



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO VII

Nº 19

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 830 exemplares

Impresso em janeiro de 2011

Conselho de Supervisão da
Infância e Juventude – CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, novembro 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
3ª 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. LUÍS FRANCISCO FRANCO
Juiz-Corregedor – Vice-Presidente

Dr. LEANDRO FIGUEIRA MARTINS
Juiz-Corregedor – Vice-Presidente – Suplente

Dra. ELISA CARPIM CORRÊA
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 da Juventude de Canoas

Dr. NILTON LUIS ELSENBURCH 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

A Medida Socioeducativa e sua Percepção Socioassistencial: Os Riscos da Revivência da Doutrina da Situação Irregular sob um Novo Rótulo – João Batista Costa Saraiva.....	9
O Abandono Afetivo (<i>O Pai de Kafka</i>) como Dano Indenizável – André Luis de Moraes Pinto	25
O Estatuto da Criança e do Adolescente e as Portarias Judiciais – Murillo José Digjácomo	35

SENTENÇAS

Comarca de Porto Alegre-RS – 2ª Vara da Infância e da Juventude – Ação de Adoção.....	43
---	----

JURISPRUDÊNCIA

STF – Recurso Extraordinário nº 220.123 – Rio Grande do Sul	53
Ementário Cível.....	55
Habeas-Cópus nº 70033738279 – 8ª Câmara Cível – Lagoa Vermelha.....	57
Habeas-Cópus nº 2009.063104-6 – 1ª Vara Cível – Canoinhas – Santa Catarina	61

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Das Relações Públicas ao Neomenorismo: 20 Anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina (1989-2009) – Emilio García Méndez	73
---	----

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

DOUTRINA

A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E SUA PERCEPÇÃO SOCIOASSISTENCIAL: OS RISCOS DA REVIVÊNCIA DA DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR SOB UM NOVO RÓTULO

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

Juiz de Direito, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente, tem diversas obras publicadas, sendo a mais recente: *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 4ª ed., 2010.

A ideia da descentralização do atendimento, levando em conta o princípio da especialização e a constante busca da participação da sociedade no atendimento do adolescente autor de ato infracional, foi constitutiva da própria Doutrina da Proteção Integral.

Fundada no *princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento*, a Doutrina da Proteção Integral contrapõe-se à vetusta Doutrina da Situação Irregular que norteava o Código de Menores. Este incluía praticamente 70% da população infanto-juvenil brasileira nesta condição, bastando ver a redação do art. 2º do revogado Código de Menores¹.

Pela ideologia da situação irregular, “os menores” tornam-se interesse do direito especial quando apresentam uma “patologia social”, a chamada situação irregular, ou seja, quando não se ajustam a um padrão estabelecido.

A declaração de situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como

1 – Código de Menores, Lei nº 6.697/79, art. 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

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

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

“b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

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

“III – em perigo moral, devido a:

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

“b) exploração de atividade contrária aos bons costumes;

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

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

“VI – autor de infração penal.”

da família (maus tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Reforçava-se a ideia dos grandes institutos para “menores” (até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional), onde misturavam-se infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus tratos com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição: estariam em “situação irregular”².

Mary Beloff, professora de Direito Penal Juvenil na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, resume uma série de distinções entre a Doutrina da Situação Irregular, que presidia o Código de Menores e as legislações latino-americanas da época, derogados pela Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, e a Doutrina da Proteção Integral resultante da nova ordem internacional³. Do trabalho de Mary Beloff se extrai como características da Doutrina da Situação Irregular:

a) As crianças e os jovens aparecem como objetos de proteção, não são reconhecidos como sujeitos de direitos, e sim como incapazes. Por isso, as leis não são para toda a infância e adolescência, mas sim para os “menores”.

b) Utilizam-se categorias vagas e ambíguas, figuras jurídicas de “tipo aberto”, de difícil apreensão pela perspectiva do direito, tais como “menores em situação de risco ou perigo moral ou material”, ou “em situação de risco”, ou, ainda, “em circunstâncias especialmente difíceis”, enfim, estabelece-se o paradigma da ambiguidade.

c) Neste sistema é o menor que está em situação irregular; são suas condições pessoais, familiares e sociais que o convertem em um “menor em situação irregular” e por isso objeto de uma intervenção estatal coercitiva, tanto ele como sua família.

d) Estabelece-se uma distinção entre as crianças bem nascidas e aqueles em “situação irregular”, entre criança e menor, de sorte que as eventuais questões relativas àquelas serão objeto do Direito de Família e, destes, dos Juizados de Menores.

e) Surge a ideia de que a proteção da lei visa aos menores, consagrando o conceito de que estes são “objeto de proteção” da norma.

2 – No contexto latino-americano, a ideia da criminalização da pobreza se constituiu no norte para a construção do “sistema de atenção aos menores”, na lógica da Doutrina Tutelar, da situação irregular. Eduardo Galeano, no notável *De Pernas pro Ar: a Escola do Mundo ao Avesso* (LP&M, 1999), refere que “no primeiro Congresso Policial Sul-Americano, celebrado em Montevidéu em 1979, a polícia colombiana explicou que ‘o aumento crescente da população com menos de dezoito anos induz à estimativa de maior população POTENCIALMENTE DELINQUENTE’ ” (maiúsculas no original), p. 18.

3 – Beloff, Mary. *Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y outro para desarmar*. In *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago de Chile: UNICEF, 1999, pp. 9-21.

f) Esta “proteção” frequentemente viola ou restringe direitos, porque não é concebida a partir da perspectiva dos direitos fundamentais.

g) Aparece a ideia de incapacidade do menor.

h) Decorrente deste conceito de incapacidade, a opinião da criança faz-se irrelevante.

i) Nesta mesma lógica, afeta-se a função jurisdicional, já que o Juiz de Menores deve ocupar-se não somente de questões tipicamente judiciais, mas também de suprir as deficiências de falta de políticas públicas adequadas. Por isso espera-se que o Juiz atue como um “bom pai de família” em sua missão de encarregado do “patronato” do Estado sobre estes “menores em situação de risco ou perigo moral ou material”. Disso resulta que o Juiz de Menores não está limitado pela lei e tenha faculdades ilimitadas e onipotentes de disposição e intervenção sobre a família e a criança, com amplo poder discricionário.

j) Há uma centralização do atendimento.

k) Estabelece-se uma indistinção entre crianças e adolescentes que cometem delito com questões relacionadas com as políticas sociais e de assistência, conhecido como “seqüestro e judicialização dos problemas sociais”.

l) Deste modo, instala-se uma nova categoria, de “menor abandonado/delinquente” e “inventa-se” a delinquência juvenil.

m) Como consequência deste conjunto, desconhece-se todas as garantias reconhecidas pelos diferentes sistemas jurídicos no Estado de Direito, garantias estas que não são somente para pessoas adultas.

n) Principalmente, a medida por excelência que é adotada pelos Juizados de Menores, tanto para os infratores da lei penal quanto para as “vítimas” ou “protegidos”, será a privação de liberdade. Todas estas medidas impostas por tempo indeterminado.

o) Consideram-se as crianças e adolescentes como inimputáveis penalmente em face dos atos infracionais praticados. Esta ação “protetiva” resulta em não lhes ser assegurado um processo com todas as garantias que têm os adultos, além de que a decisão de privá-los de liberdade, ou de aplicação de qualquer outra medida, não dependerá necessariamente do fato cometido, mas sim, precisamente, da circunstância de a criança ou adolescente encontrarem-se em “situação de risco”.

Neste tempo de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes, “menores” que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza, que Emilio García Méndez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Ou seja, prendiam a vítima. Esta também era, por consequência, a ordem que imperava nos Juizados de Menores.

A criminalização da pobreza, a judicialização da questão social na órbita do então Direito do Menor, que orientava os Juizados de Menores da época, pode

ser bem definida a partir da experiência da instalação do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, nos primeiros instantes de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, no final de 1990, início de 1991.

Quando o Juiz Marcel Hoppe foi incumbido de instalar o novo Direito da Infância e da Juventude na Capital do Rio Grande do Sul, construindo um novo Juizado da Infância e Juventude, encontrou mais de vinte e cinco mil processos em tramitação no Juizado. Realizada uma triagem nos processos, verificados quais efetivamente envolviam questões jurisdicionais, sob a ótica do novo direito, os feitos foram reduzidos para pouco mais de três mil⁴.

A implantação da nova ordem em substituição ao que havia no Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre veio a ser, mais tarde, reconhecida pelo UNICEF, conferindo prêmio ao Juiz Marcel Hoppe⁵.

Sobre a aplicação da Doutrina da Situação Irregular e a operacionalidade do Código de Menores, aduz Martha de Toledo Machado⁶:

“A implementação desta política pública, entretanto, acabou por gerar, tão somente, uma condição de sub-cidadania de expressivo grupo de jovens criados longe de núcleos familiares, nas grandes instituições, que acabaram adultos incapazes do exercício de suas potencialidades humanas plenas. Além da também indigna e absurda retirada arbitrária de expressivo número de crianças de tenra idade da companhia de seus pais para colocação em adoção, sem que houvesse significativa violação dos deveres do pátrio-poder, apenas em função da carência econômica das famílias, como referido por Olimpio de Sá Sotto Maior Neto.”

Enquanto no Brasil, em 1979, editava-se o Código de Menores, expressão máxima da Doutrina da Situação Irregular e do caráter tutelar do Direito de Menores, a ONU estabelecia aquele como o Ano Internacional da Criança.

Passavam vinte anos desde o advento da Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, cumprindo fazer entre os países signatários daquela Carta um balanço mundial dos avanços alcançados na efetivação daqueles direitos enunciados.

4 – Nesta atuação de adequação à nova ordem, refere Marcel Hoppe, ilustrando a situação que encontrou, que havia um menino de três anos internado há mais de seis meses em uma das unidades do sistema FEBEM. Investigada a situação foi constatado que o garoto, morador da periferia, havia ido com a mãe ao aeroporto ver os aviões decolarem e havia se perdido. Desde então estava recolhido à FEBEM. Em uma busca de quarenta e cinco minutos pela cidade a casa do menino foi localizada e ele restituído ao lar. Havia uma lógica perversa a presidir o sistema de que a institucionalização era melhor do que a família, quando pobre.

5 – Em 1993, Marcel Hoppe foi agraciado com o Prêmio Criança e Paz – Direitos da Criança, instituído pelo UNICEF, em reconhecimento por seu trabalho junto ao Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre.

6 – No artigo resultante da palestra *Destituição do Pátrio Poder e Colocação em Lar Substituto – Uma Abordagem Crítica*, proferida no I Encontro Nacional de Promotores de Justiça Curadores de Menores, realizado em São Paulo em agosto de 1989, publicado pelo Ministério Público de São Paulo, *apud* Martha de Toledo Machado, *op. cit.*

Em face disso, percebendo a necessidade de uma Normativa Internacional com força cogente, apta a dar efetividade aos direitos preconizados na Declaração dos Direitos da Criança, na ONU, a representação da Polônia propôs a elaboração de uma Convenção sobre o tema.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1989 tem, pois, uma história de elaboração de dez anos, com origem em 1979.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU organizou um grupo de trabalho aberto para estudar a questão. Neste grupo poderiam participar delegados de qualquer país membro da ONU, além dos representantes obrigatórios dos 43 Estados integrantes da Comissão, organismos internacionais como o UNICEF, e o grupo *ad hoc* das organizações não governamentais.

Em 1989, no trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, reunida em Nova York, aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança. Desde então os Direitos da Criança passam a se assentar sobre um documento global, com força coercitiva para os Estados signatários, entre os quais o Brasil.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, consagrando a Doutrina da Proteção Integral, constitui-se no principal documento internacional de Direitos da Criança.

No dizer de Antônio Carlos Gomes da Costa, a Convenção Internacional de Direitos da Criança é um documento poderoso para modificação das maneiras de entender e agir das pessoas, grupos e comunidades, produzindo mudanças no panorama legal, suscitando o reordenamento das instituições e promovendo a melhoria das formas de atenção direta.

Apesar de não ser cronologicamente o primeiro texto, a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança contribuiu decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança”.

Conforme Emilio García Méndez, sob esta denominação estar-se-á referindo a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil. Este corpo de legislação internacional, com força de lei interna para os países signatários, entre os quais o Brasil, modifica total e definitivamente a velha doutrina da situação irregular. A Doutrina da Proteção Integral foi adotada pela Constituição Federal, que a consagra em seu art. 227, tendo sido acolhida pelo plenário do Congresso Constituinte pela extraordinária votação de 435 votos contra 8.

O texto constitucional brasileiro, em vigor desde o histórico outubro de 1988, antecipou-se à Convenção, vez que o texto da ONU veio a ser aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20-11-89.

Na aplicação da Doutrina da Proteção Integral no Brasil, em cotejo com os primados da Doutrina da Situação Irregular, que presidiam o velho Código de Menores, o que se constata é que o País, o Estado e a sociedade é que se encontram em situação irregular.

Assim, a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança, com força cogente nos Países signatários, pode ser afirmada a partir destes quatro documentos:

- a) Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (20-11-89);
- b) Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, conhecidas como “Regras de Beijing” (29-11-85);
- c) Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (14-12-90);
- d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como “Diretrizes de Riad” (14-12-90).

Este conjunto normativo revogou a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, dando um novo contorno ao funcionamento da Justiça de Infância e Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria de cidadania.

Todo sistema de garantias construído pelo Direito Penal como fator determinante de um Estado Democrático de Direito é estendido à criança e ao adolescente, em especial quando se lhe é atribuída a prática de uma conduta infracional.

Princípios fundamentais, os quais, em nome de uma suposta ação protetiva do Estado, eram esquecidos pela Doutrina da Situação Irregular, passam a ser integrantes da rotina do processo envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei, tais como: princípio da reserva legal, do devido processo legal, do pleno e formal conhecimento da acusação, da igualdade na relação processual, da ampla defesa e contraditório, da defesa técnica por advogado, da privação de liberdade como excepcional e somente por ordem expressa da autoridade judiciária ou em flagrante, da proteção contra a tortura e tratamento desumano ou degradante, etc.

Retomando a análise de Mary Beloff⁷, é possível listar as principais características da Doutrina da Proteção Integral:

- a) Definem-se os direitos das crianças estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vir a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso.
- b) Desaparecem as ambiguidades, as vagas e imprecisas categorias de “risco”, “perigo moral ou material”, “circunstâncias especialmente difíceis”, “situação irregular”, etc.
- c) Estabelece-se que quem se encontra em “situação irregular”, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade, Estado).

7 – Beloff, Mary. *Op. cit.*, pp. 18 e 19.

d) Estabelece-se a distinção entre as competências pelas políticas sociais e competências pelas questões relativas a infração à lei penal. Neste caso, estabelecendo-se princípios fundamentais como ampla defesa, reconhecendo que os direitos das crianças e dos adolescentes dependem de um adequado desenvolvimento das políticas sociais.

e) A política pública de atendimento deve ser concebida e implementada pela sociedade e pelo Estado, fundada na descentralização e focalizada nos Municípios.

f) É abandonado o conceito de menores como sujeitos definidos de maneira negativa, pelo que não têm, não sabem ou não são capazes, e passam a ser definidos de maneira positiva, como sujeitos plenos de direito.

g) São desjudicializados os conflitos relativos à falta ou carência de recursos materiais, substituindo o anterior sistema que centrava a ação do Estado pela intervenção judicial nestes casos.

h) A ideia de Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes: não se trata, como no modelo anterior, de proteger a pessoa da criança ou do adolescente, do “menor”, mas sim de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes.

i) Este conceito de proteção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los nem restringi-los.

j) Também por este motivo a proteção não pode significar intervenção estatal coercitiva.

k) Da ideia de universalidade de direitos se depreende que estas leis, derivadas da nova ordem, são para toda a infância e adolescência, não para uma parte. Por isso se diz que com estas leis se recupera a universalidade da categoria infância, perdida com as primeiras leis para “menores”.

l) Já não se trata de incapazes, meias-pessoas ou pessoas incompletas, mas sim pessoas completas, cuja particularidade é que estão em desenvolvimento. Por isso se reconhecem todos os direitos que têm todas as pessoas, além de um *plus* de direitos específicos precisamente por se reconhecer que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

m) Decorre disso, por um imperativo lógico, o direito de a criança ser ouvida e sua palavra e opinião devidamente consideradas.

n) Recoloca-se o Juiz na sua função jurisdicional, devendo a Justiça de Infância e Juventude ocupar-se de questões jurisdicionais, seja na órbita infracional (penal) seja na órbita civil (família).

o) O Juiz da Infância, como qualquer Juiz no exercício de sua jurisdição, está limitado em sua intervenção pelo sistema de garantias.

p) Na questão do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, reconhecem-se todas as garantias que correspondem aos adultos nos juízos criminais, segundo as constituições e os instrumentos internacionais pertinentes, mais garantias específicas. Destas, a principal é de que os adolescentes devem ser julgados por tribunais específicos, com procedimentos próprios e que a responsabilidade do adolescente pelo ato cometido

resulte na aplicação de sanções distintas daquelas do sistema de adultos, estabelecendo, deste ponto de vista, uma responsabilidade penal juvenil, distinta daquela do adulto.

q) Resulta disso o estabelecimento de um rol de medidas aplicáveis ao adolescente em conflito com a lei, onde o alternativo, excepcional, última solução e por breve tempo será a privação de liberdade. Estas medidas se estendem desde a advertência e admoestação até os regimes de semiliberdade e/ou privação de liberdade em instituição especializada, distinta daquela de adultos e por tempo determinado.

r) A privação de liberdade será sempre o último recurso, presidida por princípios como brevidade e excepcionalidade, com período determinado de duração e somente aplicável em caso de um delito grave.

A partir destes primados estabelecidos pela nova ordem internacional estabelece-se uma mudança paradigmática no Direito da Criança.

A Constituição Federal de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, em sede de norma constitucional, os princípios fundantes da Doutrina da Proteção Integral, expressos especialmente em seus arts. 227 e 228.

A ideologia incorporada no texto constitucional norteou o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação infraconstitucional regulamentadora dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, sendo, em última análise, a versão brasileira do texto da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.

O Princípio da Prioridade Absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no art. 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste dispositivo, estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma Política Pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

É fundamental explicitar, para compreensão desta nova ordem resultante do Estatuto da Criança e do Adolescente, que este se estrutura a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si:

a) o Sistema Primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 86/1988) de caráter universal, visando a toda a população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções;

b) o Sistema Secundário que trata das Medidas de Proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais (embora também aplicável a estes, no caso de crianças, com exclusividade, e de adolescentes, supletivamente – art. 112, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente), de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101). As medidas protetivas visam a alcançar crianças e adolescentes enquanto vitimizados;

c) o Sistema Terciário, que trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).

Este tríplice sistema de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas) opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança ou o adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas socioeducativas, será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de Justiça (Polícia/Ministério Público/Defensoria/Judiciário/Órgãos Executores das Medidas Socioeducativas).

O acionamento destes sistemas faz-se integrado, interessando ao sistema terciário de prevenção o adolescente na condição de vitimizador. Enquanto vítima, seja da exclusão social, seja da negligência familiar, etc., faz-se sujeito de medida de proteção (do sistema secundário de prevenção, de nítido caráter preventivo à delinquência).

O Poder Judiciário detém a demanda do Sistema Terciário de Garantias, uma vez que somente ingressam nesses programas adolescentes submetidos à medida socioeducativa, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário em face da atribuição ao adolescente da prática de um ato definido em lei como crime ou contravenção (Súmula nº 108 do STJ).

Assim, como adiante se retoma, uma das notas fundantes da medida socioeducativa é seu caráter de coercitibilidade, decorrente da imposição feita pelo Poder Judiciário, em sua decisão, em face da atribuição da conduta infratora ao adolescente.

Os programas socioeducativos dividem-se em dois grupos: privativos de liberdade e em meio aberto, conforme dispõe o art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lógica que preside o Sistema Socioeducativo, em especial por conta da ausência de uma normativa que regule o processo de execução, tem sido a de que as medidas privativas de liberdade são de atribuição do Estado Federado enquanto as medidas de meio aberto, Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade, são de responsabilidade dos Municípios.

A regra, decorrente do princípio da excepcionalidade que preside a imposição de medida de privação de liberdade, é de que o adolescente a que se atribua a prática de um delito receba a imposição de uma medida não-privativa de liberdade, de meio aberto. Prevalece aqui, na esfera juvenil, na lógica de um Direito Penal Mínimo, a ênfase às alternativas à prisão perfeitamente adequados à lógica do sistema penal juvenil.

Em relação às medidas socioeducativas que importam em privação de liberdade, resta pacificado o entendimento de que a efetivação dos programas de atendimento são de competência do Executivo das Unidades Federadas, sem prejuízo

de parcerias com entidades não-governamentais, relativamente ao primeiro grupo de medidas – não-privativas de liberdade – a proposição do Estatuto é outra. A competência pela manutenção dos programas de execução de medidas socioeducativas em Meio Aberto é dos Municípios. Daí ser possível afirmar que, relativamente ao primeiro grupo de medidas, art. 112, incs. I a IV, a plena realização desses programas está vinculada em direta proporção ao grau de comprometimento dos protagonistas do Sistema de Justiça Juvenil local com sua efetivação.

Pela Municipalização do atendimento, a proposta é de que estes programas sejam desenvolvidos pelos Municípios, na forma estabelecida pela proposta de instituição do Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, a partir de encaminhamento feito pelo Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente e da Secretaria Nacional de Direitos Humanos.

A proposta original de instituição do SINASE elenca como atribuições dos Municípios:

I – formular, instituir, coordenar e manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União e o respectivo Estado;

II – elaborar o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, em conformidade com o Plano Nacional e o respectivo Plano Estadual;

III – criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto;

IV – editar normas complementares para a organização e funcionamento dos programas do seu Sistema de Atendimento Socioeducativo;

V – Cadastrar-se no Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo, fornecer regularmente os dados necessários ao abastecimento e atualização do Sistema; e

VI – financiar, conjuntamente com os demais entes federados, a execução de programas e ações destinados ao atendimento inicial de adolescente apreendido para apuração de ato infracional, bem como aqueles destinados a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa em meio aberto.

O modelo de execução pelo próprio Poder Judiciário (herdado do antigo regime do Código de Menores) não se sustenta nessa nova ordem. Não compete à Justiça da Infância a manutenção de programas de atendimento.

O papel do Judiciário é de julgar e a manutenção de programas de atendimento constitui-se em uma anomalia, herança do anterior sistema do Código de Menores, das Instituições Totais e da negação do sistema de atendimento integrado em rede.

Corolário das disposições contidas na proposta de instituição do SINASE, o respectivo programa municipal de atendimento deverá estar regularmente inscrito no Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, independentemente de quem sejam os atores sociais que o executem, supondo a existência de uma rede de atendimento.

Cabe destacar que compete ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente as funções deliberativas e de controle do Sistema Municipal de

Atendimento Socioeducativo, nos termos previstos no art. 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O regramento trazido na proposta de instituição do SINASE estabelecia, ainda, a composição mínima da equipe técnica do programa de atendimento, com caráter interdisciplinar, incluindo pedagogo, psicólogo, assistente social e técnico em Medicina. Alterado na Câmara, adotou a genérica instituição de técnicos na área de saúde, além de assistente social.

Incluem-se na proposta originária de formulação do SINASE, na linha dos diversos programas em funcionamento no Brasil, como os programas socioeducativos desenvolvidos nos Municípios de Belo Horizonte, Curitiba e Porto Alegre como requisitos obrigatórios para a inscrição de programa de atendimento:

A) a exposição das linhas gerais dos métodos e das técnicas pedagógicas, com a especificação das atividades de natureza coletiva;

B) a indicação da estrutura material, dos recursos humanos e das estratégias de segurança compatíveis com as necessidades da respectiva unidade;

C) o detalhamento das atribuições e responsabilidades do dirigente, de seus prepostos, dos membros da equipe técnica e dos demais educadores;

D) a previsão das condições do exercício da disciplina e concessão de benefícios e o respectivo procedimento de aplicação;

E) a política de formação dos recursos humanos;

F) a previsão das ações de acompanhamento do adolescente após o cumprimento de medida socioeducativa;

G) a indicação da equipe técnica cuja quantidade e formação devem estar em conformidade com as normas de referência do sistema, dos conselhos profissionais e com o atendimento socioeducativo a ser realizado.

Fica estabelecido, ainda, que as entidades que ofereçam programas de atendimento socioeducativo em meio aberto (como aquelas de semiliberdade) deverão orientar os adolescentes sobre o acesso aos serviços das unidades de saúde do SUS.

Nos termos da proposta originária de instituição do SINASE, na linha da experiência acumulada nesses vinte anos de vigência do Estatuto em que os programas socioeducativos estão em funcionamento, ficou estabelecido que tais programas de atendimento das medidas de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida são responsáveis por:

a) selecionar e credenciar orientadores, designando-os, caso a caso, para acompanhar e avaliar o cumprimento da medida;

b) receber o adolescente e seus pais ou responsável e orientá-los sobre a finalidade da medida e sobre a organização e funcionamento do programa;

c) encaminhar o adolescente para o orientador credenciado;

d) supervisionar o desenvolvimento da medida;

e) avaliar, com o orientador, a evolução do cumprimento da medida e, se necessário, propor à autoridade judiciária a substituição ou a extinção da medida;

f) selecionar e credenciar, entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos congêneres, e os programas comunitários ou governamentais

nos quais os adolescentes deverão cumprir a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, de acordo com o perfil do socioeducando e o ambiente no qual a medida será cumprida.

Estas disposições contemplam, em linhas gerais, as diversas experiências em andamento no Brasil para execução de medidas de meio aberto, conforme a realidade local, nos termos das deliberações dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança.

A par dessas ações, desde o advento da Lei Orgânica da Assistência Social (na qual não há expressa referência aos programas socioeducativos), até a instituição do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, há um progressivo movimento visando a apropriar os programas socioeducativos, do sistema terciário de garantias, destinado a adolescentes autores de ato infracional, à rede de assistência social, através de sucessivas Portarias de órgãos Governamentais, regulamentando ações da rede de atenção básica, média e alta complexidade (a Resolução nº 109, de 11-11-09, do Conselho Nacional de assistência Social, institui a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais).

Como há notícia de decisão política do Governo Federal em financiar as ações socioeducativas em Municípios com mais de cinquenta mil habitantes, condicionando, porém, este financiamento a que tal *serviço* – esta é a expressão – seja executado nos Centros de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, inadmitindo outra forma de ação do programa de atendimento, remetendo assim à necessidade de uma revisão do programa previamente registrado e aprovado no Conselho Municipal de Direitos, cumpre que se faça algumas reflexões.

Em primeiro lugar, embora se afirme que não há imposição deste modelo de atendimento, não resta dúvida alguma que, vivendo o País uma experiência de absoluta concentração dos recursos financeiros na União, em mais de sessenta por cento da receita tributária, com certeza a maioria absoluta dos Municípios irá aderir a esta proposta, até mesmo por não dispor de recursos para desenvolver de outro modo.

Assim, são considerados serviços de média complexidade aqueles que oferecem atendimentos às famílias e indivíduos com seus direitos violados, mas cujos vínculos familiares e comunitários não foram rompidos. Neste sentido, requerem maior estruturação técnico-operacional e atenção especializada e mais individualizada, e/ou acompanhamentos sistemáticos e monitorados, tais como:

- Serviço de orientação e apoio sociofamiliar;
- Plantão Social;
- Abordagem de Rua;
- Cuidado no Domicílio;
- Serviço de Habilitação e Reabilitação na comunidade das pessoas com deficiência;
- Medidas socioeducativas em meio-aberto (PSC – Prestação de Serviços à Comunidade e LA – Liberdade Assistida)⁸.

8 – Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004 Norma Operacional Básica – NOB/SUAS, p. 38.

Nos termos da Normativa regulamentadora da Política Nacional de Assistência Social há disposição no sentido de que a proteção especial de média complexidade **envolve também (e não exclusivamente, por isso o negrito)** o Centro de Referência Especializado da Assistência Social, visando à orientação e ao convívio sociofamiliar e comunitário. Difere-se da proteção básica por se tratar de um atendimento dirigido às situações de violação de direitos⁹. (Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004 Norma Operacional Básica – NOB/SUAS, p. 38).

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), integrante do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), constitui-se numa unidade pública estatal, responsável pela oferta de atenções especializadas de apoio, orientação e acompanhamento a indivíduos e famílias com um ou mais de seus membros em situação de ameaça ou violação de direitos. Tem como objetivos: A) Fortalecer as redes sociais de apoio da família; B) Contribuir no combate a estigmas e preconceitos; C) Assegurar proteção social imediata e atendimento interdisciplinar às pessoas em situação de violência visando sua integridade física, mental e social; D) Prevenir o abandono e a institucionalização; E) Fortalecer os vínculos familiares e a capacidade protetiva da família.

O público-alvo da atuação do CREAS é composto de: crianças, adolescentes, jovens, mulheres, pessoas idosas, pessoas com deficiência e suas famílias, que vivenciam situações de ameaça e violações de direitos por ocorrência de abandono, violência física, psicológica ou sexual, exploração sexual comercial, situação de rua, vivência de trabalho infantil e outras formas de submissão a situações que provocam danos e agravos a sua condição de vida e os impedem de usufruir de autonomia e bem-estar.

“O CREAS deve articular os serviços de referência e contrarreferência com a rede de serviços socioassistenciais da proteção social básica e especial, com as demais políticas públicas e órgãos do Sistema de Garantia de Direitos”¹⁰.

Conforme relato da Assistente Social Viviana Grassi, tomando como exemplo a experiência do Município de Santo Ângelo, no Rio Grande do Sul, o atendimento à Proteção Especial, pela Secretaria Municipal de Assistência Social, iniciou no ano de 2005 com a adesão, contemplação e execução dos Programas de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI e do Sentinela, destinado ao atendimento de Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência, Abuso e Exploração Sexual, sendo que algumas das ações que compreendem o atendimento, orientação e acompanhamento a indivíduos e famílias em situação de ameaça ou violação de direitos já vinham sendo desenvolvidas pelas entidades que compõem a rede de garantia de direitos do Município. Assim, a atuação do CREAS dá-se em articulação com a rede. Dá-se reforçando a ideia de que o CREAS não pode ser considerado espaço

9 – Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004 Norma Operacional Básica – NOB/SUAS, p. 38.

10 – www.mds.gov.br/programas/proteção-social-especial/centro-de-referencia-especializado-de-assistencia-social

exclusivo de proteção social, mas deve interligar seus serviços aos demais espaços que realizam a garantia dos direitos das populações atendidas, estabelecendo um amplo sistema de Proteção Social, no qual seja o articulador das ações e não pretenda açambarcar todas as demandas.

“[...] A assistência Social não pode ter como horizonte somente a execução das atividades arroladas nos documentos institucionais, sob o risco de limitar suas atividades à gestão da pobreza, sob a ótica da individualização das situações sociais [...]”¹¹.

Nessa linha, o pronunciamento do Promotor de Justiça Murillo Digíacomo, publicado sob forma de artigo a partir de parecer exarado em face de consulta ao Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado do Paraná, na Revista nº 17 do Juizado da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do RS, à p. 9, “Análise da sistemática de atendimento adotada pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, no Município de Ponta Grossa-PR”¹².

Naquele texto destaca:

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

Ainda transcrevo daquela manifestação:

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

“Se já não bastasse tal constatação, a necessidade de um atendimento diferenciado também abrange o espaço físico onde este deve ser prestado, não apenas para tornar o ambiente mais agradável e propício ao acolhimento de crianças e adolescentes (estimulando seu retorno, nos casos de exames múltiplos ou de um tratamento prolongado), mas também para colocá-los a salvo de situações potencialmente vexatórias ou constrangedoras, que podem resultar da utilização do mesmo local destinado ao atendimento de outras demandas.

“A propósito, o art. 5º da Lei nº 8.069/90 estabelece que ‘nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por

11 – Parâmetros para Atuação de Assistentes Sociais e Psicólogos(as) na Política de Assistência Social – 2007, p. 11.

12 – Disponível em: http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/REVISTA/JIJ+17.PDF

ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais', dispendo o art. 18 do mesmo diploma legal que 'é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor'. O art. 70, também da Lei nº 8.069/90, por sua vez, reafirma que 'é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente'.

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

Além dessas ponderações, outro fator a ser considerado é o estabelecimento dos meios necessários à realização das atividades tanto para o exercício profissional quanto para as modalidades a serem incluídas e atendidas. O que se evidencia, no momento, é o trabalho precarizado, baixos salários, elevada carga de trabalho, alta rotatividade de profissionais, tanto os técnicos quanto monitores, auxiliares. Inexistências de possibilidades institucionais para atender às demandas dos usuários. São alguns dos obstáculos vivenciados na busca pela Universalização das Políticas Sociais, garantia de qualidade e continuidade dos projetos, programas e serviços.

"[...] É fundamental que os trabalhadores [...] tenham clareza das funções e possibilidades [...] de modo a não atribuir à Assistência Social a intenção e o objetivo hercúleo e inatingível de responder a todas as situações de exclusão, vulnerabilidade, desigualdade social."¹³

Por fim, tomando em conta observações que me foram feitas pelo sempre atento Defensor Público Flávio Frasseto, há que se retomar, na análise desta questão, o caráter de coercitibilidade da medida socioeducativa.

Realça Frasseto que a matriz desta proposta, em termos de documentos, se assenta no documento Política Nacional de Assistência Social – PANAS. Nesse documento¹⁴ se extrai:

"O SUAS define e organiza os elementos essenciais e imprescindíveis à execução da política de assistência social possibilitando a normatização dos padrões nos serviços, qualidade no atendimento, indicadores de avaliação e resultado, nomenclatura dos serviços e da rede socioassistencial e, ainda, os eixos estruturantes e de subsistemas conforme aqui descritos:

"[...] • Direito ao atendimento digno, atencioso e respeitoso, ausente de procedimentos vexatórios e coercitivos;"

Pelo que se extrai do PANAS se constata que se faz elemento intrínseco da assistência social a ausência de coercitibilidade, ou, como adverte Frasseto, *assistência se oferece, não se impõe*.

13 – Parâmetros para Atuação de Assistentes Sociais e Psicólogos(as) na Política de Assistência Social – 2007, p. 11.

14 – Disponível em: <http://www.social.rj.gov.br/familiar/pdf/pnas.pdf>

Ora, sendo a Medida Socioeducativa, a par de sua pretensão socioeducativa, uma sanção, enquanto resposta do Estado ao ato infracional, tem ela caráter de coercitibilidade, de imposição¹⁵, havendo de ser cumprida independentemente da vontade do adolescente ao qual foi imposta, independentemente do consentimento do afetado, ao ponto de seu descumprimento reiterado e injustificado autorizar inclusive sua colocação em internação (art. 122, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa forma, como adverte Flávio Frasseto, a própria PNAS, matriz de tudo, já planta a semente que permite questionar sua própria pretensão em classificar o atendimento socioeducativo como um serviço de assistência social¹⁶.

Assim, por derradeiro, a título de reflexão preliminar, se constata que a pretensão em impor um modelo de prestação de serviço socioeducativo ancorado com exclusividade nos CREAS, nesse universo sem fim de siglas que compõe este sistema, sob uma lógica exclusivamente socioassistencial, trás o risco de se tornar o embrião de uma indesejada revivência do menorismo, restabelecendo, sob um novo rótulo a antiga fórmula da situação irregular, subtraindo dos Conselhos Municipais de Direito espaço de deliberação sobre a política local de atendimento, revivendo o centralismo de outros tempos, em uma revivência da velha doutrina, sob uma nova fórmula.

15 – Abordo este tema *in Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*, 4ª ed., Rev. Atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, especialmente pp. 71 a 78, especialmente quando se trata da natureza jurídica da medida socioeducativa.

16 – Naquilo que pode ser definido como um certo “delírio” os registros são no sentido de que o PNAS previu também as medidas de internação e semiliberdade nos CREAS, dentro da alta complexidade (junto com abrigos, repúblicas, albergues para adultos, etc.). Adverte-me Frasseto que felizmente o bom senso imperou e isso simplesmente desapareceu na NOB do SUAS que foi lançada algum tempo depois. Como teria sido compatibilizar ausência de coercitibilidade com privação de liberdade?

O ABANDONO AFETIVO (O PAI DE KAFKA) COMO DANO INDENIZÁVEL

ANDRÉ LUIS DE MORAES PINTO

Juiz de Família, Infância e Juventude no RS. Mestre em Direito pela UNISC.

Em sua autobiográfica e emblemática *Carta ao Pai*, jamais entregue ao destinatário – por motivos não esclarecidos pelos estudiosos que se debruçaram sobre o tema –, Kafka desfia um rosário de insatisfações e lamentos, que em movimento pendular, oscilam entre o espelho de um pai forte e opressor e a representação de um pai desinteressado, distante e inacessível. Ao retirar o véu destas imagens pode-se descobrir a motivação da não entrega da missiva, pelo temor de o pai não se interessar por ela. Da leitura de alguns extratos pinçados, pode-se apreender imagens outras desveladas:

“Minha atividade de escritor tratava de ti, nela eu apenas me queixava daquilo que não podia me queixar junto ao teu peito”¹; “Tu me perguntaste por que afirmo ter medo de ti. Eu não soube, como de costume, o que te responder, em parte justamente pelo medo que tenho de ti, em parte porque existem tantos detalhes na justificativa desse medo, que eu não poderia reuni-lo no ato de falar de modo mais ou menos coerente”²; “[...] não posso acreditar que eu tenha me mostrado difícil de ser conduzido, não posso acreditar que uma palavra amistosa, um pegar-pela-mão tranqüilo, um olhar bondoso não pudesse conseguir de mim tudo o que queria.”³; “[...] esse sentimento de nulidade que me domina com freqüência surgiu em boa parte por causa da tua influência. Eu teria precisado de um pouco de estímulo, de um pouco de amabilidade, de um pouco de abertura em meu caminho, mas em vez disso tu o obstruíste, por certo com a boa intenção de me fazer percorrer um outro caminho”⁴; “[...] a gente mal chegava a conversar”⁵; “Bastava a gente estar feliz com alguma coisa, sentir-se realizado com ela, chegar em casa e expressá-la, para que a resposta fosse um suspiro irônico, um sacudir negativamente a cabeça, um tamborilar de dedos sobre a mesa: ‘Já vi coisa mais interessante’ ou ‘Bem mo dizes, mas o problema continua sendo teu’ ou ‘Tenho mais com que me preocupar’ ou ‘Nossa, que acontecimento!’ ou ‘Dá pra comprar

1 – KAFKA, Franz. *Carta ao Pai*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: LP&M Pocket, 2008, p. 03.

2 – Ob. cit., p. 12.

3 – Ob. cit., p. 24.

4 – Ob. cit., p. 26.

5 – Ob. cit., p. 29.

alguma coisa com isso?’ Naturalmente eu não podia exigir de ti entusiasmo por uma ninharia qualquer de criança, vivendo como vivias, cheio de preocupação e trabalho pesado.”⁶; “[...] eu hoje só tremo menos do que na infância porque o sentimento de culpa exclusivo da criança em parte foi substituído pela compreensão do nosso desamparo comum. A impossibilidade da relação tranqüila, muito natural no fundo: eu desaprendi a falar”, e ainda, “[...] tu me proibiste a palavra desde cedo, tua ameaça: ‘Nenhuma palavra de contestação!’ ”⁷.

Nessas linhas pinçam-se poros de uma estima rebaixada, de insegurança, sentimento de inferioridade e desproteção. Estes excertos encaminham o trato da questão, expondo, também, sinais do tamanho do desafio. Sob o manto da Constituição Federal, pelo fio do seu art. 227 – no que é escoltada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, agasalha-se a doutrina da proteção integral, conferindo prioridade absoluta à criança⁸, salvaguardando-a, enquanto sujeito de direito, de toda a forma de abuso e negligência, quer da família, quer da sociedade, quer do Estado. Este feixe encerra o que se pode chamar de poder-dever dos genitores, na consecução do seu sustento, cuidado e educação.

O tema passou a despertar maior atenção a partir da legalização do divórcio e do reconhecimento jurídico das uniões informais, encorpando as já reiteradas, mas menos frequentes dissoluções do casamento, maternidades independentes e vinculações afetivas não matrimonializadas. É neste contexto que se avolumam os casos de filhos de pais separados, filhos de mães solteiras, filhos incluídos em comunidades familiares recompostas, crianças que não convivem com um dos seus pais e que resguardam o direito extrapatrimonial de serem visitadas pelo não guardião.

O estudo sobre a dimensão do afeto mostra o quão saudável ele é para o completo desenvolvimento da personalidade, a estruturação do aparelho psíquico da pessoa humana, sobretudo, quando regado nas relações interpessoais, nomeadamente familiares. Em desdobramento do seu cultivo ininterrupto, merece realce a convivência familiar, direito existencial que não pode ser fraturado, ou suprimido, na quebra da conjugalidade ou da relação de companheirismo. Disto defluiu a importância de o convívio ser protegido, mediante o esclarecimento do seu significado e da sua condição de atributo de uma parentalidade responsável⁹, bem como pelo uso de expedientes que inibam o seu desprestígio ou que busquem reparar

6 – Ob. cit., p. 30.

7 – Ob. cit., p. 35.

8 – Ao usar o gênero criança estar-se-á sendo fiel à normativa internacional, a contemplar as espécies criança e adolescente.

9 – “[...] por esse princípio, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

os danos provocados pela não assistência, até porque ao direito conferido à criança correspondem deveres a serem exigidos do Estado, da Sociedade e da Família, na pessoa de qualquer um dos seus integrantes.

Neste ponto, a arguta construção de Dias:

“O direito pessoal de família traz a noção de poder-função ou de direito-dever, na qual ocorre a dissociação entre titularidade do poder e titularidade do interesse. O exemplo clássico é o poder familiar, em que o titular do interesse é o filho, sendo o genitor o titular do dever. Essa dicotomia é que leva ao conceito do direito subjetivo é obrigado a exercê-lo, pelo interesse a que serve, pela função do direito que atende a interesse de outrem. O poder familiar, v.g., não é exercido apenas no interesse do filho, mas atende também à necessidade psicológica dos pais.”¹⁰

Mais adiante expõe:

“A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, impõem ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debilita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida.”¹¹

Ao discorrer sobre o valor jurídico do afeto, e sua dignidade sociológica, Pereira fala dos efeitos psicológicos que a sua falta provoca:

“Todo ser humano, desde sua infância, tem uma reserva afetiva que o faz relacionar-se com outras pessoas. Sobretudo, a criança e o jovem precisam receber e dar afeto pra se tornarem seres humanos integrais. No seu processo de amadurecimento, seja na escola ou na família, ou mesmo no grupo de amizade, apelar aos seus sentimentos é mais convincente que apelar por argumentos racionais. Tratada com afeto, responderá afetuosamente. Tratar a criança com afeto, carinho e respeito, serve de amparo e estímulo, ajudando-a a suportar enfrentar dificuldades, ao mesmo tempo em que lhe dá inspiração para um relacionamento pacífico e harmonioso com que o cercam. A falta de afeto faz crianças tristes e revoltadas; mostram-se rebeldes, indisciplinadas, ou simplesmente incapazes de agir com segurança e serenidade.”¹²

Fraga alerta para as doenças consecutórias de poros no ideal de ego, hábeis a atrair as crianças para *regressões sob a forma de depressões, toxicomania e perturbações de caráter, podem levar à falta de criatividade, ao vazio, à ausência*

10 – Idem, p. 37.

11 – Ob. cit., p. 407.

12 – PEREIRA, Tânia da Silva, *ibidem*, p. 234.

de objetivos e de esperança. Em seguimento, chama a atenção para a patologia do pai ausente, criadora de um vazio das introjeções no aparelho psíquico da criança, potencializando condutas anti-sociais, de inclinação delinqüencial¹³.

Outro não é o escólio de Lauria, rejeitando que se prossiga a cultivar a chamada “imunidade familiar”, sustentáculo da tradicional família patriarcal brasileira, em face do que, a título de resguardar a decantada paz doméstica, era admitida sujeição da mulher e da prole ao jugo do pai-marido – chefe do clã¹⁴. Numa quadra histórica, onde os interesses da família instituída predominavam sobre o desejo inscrito dos seus membros, organização edificada sob a égide do autoritarismo, não surpreende que o bem-estar, realização e felicidade pessoal deles não constasse da pauta de prioridades, e que, especialmente, se cogitasse de atitude causadora de dano da ordem moral. Não se olvide que a autoridade do patriarca, naquela altura, era exercida legitimamente com exclusividade – inquestionável, pois.

Gravitando em outra esfera, com a pessoa humana reposicionada, agora elevada ao andar de cima, pois feneceu o império do patrimônio, importa dar vazão ao debate sobre as conseqüências jurídicas do abandono da prole, tanto pelo distanciamento afetivo, quanto pela ausência de cuidado¹⁵, assentando que a responsabilidade parental inarredável diante do princípio da dignidade da pessoa dos filhos não está confinada nos estreitos limites do sustento material, consubstanciando-se, sobremodo, no dever de fomentar a personalidade deles, vinculando-se, convivendo, acolhendo, escutando, limitando seus impulsos e estimulando a vivência na cultura, em harmonia com o tecido social, formando o laço esperado.

Ressalte-se que o poder parental impõe obrigações aos genitores, ou a quem o detenha, pois foi idealizado para atender às demandas existenciais dos filhos em situação de vulnerabilidade – seus destinatários. Os legítimos beneficiários de um autêntico poder-dever dos pais, vocacionado para a realização da personalidade deles.

Como estampa o autor por último mencionado, discorrendo sobre o dano psíquico decorrente da negligência parental:

“Estando o regime de visitas a serviço do desenvolvimento sadio da personalidade da criança, temos como conseqüência direta do seu descumprimento um dano provocado em sua esfera psicológica. Os danos resultantes de problemas ocorridos durante a infância podem ter repercussão no psiquismo da pessoa já na fase adulta, algumas vezes passível de cura ou atenuação de seus efeitos por meio de psicoterapia. Além dessas conseqüências graves, há também o sofri-

13 – Idem, p. 74.

14 – Idem, p. 145.

15 – “Quanto à responsabilidade decorrente do descumprimento das regras de visitaçao, tem-se que esta é uma decorrência da despatrimonializaçao do Direito Civil. Como os direitos de visitar e ser visitado, assim como as demais situaçoes jurídicas existenciais, ganham uma dimensao que não possuíam na ótica clássica, adquirindo atributo de coercibilidade, a sua violaçao dará ensejo a reparaçao de todos os prejuízos, tanto morais quanto materiais, que dela advir”. Ob. cit., p. 147.

mento específico causado pela frustração em razão da falta de convívio com o pai ou com a mãe. [...] O dano psíquico está, portanto, ligado à saúde, compreendendo esta tanto a saúde física quanto a saúde mental e, por via de consequência, à tutela da personalidade¹⁶. [...] Um exemplo de dano psíquico é o resultante da ausência paterna, mais freqüentemente estudada por conta da força da tradição que faz com que a mãe fique com os filhos na maioria dos casos de separação. Freud já advertia sobre o perigo do pai estranho, ausente do triângulo, pela dificuldade de levar o outro à sua relação com seu próprio ser. Nas mulheres a ausência paterna pode proporcionar complicações na aquisição da feminilidade, dificultando a identificação feminina positiva nas meninas.¹⁷

Esta também é a linha adotada por Giorgis:

“Não é sem razão que a Carta Magna prescreve nos deveres da família um desenvolvimento pleno dos filhos, assegurando a dignidade da pessoa como valor proeminente; ou que a lei civil exija dos pais afeição, sustento, educação, defesa e preparação dos descendentes sob pena de destituição do poder familiar. [...] Daí ser fundamental a função do pai, tanto que a psicanálise o considera como ocupante do ‘lugar da lei’, juízo que não se exaure na geração natural mas se agrega em unidade estrutural com o afago materno, criando-se uma relação transcendente de laços duradouros, onde o poder cede à afeição e o desinteresse ao convívio. [...] Assim, a aflição sofrida pelo abandono paterno, que despoja o filho do amparo afetivo, moral e psíquico, permite o socorro de indenização por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa.”¹⁸

Como se deduz, a indenização entre entes parentais encontra racionalidade lógica no encargo derramado sobre os genitores para agirem com responsabilidade e solidariedade, exercendo as funções que lhes são inerentes, em relação aos filhos – hipossuficientes na esfera psíquica, com direitos tutelados em grau máximo pela ordem jurídica. Precisamente, esta é a lapidar lição de Bodin de Moraes, que ainda agrega à questão o fato de o direito à liberdade dos pais, quando ponderado na balança, quedar diante dos princípios que envernizam as crianças:

“Novamente, buscando a ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia a tutelar os genitores o princípio da liberdade e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Dada a peculiar condição dos filhos, e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela

16 – Ob. cit., p. 150.

17 – Ob. cit., p. 152.

18 – GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Paternidade Fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 61.

não são titulares. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade da pessoa humana se dá a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar que contém, em si, como característica essencial e definidora a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores. A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Em ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade de pessoas a quem o legislador atribui prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado.”¹⁹

Sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, o dano objeto de configuração não será aquele balizado, tão somente, pela dor, pelo sofrimento psíquico, pelo desassossego, pela tristeza ou pela vergonha, como tradicionalmente é conceituada a matéria.

Na contemporaneidade, estes estados são complementares, pois importa saber, efetivamente, se houve ou não vulneração do direito ao resguardo da dignidade do sujeito – finalidade suprema de toda a ordem normativa. Identificada lesão no horizonte da solidariedade, da liberdade, da igualdade e da integridade moral, componentes da engrenagem principiológica suprema, imune a ponderação, cristalizada estará a ofensa à personalidade – mesmo que, eventualmente, não suscite inquietude.

Filiado à tese do cabimento da reparação por dano moral pelo abandono afetivo, Pereira comenta decisão paradigmática da justiça brasileira, com a costureira percuciência:

“Não se trata aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna. Em função da expressão negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral. Restou provado, no caso, a flagrante ofensa aos direitos de personalidade do filho, principalmente a tutela da integridade psicofísica, que faz parte do conteúdo da sua dignidade. Por isso, além da decisão ter sido paradigmática, fulcra seu mérito no embasamento principiológico constante de sua fundamentação, que reconhece a afetividade como um relevante princípio do atual ordenamento.”²⁰

19 – MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos Morais em Família? Conjugabilidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil*. In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) *A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 193 e ss.

20 – PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 188.

Razão assiste a Bodin de Morais, quando propugna seja deslocado o foco da conotação punitiva da aludida reparação de ordem moral²¹, centrando-o no justificado ressarcimento do *dano sofrido* pelo filho abandonado pelo pai de sangue. A atenção deve estar voltada, preponderantemente, para proteger a criança, procurando resgatar as suas perdas psicológicas, seus danos emocionais, devolver sua saúde mental. O caráter pedagógico, inibitório, repressor da providência, tem-se seja secundário.

Também mostrando-se adepto da tutela indenizatória, Madaleno defende que o fundamento jurídico da providência se ajusta melhor pelo abuso de direito, o qual prescinde da comprovação da culpa, do que pelo viés da responsabilidade civil. A saber:

“Os filhos têm o direito à convivência com os pais – pela necessidade inata de afeto e pela função específica que cada um deve desempenhar [...] Em razão disto, tem gravíssima repercussão negativa qualquer injustificada frustração ao exercício do direito de visitas [...] os pais têm que participar na vida do filho, dando amor, carinho, afeto, com desvelo e amizade. Não o fazendo assumem a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos na vida dos filhos e com repercussão por toda a sua vida, com sintomas de depressão, ansiedade, tristeza, insegurança e complexo de inferioridade na comparação com seus conhecidos e amigos. Portanto deixou a família de ser imune ao direito de danos, encontrando o pedido de indenização o seu fundamento no artigo 187 do CCv, não por ato ilícito, mas por abuso de direito. [...] O abuso de direito independe de culpa, pois usa noção, extrapola a teoria da responsabilidade civil. Trata da imposição de restrições éticas ao exercício de direitos subjetivos, tendo em conta que no âmbito do conteúdo do direito de visitas existem barreiras que não podem ser ultrapassadas.”²²

Contudo, com o fito de estabelecer o contraponto, traz-se a advertência de Rosa, em sentido diametralmente oposto, para a função a ser exercida pelo Poder Judiciário, ocupar o lugar de referência, de limitação ao gozo pleno, a ser satisfeito a qualquer preço, de interdição do sujeito incompleto, apresentando a lei, ao invés de, *se pondo a serviço da satisfação de todas as demandas, passar a ser um gestor imaginário do acesso ao gozo*. Conclama para fazer frente ao *desafio de não participar deste espetáculo, de dizer Não a um sujeito que reivindica tudo*. Por isso a questão que apresenta: Quanto vale o amor? Por esta razão, indaga sobre comportamento narcisista tendente, numa das suas

21 – Sobre o tema, há detalhado trabalho da autora, que, em seu capítulo IV, mais precisamente, versa sobre o caráter punitivo do dano moral, para além do caráter compensatório e examina a atualidade, complexidade e tradição continental e norte-americana dos *punitive damages*. Por isso a referência a MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

22 – MADALENO, Rolf Hanssen. *Repensando o Direito de Família: o preço do afeto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 119-20.

vertentes, à vitimização acerca da eventual responsabilidade do filho no afastamento paterno²³.

Também na mão contrária da direção inicial, Horne pondera acerca da possibilidade de o Poder Judiciário estar a interferir indevidamente na liberdade afetiva do indivíduo, se imiscuindo na esfera anímica do sujeito, impondo uma adoção, refém da vontade. Aliando-se à concepção psicanalítica acerca da funcionalização da paternidade, aponta para o seu caráter simbólico a hipótese de ser cumprida por quem não é pai biológico ou, até mesmo, podendo ser realizada pelo discurso materno. Sustenta que o amor é conquistado, não podendo ser coitado, *pois depende de uma 'escolha' do inconsciente, ou seja, é tão subjetivo que nem mesmo o sujeito sabe ao certo o porquê ou não de fazê-lo*²⁴.

Nada obstante, a resistência à indenização não contesta a viabilidade da ocorrência de sequelas resultantes do afeto negado, as quais devem ser aferidas com escuta e olhar qualificados (por equipe multidisciplinar composta

23 – Pela profundidade da reflexão, mostrando que um outro sentido é possível, merece o artigo ser reproduzido nos seus trechos que se reputa mais eloquentes: “Entre a separação dos genitores e a sustentação de um lugar, no caso, o de pai, não se pode o confundir com a presença física efetiva. Esta escolha individual (não manter contato com o filho), por certo, gerou um ‘trauma’, cujo sentido veio somente depois, como tudo. A demanda por indenização é a tradução equivocada de um direito que se pretende curar todas as mazelas subjetivas com dinheiro. Felicidade, amor não se compram com dinheiro. A reparação nesta ordem é sempre singular e de outro registro, cuja decisão judicial condenatória não sabe. Esta decisão demanda pode ser feita por sujeitos. O grande problema é quando o Poder Judiciário se arvora em a conceder imaginariamente: amem-se uns aos outros, como querem alguns. Enfim, é preciso aceitar o outro sob a forma de uma relação conflituosa, para somente assim ocorrer laço social. Do contrário, há intolerância sempre. [...] A demanda (histórica!) por indenização, para ocupar o lugar de vítima, pode ser uma defesa para tentar disfarçar ou encobrir a dor e o sofrimento tido por insuportável. A demanda judicial pode ser o sintoma de um balbuciado pedido de ajuda, para o qual o Judiciário não pode ser o destinatário, por não ocupar o lugar, que é o do analista. Anote-se que a saída religiosa poderia ser muito mais reconfortante – foi Deus quem quis, karma – para suturar. [...] Esta demanda dita num consultório geraria um intrincado processo singular de resistência que jogaria com a capacidade de suportar alterações psíquicas e esperança no tratamento ausente, por definição, no Poder judiciário. Logo, a demanda está dirigida para alguém que não pode, do seu lugar, responder eticamente (ética do desejo), salvo se disser Não! [...] De qualquer forma, a ‘dor’ dos enleados é irrepresentável, pois se situa no registro do real, e se inscreve no ‘corpo’ significativo do sujeito. É impossível proferir-se decisões judiciais ‘curativas’ do desamparo, condição humana. Não resta dúvida que o autor da ação sente dor, a dor de existir, do seu lugar. Por certo que toda demanda é uma demanda por amor, que não se paga, definitivamente com dinheiro. Dor é intransitivo”. ROSA, Alexandre Moraes da. *Marcando a Dor no Poder Judiciário: a Questão do Dano Moral pelo “Abandono Afetivo”*. In COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda (Coord.). *Direito e psicanálise: intersecções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 90-6, *passim*.

24 – HORNE, Francisco Alejandro. *O Não Cabimento de Danos Morais por Abandono Afetivo do Pai*. Belo Horizonte, 2007. Endereço eletrônico: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&autor=298>, com acesso em 20-09-08.

de profissionais psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais, etc.) e, se constatadas, vão ensejar reparação, que melhor se supõe concernente, será aquela proporcionada pelo tratamento terapêutico, a ser suportado pelo ofensor. Alternativamente, precedente ou no curso da demanda, pode ser buscada, estrategicamente, para trabalhar o conflito, a técnica da mediação. De qualquer sorte, acredita-se que o reembolso pecuniário, *strictu sensu*, deva ser a última via a ser percorrida²⁵.

Com o direcionamento adotado, se repele a reiterada referência crítica à “monetização do afeto” ou “imposição do amor”²⁶, porque não é disso que se trata.

Assumindo essa posição, não se está a argumentar que a indenização tenha o condão mágico de dar luz ao afeto ou de convencer o pai da dimensão conferida à convivência familiar ou de reconstruir as pontes implodidas. Não vai se operar no campo da liberdade afetiva, da imposição do desejo ao sujeito – como se sabe clivado, presa fácil das artimanhas do inconsciente, não manipulável, portanto.

Conquanto o diagnóstico resguarde a liberdade de não amar, a liberdade de não querer, a liberdade de não cuidar, em última análise, a franquia de não adotar; deve-se lembrar, ou dar a conhecer, que a falta destas expressões de afeto pode provocar danos psíquicos profundos, abrir fissuras emocionais imprevisíveis

25 – “[...] afeto e dinheiro são grandezas diferentes e, nas relações de família, o elemento agregador é o afeto, e não o dinheiro. Portanto, o afeto não pode virar mercadoria entre os familiares. Assim, se quisermos evitar o mercantilismo da compra e venda de afeto, para que não se permita o uso abusivo de ações indenizatórias, [...]. Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a psique da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até sua total recuperação. A indenização feita diretamente em dinheiro para a vítima, só deveria ser permitida quando o tratamento terapêutico adequado para reparar o dano pela omissão do afeto, não fosse mais possível, ou não fosse recomendado, pois ineficaz.” COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto?* Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM/Síntese: Porto Alegre, nº 32, out.-nov./2005, pp. 24-5.

26 – “O problema atual no direito brasileiro é que todo ‘dano moral’ está sendo sempre convertido em indenização em dinheiro, por força de interpretação equivocada da nova Constituição. A dor e a moral não podem ser reparadas pelo dinheiro, mas através de outros mecanismos. Há uma evidente confusão conceitual nesse assunto, como se o dinheiro e a dor pudessem ter uma equivalência possível. No entanto, dinheiro e dor são duas categorias diferentes: dinheiro é um símbolo lógico e dor é um sentimento subjetivo pessoal, moral.” BUITONI, Ademir. *A Dor e o Dinheiro no Dano Moral*. In PELUSO, Antônio Cezar e NAZARETH, Eliana Riberti. (Coord.) *Psicanálise, Direito e Sociedade: encontros possíveis*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

naquela criança, em face da qual há o encargo de educação²⁷, o dever de cuidado, a exigência de proteção, a obrigação da parentalidade responsável, o ônus da solidariedade, a função de proporcionar o suporte psíquico, fortalecer e dar potência.

Não se pode esquecer que os papéis na família estão sendo reconfigurados, redistribuídos. Encerrado no baú da história está o patriarcal modelo em que ao pai incumbia, exclusivamente, prover materialmente o filho e, à mãe, o ônus da assistência moral. Modernamente, é encargo de ambos, conjuntamente, suprir as carências materiais da prole, bem como de prestar o cuidado afetivo. Os dois têm que alcançar alimentos: do corpo (materiais) e da alma (afetivos).

Por óbvio, que a riqueza da casuística pode sugerir rotas alternativas. Há um emaranhado de variantes causais a determinar as ações e relações nos *Complexos Familiares* (Lacan). A afetividade é dinâmica, seus laços não são rompidos num sopro. Há tormentas silenciosas e silêncios que tudo varrem como tufões tropicais. Neste campo minado se é desafiado a todo o momento. Na mirada qualificada da fotografia parental, não se pode examinar o comportamento de apenas uma daquelas pessoas nela representadas. É possível que invariavelmente mais de um deles, ou que todos, tenham de alguma forma, e em grau variado de intensidade, contribuído para o infortúnio. A comunicação que medeia amor e ódio, empatia e aversão, nem sempre antagônicos, é interativa e os ruídos nela são lentos e não lineares. Nem sempre a distância produzirá a responsabilização. Não é qualquer desafeição ou resfriamento volitivo que vai caracterizar o menoscabo. As dificuldades são gigantescas, até mesmo para a valoração da lesão. Mas não podem estas bombas enterradas desviar a caminhada, abandonando o terreno e suas plantas. Não será forcluindo o problema que se humanizará o direito e as relações pessoais. Não será deixando feridas abertas no mar salgado dos conflitos que se estará contribuindo com a solidariedade, a ética e o respeito no horizonte das famílias – sob pena de se continuar a escrever *Cartas ao Pai*, que nunca serão entregues, nem lidas...

27 – “o dever de educação da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. O importante, segundo a psicologia, é que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho. Por óbvio, não é obrigatório que a função paterna (o nome-do-pai lacaniano) e a função materna (*maternagem*) sejam desempenhadas exclusivamente pelo pai e pela mãe. O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*. In PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) *A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 136.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E AS PORTARIAS JUDICIAIS

MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO

Promotor de Justiça titular da 21ª Vara Cível da Comarca de Curitiba-PR
murilojd@mp.pr.gov.br – Tel: (41) 3254-2414

Portarias judiciais expedidas pelos Juizados da Infância e Juventude visando regulamentar situações envolvendo crianças e adolescentes são extremamente comuns, sendo difícil encontrar uma comarca que não as possua.

Infelizmente, no entanto, também é difícil encontrar uma portaria judicial que, quer em seu processo de elaboração, quer em seu conteúdo, não apresente vícios de forma e/ou fundo que acarretem sua *nulidade*.

Sem incursionar mais profundamente pelas origens “históricas” das portarias judiciais, para fins da presente exposição, entendemos suficiente mencionar que, sob a égide do famigerado Código de Menores, o Juiz da Infância e Juventude (então chamado “Juiz de Menores”) possuía um “poder regulamentador” bastante amplo, que lhe permitia, a seu “prudente arbítrio”, fazer as vezes de verdadeiro legislador, “suprindo lacunas” e “adaptando” a lei àquilo que entendia mais adequado à realidade local.

Com efeito, dizia o art. 8º da Lei nº 6.697/79 que “a autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder” (*verbis*).

Usando desse permissivo legal, a autoridade judiciária expedia portarias sobre os mais variados temas, não raro mais voltados à restrição do que ao assecuramento de direitos de crianças e adolescentes.

O ato dispensava maiores formalidades, critérios ou justificativas, sobre ele praticamente inexistindo qualquer controle, até mesmo em função das limitadas atribuições que a legislação revogada deferia ao Ministério Público¹, que então possuía um perfil constitucional muito diferente daquele alçado após a Constituição Federal de 1988.

E foi justamente o advento da “Constituição Cidadã” que deu início à transfiguração do instituto da portaria judicial regulamentadora, notadamente através da mudança do paradigma da “situação irregular do menor” para o da “proteção integral à criança e ao adolescente”, que fez com que crianças e adolescentes fossem considerados *sujeitos de direitos*, e não mais meros objetos da intervenção

1 – Cujo representante junto ao Juízo especializado era chamado de “Curador de Menores”.

do Estado (*lato sensu*)², e ainda da regra que estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões judiciais fossem devidamente *fundamentadas*³.

Diante de tais disposições constitucionais, bem como de outras estabelecidas pela Lei Maior justamente para evitar o cometimento de abusos por parte dos Poderes constituídos, não mais se concebia que pudesse a autoridade judiciária, agindo apenas com base em seu “prudente arbítrio”, tolher direitos de cidadãos, máxime quando estes fossem crianças e/ou adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que substituiu o Código de Menores, ao optar pela manutenção em seu texto do instituto da portaria judicial regulamentadora (ou disciplinadora, segundo seu enunciado), teve de conciliá-lo com a nova orientação constitucional, acabando por dar-lhe uma “roupagem” totalmente diversa da que até então se conhecia, de modo a torná-lo verdadeiro produto do *poder jurisdicional* (e não “legiferante”) da autoridade judiciária competente.

Neste sentido, o art. 149 da Lei nº 8.069/90, que passou a regular a matéria, procurou primeiramente *limitar* as hipóteses em que a autoridade judiciária detinha *competência* para expedição de portarias ou alvarás, tendo em seus incs. I e II efetuado uma enumeração absolutamente *taxativa* (e não meramente exemplificativa), dos casos passíveis de tal regulamentação.

Fora das hipóteses restritas do art. 149, incs. I e II, da Lei nº 8.069/90, portanto, o Juiz da Infância e da Juventude *não tem competência para expedição de portarias e alvarás*, e qualquer ato judicial que extrapole os referidos parâmetros/limites legais será *nulo de pleno direito*.

Assim sendo, não há mais lugar para práticas *arbitrárias* de outrora, como os famigerados “*toques de recolher*” que, embora bastante comuns à época do revogado “Código de Menores”, hoje violam de forma expressa não apenas o âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude, mas as próprias disposições contidas nos arts. 3º, 4º, *caput*, 5º, 15, 16, inc. I, e 18 da Lei nº 8.069/90, bem como o disposto no art. 5º, inc. XV, da Constituição Federal, que assegura a *todos*, independentemente da idade, o direito de ir e vir dentro do território nacional⁴.

2 – art. 227, *caput*.

3 – art. 93, inc. X.

4 – Além de se tratar de prática ilegal e inconstitucional, à luz do ordenamento jurídico vigente, vale dizer que caso os referidos “toques de recolher” sejam acompanhados da apreensão de adolescentes que descumpram suas disposições, poderá restar caracterizado, por parte dos responsáveis por sua *apreensão ilegal*, o *crime* tipificado no art. 230 da Lei nº 8.069/90, que somente permite a privação de liberdade de criança ou adolescente que se encontre em flagrante de ato infracional ou mediante ordem legal, expressa e fundamentada de autoridade judiciária competente (o que não é o caso, logicamente, de uma portaria manifestamente ilegal e inconstitucional, expedida fora do âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude). São os pais ou responsável (e não o Juiz) que, usando de sua autoridade, devem estabelecer, através do diálogo, os *limites* para permanência de seus filhos nas ruas, podendo para tanto receber a orientação e, se necessário, o apoio estatal, nos moldes do previsto no art. 129, inc. IV, da Lei nº 8.069/90, o que por sinal faz parte do *dever elementar de educação*, inerente ao poder familiar, tutela ou guarda.

Importante observar que, mesmo nas hipóteses em que a lei confere à Justiça da Infância e da Juventude a competência para expedir portarias e alvarás, a atividade jurisdicional deve ser exercida com a *estrita observância* de determinadas *regras e parâmetros*, mais uma vez sob pena de *nulidade* do ato respectivo.

Um exemplo clássico é o caso das *portarias judiciais disciplinadoras*, que *somente terão lugar* nas hipóteses expressamente relacionadas no art. 149, inc. I, da Lei nº 8.069/90 e, mesmo em tais casos, *somente atingirão crianças e/ou adolescentes que estiverem desacompanhados de seus pais ou responsável legal*⁵.

De modo a deixar claro que a expedição de portarias e alvarás judiciais não mais está sujeita ao “prudente arbítrio” do magistrado, mas sim deve estar calcada em elementos concretos, o art. 149, § 1º, da Lei nº 8.069/90 estabeleceu a *obrigatoriedade* de o ato judicial levar em conta, dentre outros, diversos fatores expressamente relacionados⁶, alguns dos quais, como a “*existência de instalações adequadas*” (alínea c) e o “*tipo de frequência habitual ao local*” (alínea d), somente passíveis de obtenção através da realização de *vistorias e sindicâncias* prévias.

No mesmo diapasão, o art. 149, § 2º, do citado Diploma Legal, em consonância com o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, estabeleceu a *obrigatoriedade da fundamentação* da medida *caso a caso*, vedando as determinações de caráter *geral*, que abrangiam um número indeterminado de locais e estabelecimentos, outrora permitidas.

A título de ilustração, vale colacionar o comentário de WILSON DONIZETI LIBERATI sobre a matéria: “*a portaria expedida pelo Juiz da Infância e Juventude não poderá regulamentar medidas de caráter geral não previstas em lei, como previa o art. 8º do Código de Menores revogado. Elas deverão ser claras e precisas, com determinação singular dos casos que pretendem regular, não autorizando o juiz a suprir eventuais lacunas existentes na lei. Tem-se, pois, que a relação apresentada pelo art. 149 é exaustiva, não sendo possível a interpretação ampliada de outros casos*” (*In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 4ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 127).

As disposições acima relacionadas, somadas à previsão contida no art. 199 da Lei nº 8.069/90 de que “*contra as DECISÕES proferidas com base no art. 149 caberá recurso de APELAÇÃO*” (*verbis* – grifei), consagram a ideia de que a expedição de portarias e alvarás judiciais *somente pode ocorrer* como resultado de um *procedimento especificamente instaurado para tal finalidade*, direcionado a um ou mais locais/estabelecimentos previamente determinados e perfeitamente identificados, no qual será *obrigatória a intervenção do Ministério Público*.

5 – Estando a criança ou adolescente *acompanhado* de seus pais ou responsável legal (assim entendido o tutor, o guardião ou o dirigente da entidade na qual porventura a criança ou adolescente estiver abrigado), a portaria judicial *não incidirá*.

6 – Princípios que norteiam a Lei nº 8.069/90 (em especial os contidos nos arts. 5º e 6º do referido Diploma), as peculiaridades locais, a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local, a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes e a natureza do espetáculo.

Mas que procedimento?

Embora a Lei nº 8.069/90 não tenha previsto de maneira expressa um procedimento próprio para a expedição de portarias e alvarás judiciais, é perfeitamente possível enquadrá-lo na disposição genérica contida no art. 153 do citado Diploma Legal, segundo o qual “*SE A MEDIDA JUDICIAL a ser adotada NÃO CORRESPONDER A PROCEDIMENTO PREVISTO NESTA OU EM OUTRA LEI, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, OUVIDO O MINISTÉRIO PÚBLICO*” (*verbis – grifei*)⁷.

Em que pese o acima exposto, poucas são as portarias disciplinadoras⁸ expedidas de forma regular, em procedimento próprio, com a prévia realização de sindicâncias e vistorias, fundamentação adequada e efetiva intervenção do Ministério Público.

A regra, lamentavelmente, ainda tem sido a utilização da sistemática do revogado “Código de Menores”, com portarias expedidas de forma aleatória e genérica, fora das hipóteses previstas em lei, sem qualquer critério ou fundamentação, com a simples *cientificação* do órgão do Ministério Público após sua publicação.

Desnecessário dizer que portarias assim expedidas padecem do *vício insanável da NULIDADE ABSOLUTA*, como aliás tem decidido, de forma reiterada, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como bem exemplifica o aresto a seguir transcrito:

“*INFÂNCIA E JUVENTUDE – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PORTARIA QUE ESTABELECE PROIBIÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE.*”

“- O arbítrio judicial legitima-se na fundamentação de seus atos, devendo o juiz dar as razões, caso a caso, ao estabelecer o disciplinamento previsto no artigo 149, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“- *Nulidade do processo, por falta de fundamentação da portaria disciplinadora.*” (Apelação nº 055-0, de Ponta Grossa. Acórdão nº 8.041. Rel. Des. Dilmir Kessler. J. em 18-05-98. *In Revista Igualdade* nº 19/205)

Vale repetir que uma portaria disciplinadora não é um ato de mera liberalidade da autoridade judiciária, mas sim deve ter sua expedição justificada e fundamentada em elementos suficientes a permitir o *controle de sua legalidade* pelas instâncias superiores.

Tais elementos devem ser colhidos dentro de um *procedimento judicial específico*, instaurado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, Conselho

7 – Sendo certo que a *obrigatória intervenção* do Ministério Público em *todos os procedimentos* que versam sobre matéria prevista na Lei nº 8.069/90, *sob pena de nulidade* do provimento jurisdicional respectivo, é determinada pelos arts. 202 e 204 do mesmo Diploma Legal.

8 – No que diz respeito aos alvarás, como de regra, a autoridade judicial é provocada para sua expedição, a situação é um pouco diversa.

Tutelar, outro órgão ou mesmo pessoa interessada no qual, apesar de a autoridade judiciária ter maiores poderes de investigação, será *imprescindível* a tomada de algumas providências e cautelas básicas:

1 – a *autuação formal* do ato ou requerimento que deflagra o procedimento, de modo a torná-lo *oficial*;

2 – a *perfeita identificação, qualificação e individualização* de cada um dos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (inclusive com a indicação de seus responsáveis legais);

3 – a *realização de vistorias e sindicâncias* nos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (devendo para tanto contar com o concurso dos “comissários de vigilância” ou “agentes de proteção da infância e juventude”⁹, representantes da vigilância sanitária, corpo de bombeiros, polícias civil e militar etc.), sem embargo da coleta de outras provas que entender necessárias;

4 – a *intimação* do órgão do Ministério Público para acompanhar e fiscalizar *todo o trâmite procedimental*, culminando com a emissão de *parecer de mérito a seu término*;

5 – a *obrigatoriedade* que a *decisão final* tenha a *forma de sentença*, contendo *relatório, fundamentação adequada* (em que serão levados em conta, dentre outros fatores, os itens relacionados no art. 149, § 1º, alíneas *a a f*, da Lei nº 8.069/90) e *dispositivo*;

6 – a *publicação* do ato, com a *cientificação formal* de todos os responsáveis pelos locais e estabelecimentos atingidos pela portaria, para que possam, no prazo de 10 (dez) dias¹⁰, interpor recurso de *apelação* contra tal decisão (devendo tal advertência constar do mandado respectivo).

Vale também o registro que embora o *ideal* seja a instauração de *um procedimento específico para cada local ou estabelecimento* a ser atingido pela medida judicial, por razões de ordem prática é admissível englobar vários num único feito, desde que cada qual apresente características semelhantes, seja devidamente nominado quando de sua deflagração, individualmente vistoriado e sindicado ao longo de sua instrução e, ao final, tenha sua situação em particular devidamente analisada pela autoridade judiciária quando da fundamentação, sendo contemplado por item próprio na decisão que opta pela expedição da portaria disciplinadora respectiva.

Nesse contexto, não é difícil perceber que a “portaria” propriamente dita não passará de *um* dos elementos da decisão, o *ponto culminante* de todo um procedimento judicial de natureza pública, deflagrado e/ou fiscalizado pelo Ministério Público, sujeito a regras e princípios próprios, em que não há mais lugar para o *arbítrio* da autoridade judiciária.

9 – Antes chamados de “comissários de menores”, que funcionam como a *longa manus* do Juiz da Infância e da Juventude e, face ao contido no art. 194, *caput*, da Lei nº 8.069/90, no futuro terão a incumbência de *fiscalizar* o próprio *cumprimento* da portaria expedida. De modo a agilizar a realização das referidas sindicâncias, poderão ser nomeados voluntários apenas para essa tarefa, imprescindível à validade do ato.

10 – *Ex vi* do disposto no art. 198, inc. II, c/c o art. 199, ambos da Lei nº 8.069/90.

Apesar de a sistemática introduzida pela Lei nº 8.069/90 ser muito mais complexa do que a anterior, é ela sem dúvida muito mais correta e acima de tudo *democrática*, e uma vez fielmente observada, dará pouca ou nenhuma margem para os abusos outrora verificados e que, em última análise, foram justamente a razão dessa nova regulamentação, fazendo com que a portaria judicial deixe de ser um mecanismo de *opressão* de “menores”¹¹ para se tornar mais um instrumento de *proteção* de direitos de crianças e adolescentes.

Para que seus objetivos sejam cumpridos, no entanto, evidente que não basta a expedição, publicação e sempre salutar divulgação¹² da portaria disciplinadora, sendo absolutamente *fundamental a permanente fiscalização de seu cumprimento*, com a deflagração de procedimentos (arts. 194 *usque* 197 da Lei nº 8.069/90) e a aplicação de sanções administrativas (art. 258 do mesmo Diploma Legal), toda vez que for detectada sua violação pelos estabelecimentos por ela atingidos¹³.

Uma vez observadas todas as regras e princípios acima relacionados, se estará enfim criando um instrumento eficaz no sentido da *proteção integral* de crianças e adolescentes, objetivo maior de toda e qualquer ação daqueles que militam na Justiça da Infância e Juventude e lutam pela plena efetivação da Lei nº 8.069/90.

11 – O termo é aqui empregado apenas para fins de referência ao que ocorria sob a égide do revogado Código de Menores, haja vista seu oportuno *banimento* da nomenclatura utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (e do próprio vocabulário daqueles que compreendem e estão comprometidos com a plena efetivação de sua proposta).

12 – De modo a facilitar sua compreensão pela população em geral, *recomenda-se* que, no próprio *dispositivo* da decisão, haja a previsão da obrigatoriedade que seja afixado, nos locais e estabelecimentos atingidos pela portaria (que como dissemos devem ser previamente identificados, individualizados, vistoriados e sindicados), um “resumo” de seu conteúdo, cujo teor pode ser fornecido em separado.

13 – A ação repressiva, é preciso que se diga, deve ser voltada apenas contra os estabelecimentos que descumprirem a portaria disciplinadora (bem como seus respectivos proprietários e responsáveis) e não contra crianças e adolescentes que lá sejam encontrados em desacordo com a regulamentação judicial. Estes deverão ser identificados e *convidados* (jamais constrangidos/obrigados) a deixar o local ou estabelecimento, com a aplicação, pela autoridade competente (Conselho Tutelar ou Juiz da Infância e Juventude), da medida prevista no art. 101 da Lei nº 8.069/90. Num segundo momento, deverá a autoridade competente verificar a presença de eventual situação de risco na forma do disposto no art. 98 da Lei nº 8.069/90 e, em caso positivo, aplicar à criança ou ao adolescente as medidas de proteção que se fizerem necessárias, sem embargo do aconselhamento (além de outras providências previstas no art. 129 da Lei nº 8.069/90) também de seus pais ou responsáveis acerca da necessidade de orientarem e cobrarem de seus filhos ou pupilos o respeito às limitações legais e às determinações judiciais respectivas.

SENTENÇAS

Comarca de Porto Alegre-RS
2ª Vara da Infância e da Juventude
Ação de Adoção – Processo nº
Autoras –
Criança –

Vistos os autos.

V. e P., qualificadas nos autos, ajuizaram ação de adoção da criança D., nascida em ___ de _____ de ____, também qualificada nos autos, aduzindo, em síntese, que a criança está convivendo na companhia das autoras desde ___ de _____ de 2005, com a autorização deste juízo, conforme termo de guarda juntado à fl. 10, e que os genitores da infante já foram destituídos do poder familiar, conforme cópia da decisão juntada às fls. 03 e 04 no Processo nº _____ – Processo Preparatório de Adoção (PPA), em apenso, originado no Processo nº _____ – Ação de Destituição do Poder Familiar que tramitou perante esta Vara da Infância e da Juventude.

Afirmaram as autoras que, cumprido o estágio de convivência determinado pelo juízo, após ter sido a infante desligada da instituição de abrigo em que se encontrava, houve uma satisfatória adaptação de D. ao lar que constituem, motivo pelo qual ratificam o pedido de que a adoção lhes seja deferida.

Interveio o Ministério Público, opinando favoravelmente ao pedido.

É o relatório.

Decido.

O presente requisito para o conhecimento do pedido encontra-se satisfeito no Processo Preparatório de Adoção nº _____, em apenso, às fls. 03 e 04, qual seja, decisão judicial que destituiu os pais biológicos da infante do poder familiar, a qual transitou em julgado.

O segundo requisito para o conhecimento do pedido, também de ordem objetiva, advém da circunstância de que é este feito por duas pessoas do gênero feminino, situação esta que, em princípio, deixaria de atender ao disposto no art. 1.622 do Código Civil, que refere expressamente que *ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável*.

Em relação a esta aparente objeção, ou seja, de que pessoas do mesmo gênero possam viver em união estável, ou até mesmo casar, como já é permitido em diversos países do mundo, digressão importante que se impõe advém do questionamento: porque duas pessoas adultas, no pleno exercício das suas faculdades mentais e no exercício de seus direitos, estando a cumprir as obrigações que a sociedade lhes impõem, não podem decidir no sentido de viverem juntas, inclusive casarem, considerando-se que tal situação não gera prejuízo a quem

quer que seja, exceto se forem as razões embasadas em uma ótica moral ou religiosa, o que é vedado constitucionalmente.

Não resta dúvida que a resistência decorre da ideia vigente, ainda que vestusta, de que a união entre duas pessoas deve pressupor necessariamente a procriação humana e a educação de futuros cidadãos, situação em que pessoas do mesmo sexo não conseguem atender, seja no plano genético ou no plano psicológico.

Hoje, diferentemente da ideia que vigorava até o final do século passado, quando somente um homem e uma mulher formavam uma família, como ensina Roudinesco¹, seja em razão da liberação dos costumes, a perda de autoridade do pai e mesmo a precariedade da economia, as estruturas familiares se caracterizam por estarem em permanente transformação – monoparental, homoparental, gerada artificialmente, etc. – e mostram-se cada vez menos aptas a transmitir os valores que há séculos encarnavam como próprios de sua constituição, situação esta que por paradoxal que se apresente, trouxe ao cenário social outra situação que até então não se fazia presente: as minorias antes perseguidas, como os homossexuais, apresentam hoje o desejo de se *normalizar*, e reivindicam o direito ao casamento, à adoção e à procriação assistida.

E, nessa linha de raciocínio, a primeira indagação a se realizar é: porque negar-lhes essa pretendida *normalização*?

No campo jurídico, embora existam respeitáveis posições em contrário, a conclusão que obtenho de uma atenta leitura do texto constitucional e dos textos legais que procuram regular a matéria, é que inexiste óbice legal, seja em relação à possibilidade de duas pessoas do mesmo gênero constituírem uma entidade familiar, seja no que refere à possibilidade de que elas postulem a adoção de uma criança.

Embora se reconheça que o art. 226 da Constituição Federal preveja apenas três formas de configurações familiares: casamento; a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; há de se levar em conta que tais previsões constitucionais não podem ser entendidas no sentido de que fora delas, outros comportamentos não possam também ser regulamentados de forma idêntica – norma geral exclusiva.

Leciona Maria Celina Bodin de Moraes² que tal teoria apresenta seu ponto fraco ao ignorar que os ordenamentos jurídicos também possuem uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma (eles sempre existirão), desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica.

1 – ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003.

2 – MORAES, Maria Celina Bodin de. *A União entre Pessoas do mesmo Sexo: uma Análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional*. In RTDC, vol. 1, pp. 89-112.

O Des. Luiz Felipe Brasil Santos, em precioso acórdão que enfrentou questão análoga àquela presente neste feito (AC nº 70013801592, TJRS, 7ª Câmara Cível, julgado em 05-04-06), bem referiu que a *affectio* que leva duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*, e, portanto, não estão elas ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, *que é uma forma de entidade familiar*.

Conclui o ilustre Desembargador que, embora a união de duas pessoas do mesmo gênero não possa, nos termos do dispositivo constitucional, ser entendida como uma união estável, indubitavelmente *é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos*.

E é com esta linha de pensamento que a jurisprudência, brasileira e gaúcha, já há alguns anos tem se manifestado, primeiramente reconhecendo que duas pessoas do mesmo gênero podem constituir uma entidade familiar, e mais recentemente que reconhecida esta, também podem postular a adoção de uma criança.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

“[...] 5 – Diante do § 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de *entidade familiar*, a partir do modelo de união estável, com vista ao direito previdenciário, *sem exclusão, porém, da relação homoafetiva*. [...]”

“*Recurso Especial não provido*”. (STJ, 6ª Turma, REsp nº 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – grifei)

“AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO.

“*A ação declaratória é instrumento jurídico adequado para reconhecimento da união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos de segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniais.*”

“*EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA*”. (EI nº 70011120573, TJRS, 4º Grupo Cível, julgado em 10-06-06 – grifei)

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

“Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que as crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que per-

meia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME”. (TJRS, 7ª Câmara Cível, AC nº 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 05-04-06)

Seguindo a mesma orientação, a Lei Estadual do Rio Grande do Sul nº 11.872, de 19 de dezembro de 2002, se compromete com a defesa da liberdade de orientação sexual, assim dispondo em seu art. 1º:

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

E dando efetividade a este comando legal, a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, através do provimento administrativo de nº 06/2004³, proveu:

“As pessoas plenamente capazes, independentemente da oposição de sexo, que vivam uma relação duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar documentos que a isso digam respeito”.

Superadas estas duas fases, quanto aos requisitos objetivos para o conhecimento do pedido, necessário ainda é que se averigüe sobre a conveniência ou não do deferimento da adoção, isto é, se ela apresenta reais vantagens para Vitória, conforme exige o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme relatório de estágio de convivência das fls. 12 a 14, V. e P. avaliaram como sendo muito positiva sua experiência em adoção, no momento em que sentem-se ligadas afetivamente à menina e percebem que ela corresponde e as identifica como pessoas importantes em sua vida cotidiana.

Informam, ainda, que a família extensa a recebeu com muito carinho e afeto, e que ela ficou contente com o período de convivência com sua madrinha, já apresentando uma relação também positiva com a avó e primos.

Concluíram os técnicos que firmaram o relatório que, da mesma forma que a maior parte das adoções que são realizadas com a intervenção do Juizado da infância e da Juventude, as primeiras relações entre adotantes e adotada ocorreram com êxito, com o que opinaram favoravelmente ao pedido de adoção.

Vê-se, portanto, que adotantes e adotanda já estão a constituir uma entidade familiar, e que está a infante sendo muito bem cuidada por elas.

3 – Publicado no *Diário da Justiça* do Rio Grande do Sul nº 2.806, de 03-03-04, p. 02.

Sendo a situação presente satisfatória, o prognóstico para que D. tenha uma vida digna e feliz muito positivo, há de se indagar, por fim, se o fato de estar ela sendo adotada por duas pessoas do mesmo gênero não poderá causar-lhe prejuízos no futuro, quando existe a possibilidade de também ser ela adotada por pessoas que sejam de sexos diversos.

Esta possibilidade, embora advenha apenas de uma previsão com base nos dados de estudo atuais, também necessita ser aferida por este juízo.

A primeira afirmação a se fazer a respeito é que, nos diversos textos examinados e pesquisas buscadas, poucos deles admitem riscos maiores que uma adoção nesse contexto possa ter, sendo os argumentos em contrário, no mais das vezes, sempre de conteúdo religioso ou moral, sem maior rigor científico.

Nesse sentido é a posição externada por Lorea⁴:

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

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

“Os resultados das pesquisas estão disponíveis. O seu conteúdo aponta para a inexistência de qualquer ressalva à homoparentalidade decorrente, ou não, da adoção (American Psychological Association, 1991; Golombok&Tasker, 1996; Paterson, 1996; Fassim, 1999; Gross, 20050)”.

Fernández e Vilar⁵, assim concluíram após extensa investigação sobre a matéria:

“Sostenemos que no es prejudicial para um menor ser adoptado por uma pareja homosexual. Podría Haber, aunque es dudoso, perjuicios secundários (como la discriminación), pero que no derivan directamente de la orientación homosexual de los adoptantes (y si estas adopciones no se produjeran, jamás decaería esta discriminación). Esta opinión deviene da la experiencia y de nuestros conocimientos científicos generales, y también de la investigación realizada hasta la fecha, aún no suficientemente extensa (para cualquier outro tema lo sería). La opinión contraria dice suportarse em conclusiones a partir de lãs mismas teorías que nosotros conocemos Y tenemos em cuenta, pero hurtan los

4 – LOREA, Roberto Arriada. *Homoparentalidade por Adoção no Direito Brasileiro*. In *Revista do Juizado da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul*, ano III, nº 05, 2005, p. 42.

5 – FERNÁNDEZ, Rafael Portugal. VILAR, Alberto Araújo. *Aportaciones desde la Salud Mental a la Teoría de la Adopción por Parejas Homosexuales*. *Avances em Salud Mental Relacional*, vol. 3, nº 2 – Julio 2004 – Órgano oficial de expresión da la Fundación OMIE. Revista internacional on-line.

datos contrários a sua posiciones. Es fácil adivinar um uso sesgado y partidista de dicho corpus de conocimiento”.

A Dra. Elizabeth Zambrano⁶, em palestra proferida no II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família⁷, que ocorreu no Município de Gramado, neste Estado, no mês de junho transacto, também defendeu que pais homossexuais possam adotar crianças, lecionando:

“As famílias homoparentais são uma das possibilidades de construção familiar atual, uma das maneiras possíveis de viver em sociedade, trocando cuidados, afetos e compartilhando o cotidiano. Elas já existem há muito tempo como demonstram os estudos que vêm sendo realizados desde os anos 70 e, atualmente, estão adquirindo maior visibilidade através da mídia, em grande parte como consequência da atuação dos grupos que lutam pelo direito dos homossexuais e pelos Direitos Humanos.

“O bem-estar das crianças não é afetado por serem elas filhas de pais homossexuais. O número de pesquisas suficientemente extenso e o conjunto dos resultados apontando na mesma direção, permitem que possamos fazer essa afirmação. A comparação entre crianças que crescem em contexto heteroparental e aquelas que crescem em contexto homoparental indica não haver diferenças significativas entre umas e outras. É verdade que ainda se fazem necessários mais estudos sobre as características dessas famílias, de forma a podermos identificar as suas especificidades. Entretanto, até o momento, não encontramos nada que demonstre serem elas melhores ou piores do que outras configurações”.

Como foi visto, inexistindo óbice legal para que duas pessoas do mesmo gênero postulem uma adoção, e também inexistindo, *a priori*, razões de ordem subjetiva que inviabilizem o atendimento de uma postulação nesse sentido, não parece razoável que por razões de ordem notadamente morais, que apresentem-se desacompanhadas de conteúdo científico, abdique o Poder Público de regular juridicamente as relações entre as pessoas que integrem, de fato, uma entidade familiar, situação esta injusta principalmente para a criança, pessoa que conforme a Constituição Federal deve ser protegida com prioridade absoluta.

Queira ou não o Poder Público, duas pessoas do mesmo gênero, mais nos dias de hoje do que antigamente, constituirão entidades familiares com vínculo de afeto, criarão e educarão seus filhos, e da mesma forma que os casais heterossexuais, parte terá uma vida conjunta harmoniosa até o fim de seus dias, e outra parte separar-se-á, eventualmente permanecerá em litígio, sendo nesta última hipótese imprescindível que o Poder Público, e não pessoas individualmente, disciplinem questões como a guarda, previdência social, registro civil, sucessão, etc.

Os tempos são outros, assim como outras devem ser nossas ideias sobre a convivência social. A tolerância com a divergência deve ser permanentemente

6 – Médica psicanalista e antropóloga do Núcleo de Pesquisa em Antropologia do Corpo e da Saúde (NUPACS) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

7 – Texto gentilmente cedido ao signatário pelo Dr. Roberto Arriada Lorea.

exercida, como meio de inclusão de todos os integrantes de uma sociedade que submetem a suas regras, e, por consequência, a legitimam. Pensamento em contrário, sem dúvida alguma, significa deslegitimar o próprio Estado como ente responsável pela vida em sociedade, criando sociedades paralelas que terminam por enfraquecê-lo.

Roudinesko⁸, bem apanhou o momento atual em que vivemos, assim como a necessidade que a sociedade consiga estabelecer regras de convivência satisfatórias entre a moral estabelecida e as minorias, principalmente os homossexuais:

“Para além do ridículo das cruzadas, das especializações e dos preconceitos, será preciso efetivamente admitir um dia que os filhos de pais homossexuais carregam, como outros, mas muito mais que os outros, o traço singular de um destino difícil. E será preciso admitir também que os pais homossexuais são diferentes dos outros pais. Eis porque nossa sociedade deve aceitar que eles existam tais como são. E deve lhes conceder os mesmos direitos. E não é obrigando-se a serem normais que os homossexuais conseguirão provar sua aptidão a criar seus filhos. Pois, ao buscarem convencer aqueles que os cercam de que seus filhos nunca se tornarão homossexuais, eles se arriscam a lhes dar, de si próprios, uma imagem desastrosa”.

Isto posto, com base nos arts. 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, defiro V. e P. a adoção de D., pelo que determino:

a) O cancelamento do registro original e a abertura de um novo, neste constando que a infante é filha de V. e P., sem mencionar as palavras pai e mãe. Da mesma forma, a relação com os avós, no registro civil, não explicitará a condição materna ou paterna;

b) Passará a infante a chamar-se D.;

c) Sem custas, nos termos do art. 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

d) Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao registro civil.

Porto Alegre, 03 de julho de 2006.

JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR,
Juiz da Infância e da Juventude.

8 – ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003, p. 195.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 220.123 RIO GRANDE DO SUL

Estado do Rio Grande do Sul, recorrente – Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Procurador(a/s)(es) – Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, recorrido(a/s) – Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Procurador(a/s)(es).

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário de acórdão que possui a seguinte ementa:

“Ação civil pública. Adolescente infrator. Art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Obrigação de o Estado-Membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores.

“1. Descabimento de denunciação da lide à União e ao Município. 2. Obrigação de o Estado-Membro instalar (fazer obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. 3. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária”.

O Estado do Rio Grande do Sul alega violação ao art. 227 da Constituição.

O tema do controle judicial das políticas públicas já foi apreciado por esta Corte. Ver, por exemplo, ADPF nº 45-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 29-04-04:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário

em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)".

Nesse sentido, ver RE nº 602.652, Rel. Min. Eros Grau, monocrática, *DJe*, de 13-10-09.

Do exposto, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 16 de novembro de 2009

Ministro Joaquim Barbosa, Relator.

EMENTÁRIO CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES. PREQUESTIONAMENTO – *Caso concreto. Bloqueio/sequestro de valores para garantir fornecimento de leite nan soy para tratamento de alergia alimentar (CID K-52.2) em criança. Aplicação da verba da saúde. A auditoria feita pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS – apurou aplicação de verba com beneficiamento do Estado com a aplicação dos recursos no mercado financeiro nacional, multiplicando os mesmos em até mais de 1000%. Também no mercado financeiro internacional houve aplicação. O documento aponta o investimento de R\$ 6,775 milhões. Do ponto de vista de justiça é difícil compreender o critério utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul na distribuição da verba destinada à saúde (por exemplo, aplicação no exterior). Bloqueio de valores. A orientação jurisprudencial da Corte autoriza o bloqueio de valores para o fim de garantir que os entes federados cumpram o direito fundamental à saúde. Prequestionamento. Pronta indicação de dispositivos legais e constitucionais que visa a evitar embargo de declaração com objetivo de prequestionamento. Precedentes jurisprudenciais do STJ e deste TJRS. Negado seguimento. Em monocrática. (Agravo de Instrumento nº 70036754737, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 07-06-10. Origem: Comarca de Santo Ângelo. Número de 1º grau: 51000001808)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. FORNECIMENTO DE EXAME. FRALDAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. BLOQUEIO DOS VALORES SUFICIENTES PARA GARANTIR O TRATAMENTO DA INFANTE: CABIMENTO – *Considerando que a qualidade de vida da infante é o bem tutelado, que a família não tem condições de arcar com os custos do tratamento necessário e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196 e CE, art. 241), não merece reforma a decisão que determina o fornecimento das fraldas. Deve-se manter a decisão que determinou o bloqueio/sequestro de valores em face ao descumprimento da determinação de fornecimento de exame, pois se discute, no presente caso, a saúde de infante enferma, direito assegurado a todos pela Constituição Federal (CF, art. 196 e CE, art. 241). Negado provimento ao agravo de instrumento, de plano. (Agravo de Instrumento nº 70036821742, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 07-06-10. Origem: Comarca de Santo Ângelo. Número de 1º grau: 50900165736)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. MEDICAMENTO. DIREITO DA ADOLESCENTE AO MEDICAMENTO DE QUE NECESSITA.

OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECÊ-LO. BLOQUEIO DE VALORES. CABIMENTO – 1. *O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o pronto fornecimento do medicamento de que necessita a adolescente.* 2. *Há exigência de atuação integrada da União, dos Estados e dos Municípios para garantir o direito à saúde de crianças e adolescentes, do qual decorre o direito ao fornecimento de medicamentos. Inteligência dos arts. 196 e 198 da CF e art. 11, § 2º, do ECA.* 3. *A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, desde que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que vem demonstrado nos autos. Inteligência do art. 273 do CPC.* 4. *É cabível o bloqueio de valores quando permanece situação de inadimplência imotivada do ente público, pois o objetivo é garantir o célere cumprimento da obrigação de fazer estabelecida na decisão judicial. Recurso desprovido.* (Agravo de Instrumento nº 70035749993, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 23-06-10. Origem: Comarca de Santo Ângelo. Número de 1º grau: 50900165159)

Agravo de instrumento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Fornecimento de tratamento ortodôntico. Adolescente portadora de moléstia que leva à impossibilidade de deglutição e má-fonação. Deferimento da antecipação de tutela no juízo a quo. Presença dos pressupostos para sua concessão. Prova inequívoca e possibilidade de dano. Direito à vida e à saúde. Garantia constitucional. Atestado fornecido pelo ente público municipal demandado. Ausência de violação ao princípio da universalidade. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento nº 70034249797, 7ª Câmara Cível, Rel. Dr. José Conrado de Souza Júnior, julgado em 23-06-10. Origem: Comarca de Santo Ângelo. Número de 1º grau: 50900160620)

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

HÁBEAS-CÓRPUS Nº 70033738279 8ª CÂMARA CÍVEL LAGOA VERMELHA

HÁBEAS-CÓRPUS. ECA. ATO INFRACIONAL. INTERNAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA QUANDO CONCEDIDA A REMISSÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Ainda que a adolescente tenha descumprido a medida socioeducativa aplicada com a remissão (Prestação de Serviço à Comunidade), descabe convertê-la incontinentemente para a internação. A regressão não exige apenas o reiterado e injustificado descumprimento da medida em meio aberto, pois “somente será cabível se resultar de sentença lançada no devido processo de conhecimento, asseguradas todas as prerrogativas de defesa” (lição de João Batista Costa Saraiva – *Compêndio de Direito Penal Juvenil*, 3ª ed., p. 140). Caso de violação à garantia do devido processo legal. Ordem concedida.

C. F. F., impetrante – A. O. S., paciente – J. D. J. I. J. M., coator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam, os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em conceder a ordem. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Srs. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Claudir Fidelis Faccenda.

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2010.

Des. Rui Portanova, Relator.

RELATÓRIO

Des. Rui Portanova (Relator) – Adoto o relatório do Ministério Público das fls. 73/73 verso: “Impetrante: C. F. F. Paciente: A. O. S. Autoridade: MM. Juíza de Direito do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Montenegro.

“Razões: Alega que a segregação do paciente se deu em decorrência de decisão que regrediu medida socioeducativa em meio aberto, em razão do descumprimento injustificado de remissão. Informa que foi aplicado ao paciente duas medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, durante 01 e 03

meses, com jornada de 8h semanais. Alega que a decisão afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Sustenta que o descumprimento da remissão não autoriza a regressão procedida. Pugna a imediata concessão da ordem (fls. 03/11). O pedido liminar foi deferido (fls. 58/9). Informações do Juízo (fls. 63/63v.).

O parecer do Ministério Público neste grau de jurisdição é concessão da ordem. É o relatório.

VOTOS

Des. Rui Portanova (Relator) – Estou acolhendo os exatos termos do parecer ministerial neste grau de jurisdição.

É bem de ver como a promoção do digno Procurador Antonio Cezar Lima da Fonseca enfrenta todos os temas trazidos no recurso em debate e, ao final, oferece solução tão adequada como coincidente com o entendimento deste Relator.

Desta forma, adoto como razões de decidir o parecer do Ministério Público neste grau de jurisdição de lavra do Procurador de Justiça Antonio Cezar Lima da Fonseca das fls. 73 verso e 74: “Conforme se depreende dos autos, foi postulada pelo agente ministerial, em duas ocasiões, a concessão da remissão ao paciente (fls. 30 e 42/3), forma cumulativa, a qual restou acatada pelo Juízo, determinando que fosse submetido à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (fls. 35/6 e 46).

“Contudo, o Juízo, ante a informação de descumprimento da medida, *regrediu* a prestação de serviços à comunidade, convertendo-a em *internação* (fl. 17).

“Realmente, a ordem de internação não está acertada. Como se sabe, a remissão é instituto que pode ser concedido *antes* de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, como forma de exclusão do processo (ECA, art. 126, *caput*).

“Destarte, o descumprimento da remissão *não* implica necessariamente o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade do adolescente, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, *exceto* a colocação em regime de semi-liberdade e a *internação* (ECA, art. 127).

“Como se não bastasse, a decisão das fls. 17/8 foi tomada sem que o jovem tivesse chance de ofertar defesa, sendo que o mero descumprimento da medida não determina necessariamente a regressão a uma medida que nem foi cogitada anteriormente. *In casu*, foi determinada a expedição de ordem de cumprimento de internação (fl. 18), sem que fosse oportunizada ao adolescente a apresentação de razões ao descumprimento.

“Evidentemente, não se quer desmotivar o Juízo, mas a regressão de um regime de liberdade (PSC) para um de segregação (internação) exige motivos de gravidade, com a oportunização de ampla defesa, sob pena de desvirtuar-se a regra de ser a internação excepcional.

“A regressão não exige apenas o reiterado e injustificado descumprimento da medida em meio aberto, pois somente será cabível se resultar de sentença

lançada no devido processo de conhecimento, asseguradas todas as prerrogativas de defesa', como ensina João Batista Costa Saraiva (*Compêndio de Direito Penal Juvenil*, 3ª ed., p. 140).

“Enfim, como disse nosso colega Afonso Konzen (*Pertinência Socioeducativa*, 1ª ed., p. 50), a perda da liberdade representa a perda de um dos bens mais valiosos da individualidade, valor em cuja defesa intransigente a civilização soube pactuar códigos de proteção, elevando as prerrogativas de defesa pessoal à categoria de direitos fundamentais”.

Ante o exposto, concedo a ordem. Expeça-se alvará de soltura se por *al* não estiver internado.

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Claudir Fidelis Faccenda – De acordo com o(a) Relator(a).

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

HÁBEAS-CÓRPUS Nº 2009.063104-6

1ª VARA CÍVEL

CANOINHAS

SANTA CATARINA

HÁBEAS-CÓRPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214, *CAPUT*, DO CP). INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO E DETERMINOU A IMEDIATA INTERNAÇÃO DOS PACIENTES. PLEITO RELACIONADO AOS EFEITOS DO RECEBIMENTO DO RECURSO. APELO QUE, VIA DE REGRA, ERA RECEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO, A TEOR DO ART. 198, INC. VI, DO ECA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.010/09 QUE REVOGOU CITADO DISPOSITIVO SEM DISPOR SOBRE A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE O ECA E O CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 198, *CAPUT*, DO ECA QUE ADOTA O SISTEMA RECURSAL PROCESSUAL CIVIL.

APLICAÇÃO DO ART. 520, INC. VII, DO CPC. RECURSO QUE DEVE SER RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO QUANDO SE TRATAR DE DECISÃO QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 108 DO ECA) DURANTE O PROCESSO QUE SE ENQUADRA NESTA ESPECIFICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA ADOÇÃO, PELO ESTATUTO, DO SISTEMA RECURSAL CIVIL. ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Hábeas-Córpus nº 2009.063104-6, da Comarca de Canoinhas (1ª Vara Cível), em que é impetrante Antônio Weinfurter, e pacientes F. J. C., F. O. T. S. e F. O.

Acordam, em 3ª Câmara Criminal, por maioria de votos, denegar a ordem. Vencido o Exmo. Desembargador-Relator que se manifestava no sentido de conceder a ordem. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de hábeas-córpus impetrado pelo advogado Antônio Weinfurter em favor dos adolescentes F. J. C., F. O. T. S. e F. O., contra ato tido como ilegal

do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, que lhes aplicou a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 214 do CP.

Aduziu o impetrante (fls. 2/5) que os adolescentes possuem bons predicados e que não há informação de que frustrarão o cumprimento da medida, caso confirmada a decisão de 1º grau. Aludiu que a imediata internação após a prolação da decisão foi arbitrária. Pugnou, assim, pela concessão da ordem, em caráter liminar, e sua posterior confirmação pelo Colegiado.

Indeferido o pleito liminar (fls. 42/43), foram solicitadas e prestadas informações (fls. 46/48).

Após, foram os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo não conhecimento do *writ*.

VOTO

De plano, mister esclarecer que a pretensão do impetrante está relacionada aos efeitos do recebimento do recurso – suspensivo e devolutivo –, pois intenta obstaculizar a imediata internação dos pacientes, ou seja, requer que esta seja perfectibilizada somente após o trânsito em julgado da decisão.

Preliminarmente, algumas considerações devem ser efetuadas quanto à manifestação do Procurador de Justiça Robison Westphal. O parecer das fls. 51/52 foi no sentido de que a via eleita não comporta discussão de provas e, como a decisão combatida foi aquela que examinou o contexto probatório e aplicou a medida de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 214 do CP, o *writ* não comporta conhecimento.

Todavia, ousou discordar de Sua Excelência, uma vez que, como mencionado anteriormente, o cerne da questão diz respeito ao efeito do recebimento do recurso e à imediata internação dos pacientes, situações que são passíveis de exame por meio de *habeas-cópus*. *Vide* deste Relator: HC nº 2008.038230-8, de Blumenau, j. em 25-07-08.

Quanto ao mérito, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre os efeitos do recebimento do recurso, estipulou que, via de regra, a insurgência deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, a teor do art. 198, inc. VI, da Lei nº 8.069/90. O Estatuto ainda adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil, ressalvadas as adaptações nele previstas (art. 198, *caput*, do ECA).

Adveio então a Lei nº 12.010/09, que dispôs em geral sobre a adoção, alterando e acrescentando diversos dispositivos no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 8º da Lei em comento revogou os incs. IV, V e VI do art. 198 do ECA, sem estipular qualquer outra forma de tratar a matéria revogada. De acordo com a novel legislação, não há mais regramento, no próprio Estatuto, relativamente aos efeitos nos quais o recurso deve ser recebido. Porém, a lacuna em evidência é de simples preenchimento, sendo suficiente uma interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Processo Civil para dirimi-la.

Por se tratar de matéria recursal deve ser adotado o sistema próprio do Código de Processo Civil e, de acordo com o art. 520 desta norma, a apelação deve

ser recebida, regra geral, no duplo efeito. O mesmo artigo, entretanto, elenca algumas situações em que o apelo deverá ser recebido apenas no efeito devolutivo e dentre elas se enquadra a hipótese em que o recurso é interposto contra sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” (art. 520, VII, do CPC).

Diante dessa dicção legal e seguindo o art. 198, *caput*, do ECA, poder-se-ia sustentar a possibilidade de aplicação do art. 520, VII, do CPC, haja vista que a internação provisória no curso da instrução, admitida pelo art. 108 do ECA, de certa forma apresenta-se como uma antecipação da medida socioeducativa, que é a tutela perseguida na ação destinada à apuração de ato infracional.

É notório que nos casos afetos à Infância e Juventude a internação pode ser decretada desde o início do processo (art. 108 do ECA), ou seja, quando ainda não há instrução probatória nem sentença. Todavia, a internação aplicada como medida socioeducativa necessita de prova cabal quanto à materialidade e à autoria do ato infracional, bem como do cumprimento dos requisitos do art. 122 do ECA.

Dessa feita, entender que a internação aplicada como medida socioeducativa apenas poderia ser irrogada após o trânsito em julgado e que a internação provisória poderia ocorrer a qualquer tempo, não seria lógico.

Se a legislação admite que o magistrado realize o menos (conter provisoriamente o adolescente, sem a análise probatória), não seria razoável que o mesmo legislador vedasse o mais (manter a contenção após a análise de todas as provas e conclusão sobre a responsabilidade do adolescente). *Mutatis mutandis*:

“Hábeas-cópus. ECA. Internação. Prescrição. Constrangimento ilegal não configurado. Recebimento da apelação. Efeito suspensivo. Descabimento. Internação provisória anterior. Manutenção da segregação. Da prescrição. Inocorrência da prescrição em concreto, porquanto o prazo prescricional da medida sócio-educativa de internação é de quatro anos. Dos efeitos da apelação. Em tese, é cabível o recebimento da apelação no efeito suspensivo, contra sentença que aplica a medida sócio-educativa de internação à adolescente, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação. Inteligência do art. 198, inciso VI, do ECA. No peculiar do presente caso, contudo, tendo em vista que contra o adolescente já havia sido determinada a internação provisória anterior a sentença, não se constitui em ato ilegal ou abusivo a decisão que recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo. Denegaram a ordem.” (HC nº 70025735556, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Rui Portanova, j. em 02-10-08)

Essas considerações se mostram necessárias para a compreensão do caso concreto, haja vista que, consoante melhor explanado acima, pretende o impetrante que os pacientes possam recorrer em liberdade da decisão que lhes aplicou a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 214 do CP.

Ocorre que nessa hipótese não pode ser aplicada subsidiariamente a inteligência da norma processual penal, recentemente alterada, no sentido de ser exigida a fundamentação para a prisão do réu após a prolação do édito condenatório (art. 387, parágrafo único, do CPP).

Sob esse viés, inexorável assinalar que o art. 152 do ECA autoriza, em relação aos procedimentos nele afetos, a aplicação subsidiária da norma processual pertinente. Ocorre que, no caso em comento, a questão envolve disciplina recursal, matéria em que o legislador foi explícito ao adotar a regra processual civil. Por isso, não podem ser invocados para a solução do conflito o Código de Processo Penal ou as diretrizes que norteiam o sistema jurídico processual penal. Até porque as medidas socioeducativas não possuem caráter de pena/sanção, mas função pedagógica.

Nem se diga que quando se tratar de internação-sanção outra solução deva ser tomada, haja vista que essa espécie de medida, definida pelo art. 122, inc. III, do ECA, tem cabimento quando o adolescente descumprir reiterada e injustificadamente outra anteriormente interposta.

Não é pelo fato de receber a denominação de “sanção” que ela se reveste desse caráter e autoriza a aplicação da norma processual penal, uma vez que essa modalidade representa apenas “o meio extremo legalmente previsto para a hipótese em que se faça necessária a regressão de uma medida anteriormente aplicada” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 818).

Posto isso, denega-se a ordem.

DECISÃO

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17-11-09, o Exmo. Des. Alexandre D’Ivanenko, com voto vencedor, e o Exmo. Des. Roberto Lucas Pacheco, com voto vencido. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2009.

Torres Marques, Presidente e Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Roberto Lucas Pacheco: “Ementa Aditiva do Exmo. Sr. Des. Substituto Roberto Lucas Pacheco:

“ ‘Hábeas-cópus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado a atentado violento ao pudor. Sentença de primeiro grau que impõe medida socioeducativa de internação. Determinação de expedição imediata de mandado de busca e apreensão.

“ ‘Apelação. Recurso recebido no efeito meramente devolutivo, a teor do art. 198, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Adolescentes que responderam ao procedimento de apuração de ato infracional em liberdade. Imposição cautelar da medida por *necessidade imperiosa* não demonstrada. Inexistência de circunstância nova que fundamente a imprescindibilidade da segregação cautelar, com base em elementos concretos constantes nos autos.

“ ‘Internação que somente poderá ser imposta após o trânsito em julgado da decisão, por força dos princípios constitucionais da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

“ ‘Legislador que, dentro do mesmo espírito reformador das normas processuais em vigor em face da Constituição, edita a Lei nº 12.010/09, sinalizando novo rumo ao intérprete.

“ ‘Pretensão de recorrer em liberdade que encontra amparo no sistema jurídico pátrio.

“ ‘Constrangimento ilegal caracterizado.’ ”

Ousei divergir da douta maioria porque, com o devido respeito, entendi que a ordem deveria ter sido concedida.

Com efeito, não se olvida que a jurisprudência pátria (Recurso em HC nº 20.530-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, da 5ª Turma, j. em 06-02-07), em sua maior parte, inclusive deste Órgão (HC nº 2008.038230-8, de Blumenau, Rel. Des. Torres Marques, j. em 26-08-08), mantinha entendimento de que, em regra, a apelação interposta em face de sentença que impunha medida socioeducativa de internação seria recebida apenas em seu efeito devolutivo, a teor do disposto no art. 198, inc. VI, do ECA.

É importante registrar, contudo, que este Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades, já se havia inclinado pela necessidade de o Juiz fundamentar a segregação provisória do adolescente (antes do trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de internação), conforme se apanha de julgado unânime da 2ª Câmara Criminal:

“Habeas-cópus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso de apelação. Efeito devolutivo em regra. Paciente que respondeu solto a representação. Juízo *a quo* que determina a execução provisória da internação. Ausência de fundamento para a medida extrema (art. 108 da Lei nº 8.069/90). Pretensão de responder em liberdade o recurso – viabilidade – constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.” (HC nº 2007.008662-3, de Chapecó, Rel. Des. Substituto José Carlos Carstens Köhler, j. em 27-03-07)

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

“A ordem deve ser concedida.

“Segundo a dicção do inc. VI do art. 198 do ECA, a regra geral para o recebimento do Recurso de Apelação é o devolutivo, o que permitiria a execução imediata da sentença condenatória antes mesmo do trânsito em julgado.

“O mesmo dispositivo legal elenca duas hipóteses de exceção para a regra supracitada, traduzindo que o recurso será recebido no efeito suspensivo quando a apelação for interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

“Consoante se pode aferir das informações da Autoridade coatora, nenhum dos casos mencionados subsistiu, tanto que o Juízo *a quo* determinou a execução imediata da medida restritiva de liberdade, respaldado na primeira parte do inc. VI do art. 198 da Lei nº 8.069/90.

“Ocorre que o Paciente – conforme se conclui da cópia da sentença (fls. 22/27) – respondeu solto a representação que lhe foi imputada e, embora de sabença geral que até mesmo a internação provisória é possível em sendo a medida necessária – art. 108 e seu parágrafo único, do ECA – tal situação ocorreu.

“Nessa senda, a não ser que na oportunidade da entrega da tutela jurisdicional, por haver se alterado o quadro fático que autorizava ao Infante responder a apuração do ato infracional em liberdade, o magistrado fundamentasse a necessidade do recolhimento imediato do Menor para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei, exsurge como verdadeiro contrasenso a impossibilidade de o Paciente aguardar solto o julgamento de seu Apelo.

“Note-se que restou ausente no *decisum* essa motivação (fls. 26/27).

“Por esta alheta já caminhou o Superior Tribunal de Justiça:

“Estatuto da Criança e Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de roubo. Condenação. Internação. Apelação. Efeito suspensivo. Fundamentação. Ausência.

“O ato infracional análogo ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da internação, pois amolda-se ao enunciado do inciso I do art. 122 do ECA (ato cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa).

“É insuficiente a simples alusão ao dispositivo legal para conceder ou não o efeito suspensivo na apelação (art. 198, inc. VI do ECA).

“A referência à letra da lei é motivação genérica, e não atende ao preceito constitucional do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

“A ausência de fatos concretos e fundamentação objetiva obsta a internação provisória, sobretudo quando o paciente permaneceu solto durante a instrução processual.

“Ordem concedida parcialmente para que o paciente possa aguardar o julgamento de sua apelação em liberdade.” (RHC nº 15.377-SP, Min. Paulo Medina, j. em 21-10-04)

“Finalmente, ressalte-se que se esse é o tratamento conferido ao maior ao ter respondido o processo em liberdade – mesmo não se perdendo de vista que no sistema do CPP a regra geral é o efeito suspensivo (art. 597) – e desde que não tenha se modificado o delineamento fático que assim autorizou a custódia cautelar, com muito maior razão se diga em relação ao adolescente – pessoa em peculiar condição de desenvolvimento – que em tese pode ter a prestação jurisdicional modificada na instância *ad quem*, podendo a internação lhe trazer danos irreparáveis, sem que para tanto haja fundamento a justificar a medida socioeducativa provisória.

“É o quanto basta”. (o destaque em negrito constante no original foi substituído pelo itálico, o sublinhado não constava no original)

Como bem destacou na ementa o referido Relator, tratando-se de caráter cautelar (antes do trânsito em julgado), o Juiz somente deverá restringir a liberdade do adolescente em casos de imperiosa necessidade, em razão da incidência do princípio da presunção do estado de inocência acima tratado. Dispõe o art. 108 do ECA:

“Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

“Parágrafo único. *A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.*”

Conquanto se reconheça que o sistema recursal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 198, *caput*) seja aquele previsto no Código de Processo Civil, é de se notar que com o advento da Lei nº 11.719/08, que adequou a legislação processual penal aos comandos constitucionais, o legislador demonstra ter deflagrado procedimento de adequação das normas infraconstitucionais aos princípios da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, até mesmo para os acusados imputáveis, ou seja, com plena compreensão da ilicitude de seu ato e que possuem o direito de recorrer em liberdade, como regra. Assim, do Código de Processo Penal:

“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

“I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

[...]

“Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (o sublinhado não consta na redação original).”

Aliás, a adoção da mecânica do sistema recursal do processo civil, segundo penso, tem a intenção de conferir ao adolescente maiores garantias, dada a situação peculiar reconhecida constitucionalmente, jamais podendo ser invocado instituto do processo civil para reduzir sua proteção especial, que é mandamento constitucional.

Por conseguinte, não se mostra razoável que os princípios referidos, inspiradores dessas alterações recentes da legislação, que apenas reconheceram amplo domínio da jurisprudência nesse sentido, não se estendam ao adolescente, a quem a própria Constituição da República Federativa do Brasil destinou proteção especial, excepcionando a aplicação da medida privativa de liberdade, por reconhecê-lo como “pessoa em desenvolvimento”. Da Constituição Federal:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

“§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...]

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

Segundo meu sentir, o legislador, motivado por essa onda de adaptação das normas à interpretação que os Tribunais Superiores vinham conferindo à Constituição, amoldou o Estatuto da Criança e do Adolescente à nova realidade. Perceba-se que o art. 198, inc. VI, do referido Estatuto tinha a seguinte redação à época da sentença:

“Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações: [...]

“VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.”

Todavia, o dispositivo, sempre invocado para sustentar a inexistência do efeito suspensivo da apelação que visa a desconstituir sentença que impôs medida socioeducativa de internação, foi modificado pela Lei nº 12.010/09, publicada em 02-09-09 e que entrou em vigor no último dia 2 de dezembro.

É indubitável que o fundamento desse entendimento, até então predominante, desaparece com a revogação expressa do inc. VI do art. 198 do ECA, indicando, o legislador, que o efeito meramente devolutivo, originalmente previsto na norma em comento, não encontra mais amparo no sistema vigente.

Ressalto que, no tocante aos agentes culpáveis, este Relator já vinha defendendo a tese de que a restrição de liberdade cautelar, no atual sistema jurídico, tem caráter excepcionalíssimo, em razão dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, daqueles que dele decorrem, como o da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Portanto, sob pena de representar verdadeira antecipação da restrição da liberdade dos adolescentes, que antecede a certeza a ser trazida pelo futuro trânsito em julgado da decisão que decretou a internação, a imposição antecipada da medida deverá se restringir àquelas hipóteses em que for demonstrada a sua “necessidade imperiosa”.

Colhe-se do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

“Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.” (sublinhou-se)

Contudo, é indiscutível que o regime democrático e os princípios da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, que não podem ser interpretados de forma absoluta, coadunam-se perfeitamente com a necessidade de, excepcionalmente e em caráter cautelar, restringir-se a liberdade de locomoção de adolescente que responda a procedimento em que se apura a prática de ato infracional, a fim de possibilitar a aplicação da lei, desde que atendido o critério da cautelaridade.

É preciso registrar, também, que, no caso em tela, os adolescentes responderam ao procedimento de apuração dos atos infracionais em liberdade e o magistrado não havia detectado, durante toda a instrução, qualquer elemento indicador da necessidade da aplicação da medida cautelar. Na sentença, entretanto, determinou

a expedição imediata do mandado de busca e apreensão sem apontar, com base em elementos concretos, quais os fatos que alteraram a situação anterior, a ensejar a restrição cautelar da liberdade dos adolescentes.

Acerca do direito de o imputável (com desenvolvimento mental completo) recorrer em liberdade, aliás, já relatei o HC nº 2009.003485-7, de Araquari, que resultou em decisão unânime desta Câmara, proferida no último dia 10 de fevereiro, da qual transcrevem-se excertos:

“A meu ver, a ordem deve ser concedida para garantir o direito da paciente de recorrer em liberdade.

“Pretende o impetrante a concessão do direito de recorrer em liberdade à paciente Mariza Cristina de Brito ao argumento de que ela permaneceu solta durante toda a instrução criminal, além de não estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código Penal. [...]

“*Data venia*, examinando-se os autos não se constata a presença dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar. [...]

“Ora, analisando-se os documentos juntados aos autos, a paciente deveria, em tese, ter sido detida em flagrante delito. Todavia, não se discute aqui o mérito dessa situação, pois, em verdade, a paciente permaneceu solta durante toda a instrução processual, restando presa somente com o advento da sentença condenatória que lhe negou o direito de recorrer em liberdade.

“Nesse norte, a jurisprudência vem decidindo que, permanecendo o paciente solto e acompanhando a instrução processual, a negativa do direito de recorrer em liberdade só se justifica se explicitamente fundamentada nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. [...]

“Não bastasse isso, não subsiste o argumento de que a segregação cautelar da paciente se faz necessária em face da pena fixada, da natureza e da gravidade do crime praticado, uma vez que os motivos que ensejam a prisão preventiva devem estar calcados em elementos concretos que claramente demonstrem a necessidade de prisão da paciente em prol da garantia da ordem pública, seja para acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça ou para prevenir a reiteração da prática criminosa.

“Ademais, em recente julgamento (Hábeas-Córpus nº 84.078, de 05-02-09), o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o entendimento de que a segregação cautelar deve ser tida como forma excepcional de prisão, persistindo na obrigação de o magistrado verificar, no caso em concreto, se estão presentes os requisitos legais da prisão preventiva ao negar o direito do réu de recorrer em liberdade. [...]”

Dessarte, diante dessa interpretação da matéria extraída das referidas leis em face da Constituição, não haveria sequer a necessidade de alteração da norma para que se passasse a adotar esse entendimento, conforme se depreende do julgado deste Tribunal, da relatoria do Des. José Carlos Carstens Köhler, acima transcrito.

Penso ser esse o momento adequado para a revisitação do tema, com muito mais razão nessa quadra das inovações legislativas que estamos presenciando,

uma vez que, como já foi enfatizado, o legislador sinalizou outro rumo, atribuindo ao apelo, em sede de legislação protetora da criança e do adolescente, o duplo efeito, por representar maior garantia ao seu direito à liberdade enquanto não passada em julgado a decisão impositiva da medida socioeducativa de internação.

Essa interpretação parece estar conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal quando, a respeito da preservação da liberdade do adolescente infrator, *mutatis mutandis*, já externou:

“Estatuto da Criança e do Adolescente – Interpretação. O Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. Estatuto da Criança e do Adolescente – Segregação. O ato de segregação, projetando-se no tempo medida de internação do menor, surge excepcional, somente se fazendo alicerçado uma vez atendidos os requisitos do art. 121 da Lei nº 8.069/90, não cabendo a indeterminação de prazo.” (HC nº 85.598, Rel. Min. Marco Aurélio, da 1ª Turma, j. em 25-10-05)

Em razão desses fundamentos, votei pela concessão da ordem, a fim de possibilitar aos pacientes que apelassem em liberdade da sentença que lhes impôs medida socioeducativa de internação. Foram estas as razões de minha divergência.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2009.

Roberto Lucas Pacheco.

DOUTRINA ESTRANGEIRA

DAS RELAÇÕES PÚBLICAS AO NEOMENORISMO: 20 ANOS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA NA AMÉRICA LATINA (1989-2009)

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Jurista argentino, presidente da Fundação Sur-Argentina

“Donde una libertad se quiebra las demás vacilan. Las libertades no están solas, las libertades son una. Por eso, en una hermosa paradoja, las libertades vienen en cadena. En la única cadena que el hombre puede soportar sin que pierda su razón de ser, la cadena de las libertades, que debe rodear al hombre, envolverlo, pegarse a su cuerpo y a su espíritu.”

Pedro Gómez Valderrama, *Muestras del Diablo*, Bogotá, 1958.

I. Introdução

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (que daqui adiante será chamada apenas de “a Convenção”) acaba de cumprir vinte anos de vigência. São vinte anos, tempo suficiente para realizar um balanço acerca de seu impacto e perspectivas na América Latina?

Conta-se que, durante as principais celebrações dos 200 anos da Revolução Francesa em 1989, o então presidente Mitterrand, em um pequeno jantar com os líderes dos países mais importantes do mundo, anunciou, em tom de brincadeira, que colocaria em posição incômoda o então primeiro-ministro chinês Deng Tsiao Ping. Fiel a sua promessa, durante a sobremesa o presidente francês solicitou ao seu homólogo chinês sua opinião acerca da Revolução Francesa. “Acho prematuro um julgamento, seria conveniente deixar a poeira baixar”, dizem que respondeu com apurada ironia o hóspede chinês. Uma anedota que, “se não é verdade, foi muito bem inventada”, como diriam os italianos. Não concordo com a opinião do Sr. Deng e, além disso, acho que a legitimidade de um balanço não se deveria medir pelo número de anos, e, sim, pelas transformações que efetivamente aconteceram.

Estou ciente de que se poderia escrever um livro de grandes dimensões com os problemas e, sobretudo, com os retrocessos aos quais o processo de implementação da Convenção tem sido submetido no mundo em geral e nesta região em particular. No entanto, um balanço “pragmático”, que priorize os tradicionais passivos e ativos, corre o risco de consolidar uma visão superficial e burocrática de custos e benefícios, reduzindo-a a um mero compromisso político conjuntural, ignorando a dimensão das enormes transformações culturais que sua simples existência implica. Em uma perspectiva como esta, a própria Revolução Francesa, que marca a entrada do Ocidente na modernidade, ou mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, poderiam ser considerados esforços inúteis dignos de melhor causa.

Obviamente, não compartilho dessa visão reducionista, e acima de tudo fragmentária, de acontecimentos que indicam rupturas culturais profundas que exigem um tipo diferente de análise, perspectiva para a qual eu destino esta ocasião. Além disso, nesses casos trata-se de começar por perguntar-se como devemos nos posicionar diante das promessas não cumpridas, mas efetivamente realizadas, das diversas expressões da modernidade. Nesse sentido, vale lembrar que a própria Convenção pode ser entendida como uma espécie de Revolução Francesa que chegou à infância com duzentos anos de atraso.

Se descartamos a indiferença, o *qualunquismo* e o *déjà vu*, variações de um pragmatismo vulgar e a curto prazo, há duas posições possíveis a serem adotadas diante das promessas não cumpridas da modernidade: ou rebaixamos os níveis de exigência para nos “adaptarmos” à realidade ou trabalhamos para o cumprimento das promessas, com a dose adequada de indignação moral e paciência histórica que um desafio como esse nos impõe.

Ciente do pesado fardo que implicam as diferentes variações de um “realismo” imobilizador, justificador eterno de abusos à dignidade humana, não tenho dúvidas em escolher a segunda das opções apresentadas. Afinal de contas, o direito não é outra coisa senão “a luta pelo direito”, como alegava o realismo lúcido e comprometido com a causa dos direitos humanos de uma pensadora contemporânea como Hannah Arendt.

Esclareço que as questões objeto deste texto estão sendo consideradas em termos gerais para toda a América Latina. Em que medida as tendências que esta análise procura expor se verificam com maior ou menor intensidade nos diversos contextos nacionais, deverá ser matéria dos debates e discussões posteriores que um texto como este pretende suscitar.

II. As perguntas

Proponho começar a revisão crítica proposta em torno de duas perguntas que auxiliem a estruturar a análise: *a)* que fatos e circunstâncias do mundo social tornaram possível a aprovação da Convenção? e *b)* que continente era este no momento da aprovação da Convenção em 1989?

É bastante provável que pensar uma Convenção, vista como um instrumento internacional de direitos humanos de caráter vinculante, que concebe crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, estivesse e esteja fortemente vinculado a um difuso e difícil de apreender, mas palpável, processo de democratização das relações familiares e, mais especificamente, com uma mudança profunda, mas não sempre perceptível, das relações entre pais e filhos¹. São as peculiaridades desse processo, ainda em curso, mas incompleto, que remetem para uma melhor compreensão da relação entre o direito e a realidade. Qualquer visão crítica sobre o assunto enfrenta o desafio de

1 – Para uma análise histórica específica das transformações nas relações entre pais e filhos, cfr. ELIAS, Norbert. *La Civilización de los Padres*. In *La Civilización de los Padres y otros Ensayos*. Bogotá: Ed. Norma, 1998.

superar o lugar-comum que, quase invariavelmente, afirma que necessitamos um direito “que reflita nossa realidade”. Coerente com esse “senso comum”, uma lei de educação, por exemplo, não deveria afirmar que a educação é um dever do Estado e um direito para todos, mas que a educação é apenas um direito daqueles cujos pais gozem de um determinado nível econômico. Pelo contrário, a partir de uma perspectiva genuína dos direitos humanos, insere-se no direito aquilo que não existe na realidade e que se quer criar (uma educação de qualidade, por exemplo) ou aquilo que existe e que se quer eliminar (a violência contra as mulheres e crianças, por exemplo).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pedra angular dos direitos humanos, começa afirmando a igualdade de todos os seres humanos. Por que a Declaração afirma isso? Precisamente porque os seres humanos não são iguais. A igualdade não existe na natureza, pelo contrário, necessita um fato político fundador que a afirme por meio de uma norma jurídica. Se efetivamente todos os seres humanos fossem iguais, as declarações de direitos humanos seriam supérfluas e desnecessárias. Se o processo de democratização das relações familiares estivesse completo, a Convenção seria inútil.

Em outras palavras, como o processo de democratização das relações familiares está em andamento no mundo social, a Convenção tem sido pensada e possibilitada, mas, como este processo não está apenas incompleto, mas também repleto de resistências, a Convenção é necessária.

Em suma, estou profundamente convencido de que este é o pressuposto mais adequado para entender a Convenção – que não está isenta de ambiguidades e contradições –, não como um mero trâmite administrativo burocrático, mas, pelo contrário, como a expressão de uma profunda transformação cultural no processo histórico em que se inserem e se desenvolvem as relações entre pais e filhos em particular, e entre a infância e o mundo dos adultos em geral. Dessa forma, a Convenção pode ser entendida como a expressão jurídica de profundas transformações socioculturais. Seu caráter de divisor de águas no processo histórico de mudanças nas relações familiares provém especialmente do fato de apresentar-se como uma alteração substancial do núcleo duro que historicamente tem regulado as relações entre pais e filhos ou, se preferirem, entre a infância e os adultos em geral. Núcleo duro constituído simplesmente pelo comportamento abertamente arbitrário e discricionário na interpretação e tratamento das necessidades da infância.

Para sintetizar, digamos que não é precisamente a autoridade dos pais ou das instituições o que a Convenção considera ilegítimo. Estou convencido de que, nestes tempos, crianças e adolescentes necessitam mais do que nunca da autoridade dos pais e das instituições. O que a Convenção considera como a mais absoluta ilegitimidade é o autoritarismo entendido como “autoridade” sem fundamentação. Em outras palavras, o que a Convenção considera cultural e juridicamente ilegítimo é o tratamento discricionário e arbitrário das necessidades da infância. A Convenção tem como objetivo as necessidades reais da infância e as transforma em direitos aplicáveis. Esta é concretamente a passagem das necessidades aos direitos. Nada mais, porém tampouco nada menos.

Vamos agora à segunda das perguntas. Quais as circunstâncias históricas que marcaram o surgimento da Convenção na América Latina?

No final dos anos 80 do século passado, grande parte dos países sul-americanos estava saindo, com maiores ou menores marcas em suas recentes democracias, da longa noite do autoritarismo que significaram as ditaduras militares. Contudo, se o autoritarismo e a brutalidade foram o denominador comum de todas as ditaduras, suas políticas específicas, por múltiplas circunstâncias que não cabe analisar agora, se diferenciavam significativamente. Nesse sentido, talvez a mais articulada e a única com verdadeiros planos estratégicos de permanência no poder tenha sido a mais longa de todas: a ditadura militar brasileira. Uma ditadura que desenhou e colocou em prática políticas sociais para a infância que incluíam uma estratégia normativa específica através de um “Código do Menor” de 1979, cujo conteúdo e alcances são muito pouco conhecidos no restante da América Latina². Esses fatos, juntamente com o dinamismo dos movimentos sociais de resistência, principalmente no campo das políticas para a infância (única posição medianamente tolerada pelo regime militar em meados dos anos 80 do século passado), fazem do Brasil um lugar de observação privilegiado da recepção da Convenção na América Latina.

III. As respostas

Não é difícil caracterizar as políticas sociais para a infância do regime militar brasileiro³. Isso na medida em que, para começar, as mesmas não podiam deixar de refletir a política global expressa pelo governo ditatorial. Desse modo, as políticas sociais para a infância, além do seu conteúdo explicitamente autoritário, resultavam muito centralizadas, burocráticas, e, acima de tudo, privilegiavam a institucionalização (um mero eufemismo para nomear a privação da liberdade) como a medida mais “intensa” de “proteção”. Assim, em contraposição a tais políticas, foi

2 – A escassez de estudos históricos sobre a infância, assim como a aprovação antecipada, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conspiraram contra a possibilidade de um maior conhecimento e difusão de um “avançado” texto judicial do menorismo na América Latina, que renovava e atualizava as clássicas legislações menoristas de caráter histórico, como a Lei Agote da Argentina (Lei nº 10.903, de 1919), o Código da Criança do Uruguai, de 1934, e o próprio Código Brasileiro de Melo Matos, de 1928. A crescente abordagem doutrinária e pessoal das novas posições neomenoristas a respeito do neomenorismo clássico exige uma revisão um pouco mais detalhada e aprofundada dos textos “clássicos” do menorismo defensor da doutrina da “situação irregular”, sobretudo para colocar em evidência o retorno às raízes da “compaixão-repressão” nos novos textos neomenoristas, que criticam de modo prejudicial e vergonhoso as posições e os movimentos sociais e doutrinários que surgem a partir da Convenção na década de 90 do século XX.

3 – Dois textos claros e específicos sobre o assunto são chaves para a reconstrução pormenorizada desse período: *Evolución del Derecho Brasileiro del Niño y del Adolescente*, de Edson Sêda, e *Del Menor al Ciudadano-Niño y al Ciudadano-Adolescente*, de Antônio Carlos Gomes da Costa. Ambos os textos se encontram no livro *Del Revés al Derecho. La Condición Jurídica de la Infancia en America Latina. Bases para una Reforma Legislativa*, de Emilio García Méndez e Elías Carranza (organizadores), Ed. Galema, Buenos Aires, 1992.

crescendo, no seio da sociedade civil, um amplo movimento alternativo⁴, que privilegiava a descentralização e enfoques não burocráticos baseados especialmente em dispositivos comunitários.

Já se faz presente aqui a questão da liberdade, como verdadeiro divisor de águas para entender a forma e a essência da política social em geral e da política social para a infância em particular.

A questão dos meninos de rua⁵ adquiriu um caráter emblemático, na medida em que sintetizou o cerne do posicionamento em relação a todos os problemas da infância. Se, por um lado, a denúncia sobre a existência dos meninos de rua constituía uma forma de colocar em evidência a face obscena do milagre econômico do qual se vangloriava o governo militar, por outro, a glorificação desses meninos parecia legitimar a proliferação de propostas para construir inumeráveis e minúsculos projetos que, com maior ou menor nível de messianismo, se apresentavam como radicalmente alternativos às estruturas estatais.

A escola e a família, como instituições “conservadoras” (aparato ideológico do Estado, como se dizia na época) para alguns, e frágeis e inúteis para outros, terminaram sendo paradoxalmente as vítimas políticas privilegiadas do autoritarismo econômico e do messianismo social. Portanto, é verdade também que, na medida em que os setores mais lúcidos e menos corporativos da sociedade civil foram percebendo a dimensão quantitativa insignificante (medida em termos de quantidade de crianças) desse enfoque *alternativista* com relação ao número total de crianças nas diversas situações de risco, foi sendo produzido, enquanto avançava também a abertura democrática, um esgotamento conceptual do enfoque e uma crescente passagem a posições que muito precisamente o pedagogo brasileiro Antônio Carlos Gomes da Costa denominou *alterativistas*. Na realidade tratava-se de reconhecer, na abertura democrática, a possibilidade de um salto qualitativo na política social por meio da interlocução crítica com os poderes do Estado. Em outras palavras, se instaurava um novo conceito de política pública, entendida como uma articulação – não sem conflitos – entre o governo e a sociedade civil.

Lentamente a necessidade de reproduzir de forma ampliada as melhores experiências da sociedade civil foi ganhando espaço. A nova Constituição de 1988, cujo art. 227 constituía uma síntese daquilo que um ano mais tarde seria aprovado como

4 – Eram duas as principais vertentes ideológicas desses movimentos sociais no Brasil da década de 80 do século XX. Nesse sentido, é possível entender as diferenças mesmo nos temas de forte coincidência em matéria de política social. Enquanto grupos da esquerda laica asseguravam que os “meninos de rua” constituíam a manifestação das contradições do sistema capitalista que estava muito próximo ao seu colapso, os grupos de base da Igreja Católica sustentavam que esses meninos eram pequenos Cristos que anunciavam a chegada de um novo mundo. Em ambos os casos, paradoxalmente, o aumento do número desses meninos era entendido como um fato positivo.

5 – Para a melhor análise existente destinada à compreensão da lógica política e cultural da questão dos meninos de rua, cfr. COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Niños y Niñas de la Calle: Vida, Pasión y Muerte*. Edição da UNICEF, escritório da Argentina, 1998.

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁶, abriu definitivamente as portas para a primeira reforma legal de novo tipo na América Latina: O Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, aprovado em julho de 1990.

Todos os termos do debate brasileiro extrapolam, de forma bastante direta, o resto dos países da América Latina, inclusive aqueles onde a situação política e social era notadamente diferente da realidade das ditaduras militares.

É precisamente nesse contexto de tensão entre o *alternativismo* e *alterativismo* que a Convenção desembarca na América Latina.

Nessas condições, era quase óbvio que a recepção da Convenção ia despertar reações que oscilavam entre a indiferença e a refutação, no interior do incipiente e heterogêneo movimento dos direitos pela infância; tanto por se tratar de um instrumento de caráter jurídico, quanto por sua origem “distante”, já que se tratava de um instrumento internacional produzido pelas Nações Unidas.

A ideia dominante era que aqueles que trabalhavam na ação direta com as crianças não podiam nem deviam perder tempo com questões menos importantes e, além disso, de caráter “superestrutural”. Não muito diferente, inclusive nas razões que motivavam a posição, foi a reação institucional da UNICEF. Temia-se, muito sinceramente em minha opinião, que se ocupar de um instrumento dessa natureza (lembrando que a UNICEF teve pouca ou nenhuma participação nos debates que levaram à aprovação da Convenção) dispersasse recursos humanos e materiais preciosos para a luta em prol do bem-estar da infância. Praticamente nenhuma conexão era possível (muito menos desejável) entre a lei e a condição material da infância. Sendo assim, a UNICEF relegou, no momento de sua aprovação, a incômoda questão da Convenção a um desconhecido departamento de relações públicas.

No fundo, a coincidência entre os diversos atores era ainda maior. Parecia que apenas uma soma de projetos fragmentados do governo e da sociedade civil (preferencialmente desta última) podia contribuir para o aumento do bem-estar da infância. A fusão dessas posições foi fácil de conseguir: a mesma se concretizou no apoio financeiro e, sobretudo, na documentação dessas experiências para sua reprodução e disseminação.

Acreditava-se que o futuro das políticas públicas sociais, assim como a tão esperada melhoria das condições materiais da infância, se encontravam na multiplicação infinita de “modernos” projetos alternativos para os “meninos de rua”.

Passados mais de 20 anos desses acontecimentos, alguns desses projetos “piloto”, verdadeiros resquícios de outra era geológica, subsistem enfadonhamente como lembrança e testemunho do passado, no museu de cera das políticas sociais.

Na década de 90, o tema do trabalho infantil começou a deslocar o tema dos “meninos de rua” como questão emblemática da infância na região. Assim, surgiram na

6 – O fato circunstancial de que um dos redatores da Convenção residia no Brasil permitiu um conhecimento antecipado da mesma, já que incontáveis rascunhos da Convenção circulavam, entre os ativistas do movimento social brasileiro, muito antes de sua aprovação. O art. 227 da Constituição Brasileira de 1988 não é outra coisa senão uma síntese de toda a Convenção, inclusive mais de um ano antes de sua aprovação.

região novas organizações de “crianças trabalhadoras” (invariavelmente manipuladas pelos defensores das posições mais extremadas do velho movimento *alternativista*), que, além disso, propunham a glorificação do trabalho infantil como a forma mais legítima de participação da infância. Não é por acaso que projetos desse tipo (cuja primeira e principal vítima foi e é a escola pública) tenham aparecido com muito mais força justamente naqueles países (Peru, Bolívia e Paraguai) em que historicamente a instituição escolar não tem ocupado um lugar privilegiado no imaginário social. Por outro lado, nos países onde, apesar da deterioração da escola, ela continuava tendo lugar privilegiado no imaginário social, esses projetos não floresceram e seus defensores permaneceram (e permanecem) com muito pouca visibilidade, reivindicando de modo constrangedor não apenas a inevitabilidade como também as “bondades” do trabalho infantil.

Foi com o tema das diversas estratégias de participação infantil que se tentou concluir um debate que, lamentavelmente, não alcançou a visibilidade e profundidade necessárias para oxigenar as discussões sobre a política social, sufocadas pelo pseudocientificismo de estudos simplistas sobre as “novas” formas de pobreza. Tal como afirmou em dado momento Eduardo Bustelo, os *“modernos ‘estudos minimalistas’ sobre a fenomenologia da pobreza cumpriram com eficácia a função não declarada de relativizar e, sobretudo, abandonar a rica corrente de estudos sobre a concentração da riqueza”*⁷.

IV. As etapas da Convenção na América Latina

Em um texto anterior, publicado pela primeira vez no ano de 2004⁸, ensaiei pela primeira vez uma periodização do processo de implementação da Convenção Internacional na América Latina. Uma periodização relacionada especificamente ao processo das reformas legais necessárias que se desprendem do art. 4 da Convenção, destinadas a harmonizar a legislação interna com o espírito e a letra do texto internacional (*“Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção...”*).

A ideia de privilegiar um enfoque dessa natureza se deveu especialmente ao fato de que a experiência mostra que, se de um lado a mera reforma legal não implica de forma alguma garantia de efetiva implementação da Convenção, sua ausência constitui, paradoxalmente, uma quase garantia de sua não implementação.

Distingui nesse momento, considerando a América Latina em seu conjunto, três períodos claramente diferenciados, que aqui recrio e amplifico de forma bastante livre em relação ao texto anterior.

7 – Sobre este ponto específico, cfr. o artigo de Eduardo Bustelo, *La Política Social sin Política*, trabalho apresentado no *Encuentro Internacional de Políticas Sociales e Institucionalidad Pública*, organizado pela Universidade Andina Simón Bolívar. Quito, Equador, 28 a 30-04-08. Publicado em *Saúde em Debate*, vol. 31, nºs 75/76/77, jan.-dez./2008, pp. 194-209, Porto Alegre, Brasil.

8 – Refiro-me a MÉNDEZ, Emilio García. *Entre el Autoritarismo y la Banalidad: Infancia y Derechos en America Latina*. In MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (compiladores). *Infancia, Ley y Democracia en America Latina*. Bogotá: Temis, 2004.

a) *Primeiro período (1989 a 1991): ratificação da Convenção, incorporação formal à legislação interna.*

O primeiro período está caracterizado pela ratificação da Convenção por parte dos governos, assim como sua incorporação formal à legislação interna, sem nenhuma alteração, no entanto, da legislação nacional preexistente. Vale lembrar que em nenhuma outra região do planeta se produziu e se celebrou com tal força em seu tempo um processo mais amplo e acelerado de ratificação da Convenção do que na América Latina.

Retrospectivamente, a visão daquele processo é um pouco menos “heroica” que atualmente. O mesmo provavelmente se deveu, mais do que a um nível de consciência elevado, à irresponsabilidade dos dirigentes políticos da região que não previram nenhuma consequência prática (e justamente por isso prosseguiram de forma decidida) de um gesto que se percebia unicamente como simpático no contexto da comunidade internacional. Nesse caso, é bom dizer e reconhecer, a irresponsabilidade se articulou perfeitamente com a superficialidade no tratamento da questão. Em outras palavras existia uma crença tão implícita quanto generalizada sobre o caráter “gratuito” da ratificação da Convenção. É precisamente durante esse período, como foi antecipado aqui, que a UNICEF circunscreveu tudo aquilo referente ao tratamento da Convenção a uma seção interna de relações públicas praticamente desconhecida, localizada na sede central da organização. Tratava-se na verdade, também para uma organização internacional, de cumprir um “distante” compromisso promovido pelas Nações Unidas, mas – de forma bastante similar à atitude das organizações não governamentais de base – sem afetar tudo aquilo que se entendia como o cerne das ações concretas a favor do bem-estar da infância.

b) *Segundo período (1992 a 1997): expansão jurídico-cultural dos direitos da infância e da juventude.*

Pode ser caracterizado como um período de expansão jurídico-cultural dos direitos da infância e da juventude. Ou seja, o período durante o qual é realizada a maior parte das reformas legais e, em muito menor grau, aquelas reformas de caráter institucional que deviam necessariamente seguir-se às reformas de caráter legal⁹.

c) *Terceiro período (1997 a 2009): involução autoritária pelo desmantelamento das garantias.*

9 – Sobre todo o processo de reformas legais na América Latina pode-se consultar a análise exaustiva realizada em MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary. *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (compiladores), Bogotá: Temis; Buenos Aires: Palma, 1998. Existem duas edições posteriores corrigidas e principalmente atualizadas de 1999 e 2004.

Apenas o Brasil, primeiro país da região que realizou uma verdadeira reforma substancial de sua legislação interna, resultado da ratificação da Convenção, realmente avançou no posterior processo de reformas institucionais. A descentralização efetiva do órgão nacional encarregado das questões da infância (que era chamado FUNABEM) e a transferência da execução das políticas aos órgãos inferiores da administração (Estados e Municípios) deixaram ao novo órgão central (FCBIA) as funções de financiamento e principalmente de coordenação e elaboração das políticas nacionais. Tratava-se, em cumprimento a um princípio básico da administração moderna, de separar funcionalmente os órgãos de execução dos órgãos de controle e coordenação. Esse processo não apenas não se verificou com tal intensidade em outros países da região, mas pode-se afirmar que essa antiga instituição, com suas diversas denominações, encontra-se hoje mais fortalecida, mais centralizada e acima de tudo mais funcional aos enfoques tutelaristas e clientelistas, que nos momentos de aprovação da Convenção.

Por último, desde 1997 até a data atual, inaugura-se um longo processo de involução autoritária que, no entanto, apresenta fortes mudanças internas, sempre dentro da tendência geral dominante. Se, desde 1997 até os anos de 2003-2004, a involução autoritária se manifesta sob a forma clássica das propostas de aumento das penas e a diminuição da idade da imputabilidade¹⁰, a partir dessa última data começa a manifestar-se de forma bem diversa. Trata-se agora não tanto do aumento da verborragia repressiva, mas muito mais sutilmente do desmantelamento sistemático, jurisprudencial, normativo e factual de todo tipo de garantias, destinado a facilitar a utilização da privação de liberdade como uma “forma reforçada de política social”, especialmente para os adolescentes pobres das periferias dos grandes conglomerados urbanos.

V. O neomenorismo

A fase atual do processo de involução autoritária aparece marcada simultaneamente pelo surgimento de um novo tipo de confronto, que progressivamente tem deslocado aquele existente entre, de um lado, o que já despontava como um movimento cada vez mais heterogêneo pelos direitos da infância e da juventude, difusamente ligado à restauração da democracia, e, de outro lado, a velha cultura menorista, representada quase exclusivamente pelo corporativismo dos Juizes de Menores, difusamente ligado à ordem autoritária.

10 – O fim do ciclo positivo das reformas legais e o começo do que hoje pode ser visto como o início da primeira etapa do processo de involução autoritária, a partir de 1997, aparece marcado por três fatos de natureza relativamente diversa e sem uma conexão aparente entre eles, mas que colaboram ativamente na consolidação do novo panorama da situação. Refiro-me especificamente à primeira sentença de prisão perpétua a um menor de idade na Argentina em 1997 (às quais logo se somaram outras onze sentenças deste tipo), a decretos repressivos contra os menores de idade, no governo de Fujimori no Peru em 1998. Decretos que estabelecem tipos penais totalmente abertos e penas inusitadamente altas para menores de idade (decretos sobre “Agrupamento Pernicioso” e “Terrorismo Agravado” respectivamente) e, por último, à irracional política repressiva do complexo processo social que representam as *maras* (quadrilhas juvenis) em pelo menos três países centro-americanos (Honduras, Guatemala e El Salvador).

Para um conhecimento exaustivo de todas as sentenças de prisão perpétua ditadas na Argentina a partir de 1997, cfr. *Sentencias de Reclusión Perpetua y Prisión Perpetua a Personas Menores de 18 Años de Edad en la Republica Argentina (1997-2003)*, publicação do Colégio Público de Advogados da Capital Federal (Argentina), com o apoio do escritório da UNICEF na Argentina, Buenos Aires, dezembro de 2003.

Dois são os decretos emitidos em 1998 pelo governo de Fujimori, que se inscrevem com absoluta clareza na tendência de involução autoritária que se inicia no final dos anos 90 do século passado. O primeiro, denominado “Agrupamento Pernicioso”, supostamente destinado a combater a delinquência juvenil, é o decreto legislativo 899 (maio de 1998). Utilizando tipos penais absolutamente abertos, discricionários e obviamente de mero caráter periculoso, se estabelecem penas mínimas de prisão muito altas para adolescentes entre 12 e 18 anos. O segundo decreto, também de maio do mesmo ano, é o decreto 895 contra o “Terrorismo Agravado”. Segundo o mesmo, estabelecem-se, para delitos de duvidosa tipificação e categorização, penas de prisão perpétua aos menores de idade.

Sobre o mistificado e manipulado fenômeno dos *maras* na América Central, consultar, apenas como indicação, o texto de Nelson Portillo, N., *Estudios sobre Pandillas Juveniles en El Salvador y Centroamérica: una Revisión de su Dimensión Participativa, Notas de Psicología*, 2003, vol. 21, nº 3, pp. 475-493, Colégio de Psicólogos, Universidad de Sevilla, Espanha.

Esse novo confronto, agora no âmbito dos novos movimentos pelos direitos da infância e da juventude, iria contrapor progressivamente aqueles que pretendem compreender, de forma coerente e consequente, crianças e adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos, àqueles que em muitos casos, havendo participado do movimento original de reformas, pensavam que se estava indo longe demais ou depressa demais e por isso era necessário recuperar “os aspectos positivos” do antigo tutelarismo paternalista, contidos na doutrina da “situação irregular”¹¹.

É evidente para qualquer observador atento, embora ainda predomine um alto nível de confusão devido ao caráter obscuro e tímido que quase sempre assumem as posições neomenoristas na América Latina, que, às motivações de caráter ideológico-cultural destinadas a sustentar os movimentos reacionários e antirreformistas, se vincularam aqueles que viram nessa perspectiva uma forma politicamente correta e socialmente aceitável para recuperar ou conservar intactos seus interesses grosseiramente corporativos. Como ocorre usualmente, nem mesmo os caprichos e as características pessoais estão alheios à explicação dessa ruptura.

O alcance da discricionariedade judicial e administrativa no tratamento das questões que afetam a infância, e um confuso debate sobre a natureza da responsabilidade penal dos adolescentes (na verdade duas faces da mesma moeda), constituíram o ponto de partida da crescente fratura no campo dos movimentos sociais pelos direitos da infância e da juventude.

Uma conturbada reunião da ABMP (Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude) realizada na cidade de Gramado, no Estado do Rio Grande do Sul, em 1999, constituiu provavelmente o primeiro momento de formalização dessa ruptura. Mais precisamente, tal divisão se concretizou em torno ao debate que gerou uma proposta de lei de “Execução de Medidas Socioeducativas” realizada pelo Dr. Antônio Fernando do Amaral e Silva, ex-Juiz de Menores, redator do Estatuto da Criança e do Adolescente e então Juiz do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Um projeto destinado particularmente a diminuir os níveis de discricionariedade e subjetividade nas práticas relativas à privação de liberdade. Essa tensão, entre o “tutelarismo” e as garantias, não apenas está presente ainda hoje como tem se aprofundado consideravelmente.

É óbvio, como já foi dito, que o processo cujo desenvolvimento se procura reconstruir aqui é o resultado de tendências de caráter geral na região, tendências que se verificam com maior ou menor clareza nos diversos contextos nacionais e dentro dos quais, por exemplo, o Brasil se distingue por seu caráter antecipatório, enquanto a Argentina se destaca por seu caráter retardatário. Lembre-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi aprovado em julho de 1990, enquanto a lei nacional de proteção da infância da Argentina data apenas de 2005. Sem falar de um regime penal da

11 – Existe uma abundante e conhecida literatura sobre a chamada doutrina da “situação irregular”, razão pela qual me abstenho de citar algum texto em particular. Uma parte dela possui a peculiaridade adicional de haver sido produzida, paradoxalmente, por pessoas que hoje sustentam com entusiasmo posições *neomenoristas*, negando de modo veemente as posições sustentadas até pouco tempo.

menoridade herdeiro da ditadura militar argentina, que não apenas continua vigente como tem recebido a surpreendente bênção da Corte Suprema de Justiça da Nação¹².

Vários são os motivos que obrigam aqui a uma atualização e aprofundamento dessa proposta de periodização da implementação da Convenção na América Latina. Entre eles, a mudança da tendência específica nestes últimos anos, sempre dentro do quadro global de involução autoritária, e a crescente consolidação de um novo tipo de enfoque antirreformista, ainda difuso, desarticulado e acima de tudo tímido, na medida em que ainda não se dispõe a assumir publicamente seus verdadeiros traços, especialmente por sua crescente identificação com a velha cultura menorista.

Uma fratura como esta supõe, obviamente, o aprofundamento e a consolidação da crescente divisão em curso dentro do vasto e heterogêneo campo dos direitos da infância e da juventude que, até o momento, havia se sustentado unido diante do processo das reformas legais e institucionais necessárias que surgiam da Convenção.

Um balanço como o que se faz presente aqui visa não apenas atualizar de maneira geral os termos do debate em torno dos direitos da infância e da juventude na região, como também, abrir novas linhas de investigação destinadas a mostrar a funcionalidade objetiva das propostas neomenoristas em relação às propostas de relegitimação da velha ordem menorista. Em outras palavras, avançar na revelação de diversos tipos de vínculos entre ambos os fenômenos¹³.

12 – Faz-se referência, aqui, à sentença da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina, identificada com o nº 331:2692, “*Recurso de Hecho de García Méndez Emilio y Musa Laura, sobre Habeas Corpus Colectivo a favor de menores de 16 años privados de libertad en el Instituto General San Martín de la Ciudad de Buenos*” do ano de 2008. A sentença completa pode ser consultada na *Internet* e também no nº 11 da publicação da UNICEF *Justicia y Derechos del Niño*, Santiago do Chile, 2009 (pp. 391-407). A documentação completa referente a essa sentença, desde a apresentação do hábeas-cópus até a denúncia perante a Comissão Internacional de Direitos Humanos, onde se encontra no momento para estudo de sua admissibilidade, pode ser encontrada no *site* da Fundação Sur-Argentina, disponível em <www.surargentina.org.ar>.

13 – Que o Brasil ocupe o lugar de “vanguarda” das posições neomenoristas na América Latina parece estar fora de discussão. A partir de posições pseudoprogressistas confusas, cobertas por uma retórica pouco compreensível de um abolicionismo crioulo, tenta-se uma demolição sistemática das garantias que, sobre qualquer hipótese, afetam a liberdade de crianças e adolescentes. De outra forma não se entendem os ataques sistemáticos a uma das mais sagradas garantias do direito penal moderno como é o instituto da prescrição. Refiro-me concretamente aos embates contra uma decisão jurisprudencial nesse sentido, de seguimento obrigatório pelos tribunais inferiores emitida pelo Supremo Tribunal de Justiça do Brasil (STJ), que reconhece a prescrição penal das ações relacionadas aos menores de idade em conflito com a lei penal. Em português, se denomina “Súmula” esse tipo de jurisprudência.

Ver a esse respeito o texto de Mário Luis Ramidoff, *Súmula 338 do STJ. Reflexões*, publicado no *Caderno de Direitos da Criança e do Adolescente*, ABMP (Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude), junho de 2008. Ignorando grosseiramente qualquer princípio de contradição, Ramidoff baseia seu ataque à prescrição no fato de que a pretensão do Estado no caso das medidas socioeducativas não seria de caráter punitivo, mas de caráter educativo (incluindo a privação de liberdade). Depois de insistir no caráter educativo da medida socioeducativa, o autor (abolicionista confesso) conclui com uma rejeição contundente à ilusão de crer em qualquer tipo de finalidade do castigo, quer dizer, da medida socioeducativa.

VI. O neomenorismo e a retórica da reação

Albert Hirschman, brilhante cientista político de Princeton e profundo conhecedor da América Latina, em um texto extraordinário de 1991, *The Rhetoric of the Reaction*, desafortunadamente traduzido ao castelhano como *Retóricas de la Intransigencia*¹⁴, destinado à análise crítica dos argumentos daqueles que historicamente têm se oposto às grandes reformas positivas da modernidade, identifica três tipos de teses destinadas a legitimar a instauração de movimentos reacionários contrários aos grandes processos de transformação política e social.

Três teses intimamente vinculadas cuja existência autônoma só é possível isolar no momento da análise teórico-conceitual. Chama a atenção que esse enfoque não tenha sido mais explorado na América Latina. Isso na medida em que o enfoque de Hirschman parece particularmente adequado a uma melhor compreensão das razões e objetivos das posições antirreformistas no campo dos direitos da infância e da juventude, tanto no contexto da América Latina, quanto além de suas fronteiras.

Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução Francesa, passando pelas conquistas do sufrágio universal, até a formulação do Estado do Bem-Estar Social, todas estas reformas têm se enfrentado – sempre de acordo com Hirschman – com um conjunto de três teses reacionárias, destinadas a frear ou simples e diretamente a destruir ditos processos de reformas.

A tese da *perversidade*, segundo a qual toda ação deliberada para melhorar algum aspecto de ordem política, social ou econômica serve apenas para piorar a condição que se pretende remediar; a tese da *futilidade*, segundo a qual toda tentativa de transformação social será inválida e de nenhuma maneira conseguirá alterar a ordem preexistente, e, por último, a tese do *risco*, segundo a qual o preço de qualquer reforma proposta é demasiado alto na medida em que, invariavelmente, colocará em perigo alguma importante conquista anterior.

Pode-se dizer que, mesmo de forma não necessariamente consciente ou estruturada, uma rara amálgama dessas três teses está presente na contraofensiva cultural desencadeada, tanto a partir do neomenorismo latino-americano, quanto a partir da perspectiva similar que surge do liberalismo anglo-saxão¹⁵.

Nesse ponto, não seria excessivo refletir sobre o fato de que, se por um lado devemos nos precaver do exagero de equiparar sem mais o movimento de

14 – Cfr. Hirschman, Albert O. *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. Edição em castelhano: *Retóricas de la Intransigencia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

15 – Salvo todas as diferenças, que não são poucas, um debate semelhante ao que ocorre na América Latina acontece há bastante tempo no mundo acadêmico anglo-saxão, entre o que ali se denominam posições “liberacionistas” e “tutelaristas” (*care takers*). Diferente do que acontece na América Latina, o debate no mundo anglo-saxão é consideravelmente mais rico e esclarecedor, na medida em que as diversas posições são assumidas com clareza, sem o caráter confuso e envergonhado que as posições neomenoristas assumem na América Latina. Para uma análise mais detalhada destes debates, cfr. ARCHARD, David. *Children. Rights and Childhood*. Londres, Nova Iorque: Routledge, 1993.

reformas pelos direitos da infância e da juventude com as enormes conquistas político-culturais que acontecem a partir do século XVIII, por outro, seria um erro subestimar o potencial do processo de democratização das relações familiares, de desestabilizar a ordem social (na verdade uma ordem social entre tantas possíveis). Trata-se de uma questão extraordinariamente delicada na medida em que envolve uma verdadeira revolução na relação histórica entre pais e filhos. Uma revolução que, sem ignorar também as enormes diferenças, mantém interessantes semelhanças com o processo de transformações sociais e jurídicas (ainda em curso) que afeta as relações entre os homens e as mulheres.

Vale lembrar que não apenas as teses de Hirschman, mas teses explicitamente catastróficas relacionadas especificamente à morte e ao desaparecimento da família, foram defendidas até recentemente por pseudojuristas de todas as latitudes diante de praticamente qualquer avanço em direção à plena igualdade jurídica e social entre homens e mulheres¹⁶.

Voltemos ao centro de nossa análise. O fenômeno que hoje, com um pouco mais de clareza e elementos de análise, pode ser caracterizado como *neomenorismo* nasce, como já foi antecipado, no país pioneiro da região em matéria de reformas legais e institucionais posteriores à Convenção: Brasil.

Digamos que essa análise tem no mínimo dupla importância, já que, além de seu valor intrínseco, suas articulações, por menos diretas que sejam, com a especificidade da atual etapa do processo de involução autoritária, tornam-na imprescindível para qualquer avaliação crítica da situação dos direitos da infância e da juventude na América Latina.

Escutei pela primeira vez a utilização da expressão *neomenorismo* no Brasil no final da década de 90¹⁷. A mesma pretende descrever, e se for possível compreender, em maior profundidade, posições atuais que significam uma verdadeira regressão às origens da cultura menorista do início do século XX, por parte de indivíduos ligados aos movimentos originais de reforma do início dos anos 90. Trata-se de pessoas convencidas de que se tem ido rápido demais ou longe demais em posições que consideram as crianças como verdadeiros sujeitos de direitos no

16 – Um texto particularmente perspicaz e incisivo sobre o processo de transformações sofridas pela instituição familiar é o de Elizabeth Roudinesco, *La Familia en Desorden*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004. Contrariamente ao que anunciavam os textos da antipsiquiatria radical dos anos 60 do século passado, em relação à morte e ao desaparecimento da família, assistimos hoje a uma audaciosa luta pelo reconhecimento de praticamente todas as formas de relação entre os seres humanos como instituição familiar.

17 – Escutei o termo pela primeira vez da boca do Dr. Antônio Fernando do Amaral e Silva, ex-Juiz de Menores, membro do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e, o mais importante para os efeitos desta análise, figura central da comissão redatora do Estatuto da Criança e do Adolescente. Retrospectivamente, pode-se ter como hipótese que, sem a clareza conceitual e estratégica do Dr. Amaral nos aspectos especificamente jurídicos, assim como do pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa nos aspectos sociais, o Estatuto do Brasil não teria assumido o caráter de ruptura paradigmática que o distinguiu como pioneiro na região.

contexto do princípio da autonomia progressiva que a Convenção estabelece em seus arts. 5 e 12.

É interessante constatar que, enquanto a contraofensiva cultural do liberalismo conservador anglo-saxão avança sem culpas ou ambiguidades, tal como já foi antecipado e como também se desprende dos textos a serem considerados mais adiante, a situação do equivalente *neomenorismo* latino-americano é bem diferente. Neste último caso, trata-se de um movimento tão confuso em seus contornos quanto em suas elaborações conceituais que, além disso, possui a curiosa e evidente dificuldade para consolidar suas posições ideológicas em propostas de caráter normativo e talvez por isso mesmo que, invariavelmente, acaba concluindo que as reformas legais carecem de qualquer tipo de relevância.

Desse modo, torna-se evidente a fragilidade e a heterogeneidade da amálgama das motivações antirreformistas.

Partindo de profundas convicções filosófico-religiosas, passando pelo oportunismo mais vulgar, até a percepção de estratégias institucionais mais ou menos conscientes destinadas a evitar os temas de alto risco e sensibilidade política em relação aos governos, que a questão dos adolescentes em conflito com a lei apresenta, configura-se uma atmosfera favorável à compreensão de uma espécie de Torre de Babel da retórica da reação.

Seja como for, o *neomenorismo* constitui uma tentativa destinada a conferir argumentos e legitimidade a profundos retrocessos relacionados a um conjunto de circunstâncias adversas na qual se encontra a questão dos direitos da infância e da juventude na América Latina nesta etapa de seu desenvolvimento. De qualquer modo, esses retrocessos se configuram hoje pela tentativa, mais ou menos articulada, de se retornar das políticas aos pequenos programas e das propostas de construir uma política pública baseada na interação crítica com as políticas de governo às velhas formas do alternativismo da década de 80. Nesse contexto, não é de se estranhar a incrível diversidade contida nessa “Arca de Noé”. Desde as antigas figuras do mais antiquado menorismo, representado por aqueles que se opuseram frontalmente às reformas legais e institucionais que se derivavam de uma legítima interpretação da Convenção e que hoje procuram reciclar-se em confusas propostas de uma vaga “justiça restauradora”¹⁸, até as recentes posições decididamente

18 – Existe hoje uma profunda confusão nesse campo por causa da grosseira manipulação de um fenômeno tão rico e interessante como é o da “justiça restauradora”. Toda lei de responsabilidade penal juvenil coerente com a Convenção de fato possui o conjunto de elementos que caracterizam uma justiça dedicada a articular o delicado equilíbrio entre o direito das vítimas e as necessidades de reinserção social dos adolescentes em conflito com a lei. Não é exatamente isso que se questiona aqui. Refiro-me particularmente ao fato de que ilustres representantes do menorismo mais regressivo tenham-se convertido de modo inesperado em pontos de referência centrais de uma “justiça restauradora” (justamente ali onde não há justiça) destinada exclusivamente a legitimar novas formas de paternalismo repressivo discricionário. Utilizar o escudo da “justiça restauradora” para legitimar a destruição sistemática das garantias não consiste em outra coisa senão em um apoio decisivo à consolidação das piores tendências da involução autoritária da fase atual.

antirreformistas da cultura acadêmica anglo-saxônica¹⁹, que hoje adverte contra os perigos de se levar a sério o direito à liberdade de crianças e adolescentes, tudo parece caber nesta onda de nostalgia paternalista repressiva que parece imperar nestes dias.

Relativizar a importância dos direitos e com isso de todos os esforços dirigidos às reformas legais que surgem do caráter vinculante da Convenção; justificar, com base nas necessidades conjunturais, a violação de princípios constitucionais²⁰. Assumir posições dúbias ou inclusive negativas em relação à pergunta se a legitimidade dos direitos da infância e da juventude constitui uma questão de princípios ou de mera eficácia. O abandono institucional de questões politicamente sensíveis e delicadas, por parte de organismos tanto do governo como da sociedade civil, e sua substituição artificial por temas banais e inócuos, desprovidos de todo risco de caráter político, objetos privilegiados de consensos tão fáceis quanto insignificantes, são alguns dos tantos ingredientes que dão forma e sistematização a retrocessos sobre os quais crescem e se desenvolvem as posições que aqui temos definido como *neomenoristas*.

Posições expressadas de forma confusa e desordenada, no grosseiro contrabando conceitual de novas formas de uma incompreensível e inexplicável versão

19 – Refiro-me especificamente, a título de exemplo, a dois textos altamente representativos, na medida em que condensam como poucos o espírito antirreformista que impera em uma parte considerável do liberalismo conservador anglo-saxão. Refiro-me tanto ao livro de Martin Guggenheimer, *What's wrong with Children's Rights*, Harvard University Press, 2005, quanto ao mais recente livro de David L. Tubbs, *Freedom's Orphans. Contemporary Liberalism and the Fate of American Children*, Princeton University Press, 2007.

20 – Duvido que na jurisprudência latino-americana exista um caso mais grosseiro de inconstitucionalidade explicitamente reconhecida que a sentença do final de 2008, à qual se faz alusão aqui na nota 13. O Dr. Raul Zaffaroni, conhecido ministro, integrante da Suprema Corte da Argentina e, provavelmente, autor material e intelectual da sentença em questão, afirmava textualmente, em entrevista publicada na edição argentina da *Revista Playboy* do mês de maio de 2009, o seguinte:

“Playboy: Uma petição na Suprema Corte pediu que liberassem meninos detidos ilegalmente em um instituto argentino de menores. Por que a Corte não autorizou essa medida?”

“Zaffaroni: Em dezembro de 2008 dissemos ‘isto é inconstitucional’, mas por razões conjunturais não podíamos declarar inconstitucional.

“Playboy: Quais são as razões conjunturais para não poder declarar inconstitucional algo que consideram inconstitucional?”

“Zaffaroni: Com as notícias que corriam, o risco é que se gerasse um gatilho fácil contra os adolescentes. Tivemos epidemias de gatilho fácil em 1982 e 1985 com a polícia recém-saída do comando de (Ramón) Camps. Não posso dar razão a um argumento de que eu soltei 50 para que matem 100, sobretudo quando há boatos políticos que podem gerar esse tipo de risco”.

Para tirar qualquer eventual dúvida do leitor, esclarecemos que essa sentença da Suprema Corte, defendida sem titubear pelo ministro argentino, convalida a constitucionalidade de um decreto da ditadura militar argentina (o Decreto nº 22.278, de 1980), que, em uma flagrante violação do explicitamente disposto pela lei da infância vigente (Lei nº 26.061, de 2005), permite a privação de liberdade em cadeias de menores para a suposta “proteção” daqueles menores que o próprio decreto da ditadura designa como imputáveis e não puníveis.

da “justiça restauradora”²¹, destinada na realidade a introduzir novas formas de discricionariedade, normativamente ausentes nos textos legais que legitimamente se derivam de uma interpretação adequada da Convenção.

Contudo, às propostas jurídicas de reintrodução da discricionariedade própria da clássica cultura menorista baseada na antiga doutrina da “situação irregular”, hoje renovadas pelas mãos do *neomenorismo*, se juntam as reflexões de caráter acadêmico com todo o peso da autoridade automática que provém do mundo da filosofia anglo-saxônica. Assim, no trabalho de David L. Tubbs, ao qual já se fez menção, com um título que é quase um programa de ação, *Freedom’s Orphans* (Órfãos da liberdade), pode-se ler:

“Primeiro, tenho muitas dúvidas sobre a promulgação judicial de novos direitos nas últimas décadas [...]. Refuto a declaração de novos direitos caentes de bases sólidas na constituição. Portanto me oponho à declaração de novos direitos mesmo que seu propósito seja ajudar as crianças. Segundo, se o leitor aceita os principais pressupostos deste estudo, quer dizer, que as crianças são impressionáveis, dependentes e, de forma geral “subdesenvolvidas” [as aspas são do autor], então podemos ver que alguns direitos conduzem imprudentemente a problemas. Temos que estar alertas ao considerar as crianças como portadores de um amplo número de direitos especialmente “os direitos de liberdade” [as aspas são do autor]. Precisamente porque são seres humanos subdesenvolvidos, às crianças lhes falta a inteligência e o juízo necessários para exercer responsabilmente muitas liberdades.” (David L. Tubbs, *op. cit.*, pp. 8 e 9)

É nesse contexto político-cultural que se desenvolve a nova e difícil de caracterizar etapa atual de implementação da Convenção.

Como já se afirmou, enquanto a primeira etapa do processo de involução autoritária se inaugura por volta de 1997, sua vigência política e jurídica se estende até 2004-2005 aproximadamente. Trata-se, como se viu, de um período marcado por vários fatos emblemáticos de natureza diversa (ver nota 11), em distintos países. Um período marcado pelo duplo lema midiático de “aumento das penas e diminuição da idade da imputabilidade” em primeiro lugar, e pela destruição das garantias processuais e de base na etapa atual.

VII. Conclusão: o problema da liberdade

Novamente, como sistematicamente tem ocorrido desde a aparição das *poor houses* inglesas, a resposta penal se converte em um instrumento privilegiado da

21 – Insisto novamente aqui sobre o que já foi afirmado na nota 19. É urgente, ao menos na América Latina, realizar uma abordagem crítica e desmistificadora daquelas propostas enganosas de “justiça restauradora”, destinadas unicamente a aumentar os níveis de discricionariedade das decisões judiciais, assim como a eliminar as garantias básicas do devido processo. Trata-se da necessidade de diferenciá-las claramente dos legítimos conteúdos de “justiça restauradora” contidos em todas as leis sérias de responsabilidade penal juvenil da região. A tarefa é urgente não apenas pela necessidade de esclarecimento acadêmico e conceitual. É óbvio, ainda que não seja evidente, que estas formas espúrias de “justiça restauradora” são altamente funcionais às novas tendências em que se expressa a involução autoritária nesta etapa.

política social ou, o que é a mesma coisa, a política social se expressa através da normativa penal. É exatamente isso o que expressa o antigo enfoque da compaixão-repressão, reconhecida base de sustentação do *menorismo* clássico e solapado e constrangedor recurso do *neomenorismo*. Já não mais como originalmente, ao coagir grandes quantidades de marginalizados para introduzi-los ao mercado, mas acima de tudo para “resolver” uma das manifestações sociais mais graves que afetam e colocam em risco as frágeis democracias da região.

Refiro-me aos problemas que se apresentam em razão dos jovens pobres das periferias dos grandes conglomerados urbanos. Problemas que até hoje algumas pessoas pretendem, de modo torpe, resolver com a destruição sistemática das garantias, a fim de utilizar a privação de liberdade não como uma forma de resposta forte e séria do Estado diante dos graves delitos cometidos por menores de idade, senão *como uma forma de “política social reforçada”* para tais jovens. Essa tendência, me arrisco a afirmar, *constitui um dos componentes centrais da questão da infância na América Latina atual*.

Porém, a resposta repressiva reinante implica um duplo retrocesso. Em primeiro lugar, porque constitui uma flagrante violação às garantias mais elementares que o direito constitucional, e não apenas este, outorga (como base fundamental de legitimidade do sistema político) a todos os cidadãos e, em segundo lugar, porque o avanço da legitimidade social das respostas repressivas é diretamente proporcional à legitimidade da retração do gasto social público destinado para este tipo de população.

Não surpreende que seja na Argentina, o país mais atrasado no assunto em matéria legislativa e judicial, onde se concentre e se mostre evidente boa parte das manifestações que alimentam esta nova tendência na região. À gravíssima sentença da Suprema Corte da Argentina já citada – uma sentença que como era de se esperar tem alimentado as piores tendências normativas e jurisprudenciais – devem agregar-se propostas normativas infraconstitucionais destinadas a esclarecer e consolidar esta aberrante tendência²².

22 – A tendência à utilização da privação de liberdade como forma “reforçada de política social” parece ter encontrado uma clara formalização normativa na nova lei processual juvenil da Província de Buenos Aires (Lei nº 13.634, da Província de Buenos Aires). Enquanto o Regime Penal da Menoridade vigente (Decreto nº 22.278 da ditadura militar, aprovado em 1980), designa aos menores de 16 anos como inimputáveis e não puníveis, a prática efetiva da privação de liberdade, por razões tutelares, continua plenamente vigente, sobretudo com o estímulo que significou a sentença da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina à qual se faz menção aqui nas notas 13 e 21 deste texto. O art. 64 da Lei nº 13.634 estabelece que “Em casos de extrema gravidade em que as características do fato objeto de intervenção do sistema penal aconselhem a restrição de liberdade ambulatoria da criança inimputável, o promotor poderá requerer ao juiz de garantias o estabelecimento de uma medida de segurança restritiva da liberdade ambulatoria, nos termos previstos pela legislação de base”. É óbvio dizer que inclusive a “extrema gravidade” do fato ficou sujeita à mais absoluta discricionariedade do sistema de justiça. Para uma análise aprofundada desta legislação, cfr. MÉNDEZ, Emilio García; VITALE, Gabriel (compiladores). *Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires. Comentario Crítico sobre las Leyes 13.298 y 13.634*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto-Fundación Sur Argentina, 2009.

Nenhuma ação e, conseqüentemente, tampouco nenhuma reação a transformações jurídico-sociais operam no vazio. Tenho a impressão de que essa articulação objetiva entre as posições neomenoristas e a etapa atual do processo de involução autoritária tem sido possível, entre outras coisas, pela acentuada debilidade à qual estão submetidos os valores relativos à liberdade. Com a queda do muro pode-se dizer que caiu também o interesse pela utilização do conceito de liberdade, eficaz em outro momento para a guerra ideológica contra o bloco socialista real. A segurança como valor supremo tem ocupado progressivamente seu lugar.

Perda do valor da liberdade, ainda mais quando se trata da liberdade dos “outros”, quer dizer, neste caso, dos jovens pobres das periferias urbanas.

Reverter essa contraofensiva reacionária e instaurar um debate sério em torno da importância e centralidade da liberdade para uma política social em verdadeira sintonia com a Convenção pode constituir-se uma significativa contribuição a fim de evitar uma política social baseada na – suposta – segurança e eficácia que brindaria a privação de liberdade como forma reforçada de política social.

Não é, no fundo, nenhuma política específica que está em jogo. O que realmente está em jogo aqui é, parafraseando o título de um dos mais brilhantes livros de Norberto Bobbio, *o futuro da democracia*.

Buenos Aires, fevereiro de 2010.