aspectos: o formal ou objetivo, o subjetivo e o material ou normativo.

A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo (abstrato) previsto na lei penal, possuindo como elementos: a conduta humana voluntária, o resultado jurídico, o nexo de causalidade e a adequação formal.

O aspecto subjetivo do fato típico expressa o caráter psicológico do agente, consistente no dolo.

A tipicidade material, por sua vez, implica a verificação se a conduta – subjetiva e formalmente típica – possui relevância penal, em face da significância da lesão provocada no bem jurídico tutelado, observando-se o desvalor da conduta, o nexo de imputação e o desvalor do resultado, do qual se exige ser real, transcendental, intolerável e grave (significante).

Nesse contexto, o princípio da insignificância, cuja análise deve ser feita à luz dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima, tem assento exatamente na análise da tipicidade material e implica, caso acolhido, a atipicidade da conduta. Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal” (*Código Penal Comentado*, 3ª ed. atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, p. 6).

Duas são as hipóteses de insignificância: a insignificância da conduta (aceitação social) e a insignificância do resultado (lesão relevante). Ensina o Prof. Luiz Flávio Gomes: “No delito de arremesso de projétil (CP, art. 264: ‘Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar: pena – detenção de 01 a 06 meses’), quem arremessa contra um ônibus em movimento um bolinha de papel pratica uma conduta absolutamente insignificante; no delito de inundação (CP, art. 254: ‘Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: pena – reclusão de 03 a 06 anos, no caso de dolo, ou detenção de 06 meses a 02 anos, no caso de culpa’), quem joga um copo d’água numa represa de 10 milhões de litros de água pratica uma conduta absolutamente insignificante.

“Nessas hipóteses, o risco criado (absolutamente insignificante) não pode ser imputado à conduta (teoria da imputação objetiva em conjugação com o princípio da insignificância). Estamos diante de fatos atípicos.

“No delito de furto (CP, art. 155), quem subtrai uma cebola e uma cabeça de alho, que totaliza R\$ 4,00, pratica uma conduta relevante (há desvalor da ação) mas o resultado jurídico (a lesão) é absolutamente insignificante (não há desvalor do resultado). Também nessa hipótese o fato é atípico. Não há incidência do Direito penal”. (Gomes, Luiz Flávio. *Prisão por furto de uma cebola, Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 58, agosto de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3068>>. Acesso em 31-01-08)

Significa dizer que a intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano impregnado de significativa lesividade.

Não havendo, outrossim, a tipicidade material, mas apenas a formal, a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a intervenção da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.412-SP, da relatoria do Min. Celso de Mello, concluiu, para a incidência do princípio da insignificância, ser necessária a incidência de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação,

c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo o Relator, “O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (HC nº 84.412-SP, DJ de 19-11-04).

Diante desse entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado possível a aplicação do princípio da insignificância também ao ECA.

Nesse sentido: “Criminal. ECA. Furto. Ínfimo valor da quantia subtraída. Inconveniência de movimentação do Poder Judiciário. Delito de bagatela. Princípio da insignificância. Recurso desprovido. Faz-se mister a aplicação do princípio da insignificância, excludente da tipicidade, se evidenciado que a vítima não teria sofrido dano relevante ao seu patrimônio – pois os valores, em tese, subtraídos pelos agentes representariam quantia correspondente a 1,5% do salário mínimo. Inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário, o que seria bem mais dispendioso, caracterizada. Considera-se como delito de bagatela o furto simples praticado, em tese, para a obtenção de objeto de valor ínfimo – hipótese dos autos. Recurso desprovido”. (REsp nº 573.488-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ de 02-08-04)

No caso posto em análise, tenho como impositiva a aplicação do princípio da insignificância. Trata-se de tentativa de subtração de uma calculadora e um aparelho celular de propriedade de um funcionário do Banco U., sem, contudo, constar o valor da avaliação dos referidos objetos.

A conduta do menor, embora se subsuma à definição jurídica do crime de furto, na forma tentada, e se amolde à tipicidade subjetiva (dolo), não ultrapassa a análise da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de medida socioeducativa. Isso porque, a despeito da existência do desvalor da ação – por ter praticado uma conduta relevante –, o resultado jurídico, ou seja, a lesão, é absolutamente irrelevante. É dizer, nos termos do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

Dessa forma, não deve subsistir o entendimento firmado nas instâncias ordinárias, por estar em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, *concedo* a ordem impetrada para, aplicando o princípio da insignificância, julgar improcedente a representação, nos termos do art. 189, III, do ECA. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

5ª Turma

Número Registro: 2009/0094082-2 HC n.º 136.519-RS

Matéria criminal

Números origem: 6432 6432313 70026077842

Em mesa julgado: 19-08-09

Segredo de justiça

Relator: Exmo. Sr. Min. Arnaldo Esteves Lima

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Helenita Amélia G.

Caiado de Acioli

Secretário: Bel. Lauro Rocha Reis

AUTUAÇÃO

Impetrante: T. M. S.

Advogado: Esdras dos Santos Carvalho, Defensor Público da União

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: T. M. S.

Assunto: Direito da Criança e do Adolescente – Ato Infracional

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia 5ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Mins. Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2009.

Lauro Rocha Reis, Secretário.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 573.488-RS (2003/0130628-3)

5ª TURMA

CRIMINAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FURTO. ÍNFI-MO VALOR DA QUANTIA SUBTRAÍDA. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I – Faz-se mister a aplicação do princípio da insignificância, excludente da tipicidade, se evidenciado que a vítima não teria sofrido dano relevante ao seu patrimônio – pois os valores, em tese, subtraídos pelos agentes representariam quantia correspondente a 1,5% do salário mínimo. II – Inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário, o que seria bem mais dispendioso, caracterizada. III – Considera-se como delito de bagatela o furto simples praticado, em tese, para a obtenção de objeto de valor ínfimo – hipótese dos autos. IV – Recurso desprovido.

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, recorrente – F. S., T. L. C. e J. S. D., recorridos – Léo Schmitt Dreger, Defensor Público, advogado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam, os Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento”. Os Srs. Mins. Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2004 (data do julgamento).

Gilson Dipp, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Min. Gilson Dipp (Relator) – Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, em face do v. acórdão proferido pela 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento ao recurso ministerial, mantendo a decisão que rejeitou a representação oferecida contra os menores F. S., T. L. C. e J. S. D., pela prática de ato infracional equiparado ao descrito no art. 155, § 4º, do CP.

O acórdão restou assim ementado: “ECA. Ato infracional. Representação. Rejeição. Insignificância. Doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que os chamados ‘crimes de bagatela’ são atípicos. Logo, se não há tipicidade, não há ato infracional que desate interesse de atuação do Poder Judiciário para imposição de medida socioeducativa, e a representação deve ser rejeitada. Negaram provimento”. (fl. 70)

Em razões, alega-se contrariedade aos arts. 103; 112, II a VI; e 114 da Lei nº 8.069/80 (ECA). Foram apresentadas contra-razões (fls. 96/103).

O recurso foi admitido (fls. 105/106), e a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento. É o relatório.

VOTO

Min. Gilson Dipp (Relator) – Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao apelo ministerial, para manter a decisão que rejeitou a representação ofertada contra os recorridos pela prática, em tese, do ato infracional equiparado ao furto qualificado.

Consta dos autos que o Ministério Público ofereceu representação em face dos menores ora recorridos por infringência ao art. 155, § 4º, do CP, porque teriam subtraído uma lata de cola para calçados, no valor de R\$ 4,50, de um estabelecimento comercial. Consta da inicial que os recorridos tentaram inicialmente comprar a lata de cola, porém, diante da negativa do dono do estabelecimento, furtaram a coisa aproveitando-se de um momento de distração da vítima.

O MM. juízo monocrático entendeu por bem rejeitar a representação, em aplicação ao princípio da insignificância, diante do pequeno valor da coisa furtada. Buscando o recebimento da inicial, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso de apelação, que restou desprovido.

Daí a presente irresignação, em que o Ministério Público aponta ofensa a dispositivos de lei federal, ressaltando o caráter socioeducativo protetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente. O recurso não prospera. Conforme bem ressaltado pelo Tribunal *a quo*, os recorridos teriam subtraído uma lata de cola no valor de R\$ 4,50 de um estabelecimento comercial, cujo valor representa 1,5% do salário mínimo, demonstrando que não teria havido dano relevante ao patrimônio da suposta vítima.

Correta a aplicação do princípio da insignificância na hipótese, que afasta a tipicidade, ante a inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário, o que seria bem mais dispendioso.

Considera-se, portanto, como delito de bagatela, incidindo o princípio da insignificância, o furto praticado, em tese, para a obtenção de vantagem de ínfimo valor monetário – hipótese dos autos, acrescentando-se que não restou evidenciada a ocorrência de prejuízo significativo ao patrimônio da suposta vítima.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

5ª Turma

Número registro: 2003/0130628-3 REsp nº 573.488-RS

Matéria criminal

Números origem: 00000000919 70005025986 70005629985

Pauta: 15-06-04 Julgado: 15-06-04

Relator: Exmo. Sr. Min. Gilson Dipp

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Gilson Dipp

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Lindôra Maria Araújo

Secretário: Bel. Lauro Rocha Reis

AUTUAÇÃO

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: F. S.

Recorrido: T. L. C.

Recorrido: J. S. D.

Advogado: Léo Schmitt Dreger, Defensor Público.

Assunto: Penal – Leis Extravagantes – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) – ECA – Ato Infracional.

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia 5ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento”. Os Srs. Mins. Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de junho de 2004.

Lauro Rocha Reis, Secretário.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível Nº 70028655488 7ª Câmara Cível Santo Ângelo

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APU-
RAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO. MEDIDA DE INTERNA-
ÇÃO. ADEQUAÇÃO.

A medida socioeducativa possui, além do caráter punitivo, a finalidade de reeducar o infrator, visando sua reabilitação social e, diante disso, deve ser fixada atentando-se às peculiaridades do caso concreto. Possuindo o menor infrator extenso rol de antecedentes infracionais, mostra-se adequada a medida de internação com possibilidade de atividade externa imposta na sentença. Apelação desprovida.

C. B. S., apelante – Ministério Público, apelado.

ACÓRDÃO

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

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Srs. Des. Ricardo Raupp Ruschel (Presidente) e Dr. José Conrado de Souza Júnior.

Porto Alegre, 15 de abril de 2009.

Des. André Luiz Planella Villarinho, Relator.

RELATÓRIO

Des. André Luiz Planella Villarinho (Relator) – Cuida-se de apelação interposta por C. B. S. à sentença que, nos autos da representação ofertada pelo Ministério Público, julgou procedente a ação, aplicando a medida socioeducativa de internação, com possibilidade de atividades externas.

O Ministério Público ofereceu representação contra o ora apelante, em razão do ato infracional tipificado no art. 157, § 2º, II, ou art. 155, § 4º, incs. I, II e IV, cumulados com art. 14, II, do CP.

Recebida a representação (fl. 58), foi realizada audiência de apresentação (fl. 62), na qual foi ouvido o representado, que confessou a autoria do ato infracional. Em audiência de instrução, foram ouvidas a vítima e as testemunhas (fls. 91/94).

Declarada encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais (fls. 96/103 e 125/129).

Sobreveio sentença de procedência da representação (fls. 134/141), dando o representado por incurso no art. 155, § 4º, incs. I, II e IV, cumulado com art. 14, inc. II, do CP, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, com possibilidade de atividade externa.

Inconformado, apela o representado (fls. 146/152). Nas razões recursais, alega que, embora tenha confessado a autoria do ato infracional, sua participação foi de menor grau, descabendo aplicação de medida tão grave quanto a de internação. Requer seja provido o recurso, com o abrandamento da medida socioeducativa.

Em contra-razões, o Ministério Público requereu a manutenção da sentença (fls. 154/159). O Ministério Público, neste grau, pela eminente Procuradora de Justiça Dra. Angela Célia Paim Garrido, emitiu parecer no sentido do conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 170/172).

Registre-se, por fim, que foi cumprido o comando estabelecido pelos arts. 549, 551 e 552, todos do CPC. É o relatório.

VOTO

Des. André Luiz Planella Villarinho (Relator) – Trata-se de apelação interposta por C. B. S. à sentença que, nos autos da representação ofertada pelo Ministério Público, julgou procedente a ação, dando o representado por incurso no art. 155, § 4º, incs. I, II e IV, cumulado com art. 14, II, do CP, e aplicando a medida socioeducativa de internação, com possibilidade de atividades externas.

Nas razões recursais, alega o representado que, embora tenha confessado a autoria do ato infracional, sua participação foi de menor grau, descabendo aplicação de medida tão grave quanto a de internação. Requer o abrandamento da medida socioeducativa, aplicando-se prestação de serviços à comunidade.

Quanto à medida socioeducativa aplicada, não merece reforma a sentença recorrida. Considerando que tais medidas possuem, além do caráter punitivo, a finalidade de reeducação dos adolescentes infratores, visando a sua reabilitação social, mediante o despertar do senso crítico acerca da gravidade do ato praticado, bem como de suas conseqüências, quer no meio social, quer para o próprio adolescente, faz-se necessário que sua fixação se dê de modo a não comprometer o caráter pedagógico da reprimenda, bem como levando em conta as características pessoais de quem deve a elas submeter-se.

No caso, o representado, além de ter cometido ato infracional cujo grau de reprovabilidade é considerável, possui extenso rol de antecedentes infracionais (fls. 55/57 e 118/124), o que demonstra prática delituosa reiterada e a tendência comportamental ao delito.

Assim, a par do contexto dos autos, tenho que medidas socioeducativas mais brandas, como a de liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, não surtiriam efeitos na tentativa de recuperar o menor, que permaneceria com a idéia de impunidade e incorrendo em novos delitos.

Merecem destaques as conclusões da equipe interdisciplinar, todas revelando desinteresse do menor em modificar sua conduta, que se mostrou, por ocasião das avaliações, desafiadora e pouco colaborativa, demonstrando que nada teme e nada tem a perder. Além disso, a avaliação psicológica concluiu que o representado apresenta “indícios de engajamento na vertente delinquencial”. Reavaliado (fls. 86/87), o representado demonstrou persistirem as características de tendência ao desafio, ausência de censura e autocrítica e impulsividade, o que vem a corroborar a adequação da medida socioeducativa imposta.

Sobre o tema, já decidi esta Corte: “Apelação cível. Estatuto da Criança e do Adolescente. Apuração de ato infracional. Tentativa de furto. [...] Materialidade e autoria. Comprovada a materialidade e autoria do ato infracional pelos elementos dos autos, impõe-se a procedência da representação. Medida socioeducativa de internação sem possibilidade de atividades externas. Ainda que o ato infracional não tenha se revestido de violência ou grave ameaça à pessoa, a vasta lista de antecedentes do representado, demonstrando que medidas socioeducativas mais brandas não operaram modificação em seu comportamento, indica necessidade de medida mais rigorosa, capaz de frear seu impulso delitivo. Reconhecida a extinção do feito, pela prescrição, em face do adolescente C. E., prejudicado o exame de seu recurso. Apelação de C., desprovida”. (AC nº 70021475728, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgada em 24-10-07)

“Ato infracional. Furto. Internação. Medida cabível. [...] 2. Provada a autoria e a materialidade dos atos infracionais e sendo o infrator pessoa desajustada, contando com longa folha de antecedentes, praticando fato definido como furto, adequada se mostra a medida socioeducativa de internação, sem atividades externas. 3. Essa medida traduz a censurabilidade social pela conduta desenvolvida pelo jovem e servirá para convidá-lo a uma profunda reflexão acerca do seu comportamento, proporcionando-lhe o amparo psicológico e social que se fazem necessários para a sua reeducação. Recurso desprovido.” (AC nº 70021411491, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em 10-10-07)

Por esses fundamentos, está adequada a medida imposta na sentença, consistente na aplicação de medida socioeducativa de internação, com possibilidade de atividades externas, que garante ao representado a imediata possibilidade de reinserção social.

Isto posto, nego provimento à apelação.

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

Des. Ricardo Raupp Ruschel (Presidente) – De acordo.

DOCUMENTOS

INSTRUÇÃO NORMATIVA CNJ Nº 2, DE 3 DE NOVEMBRO DE 2009.

Disciplina a adoção de medidas destinadas à observância de tramitação de processos da Lei nº 8.069/90; da garantia de cumprimento de prazos previstos na mencionada Lei; dos demais direitos da criança e adolescente estabelecidos na “teoria da proteção integral” e dá outras providências.

O MINISTRO CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando das atribuições que lhe são conferidas pelo § 2º, do artigo 5º, da Emenda Constitucional nº 45; Regimento Interno deste Conselho, art. 8º, X, e pelo Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça, art. 3º, XI, e;

CONSIDERANDO que o Estatuto da Criança e do Adolescente adota a “doutrina da proteção integral”;

CONSIDERANDO ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária;

CONSIDERANDO situações concretas de descumprimento de disposições legais relativas à tramitação e julgamento de feitos da Infância e da Juventude; e de descumprimento de prazos de internação, encontradas em Inspeções realizadas,

RESOLVE:

Art. 1º – DETERMINAR às Corregedorias de Justiça e aos Juízes respectivos a adoção de medidas, que:

– garantam e cumpram a prioridade constitucional na tramitação e julgamento dos feitos da Infância e da Juventude, mesmo quando em trâmite em Juízo com competência cumulativa;

– promovam a fiscalização e cumprimento efetivos dos prazos de internação de adolescentes, principalmente o de internação provisória (art. 108 do ECA), realizando visitas mensais às unidades ou centros de internação;

– observem ser da competência e responsabilidade do Juiz da Jurisdição da Unidade de cumprimento de medida socioeducativa a fiscalização das internações, inclusive a provisória, independentemente do juízo que decretou a medida, salvo regulamentação estatal em sentido contrário.

Art. 2º – Cabe aos juízos investidos de competência para os fins da Lei nº 8.069/90 informar às respectivas Corregedorias de Justiça as medidas adotadas para cumprimento desta Instrução Normativa, no prazo de quinze dias, a contar

da publicação, e após, até o dia 10 de cada mês, declarando se estão cumprindo a presente Instrução.

Art. 3º – Cabe às Corregedorias de Justiça, sem prejuízo da adoção das providências administrativas de sua competência, informar à Corregedoria Nacional de Justiça as medidas adotadas pelos Juízos, bem como pela própria Corregedoria, no prazo de sessenta dias.

Art. 4º – Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro GILSON DIPP

Fonte: DOU, de 04-11-09.