REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

EDIÇÃO ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE :

DEFESA PÚBLICA E INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

EDIÇÃO ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

NÚMERO 2 - ANO 2013 - ISSN 1984-283X

Núcleo Especializado da Infância e Juventude

DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Escola da Defensoria Pública do Estado
EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - EDEPE
Rua Boa Vista, 103 - 13º andar
CEP 01014-001 - São Paulo-SP
Tel.: (11) 3101-8455
e-mail: escola@defensoria.sp.gov.br

Revista da Defensoria Pública
EDIÇÃO ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE:
Número 2 - Ano 2013

Defensora Pública Geral
Daniela Sollberger Cembranelli

Diretora da EDEPE
Cristina Guelfi Gonçalves

Assistentes de Direção da EDEPE
Andrea Perencin de Arruda Ribeiro Rios
Mônica de Melo

Coordenadores do Núcleo Especializado da Infância e Juventude
Diego Vale de Medeiros
Leila Rocha Sponton

Integrantes do Núcleo Especializado da Infânica e Juventude
Aluisio Iunes Monti Ruggeri Re
Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes
Bruno Cesar da Silva
Cassia Zanguetin Michelao
Denise Melo Salazar
Diego Vale de Medeiros
Fernanda Caccavali Macedo
Gustavo Rodrigues Minatel
Jonas Zoli Segura
José Henrique Golin Matos
Leila Rocha Sponton
Mara Renata da Mota Ferreira
Rafael de Souza Miranda
Rafael Soares da Silva Vieira
Thiago Santos de Souza

Agente de Defensoria/Assistente Social
Daiane Santos Rennó

Oficiais de Defensoria
Edilma Sanches dos Santos Carvalho
Thiago Cesário Bravo Noronha

Estagiários
Débora Alves Pereira
(Serviço Social)

Demétrio Vieira Dantas
(Direito)

Jucilene de Oliveira Neres dos Santos
(Administração)

Juliana Aparecida Martins
(Direito)

Luiz Felipe Andrade de Oliveira
(Ensino Médio)

Paulo Bocca H. M. de Oliveira
(Direito)

A EDEPE, em suas revistas, respeita a liberdade intelectual dos autores e publica integralmente os originais que lhe são entregues, sem, com isso, concordar, necessariamente, com as opiniões expressas.

Sumário

TESES APROVADAS NO CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.....11

GARANTISMO PENAL APLICADO NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL
GUSTAVO RODRIGUES MINATEL.....19

O ENUNCIADO 492 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, OS PRECEDENTES DO STJ E O DIREITO À LIBERDADE DO ADOLESCENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.
BRUNO CÉSAR DA SILVA
ISABEL CRISTINA DE OLIVEIRA DIONÍSIO.....37

A PROTEÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA, EXPRESSÃO DE SUAS VONTADES, OPINIÃO SOBRE A INTERVENÇÃO ESTATAL EM SUAS VIDAS E DE SEREM REPRESENTADOS PROCESSUALMENTE
DIEGO VALE DE MEDEIROS.....47

A VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA SOBRE O ATENDIMENTO EXTRA JUDICIAL E JUDICIAL ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA SEXUAL
DIEGO VALE DE MEDEIROS.....55

A MANIFESTAÇÃO TÉCNICA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE AFERIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BREVIDADE DA INTERNAÇÃO
GUSTAVO RODRIGUES MINATEL.....65

ADOLESCENTE "INTERNÁVEL" E COMÉRCIO DE DROGAS: ANÁLISE DE PROCESSOS, DISCURSOS, DECISÕES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS
MATEUS OLIVEIRA MORO.....69

A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ARTIGO 35, INCISO I DA LEI Nº. 12.594/2012)
MATHEUS BORTOLETTO RADDI.....89

É VEDADA A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO--SANÇÃO POR DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICÁVEL DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06
MATHEUS BORTOLETTO RADDI.....95

DIREITO À LIBERDADE SEXUAL E VISITA ÍNTIMA DO ADOLESCENTE PRIVADO DE LIBERDADE
THIAGO SOUZA SANTOS.....99

OBRIGAÇÃO LEGAL MUNICIPAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SOCIOASSISTENCIAL DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL
TATIANA SEMENSATTO DE LIMA COSTA.....113

ABORDAGEM ATUAL SOBRE O TRABALHO INFANTIL
RAFAEL DE SOUZA MIRANDA.....127

SENDO A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA CERCEADORA DO STATUS LIBERTATIS DO ADOLESCENTE, SUA APLICAÇÃO E PERÍODO DE DURAÇÃO DEVEM SER CALCADOS EM RAZÕES CONCRETAS ORIUNDAS DA REALIDADE PSICOSSOCIAL DO ADOLESCENTE E DOS FATOS A ELE IMPUTADOS, NÃO PODENDO SER AMPARADOS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO ATO INFRACIONAL E EM MERAS CONJECTURAS DESPROVIDAS DE FUNDAMENTO FÁTICO
FERNANDO CATACHE BORIAN
LUÍS GUSTAVO FONTANETTI ALVES DA SILVA.....137

APRESENTAÇÃO

Em continuidade ao compromisso de incentivar a produção doutrinária de defensores públicos que atuam no exercício da defesa técnica, ampla, judicial e extrajudicial dos direitos humanos de crianças e adolescente, o Núcleo Especializado da Infância e Juventude - NEIJ em conjunto com a EDEPE apresentam a presente publicação.

O ordenamento jurídico afeto à proteção e defesa das crianças e dos adolescentes recebeu nos últimos três anos consideráveis mudanças com a vigência das leis 12.010/09, 12.435/11, 12.594/12 e 12.696/12 que pautaram temas afetos à convivência familiar e comunitária, sistema nacional de atendimento socioeducativo, serviço público de assistência social e conselho tutelar, como também incentivaram discussões sobre o direito de participação de crianças e adolescentes, atuação interdisciplinar dos integrantes do sistema de garantia, efetivação dos princípios internacionais previstos na Convenção dos Direitos da Criança, dentre outros.

Muitos desafios ainda necessitam de convergência de esforços assim como outros ensejam incentivo à visão proativa, criativa e inteligente do sistema de justiça pautado em valores de integração e horizontalidade.

Juntam-se, ainda nesta edição, as teses nacionais aprovadas nos três congressos nacionais de Defensores Públicos da infância e juventude (São Paulo/2010; Recife/2011 e Belém/2012) exemplo de compromisso nacional dos Defensores Públicos para promover reflexões e firmar entendimento estratégico para a defesa ampla, irrestrita e integral das crianças e dos adolescentes.

Sinceros agradecimentos à Defensoria Pública de São Paulo pelo compromisso de efetivação da prioridade absoluta!

DIEGO VALE DE MEDEIROS e LEILA ROCHA SPONTON
Coordenadores do Núcleo Especializado da Infância e Juventude

TESES APROVADAS NO CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

I CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

TESES INFRACIONAIS

SÚMULA: NÃO CABE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR ATO INFRACIONAL DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, EXCETO NOS CASOS DE REITERAÇÃO EM ATO INFRACIONAL GRAVE, OU SEJA, SE OCORRER O COMETIMENTO DE 3 (TRÊS) OU MAIS INFRAÇÕES GRAVES, CONFORME RESSALTA A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

SÚMULA: A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO SÓ PODE SER APLICADA NAS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE PREVISTAS NO ARTIGO 122 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

SÚMULA: REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SÓ É CABÍVEL A INTERNAÇÃO QUANDO OCORRER O COMETIMENTO DE 03 (TRÊS) OU MAIS INFRAÇÕES GRAVES, CONFORME RESSALTA A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

SÚMULA: PARA OS ATOS INFRACIONAIS AOS QUAIS, POR EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (ART.122 ECA), SOMENTE SERIAM APLICÁVEIS MEDIDAS EM MEIO ABERTO, A PRESCRIÇÃO ANTES DA SENTENÇA DEVE SER CALCULADA COM BASE NO PRAZO DE 6 MESES (MÍNIMO PARA LIBERDADE ASSISTIDA A MÁXIMO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE) E, PORTANTO, APLICADOS OS ARTIGOS 109 E 115 DO CP.

SÚMULA: É VEDADO À DEFESA CONCORDAR COM A APLICAÇÃO OU MANUTENÇÃO DA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEDE DE PROCESSO DE CONHECIMENTO E DE EXECUÇÃO.

SÚMULA: AUDIÊNCIA UNA – CONFISSÃO DO ADOLESCENTE (ÚNICA PROVA) E APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. TAL SITUAÇÃO VIOLA SOBREMANEIRA O PRINCÍPIO DO SISTEMA ACUSATÓRIO, EM QUE COMPETE À ACUSAÇÃO O ÔNUS DA PROVA, BEM COMO O DEVIDO PROCESSO LEGAL, NOS TERMOS DA SÚMULA 342 DO STJ.

SÚMULA: DEVE A DEFESA INSURGIR-SE CONTRA A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA IMPOSTA AO ADOLESCENTE, NAS HIPÓTESES EM QUE, EM TESE, NÃO SERIA POSSÍVEL A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, NOS TERMOS DO ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA.

SÚMULA: O PRAZO MÁXIMO PREVISTO NO ARTIGO 108, CAPUT E 183, AMBOS DA LEI Nº 8.069/90, PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL, ESTANDO O ADOLESCENTE INTERNADO PROVISORIAMENTE, TEM COMO TERMO A QUO A DATA DA APREENSÃO DO ADOLESCENTE, SENDO TAL PRAZO IMPRORROGÁVEL.

SÚMULA: PARA A CONTAGEM DOS PRAZOS PREVISTOS NOS PARÁGRAFOS 2º E 5º DO ARTIGO 121 DA LEI Nº 8.069/90 (APLICÁVEIS TAMBÉM, AO REGIME DE SEMILIBERDADE, EX VI DO ARTIGO 120, § 2°), COMPUTA-SE O PRAZO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA, APLICANDO-SE POR ANALOGIA O INSTITUTO DA DETRAÇÃO (ARTIGO 42 DO CP) EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA BREVIDADE (ARTIGO 227, § 3°, V DA CRFB).

SÚMULA: EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ANTERIORMENTE IMPOSTA, NÃO CABE, NEM EM CARÁTER PROVISÓRIO, A INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE ANTES DE SUA OITIVA JUDICIAL, SOB PENA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

SÚMULA: 18 ANOS E SEMILIBERDADE - NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. É VEDADO O CUMPRIMENTO DE MEDIDA DE SEMILIBERDADE APÓS OS 18 ANOS, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL (ART. 120, § 2° C/C ARTIGO 121, § 5° E ARTIGO 2, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE), NÃO SENDO CABÍVEL A ANALOGIA IN MALAM PARTEM.

SÚMULA: A AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DEVE SER CAUSA DE IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORQUE INEXISTE A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO ATO INFRACIONAL (LEI 11.343/2006).

TESES CÍVEIS

SÚMULA: SÃO REQUISITOS PRÉVIOS ESPECÍFICOS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR:LAUDO PERICIAL PRÉVIO DA EQUIPE TÉCNICA COM A CONSTATAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO FAMILIAR DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE, E COM O ESCLARECIMENTO DAS MEDIDAS UTILIZADAS PARA ESGOTAR OS MEIOS DE MANUTENÇÃO NA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA, SUBMETIDO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO – ART. 24, ECA; DECISÃO FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE DA REINTEGRAÇÃO FAMILIAR – ART. 101 §§ 9º E 10 C/C ART. 19, § 1º DO ECA.

SÚMULA: É CABÍVEL A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA, POR MEIO DE SEUS REPRESENTANTES EM LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NA TUTELA INDIVIDUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

SÚMULA: O DEFENSOR PÚBLICO DEVERÁ EXERCER O MÚNUS DE CURADOR ESPECIAL NA DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, MORMENTE NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 142 E LETRA “F”, DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 148, C/C ART. 98, TODOS DA LEI 8.069/90, ATUANDO COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL DO INFANTE NOS AUTOS DOS PROCESSOS EM TRÂMITE, BEM COMO NA QUALIDADE DE LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO PARA DEFLAGRAR QUALQUER AÇÃO QUE ASSEGURE OS INTERESSES DESTES SUJEITOS DE DIREITOS, GARANTINDO-LHES O PLENO ACESSO À JUSTIÇA E IGUALDADE NA RELAÇÃO PROCESSUAL.

SÚMULA: DEVE SER ARGÜIDA A NULIDADE ABSOLUTA DE SENTENÇA QUE JULGA ANTECIPADAMENTE AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NA QUAL O RÉU É PRESO OU REVEL CITADO POR EDITAL, EM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

SÚMULA: OS ELEMENTOS PRODUZIDOS NO CURSO DO PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO/ADMINISTRATIVO, SEM OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, NÃO SE PRESTAM COMO ÚNICO FUNDAMENTO DA SENTENÇA DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

SÚMULA: O INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA TENDENTE À LOCALIZAÇÃO DO RÉU POSTULADA POR CURADOR ESPECIAL EM AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR GERA NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA, COM FULCRO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 158 DO ECA.

SÚMULA: NA HIPÓTESE DO INCISO III, § 13, DO ART. 50, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, O CANDIDATO À ADOÇÃO DOMICILIADO NO BRASIL NÃO CADASTRADO PREVIAMENTE NOS TERMOS TRAZIDOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PODERÁ TER DEFERIDA A ADOÇÃO SE DETIVER COMPROVADA GUARDA DE FATO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE E LAÇOS DE AFINIDADE E AFETIVIDADE, EM CONFORMIDADE COM A PROTEÇÃO INTEGRAL.

SÚMULA: APESAR DA PRIMAZIA DA ADOÇÃO CADASTRAL E IMPESSOAL ESTABELECIDA NO ART. 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, O ROL TRAZIDO NO § 13 DO MENCIONADO DISPOSITIVO NÃO PODE SER CONSIDERADO TAXATIVO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

II CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

TESES INFRACIONAIS

SÚMULA: NÃO É CABÍVEL A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DE ADOLESCENTE A PEDIDO DA AUTORIDADE POLICIAL.

SÚMULA: A SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO PODE SER APLICADA QUANDO SE TRATAR DE HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FAVOR DE ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL PARA NÃO RESTRINGIR O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.

SÚMULA: DEVE O DEFENSOR PÚBLICO ALEGAR A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA OU PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE JURÍDICO DE AGIR DO ESTADO PARA MANTER EM ANDAMENTO PROCEDIMENTOS RELATIVOS A ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS ANTES DO INÍCIO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO, UMA VEZ QUE O ADOLESCENTE JÁ CUMPRE A MEDIDA MAIS GRAVOSA (ART. 152 DO ECA C/C ART. 3O DO CPP E 267, INC. VI DO CPC).

SÚMULA: RECOMENDA-SE AO DEFENSOR PÚBLICO ALEGAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 114, UMA VEZ QUE O DISPOSITIVO PERMITE O SANCIONAMENTO DO ADOLESCENTE SEM PROVA DE AUTORIA, AMPARADO APENAS EM INDÍCIOS.

SÚMULA: A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ORIGINÁRIA EM REMISSÃO NÃO PODERÁ ENSEJAR A IMPOSIÇÃO DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO, POR VIOLAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL

SÚMULA: É NECESSÁRIO QUE A DEFESA IMPUGNE O RECONHECIMENTO QUE É FEITO EM DESOBEDIÊNCIA ÀS REGRAS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL VIGENTE (ART. 226 DO CPP)NAÇÃO-SANÇÃO, POR VIOLAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL

SÚMULA: O PRAZO MÁXIMO DA INTERNAÇÃO-SANÇÃO (ART. 122, § 1º DO ECA) É DE ATÉ TRÊS MESES, SENDO NECESSÁRIO A DEFESA IMPUGNAR A APLICAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO NO PRIMEIRO DESCUMPRIMENTO, EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

SÚMULA: É NECESSÁRIA A PRESENÇA DO ADOLESCENTE NA AUDIÊNCIA DE REAVALIAÇÃO DA MEDIDA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NA AUDIÊNCIA DE REAVALIAÇÃO, DEVE SER DECLINADO O PORQUE DA NÃO LIBERAÇÃO DO ADOLESCENTE E NÃO APENAS O MOTIVO PELO QUAL O ADOLESCENTE É MANTIDO INTERNADO.

SÚMULA: A OITIVA INFORMAL PREVISTA NO ART. 179 DO ECA É INCONSTITUCIONAL POR OFENDER O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ART. 227, §3º, DA CF/88.

SÚMULA: ASSEGURAR O EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE SAUDÁVEL E SEGURA POR ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE, DIANTE DOS NOVOS JUÍZOS DE VALORES CONSTRUÍDOS PARA GARANTIR A LIBERDADE SEXUAL E A DIGNIDADE SEXUAL DE TODAS AS PESSOAS, ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS.

SÚMULA: ART. 152 DO ECA. O DEFENSOR DEVE UTILIZAR COMO FERRAMENTA DE DEFESA A EXTENSÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS, ADVINDAS COM A LEI 11.690/2008, AO ADOLESCENTE, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PROVAS JUDICIALIZADAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ÔNUS DA PROVA. CROSS-EXAMINATION. PARIDADE DE ARMAS ENTRE AS PARTES. IMPARCIALIDADE DO JUIZ

SÚMULA: CONSIDERANDO A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREVISTA NO ART. 152 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, É POSSÍVEL O DEFENSOR PÚBLICO REQUERER A SUBSTITUIÇÃO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA PELA INTERNAÇÃO DOMICILIAR CONTIDA NO ARTIGO 317 DO CPP NOS CASOS PREVISTOS NOS INCISOS II, III E IV DO ARTIGO 318 DO CPP.

SÚMULA: DEVE O DEFENSOR IMPUGNAR DECISÃO JUDICIAL DE RECEBIMENTO DE REPRESENTAÇÃO QUE VERSE SOBRE OS ATOS INFRACIO-

NAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06, SEM O LAUDO PROVISÓRIO DE CONSTATAÇÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, POIS AUSENTES OS INDÍCIOS DE MATERIALIDADE.

SÚMULA: EVENTUAL CONFISSÃO DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO AOS FATOS A SI IMPUTADOS NA REPRESENTAÇÃO, EM VIRTUDE DE DECLARAÇÕES COLHIDAS NO RELATÓRIO TÉCNICO ELABORADO PELA EQUIPE INTERPROFISSIONAL, CARACTERIZA PROVA ILÍCITA, POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, ENSEJANDO A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES.

TESES CÍVEIS

SÚMULA: PARA QUE SEJAM EFETIVADOS E DECLARADOS OS EFEITOS DA ADOÇÃO PÓSTUMA NÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO ESSENCIAL A NECESSIDADE DE SE AJUIZAR UMA ANTERIOR AÇÃO DE ADOÇÃO OU DE GUARDA, BASTA HAVER UMA SITUAÇÃO FÁTICA ANTERIOR QUE DEMONSTRE O FORTE VINCULO AFETIVO ENTRE ELES, DEVENDO SEREM RESPEITADOS OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO ECA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

SÚMULA: A LEGISLAÇÃO CIVILISTA VIGENTE RECONHECE A SUPERAÇÃO DA TERMINOLOGIA MENOR EM FAVOR DOs VOCÁBULOs CRIANÇA E ADOLESCENTE

SÚMULA: NAS DEMANDAS PROPOSTAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, POR FORÇA DO ARTIGO 461, §5°, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, APLICÁVEL NA PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEVIDO AO ARTIGO 212, §1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, É POSSÍVEL O BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS, EM ESPECIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS ELENCADOS NO ARTIGO 208, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

SÚMULA: É CABÍVEL A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS COLETIVO PARA RESGUARDAR OU RESTABELECER O DIREITO À LIVRE LOCOMOÇÃO DE TODAS AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES QUE SE ENCONTREM, AINDA QUE EM CARÁTER TRANSITÓRIO, DENTRO DOS LIMITES DE COMARCA NA QUAL SEJA EDITADO O CHAMADO “TOQUE DE RECOLHER”, ANTE A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE TAL ATO.

SÚMULA: O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS RECÉM-NASCIDAS, POR SUA PRIMAZIA EM

RELAÇÃO AOS DEMAIS INTERESSES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS, SOBREPÕE-SE À VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO DO REGISTRO DE NASCIMENTO, POR INCAPACIDADE ABSOLUTA DO PAI ADOLESCENTE.

SÚMULA: A INTERPRETAÇÃO DO § 13, DO ART. 50 DO ECA, JUNTO COM OS PRINCÍPIOS CONTIDOS NOS INCISOS II E X, DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 100 DO ECA, PERMITE CONCLUIR QUE TAMBÉM PODERÁ SER DEFERIDA ADOÇÃO EM FAVOR DE CANDIDATA NÃO CADASTRADA PREVIAMENTE QUANDO, POR AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ, PARA ADOTANTE DESEMPENHAR O PAPEL DE “MÃE-CANGURU” NO INTERESSE DA CRIANÇA ABANDONADA NA MATERNIDADE.

SÚMULA: A ADOÇÃO POR PESSOAS NÃO CADASTRADAS, MESMO FORA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 50, §13, DA LEI 8069/90, É POSSÍVEL, DESDE QUE NÃO EXISTAM INDÍCIOS DE ILÍCITO PENAL (ARTIGO 237 E 238 DA LEI 8069/90) E QUE TAL MEDIDA ATENDA AO PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE, INSCULPIDO NO ARTIGO 100, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 8069/90.

III CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

TESES INFRACIONAIS

SÚMULA:É ILEGAL A APREENSÃO DE QUALQUER ADOLESCENTE EM RAZÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EXPEDIDO HÁ MAIS DE 6 MESES. E, CASO RENOVADO, IMPRESCINDÍVEL FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA ACERCA DA NECESSIDADE DA MEDIDA, ATENDENDO AO PRINCÍPIO DA ATUALIDADE.

SÚMULA: COM O ADVENTO DO ART. 42 DA LEI 12..594/2012, O PRAZO MÁXIMO DE REAVALIAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA É DE NO MÁXIMO DE SEIS MESES, SENDO QUE SUA PRORROGAÇÃO DEVE SER CALCADA EM RAZÕES CONCRETAS ORIUNDAS DA REALIDADE PSICOSSOCIAL DO ADOLESCENTE, NÃO PODENDO SER AMPARADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO ATO INFRACIONAL E EM MERAS CONJECTURAS DESPROVIDAS DE FUNDAMENTO FÁTICO.

SÚMULA: É DIREITO FUNDAMENTAL DO ADOLESCENTE E DO JOVEM A GARANTIA AO EFETIVO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. A DEFESA TÉCNICA NA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL NÃO SE RESTRINGE À VERIFICAÇÃO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE.

SÚMULA: CASO O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO REPRESENTE E NÃO SE MANIFESTE PELA INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE APREENDIDO EM ATÉ 24 HORAS, CONFORME DISPÕE O ART. 175, § 2º DO ECA, DEVE O DEFENSOR PÚBLICO IMPETRAR HABEAS CORPUS, FIGURANDO COMO AUTORIDADE COATORA O JUIZ DE DIREITO, DESDE QUE TENHA SIDO COMUNICADO DA APREENSÃO DO ADOLESCENTE.

SÚMULA: NÃO CARACTERIZAM ANTECEDENTES INFRACIONAIS SIMPLES ANOTAÇÕES CONSTANTES DA FAI, QUE NÃO TENHAM SIDO OBJETO DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO E, PORTANTO, NÃO PODEM SER VALORADAS EM DESFAVOR DOS ADOLESCENTES, PARA FINS DE CARACTERIZAR A REITERAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 122, II DA LEI 8.069/90 (ENUNCIADO Nº: 444 DO STJ).

SÚMULA: NÃO CUMPRE O REQUISITO LEGAL PREVISTO NO ARTIGO 186, §4º DO ECA A JUNTADA NOS AUTOS DE RELATÓRIO DE EQUIPE INTERPROFISSIONAL ELABORADO COM BASE EM ATO INFRACIONAL DIVERSO DO QUE O ADOLESCENTE ESTÁ SENDO ACUSADO.

SÚMULA: A DEFENSORIA PÚBLICA DEVE SER COMUNICADA QUANDO O ADOLESCENTE FOR APREENDIDO E NÃO INDICAR ADVOGADO, EM ATÉ 24 HORAS, POR INTERMÉDIO DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 306, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

TESE PROTETIVA

SÚMULA: INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS OU JUDICIAIS QUE DETERMINEM O “ACOLHIMENTO/ABRIGAMENTO COMPULSÓRIO” DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E 101, § 1º DA LEI 8.069/90. PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

GARANTISMO PENAL APLICADO NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Gustavo Rodrigues Minatel
Defensor Público do Estado de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

O garantismo penal, teoria que tem como marco histórico fundamental a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli, apregoa a tutela de valores e direitos fundamentais, impondo limites à atuação dos órgãos gestores do sistema penal, ainda que em desencontro com os movimentos repressivos impulsionados pela pressão midiático-popular. Trata-se de teoria que vai ao encontro do espírito axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, de forma inédita, inaugura as regras fundamentais de convivência trazendo um extenso rol não exaustivo de normas voltadas à proteção da pessoa. Na verdade, o garantismo penal apregoa a aplicação prática (efetividade) das normas que garantem os direitos fundamentais do cidadão, imponto limites ao poder punitivo do Estado.

Embora a teoria esteja, em tese, e por razões óbvias, voltada à aplicação na seara penal e processual penal, onde o poder punitivo do Estado é assente, não se pode desconsiderar sua importância nos demais ramos do direito, nos quais o Estado possa exercer atos de coação em detrimento de direitos fundamentais. Em outras palavras, sempre que o Estado puder exercer atos de força, o garantismo penal poderá ser aplicado para impor limites legítimos à coerção estatal.

E no campo da infância e juventude, mais precisamente quando dos procedimentos de apuração de atos infracionais, o garantismo penal tem seu espaço cativo como forma de proteção aos arbítrios do Estado, muitas vezes ofuscado pelo falso discurso de proteção aos jovens infratores. Com efeito, é consente que as medidas socioeducativas possuem uma finalidade pedagógica, no sentido de dirigir o jovem a uma vivência saudável, distante da prática infracional. Não obstante, não se pode desconsiderar que as medidas socioeducativas, por poderem implicar restrição a direitos fundamentais, possuem um viés punitivo. Nesta toada, porque também visam a retribuição por um mal causado, é que não se pode deixar de considerar a importância da aplicação da teoria do garantismo penal em benefício do adolescente.

Com efeito, a aplicação da teoria do garantismo penal na seara da infância e juventude visa refutar a relutante teoria da situação irregular, na prática ainda vigente, segundo a qual os jovens aparecem como objetos de proteção do Estado e não sujeitos de direitos, permitindo uma gama de atuações arbitrárias com a falsa justificativa de que a ingerência estatal tem por escopo socioeducar. É nesse sentido que se buscará demonstrar neste artigo que a doutrina da proteção integral, albergada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e por documentos internacionais, está em consonância com a teoria do garantismo penal, elevando o jovem infrator a condição de sujeito de direitos de estatura fundamental.

2. GARANTISMO PENAL

2.1. Conceito

Garantismo significa a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, ainda que em desencontro com os interesses da maioria, revela o objetivo do direito penal, qual seja, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo igualitárias a todos, a dignidade daquele a quem é imputado crime e a garantia da sua liberdade, por meio do respeito à verdade[1].

Na verdade, o que busca o garantismo penal, é a concretização dos princípios constitucionais penais e processuais penais previstos na Constituição Federal e nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, mediante mecanismo de aferição de controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis e práticas judiciárias.

Para Ferrajoli, o garantismo penal teria três acepções. Numa primeira acepção, o garantismo significa um modelo normativo de direito que, baseado no princípio da legalidade, compreenderia três aspectos (epistemológico, político e jurídico). Numa segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica, relacionada ao tema da validade e efetividade do direito normativo, estabelecendo uma distinção entre o "ser" e o "dever ser" no direito. Em outras palavras, o juiz não teria obrigação de aplicar leis inválidas (formal ou material), ainda que vigentes. Por fim, numa terceira visão, o garantismo significa uma filosofia política que tem por escopo extrair do Estado e do Direito justificativa dos meios por eles utilizados a fim de alcançar determinados valores.

Pelo que se observa, portanto, o garantismo penal, na concepção de Ferrajoli, implica imposição de limites ao poder público e ao estado de direito; a separação entre a validade e a vigência; a distinção entre ponto de vista externo e o ponto de vista interno e a correspondente divergência entre justiça e validade.

Com efeito, o feixe de concepções do garantismo penal de Ferrajoli delineia uma teoria geral do garantismo penal, sustentada pelos pilares que neste artigo serão elencados, aplicáveis a todos os ramos do direito, inclusive na seara da infância e juventude infracional, espaço de atuação da força do Estado em detrimento de direitos

[1] FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3ª ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 271.

fundamentais dos jovens, titulares de direitos fundamentais especiais em razão da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

2.2. Pilares do Garantismo Penal.

Consoante acima asseverado, o garantismo penal de Ferrajoli está assentado em dez princípios entre si relacionáveis, expressos em proposições prescritivas e não assertivas, ou seja, não descrevem o que ordinariamente acontece, mas prescrevem o que deve ocorrer. Explica ainda o autor que o modelo garantista, fundado nos princípios mencionados, é um norte do que se deve buscar, embora tenha consciência de jamais será perfeitamente alcançado. Nesse sentido o teor literal do ensinamento:

Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

> A1-Nulla poena sine crimine; A2 – Nullum crimen sine lege; A3 – Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 – Nulla necessitas sine injuria; A5 – Nulla injuria sine actione; A6 – Nulla actio sine culpa; A7 – Nulla culpa sine judicio; A8 – Nullum judicium sine accusatione; A9 – Nulla accusatio sine probatione; A10 – Nulla probatio sine defensione"[2].

Em primeiro lugar, temos que o Estado somente pode concretizar seu direito de penar nas hipóteses em que houver comprovada prática de infração penal. Trata-se do princípio da retributividade ou da consequencialidade da medida em relação à infração penal (*nulla poena sine criminine*).

E para que se possa cogitar de infração penal, indispensável que exista prévia lei em sentido estrito definindo determinada conduta como crime ou contravenção penal, a teor do que dispõe o artigo 1º do Código Penal, e de forma mais abrangente o artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (*Nullum crimen sine lege*). Mas para configuração do princípio, fundante do Estado de Direito, não basta a existência de lei. É preciso que se trate de lei em sentido formal, que obedeça ao princípio da taxatividade, seja inteligível e esteja disposta previamente à conduta que se pretende tipificar.

Doutra banda, não pode haver lei penal, nem mesmo pena, sem que haja necessidade (*Nulla lex poenalis sine necessitate*). Com efeito, o direito penal, instrumento de proteção dos bens jurídicos mais valiosos à convivência social, traz consigo a possibilidade de intensa restrição de direitos fundamentais, dentre eles a liberdade. Exatamente em virtude da possiblidade de afetar direito tão caro à vida humana, é que

[2] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.91.

somente deve ser aplicado em última instância, quando os demais ramos do direito não forem suficientes para proteção dos direitos fundamentais. São por tais motivos que a doutrina trabalha com o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, na concepção de que o poder punitivo do Estado somente pode ter previsão de atuação nas violações graves aos bens jurídicos previamente selecionados, guardando aos demais ramos do direito a função de proteger lesões mais leves e a bens jurídicos de somenos importância.

Ao lado do princípio da intervenção mínima, é esteio do garantismo penal o princípio da lesividade (*nulla necessitas sine injuria*), que tem a função de nortear o legislador na escolha de condutas que possam a ser tipificadas como crime ou contravenção penal, limitando ainda mais o poder punitivo do Estado. Referido princípio, de origem eminentemente liberal, preceitua que somente se admite punição na seara criminal por comportamentos humanos que transcendam o próprio eu, atingindo bens jurídicos alheios. Consoante ensinamento de Nilo Batista[3], o princípio da lesividade, que procurou separar a confusão existente entre direito e moral, possui quatro funções primordiais. São elas: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o próprio âmbito do autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Outro princípio que sustenta o garantismo penal de Ferrajoli é o da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*), segundo o qual se veda a imposição de responsabilidade penal pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, sendo imprescindível a ligação subjetiva entre a conduta e o resultado lesivo.

E ainda, não se pode escusar que o direito penal e processual penal está adstrito, para sua legitimidade, ao princípio da *nulla judicium sine acusationes* ou princípio acusatório, segundo o qual, no processo penal, deve o juiz manter-se inerte, como verdadeiro expectador, aguardando o trabalho dialético desenvolvido pela acusação e defesa.

Doutra banda, também limita a atuação do Estado o princípio da *nulla accusatio sine probatione*, segundo o qual não existe acusação sem provas válidas, ficando a cargo da desta o ônus probatório, que não pode ser jamais transferido ao acusado.

Por fim, temos o princípio *nulla probatio sine defensione*, segundo o qual deve ser assegurado ao acusado a ampla defesa[4], com todos os recursos a ela inerentes. Com efeito, trata-se de direito fundamental do cidadão a garantia fundamental da ampla defesa, consubstanciada esta na autodefesa, a ser exercida pelo acusado, principalmente, durante seu interrogatório judicial - e na defesa técnica, a ser exercida por profissional contratado ou Defensor Público.

[3] BATISTA. Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição. 2007. p. 91-92.

[4] Art. 5º, inciso LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

2.3. Teoria Geral do Garantismo Penal

Delineada a teoria do garantismo penal, importa neste momento deixar assente que o sistema garantista não está circunscrito ao campo do direito penal ou processual penal. Em outras palavras, onde houve legitimidade para o Estado atuar com força sobre os cidadãos, limitando ou restringindo o exercício de direitos fundamentais, será possível a aplicação da teoria garantista. É a consequência da existência do Estado de Direito Constitucional, que impõe limitações nas atividades estatais. Nesse sentido ensina Ferrajoli:

> Estes três significados de "garantismo", para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: op caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categoriais supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas – jurídicas e políticas – que permitem relevar[5] (grifo nosso).

E no campo da infância e juventude infracional, observa-se que em inúmeras oportunidades o Estado age com força sobre o jovem infrator, apreendendo em razão da suposta prática de ato infracional, submetendo-o a uma persecução socioeducativa e até mesmo privando-o da liberdade quando da imposição da medida socioeducativa de internação.

Portanto, pelo que se observa, é perfeitamente possível estender a teoria do garantismo penal para a seara da infância e juventude infracional, ramo do direito em que há constantes violações a direitos fundamentais, com discrepância entre o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a normativa internacional para com a prática policial e judiciária.

[5] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3ª ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.788.

3. GARANTISMO PENAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1. Evolução do Direito da Infância e Juventude

Consoante ensinamento do mestre argentino Emílio Garica Mendez[6], a responsabilidade penal dos menores de idade pode ser dividida em três marcos fundamentais: a) O caráter penal indiferenciado; b) O caráter tutelar; c) Caráter penal juvenil.

No período do caráter penal indiferenciado, que vai do século XIX até a primeira década do século XX, os jovens infratores são tratados com o mesmo rigor que os adultos, sujeitando-se a penas determinadas, um pouco menos duradoura do que as atribuídas aos adultos, e sujeitando-se à privação de liberdade no mesmo espaço destinado aos adultos. Ou seja, os jovens infratores eram submetidos ao direito penal comum.

Posteriormente, já no início do século XIX, surge a denominada teoria da situação irregular, que visava acabar com o aprisionamento de jovens e adultos no mesmo estabelecimento institucional. O direito tutelar esteve amparado pela Lei da Assistência Social de Menores Delinquentes e Abandonados de 1923, no Código Mello Mattos de 1927 e, posteriormente, no Código de Menores de 1979.

A doutrina tutelar, embora tenha, em parte, separado o confinamento dos jovens e adultos, trouxe inúmeros problemas, tal como o não reconhecimento do jovem envolvido em ato infracional como sujeito de direito. Com efeito, as crianças e os jovens eram considerados como objetos de proteção e, portanto, incapazes e destituídos de autonomia. Foi neste momento que se cunhou dizer que o jovem estava em situação irregular, muitas vezes por não ter consigo os pais, ensejando tratamentos de profunda discriminação social. É o que assevera o magistrado João Batista da Costa Saraiva:

> 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. Estabelece-se uma distinção entre crianças bem nascidas e aqueles em "situação irregular", entre criança e menor, de sorte que as eventuais questões relativas àquelas serão "objeto de proteção" da norma[7].

Por fim, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, a infância e juventude entrou num novo marco, caracterizado pelo advento da doutrina da proteção integral. Nesse momento, criança e adolescentes passam a ser sujeito de direito, em peculiar condição de desenvolvimento, merecendo proteção integral da

[6] MENDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade penal: um debate Latino-Americano**. Porto Alegre: AJURIS. ESMP-RS, FESDEP-RS,2000.

[7] SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional.** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 24.

sociedade, do Estado e da família. Fazendo um paralelo entre a doutrina da situação irregular e da proteção integral, transcreve-se o ensinamento de Sérgio Salomão Shecaira:

> Diferentemente do que ocorria na etapa tutelar, várias garantias são asseguradas ao adolescente infrator, destacando-se: pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente, igualdade na relação processual – podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir as provas necessárias à sua defesa; defesa técnica por advogado -, assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei, direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente, direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (art. 111). Vê-se, pois, o quanto se podem diferenciar as etapas tutelar e a garantista, no que concer aos direitos que foram assegurados quando se tem o cometimento de ato delituoso[8].

Portanto, pelo que se observa dos ensinamentos acima, a doutrina da proteção integral sepulta o paradigma da incapacidade do jovem, de origem etiológica entabulada pelo Código de Menores, afastando a possibilidade da intervenção do Estado em razão de suas condições pessoais e familiares. A partir de então, os jovens são sujeito de direitos, e não pessoas incompletas, reconhecendo-se a eles todos os direitos previstos para os adultos, com o acréscimo de outros específicos em razão da condição de pessoa em desenvolvimento.

3.2. Justificativa da Aplicação do Garantismo Penal no Direito da Infância e Juventude

É certo que as medidas socioeducativas possuem uma finalidade pedagógica. Ou seja, sua atuação alcança o jovem em desenvolvimento de forma a interferir no processo de formação de valores e definição de comportamentos por meio de educação ou mesmo tratamento. Nesse sentido Sérgio Salomão Shecaira, ao traçar um esboço dos posicionamentos sobre as finalidades das medidas socioeducativas:

> Assim, esta primeira visão entende que mesmo a privação da liberdade, travestida de internação, não possui um sentido punitivo, uma vez que essas medidas são tomadas para que os adolescentes possam ser atendidos, tratados, reeducados e reinseridos socialmente. Logo, a perspectiva do debate não estaria nas garantias do adolescente perante o poder punitivo do Estado, pois este, por intermédio de seus órgãos, agiria em benefício dos adolescentes em conflito com a lei[9].

[8] SHECAIRA, Sérgio Salomão**. Sistema de garantias e o direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.47.

[9] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.185.

É com base neste argumento, qual seja, de que as medidas socioeducativas são propriamente educativas, voltadas ao resgate social do jovem, é que muitos juízes e Tribunais insistem na internação e manutenção da internação, mesmo diante de parecer contrário da equipe técnica que trabalha diuturnamente com o jovem reconhecendo que a medida de internação por tempo indeterminado perdeu sua finalidade.

Segue decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº. 0232475-45.2011.8.26.0000, da relatoria da desembargadora Cláudia Grieco Tabosa Pessoa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da qual se pode inferir que o argumento pedagógico se sobrepõe, mantendo uma internação mesmo diante da existência de relatório técnico que sugere a extinção da medida socioeducativa:

> "É ainda oportuno repisar que o principal objetivo da aplicação da medida socioeducativa é a reeducação e a ressocialização do infrator, finalidades estas ainda não alcançadas na presente hipóteses, mormente, em se considerando a espécie de delito em que se envolveu o adolescente, circunstância que impõe a efetivação de um trabalho mais aprofundado, de forma segregada e em ambiente especializado, para que se tenha segurança quanto à efetiva ressocialização". [10]

Na verdade, o grande perigo de se reconhecer que as medidas socioeducativas têm apenas uma finalidade pedagógica, é fortalecer a cultura "menorista" fundada na doutrina da situação irregular, infelizmente ainda presente e atuante na América Latina, inserindo o jovem infrator como objeto da persecução socioeducativa e não como sujeito de direitos fundamentais especiais decorrentes de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido a crítica de Alexandre Morais da Rosa:

> A mudança da Doutrina da Situação Irregular para a Proteção Integral ainda é, na maioria dos Juizados deste imenso país, de fachada. As leis não mudam os atores jurídicos, ainda mais quando a grande maioria deles foi formada sem sequer abrir o ECA. Os cursos de Direito dedicam – e quando dedicam – uma disciplinar, em regra optativa, para o estudo do Estatuto. Daí que os atores jurídicos não podem aplicar o que não conhecem. No âmbito dos Tribunais a situação é ainda mais grave. A grande maioria se formou, exerceu ou ouvir falar da postura paranoica do Juiz de Menores que, a partir de seu 'bom senso' escolhia o que era melhor para o adolescente, sem garantias processuais, nem defensor. E a estrutura se mantém. Basta um breve passar de olhos pela jurisprudência para se constatar que ainda existem referências ao "menor que possui o direito de uma medida socioeducativa" ou ainda que o "menor precisa ser encaminhado para os valores sociais". Com estes se mostra impossível discutir porque estão alienados em sua bondade, acreditando sinceramente que estão fazendo o bem. Pura canalhice, incompatível com o Estado Democrático de Direito, se mostrará[11]. (grifo nosso).

[10] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0232475-45.2011.8.26.0000, rel. Cláudia Grieco Tabosa, 26.4.2012. São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/l>. Acesso em: 30 jun. 2012.

Nesse sentido, cresce o posicionamento no sentido de que, muito embora as medidas socioeducativas tenham uma finalidade pedagógica a ser alcançada mediante técnicas específicas, consoante o grau de sua abrangência, é certo que tais medidas trazem consigo um viés punitivo.

Em outras palavras, não se pode negar que as medidas socioeducativas, sejam em meio aberto ou fechado, implicam restrições aos direitos fundamentais, especialmente a liberdade, de forma que trazem consigo uma carga punitiva, o que justifica o acertamento de garantias aos jovens envolvidos com a prática de atos infracionais, a exemplo do que ocorre com os adultos. É o que afirma Sérgio Salomão Schecaira:

> Se for verdade que a medida socioeducativa tem um substrato pedagógico, não será menos verdade que o mecanismo de sua fixação é impositivo, decorre de um procedimento que se referência nos parâmetros dos processos em que os adultos são os acusados, devendo ter todas as garantias inerentes ao devido processo legal. Assim, o sistema é sancionatório, tanto quanto a medida socioeducativa é pedagógica[12].

Pelo que se pode observar, portanto, as medidas socioeducativas, embora tenham uma finalidade pedagógica, guardam consigo um viés punitivo, trazendo consigo a necessidade de se garantir aos jovens sujeitos à persecução socioeducativa as mesmas garantias esculpidas para os adultos, ou seja, um garantismo penal juvenil.

Com efeito, a doutrina da Proteção Integral, albergada pela Constituição Federal, pela Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, lança o jovem infrator a condição de pessoa, não podendo em nenhum circunstância receber tratamento inferior ao do adulto em situação semelhante. Nesse sentido João Batista Costa Saraiva:

> A idéia dessa nova ordem, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e expressa no Estatuto, é no sentido de garantir ao adolescente a que se atribui a prática de uma conduta infracional o asseguramento de todas as garantias processuais que desfruta o imputado em um processo penal de adultos, mais aquelas outras que são próprias da condição de adolescente, daí por que ser este Direito Penal, Juvenil[13].

[11] ROSA. Alexandre Morais da**. Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.31.

[12] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.188.

[13] SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 4ª** edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 94.

> O reconhecimento da existência de um direito penal juvenil, antes restrito aos ensinamentos doutrinários, chegou aos Tribunais Superiores. Nesse sentido, o voto do Ministério Félix Fischer, nos autos do Resp 241.477 que "a medida socioeducativa, já se disse, tem seu aspecto de pena. Queira-se ou não denomina-la assim, trata-se de uma sanção, uma ordem imposta ao adolescente"[14].

E não é só. Em 18 de janeiro de 2012, a lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativa, regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratica ato infracional, estabeleceu expressamente a caráter sancionatório das medidas socioeducativas:

> Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.
>
> § 2º **Entendem-se por medidas socioeducativas** as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), **as quais têm por objetivos:** (grifo nosso)
>
> **I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação** (grifo nosso);
>
> II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
>
> **III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.** (grifo nosso)

Portanto, pelo que se pode observar, não há outro caminho senão entender que as medidas socioeducativas, como decorrência da doutrina da Proteção Integral e do Direito Penal Juvenil, possuem um viés punitivo, e que, por tal razão, os jovens devem ter a seu favor a aplicação das garantias processuais e penais necessárias tanto quanto os adultos.

3.3. Garantismo Penal e Procedimento de Apuração de Ato Infracional. Aplicação dos Dez Axiomas do Garantismo Penal.

Firmada a premissa sobre a possibilidade e necessidade de aplicação do garantismo penal na seara da infância e juventude infracional, seguindo Alexandre Morais da Rosa, tentar-se-á adaptar os axiomas do garantismo penal de Ferrajoli a situações corriqueiras do procedimento de apuração de ato infracional. É certo

[14] FRASSETO, Flávio Américo. **Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.33, p.180, São Paulo, RT, jan-mar.2001.

que pela exiguidade do trabalho, não será possível perpassar por todas as etapas e institutos que versam sobre a apuração do ato infracional previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, serão empreendidos esforços no sentido de trazer, ainda que de forma breve, exemplos de aplicação do garantismo penal no procedimento de apuração de ato infracional.

Em primeiro lugar, tratemos do princípio da retributividade ou da consequencialidade da medida em relação ao ato infracional. Segundo ele, somente se pode falar em aplicação de medida socioeducativa quando restar comprovada a prática de ato infracional. É por tal motivo que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 342 segundo a qual: "No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente". Ora, a desistência de provas em detrimento do adolescente, com a consequente aplicação de medida socioeducativa implica possiblidade de aplicação de medida socioeducativa sem prévia prática de ato infracional, porquanto não comprovado.

Também como decorrência do princípio da retributividade é que não se pode admitir a aplicação da medida socioeducativa de advertência sem exaustiva prova da autoria e materialidade. Com efeito, de inegável conteúdo inconstitucional o artigo 114, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente que admite a aplicação da medida socioeducativa de advertência sem que haja prova da autoria, bastando meros indícios. É o posicionamento da doutrina:

> Cumpre aqui destacar que por evidente padece de inconstitucionalidade a disposição do parágrafo único do art. 114 do Estatuto que permite este sancionamento sem prova da autoria, bastando indícios, se provada a materialidade. Não é possível advertir quem nada admite, ou aquele de quem não se prova que tenha participado do fato. Se nada admite, não há do que ser advertido[15].

Também na seara da infância e juventude vigora o princípio da legalidade. É consabido que o conceito de ato infracional decorre de expressa disposição legal (ECA, art. 103), a qual considera como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Nesta senda, é indispensável que os crimes e contravenções penais sejam descritos em lei em sentido formal, que obedeça ao princípio da taxatividade, seja inteligível e esteja disposta previamente à conduta que se pretende tipificar, evitando o caráter subjetivo constitutivo dos tipos penais e, por consequência, dos tipos infracionais.

Além disso, temos que a aplicação do direito infracional, assim como o direito penal, deve ser a ultima *ratio*, ou seja, deve submeter-se ao princípio da necessidade, caracterizando um sistema de direito infracional mínimo de índole garantista. É o que afirma Alexandre Moraes da Rosa: "Assim é que, somente nos casos em que

[15] SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 4ª** edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 161.

os efeitos lesivos das condutas praticadas possam justificar os custos das medidas socioeducativas e proibições, a aplicação estaria autorizada"[16].

No mesmo sentido, não se pode falar em aplicação de medidas socioeducativas quando não houver lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos. Com efeito, "a aplicação de uma medida socioeducativa exige a lesividade mensurável do resultado da ação, lida a partir dos seus efeitos. Esta é a carga do princípio da lesividade"[17].

Observe-se que mesmo no campo do direito infracional, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a aplicação do princípio da insignificância:

> Ante a incidência do princípio da insignificância, a 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para trancar ação movida contra menor representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de furto simples tentado (niqueleira contendo cerca de R$ 80,00). De início, esclareceu-se que o paciente, conforme depreender-se-ia dos autos, seria usuário de drogas e possuiria antecedentes pelo cometimento de outros atos infracionais. Em seguida, destacou-se a ausência de efetividade das medidas socioeducativas anteriormente impostas. Rememorou-se entendimento da Turma segundo o qual as medidas previstas no ECA teriam caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las (HC 98381/RS, DJe de 20.11.2009). Resolveu-se, no entanto, que incidiria o princípio da bagatela à espécie. Asseverou-se não ser razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-polícia e do Estado-juiz movimentassem-se no sentido de atribuir relevância típica a furto tentado de pequena monta quando as circunstâncias do delito dessem conta de sua singeleza e miudez. Vencido o Min. Ricardo Lewandowski que, em face das peculiaridades do caso concreto, denegava a ordem. HC 112400/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.5.2012. (HC-112400)[18].

Vigora também no âmbito infracional o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, segundo o qual não se pode estabelecer como ato infracional, nem mesmo aplicar medidas socioeducativas por fatos que não transcendam o próprio jovem, atingindo bens jurídicos alheios.

Na esteira do que foi dito no título que tratou dos pilares do garantismo penal, é possível afirmar que o princípio da lesividade proíbe: a) a imposição de medida socioeducativa em retribuição a uma atitude interna do jovem; b) a imposição de medida socioeducativa em retribuição a uma conduta que não exceda o próprio âmbito do adolescente; c) a imposição de medidas socioeducativas como retribuição a simples

[16] ROSA. Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.235.

[17] ROSA. Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.236.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112400/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.5.2012. Brasília. Disponível em: < http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo667.htm#Princípio da insignificância e ato infracional>. Acesso em: 16 jun. 2012.

estados ou condições existenciais; d) a imposição de medidas socioeducativas como retribuição a condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Na primeira acepção do princípio da lesividade, extrai-se que o jovem não pode sofrer a imposição de medida socioeducativa pelo seu pensar, mesmo que perverso e contrário aos sentimentos tradicionais ocidentais. Da mesma forma que um adulto não se responsabiliza por meras cogitações de âmbito interno, não pode o jovem ser responsabilizado por pensamentos que não são concretizados, colocando em risco ou lesionado bens jurídicos fundamentais.

Também não pode o jovem ser responsabilizado por atitudes que não ultrapassam o seu âmbito pessoal. Nesse sentido, condenável os regimentos internos de entidades que prestam o programa de internação ao estabelecerem que a autolesão configura falta disciplinar de natureza grave. Com efeito, a autolesão é impunível, eis que não exalta da própria esfera do adolescente, merecendo este, mais do que punição no campo administrativo, apoio pedagógico para superação do problema que o levou ao ato de sofrimento.

Na terceira faceta do princípio da lesividade, não se pode impor medida socioeducativa ao jovem pelo que ele é, mas somente pelo que ele fez. É neste cenário que o "menorismo", alimentado pela arcaica doutrina da situação irregular teima em permanecer. Não é incomum juízes da infância e juventude do Brasil a fora determinarem a internação provisória ou até mesmo internação por prazo determinado, maquiando a sentença com a invocação das restritas hipóteses previstas no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas que no fundo, visam institucionalizar jovens pelas precárias condições sociais, de educação e até mesmo de saúde.

Em outras palavras, jovens carentes são internados, não pelo que fizeram, mas por não terem família, por serem analfabetos, por portarem algum problema de natureza psicológica ou psiquiátrica e outros argumentos que os fazem objetos de atuação do Estado. Não que os déficits apontados não mereçam atuação do Estado. É claro que sim. Mas a atuação deve ser norteada por políticas públicas de natureza social, muitas vezes instrumentalizadas em medidas de proteção, consoante o disposto no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Numa quarta acepção do princípio da lesividade, afirma-se que o adolescente não pode ser punido quando pratique alguma conduta desviada que não afete qualquer bem jurídico. É certo que muitas condutas, embora espantem os falsos moralistas, não atingem nenhum bem jurídico protegido pelo direito. É o caso de alguns jovens, que pela própria condição de pessoa em desenvolvimento, com ânimo de questionamentos e inovação, traja-se de forma "diferente", participando de grupos com ideologia não tradicional.

Vigora também no campo infracional o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, segundo o qual o jovem somente pode ser responsabilizado pelo resultado causado, sendo indispensável a ligação subjetiva entre sua conduta e o resultado lesivo. No campo da culpabilidade, considerando a imperiosa necessidade de concretização de um direito penal infracional, deve-se transportar do direito penal,

com as devidas adaptações, os elementos da culpabilidade (imputabilidade[19], potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

Segundo o princípio da jurisdicionalidade, não se pode falar na aplicação de medida socioeducativa sem que haja prévio procedimento jurisdicional, no qual se apure a materialidade e autoria do ato infracional. É com base no princípio da jurisdicionalidade que se exige que a remissão concedida pelo Ministério Público a teor do que dispõe o artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, venha a ser homologada pelo juízo da infância e juventude, ocasião em que a autoridade judiciária poderá fazer um controle da legalidade do ato, deixando, inclusive, de homologá-la quando vislumbrar que o ato praticado não caracteriza ato infracional.

Ainda dentro do princípio da jurisdicionalidade, cumpre ressaltar que a execução das medidas socioeducativas, regulamentada pela Lei nº. 12.594, de 18 de janeiro de 2012 que também institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), está sujeito ao controle judicial. Prova disso é o artigo 36 da aludida lei que faz remissão às regras de competência jurisdicional estabelecidas no artigo 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, assim como no direito processual penal, na apuração dos atos infracionais praticados por adolescentes, prevalece o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação. Com efeito, cada órgão vinculado ao sistema de justiça juvenil tem seu papel perfeitamente delineado pela Constituição Federal, não podendo um se sobrepor às funções do outro. Nesse sentido, a acusação e o ônus da prova são carreados apenas à acusação, não podendo o magistrado agir com o inquisidor paranoico na tentativa de acusar, provar ou decretar a internação provisória.

Na linha do sistema penal acusatório, igualmente aplicável na apuração de atos infracionais, não pode o magistrado agir inquisitorialmente, aditando de ofício a representação ministerial, atribuindo ao jovem fato não imputado pelo Ministério Público. Da mesma forma, não pode o magistrado determinar a produção de provas de ofício e nem decretar a internação provisória sem prévio pedido do Ministério Público, utilizando-se de argumentos “menoristas”, calcados na doutrina da situação irregular, que sugere o jovem como objeto de proteção do Estado.

Vigora também no campo infracional o princípio do ônus da prova ou da verificação, segundo o qual a prova do alegado cabe exclusivamente à acusação, inclusive a prova de fatos modificativos ou extintivos da manifestação constitutiva ministerial. É a consequência da aplicação na infância e juventude do postulado da presunção de inocência.

[19] Considerando que os menores de 18 (dezoito) anos estão excluídos da regência da legislação penal, é certo que na seara da infância e juventude a imputabilidade há de ser estudada com a ressalva de que o jovem será sempre imputável, salvo quando portador de doença mental que retire dele a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar diante desse entendimento. E sendo inimputável em razão da doença mental, não poderá ser a ele imposta o cumprimento de medida socioeducativa, porquanto não terá condições de absorver o processo pedagógico imposto.

Por fim, também fortalece o sistema de garantias no âmbito da infância infracional o princípio da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes. Neste campo, além da defesa técnica, a ser exercida por profissional legalmente habilitado (advogado ou defensor público) tem o jovem o direito à autodefesa, consubstanciada no direito de estar presente diante do magistrado, quando poderá silenciar ou defender-se de forma positiva.

Com relação ao princípio da ampla defesa, sob o prisma da autodefesa, há uma peculiaridade no procedimento de apuração de atos infracionais, que apenas em tese indica posição privilegiada ao jovem. É que enquanto o adulto, em regra, pode apresentar sua versão perante a autoridade policial e judicial (sob o contraditório), o jovem suposto autor de ato infracional, pode também ter o direito de trabalhar sua autodefesa diante do promotor de justiça. Ocorre que, o que poderia ser um privilégio, na prática transforma-se em verdadeira condenação antecipada, pois o jovem, na grande maioria das vezes sem advogado, e sem experiência, confessa os fatos ao órgão acusador, recebendo como contrapartida uma internação provisória, que quase sempre é decretada com base nos precisos elementos de informações fornecidos pelo jovem ao titular da representação socioeducativa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o presente trabalho, importante tecer algumas considerações finais sobre o garantismo penal de Luigi Ferrajoli como instrumento de proteção do e limite à atuação do Estado, adaptável ao procedimento de apuração de atos infracionais praticados por adolescentes.

Nesse sentido, temos que o garantismo penal de Ferrajoli apregoa a tutela de valores e direitos fundamentais, impondo limites à atuação dos órgãos gestores do sistema penal, ainda que em desencontro com os movimentos repressivos impulsionados pela pressão midiático-popular. Trata-se de teoria que vai ao encontro do espírito axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, de forma inédita, inaugura as regras fundamentais de convivência trazendo um extenso rol não exaustivo de normas voltadas à proteção da pessoa. Na verdade, o garantismo penal apregoa a aplicação prática (efetividade) das normas que garantem os direitos fundamentais do cidadão, imponto limites ao poder punitivo do Estado.

Com efeito, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli implica a imposição de limites ao poder público e ao estado de direito; a separação entre a validade e a vigência; a distinção entre ponto de vista externo e ponto de vista interno e a correspondente divergência entre justiça e validade.

Como visto, as acepções do modelo de garantismo penal acima descrito estão sustentadas pelos dez pilares do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, os quais formam uma teoria geral do garantismo penal aplicado a todos os ramos do direito onde há imposição de força legítima ou ilegítima do Estado em detrimento dos direitos fundamentais.

Desta feita, se existe uma teoria geral do garantismo penal, e ela é aplicada para impor limites ao Estado e proteger o indivíduo nas situações em que o Estado mostra sua força, certamente que serve como escudo à proteção dos jovens sujeitos à persecução socioeducativa na seara da infância e juventude.

Com efeito, o trabalho demonstrou que as medidas socioeducativas, não obstante estejam certamente destinadas a realizar um processo pedagógico no jovem, possuem um viés punitivo, ou seja, um caráter retributivo, e,que portanto, o procedimento de apuração das medidas socioeducativas devem respeitar as garantias fundamentais do jovem infrator.

Demonstrou-se ainda grande resistência de parte da jurisprudência em entender que a medida socioeducativa tem um caráter punitivo, invocando argumentos "menoristas", ancorados na sepultada teoria da situação irregular que considera os adolescentes envolvidos em atos infracionais como objeto de proteção do Estado, em evidente desrespeito ao princípio da proteção integral.

Com efeito, a aplicação efetiva do princípio da proteção integral, reconhecendo o jovem infrator como sujeito de direitos fundamentais e não como mero objeto de intervenção estatal, nada mais é do que aplicar o garantismo penal de Ferrajoli, descortinando o falso discurso de que a medida socioeducativa visa apenas educar o jovem.

Portanto, observa-se que o garantismo penal como mecanismo de proteção do cidadão face ao arbítrio do Estado deve ser aplicado na seara da infância e juventude infracional, dada as inúmeras arbitrariedades praticadas em nome do "interesse" do adolescente que, a par de estar sujeito ao processo socioeducativo quando da imposição das medidas socioeducativas, tem limitado seu direito fundamental à liberdade.

REFERÊNCIAS

BATISTA. Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0232475-45.2011.8.26.0000, rel. Cláudia Grieco Tabosa, 26.4.2012. São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/l>. Acesso em: 30 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112400/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.5.2012. Brasília. Disponível em: < http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo667.htm#Princípio da insignificância e ato infracional>. Acesso em: 16 jun. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

FRASSETO, Flávio Américo. **Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.33, p.180, São Paulo, RT, jan-mar.2001.

KOZEN, Afonso A. **Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.513.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade penal: um debate Latino-Americano.** Porto Alegre: AJURIS. ESMP-RS, FESDEP-RS,2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional.** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil.** São Paulo: RT, 2008.

O ENUNCIADO 492 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, OS PRECEDENTES DO STJ E O DIREITO À LIBERDADE DO ADOLESCENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.

Bruno César da Silva
Defensor Público do Estado de São Paulo

Isabel Cristina de Oliveira Dionísio
Estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

No dia 13 de agosto de 2012 foi publicado no Diário Oficial da União o verbete da súmula de número 492 do Superior Tribunal de Justiça que traz a seguinte redação: "O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente."

As noticias e matérias de jornais que se seguiram apresentaram o texto sumulado como a confirmação do posicionamento do STJ de que não seria cabível a internação dos adolescentes condenados pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas.

Entretanto, conforme veremos a seguir, infelizmente, incorreu o STJ não somente em má técnica de redação de enunciado sumulado, ao se distanciar de seus precedentes, mas, principalmente, em inconstitucionalidade e em ilegalidade ao criar o texto nos termos publicados, o que deve gerar a restrição da interpretação do texto sumulado para uma interpretação conforme a Constituição e aos precedentes.

1 – DA INCOMPATIBILIDADE DO VERBETE SUMULAR COM OS PRECEDENTES DO PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O enunciado de uma súmula é tradicionalmente entendido como a cristalização de uma jurisprudência de um tribunal, ou seja, é o predomínio de um precedente reiteradamente aplicado.

Nos termos trazidos por Fredie Didier Jr. "o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral extraída, à luz de casos concretos, de um outro texto (o texto legal, em sentido amplo)"[1].

Neste sentido, o teor do texto sumulado deve trazer estrita relação com os precedentes do tribunal, em especial com a tese ou com o principio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*), ou seja, com a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto.

Além disso, vale ressaltar, que os textos dos enunciados não podem conter termos de sentido abertos ou gerais, para que não exista dúvida no momento de sua aplicação futura.

Sendo assim, antes de adentrarmos em uma análise aprofundada do teor do texto sumulado, fundamental se faz conhecer os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que se buscou consolidar através do enunciado 492 da súmula do STJ.

Seguem as ementas de vários precedentes listados pela própria súmula como geradores do seu teor:

> Ementa - HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. ART. 122 DA LEI N.º 8.069/90. ROL TAXATIVO. INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> (...)
>
> 2. **Nos termos da orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a internação, medida socioeducativa extrema, somente está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.**
>
> 3. Na hipótese, o ato infracional cometido pelo adolescente - equiparado ao crime de tráfico ilícito de drogas -, embora seja socialmente reprovável, é desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa. Não há, portanto, como subsistir, na espécie, a medida excepcional imposta, porquanto a conduta perpetrada pelo paciente e suas condições pessoais não se amoldam às hipóteses do art. 122 do ECA.
>
> (...)
>
> *(Processo HC 236694 / PE - HABEAS CORPUS 2012/0056350-7 - Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) - Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 03/05/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 16/05/2012)*
>
> Ementa - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE CRACK. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO.
>
> 1. **A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos gravosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.**
>
> 2. O ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa.
>
> (...)
>
> *(Processo HC 231459 / PE - HABEAS CORPUS 2012/0013044-1 - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) - Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 03/05/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 14/05/2012)*
>
> Ementa - HABEAS CORPUS. 1. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDASOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. 2. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. HIPÓTESES DO ARTIGO122 DO ALUDIDO ESTATUTO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. FIXAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM MEIO ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEMPARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. **A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos onerosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.**
>
> (...)
>
> *(Processo HC 229303 / SP - HABEAS CORPUS 2011/0309969-6 - Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150) - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 20/03/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 30/04/2012)*
>
> Ementa - HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ORDEM ORIGINÁRIA NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR SER CABÍVEL RECURSO DE APELAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO ESTABELECIDA EM RAZÃO DA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. MALFERIMENTO AO ART. 122 DA LEI N.º 8.069/90. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> (...)
>
> 2. Contudo, apesar de ser a apelação o recurso próprio ca-

[1] *Didier Jr., Fredie, Curso de Direito Processual Civil, Volume 2, 6 edição, Salvador: JusPODIVM, 2011, p.401*

bível contra sentença menorista**, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso, onde a constrição à liberdade do menor está autorizada, tão-somente, nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes desta Corte Superior.**

(...)

(Processo HC 223113 / SP - HABEAS CORPUS 2011/0257629-0 - Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 14/02/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 01/03/2012)[2]

[2] No mesmo sentido, entre outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça:
Ementa - PENAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA MAIS SEVERA APLICADA SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO AO ART. 122 DO ECA. FLAGRANTE ILEGALIDADE A SER SANADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
I. **A medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação do adolescente é medida de exceção, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à reintegração do menor à sociedade.**
II. Não se admite a aplicação de medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, assim como nas condições pessoais do adolescente, dada a sua excepcionalidade.
(...)
(Processo HC 213778 / RJ - HABEAS CORPUS 2011/0168789-1 - Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 22/05/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 28/05/2012)

Ementa - HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. REITERAÇÃO DE CONDUTA INFRACIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
1. **Em razão do princípio da excepcionalidade, a medida de internação somente é possível nas hipóteses previstas no art. 122 da Lei nº 8.069/90, ou seja, quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa; quando houver o reiterado cometimento de outras infrações graves; ou ainda, quando haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.**
(...)
(Processo HC 202970 / SP - HABEAS CORPUS 2011/0078286-6 - Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) - Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 19/05/2011 - Data da Publicação/Fonte DJe 01/06/2011)

Ementa - CRIMINAL. ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SÚMULA 691 DO STF. AFASTAMENTO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. TAXATIVIDADE DO ART. 122 DO ECA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.
(...)
III. **Hipótese na qual o posicionamento adotado contraria frontalmente o entendimento pacífico desta corte, de que a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente**, pois a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quanto evidenciada sua necessidade - em observância ao próprio espírito do Estatuto, que visa à reintegração do jovem à sociedade.

Da análise destes precedentes podemos facilmente extrair a norma geral (*ratio decidendi*) que está sendo reiteradamente aplicada, qual seja, "a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a segregação do adolescente é, efetivamente, medida de exceção".

Entretanto, a simples leitura do texto sumulado de número 492 nos aponta posicionamento diverso daquele aceito pacificamente pelo tribunal superior, ainda que existam alguns poucos julgados da sexta turma decidindo de forma contrária.

Os termos "por si só" e "obrigatoriamente" presentes no texto podem gerar interpretações que apontem para a possibilidade de internação do adolescente, desde que presentes outros fundamentos além da gravidade abstrata do ato infracional, já que em uma leitura a *contrario senso* do enunciado tem-se que a medida de internação pode ser aplicada excepcionalmente nos casos de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, interpretação essa eivada de vício de constitucionalidade e de legalidade e totalmente diversa dos precedentes.

Dessa forma, incorreu o STJ em falha na técnica de redação do texto sumulado, uma vez que, além de se utilizar de termos vagos, passíveis de diversas interpretações, sumulou a matéria de forma diversa do entendimento de seus próprios precedentes, sendo ato totalmente contrário a natureza da súmula.

Assim sendo, a única forma de aplicarmos a súmula e evitarmos sua retirada do sistema é se a interpretarmos a luz da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, devemos respeitar a importância dos precedentes e aplicá-la nos termos da *ratio decidendi* do tribunal, afirmando a vedação da internação por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, salvo em caso de reiteração, de outra forma, forçosa se faz sua revisão por parte do tribunal superior.

2 – DA ILEGALIDADE E DA INCONSTITUCIONALIDADE DO TEXTO SUMULADO

Apesar do reconhecimento pacifico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça de que a aplicação de medida de internação aos casos de ato infracional análogo ao tráfico de drogas fere o principio da excepcionalidade, conforme já apresentado anteriormente, uma interpretação do texto sumulado apresenta essa possibilidade, ainda que em caráter de exceção, incorrendo em vício de constitucionalidade e de legalidade.

Ocorre que, as hipóteses que autorizam a aplicação da medida de privação de liberdade vêm taxativamente elencadas no artigo 122 do ECA, que dispõe:

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

(...)
(Processo HC 185474 / SP - HABEAS CORPUS 2010/0172117-1 - Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 07/04/2011 - Data da Publicação/Fonte DJe 28/04/2011)

> I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
>
> II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
>
> III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Quando se está em jogo o direito de ir e vir, a interpretação da lei deve ser feita restritivamente, sendo o rol do artigo 122 do mencionado diploma exaustivo, não permitindo ampliação.

Os adolescentes, como sujeitos de direito, devem ver respeitados todas as suas garantias fundamentais, entre elas todas aquelas garantidas aos adultos acusados da prática de crimes e mais aquelas apresentadas por conta da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Entre elas se aplica ao presente caso o princípio da legalidade que veda a analogia em *malam partem* e a interpretação extensiva de normas encarceradoras.

O princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal, dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5.º, XXXIX).

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê que "ninguém poderá ser condenado por qualquer ação ou omissão que, no momento em que foram cometidos, não constituíam delitos perante o direito nacional ou internacional", e, "tampouco será imposta pena mais grave do que aquela aplicável no momento de sua prática." (art. XI, n.º 1 e 2)

O princípio da legalidade é o mais importante para o direito penal, é aquele que garante segurança jurídica ao cidadão de não ser punido sem previsão legal, "pois num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei."[3]

Nesse sentido, quanto aos princípios da legalidade e da anterioridade penal, o ministro Gilmar Mendes já firmou entendimento:

"Essas disposições encontram fundamento vinculados à própria idéia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de poderes. (...) O cidadão deve poder distinguir, com segurança, a conduta regular da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa.

O art. 5.º, XXXIX, da CF/88, contém, na verdade, duas normas e máximas básicas: *nullum crimin sine lege* e *nulla poena sine lege*. Não há crime sem lei anterior e, igualmente, não há pena sem lei precedente que a comine. Em outros termos, a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente se houver lei prévia que considere a conduta como crime.

[3] *Grecco, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, Editora Impetus, 13.ª edição, p. 44 e 93*

A fórmula 'não há pena' explicita que a sanção criminal, a pena ou a medida de segurança somente poderá ser aplicadas se previamente previstas em lei."[4]

Além disso, o princípio da legalidade é imprescindível para proibir a analogia *in malam partem*, seja esta para a criação de crimes ou para a agravação de penas. Nesse sentido, leciona Rogério Grecco:

"Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc."[5]

Assim, é possível verificar que o entendimento é pacífico quanto a proibição do uso de analogia para a ampliação do alcance da norma penal, estendendo sua punibilidade, pois isso causaria prejuízo ao agente sem expressa previsão legal nesse sentido.

Senão vejamos o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli:

"Cremos que há um limite semântico do texto legal, além do qual não se pode estender a punibilidade, pois deixa de ser interpretação para ser analogia. Dentro dos limites da resistência da flexibilidade semântica do texto são possíveis interpretações mais amplas ou mais restritivas da punibilidade, mas não cremos que isso possa ser feito livremente, mas que deve obedecer a certas regras, como também entendemos que o princípio *in dubio pro reo* tem vigência penal somente sob a condição de que seja aplicado corretamente.

Em princípio rejeitamos a interpretação extensiva, e por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica de letra da lei, porque isso seria analogia."[6]

Na mesma linha, ao tratar da determinabilidade do tipo penal e da proibição da analogia, lecionou Gilmar Mendes:

"Nesse sentido, há de se considerar, igualmente, a proibição da analogia in *malam partem*, ou seja, da adoção de analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravar o seu tratamento penal. A despeito do caráter polissêmico da linguagem, não parece haver dúvida de que não pode o intérprete agravar a responsabilidade do agente 'fora do quadro das significações possíveis das palavras.'(...)

Vê-se, assim, que, a despeito da reprovabilidade geral da conduta, do pronto

[4] *Mendes, Gilmar. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de direito constitucional, Editora Saraiva, 4.ª Edição, p. 328 e 329*

[5]

[6] *Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, v. I, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, 9.ª Edição, p. 159*

de vista ético, é preciso que, para a configuração de crime sob a perspectiva constitucional, ela esteja contemplada em lei penal anterior que a defina."[7]

Dessa forma, mesmo que determinada conduta atípica seja severamente reprovada pela sociedade, não merecerá o seu agente pena, em respeito ao princípio da legalidade e a vedação de analogia *in malam partem*.

No mesmo sentido, em uma conduta típica, que preveja como sanção ao máximo, por exemplo, a pena de multa ou detenção, não poderá ser imposta para seu agente a pena de reclusão, somente porque o clamor da sociedade e o julgador acreditam ser a pena cominada em lei pouco severa ao caso.

Para finalizar, citemos Nelson Hungria: "O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário."[8]

Assim, interpretar a lei de forma extensiva, a permitir que o agente seja punido, sem que haja expressa previsão legal para tanto, configura o uso de analogia *in malam partem*, o que vai frontalmente de encontro com o princípio constitucional da legalidade.

Dessa forma, para o direito penal, a proibição da analogia *in malam partem*, que estenderia o alcance da punibilidade da norma, está intrinsecamente ligada ao princípio da legalidade, haja vista a vedação de pena sem a prévia previsão legal.

O tipo penal que prevê o crime de tráfico de drogas não apresenta em seu núcleo qualquer ataque contra a pessoa, seja a violência ou a grave ameaça. Os 18 (dezoito) verbos presentes no tipo estão interligados com o comércio da droga, que é a conduta que o tipo visa coibir.

Desta forma, permitir a aplicação da medida de internação para os atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas é ampliar as hipóteses de atuação do artigo 122 do ECA, dando-lhe interpretação extensiva.

Nesse sentido, leciona o professor e juiz João Batista Costa Saraiva:

> A violência ou grave ameaça devem integrar o tipo penal enquanto elementar. Assim, não há que se falar em violência ou grave ameaça no tipo penal do tráfico de entorpecente cujo, embora crime hediondo, não contém em suas elementares essas características. Qualquer hipótese nesse sentido será admitir o inadmissível, a analogia em *malam partem*, insuportável em um Estado Democrático de Direito.
>
> A imposição ao adolescente de medida socioeducativa de internação em caso de tráfico, enquanto conduta isolada, viola preceito expresso da norma e atenta contra as liberdades individuais nos termos do permissivo legal em vigor. Essa alternativa far-se-á somente possível mediante alteração legislativa. O Estatuto veda esta possibilidade.[9]

[7] *Mendes, Gilmar. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de direito constitucional, Editora Saraiva, 4.ª Edição, p. 331 e 333*

[8] *Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. I, t. I, , p. 97 – citado em Grecco, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, Editora Impetus, 13.ª edição, p. 43*

Assim, fica claro que a aplicação de medida socioeducativa de internação por prática de conduta análoga ao tráfico de entorpecentes, só poderia ocorrer em caso de expressa previsão legal, o que de fato não acontece no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dai decorre a inconstitucionalidade e a ilegalidade da interpretação literal do enunciado da súmula, uma vez que, ainda que excepcionalmente, permite a aplicação da medida socioeducativa de internação para o adolescente condenado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas.

2.1 Da Interpretação conforme a Constituição

Sendo assim, imperiosa se faz a restrição da interpretação da súmula também para garantir sua constitucionalidade, aplicando-se a técnica da interpretação conforme a Constituição para que a mesma seja uma vedação da internação por ato análogo ao tráfico de drogas salvo em caso de reiterações.

Nos dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes:

"a interpretação conforme a Constituição impõe uma analise da compatibilidade entre uma norma infraconstitucional em face da Constituição, de modo que seu sentido esteja sempre em consonância (em compatibilidade) com o padrão constitucional (com a Constituição), eliminando quaisquer outros que não se adéqüem a ele"[10].

Neste sentido, José Levi Mello do Amaral citando Jorge Miranda afirma que a interpretação conforme a Constituição é: "um procedimento ou regra própria da fiscalização da constitucionalidade, que se justifica em nome de um principio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos – e não de uma presunção de constitucionalidade da norma".[11]

Esclarece ainda Pedro Lenza que, "diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional".[12]

[9] *Saraiva, João Batista Costa. Compendio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional, Editora Livraria do Advogado, 4.ª edição, p. 176*

[10] *Fernandes, Bernardo Gonçalves – Curso de direito constitucional, 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.162*

[11] Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. Ed Coimbra: Coimbra Editora, 1988. T. II, p. 233; apud Comentários à Constituição Federal de 1988 / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior; - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1621

[12] Lenza, Pedro – Direito Constitucional Esquematizado, 14. Ed.; São Paulo: Saraiva, 2010, pág 137

Desta forma, as demais interpretações são afastadas, mas a norma permanece no ordenamento, ou seja, "nada mais é do que a possibilidade de salvar uma norma fazendo com que a mesma permaneça no ordenamento jurídico"[13].

3 – CONCLUSÃO

O enunciado número 492 da súmula do Superior Tribunal de Justiça apesar de indicar a impossibilidade de aplicação da medida de internação para os casos análogos ao tráfico de drogas pela mera gravidade do delito, apresentou evidentes falhas em sua técnica de redação pois afastaram o texto sumulado da *ratio decidendi* da jurisprudência do Tribunal Superior. Além disso, sua interpretação literal a torna inconstitucional e ilegal por ferir o principio da legalidade.

Assim sendo, a partir da técnica da interpretação conforme a Constituição e através de uma busca pelos precedentes que deram origem ao enunciado, concluímos que devemos interpretar a mesma como uma vedação da internação por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, salvo em caso de reiteração. Caso contrário, a mesma deverá ser alterada ou retirada do sistema.

[13] Fernandes, Bernardo Gonçalves – Curso de direito constitucional, 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.1006

A PROTEÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA, EXPRESSÃO DE SUAS VONTADES, OPINIÃO SOBRE A INTERVENÇÃO ESTATAL EM SUAS VIDAS E DE SEREM REPRESENTADOS PROCESSUALMENTE

Diego Vale de Medeiros
Defensor Público e Coordenador do Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública de São Paulo

"É imprescindível que a participação de criança e adolescentes seja de fato autêntica e não simbólica, decorativa ou manipulada. Essas últimas são, na verdade, formas de não-participação que pode causar danos ao desenvolvimento pessoal e social".

Antônio Carlos Gomes da Costa

Introdução

Este estudo pretende apresentar uma compreensão atualizada e harmônica da normativa internacional e nacional de proteção e defesa das crianças e dos adolescentes com intuito de identificar marcos normativos e políticos sobre a garantia ao público infanto-juvenil de (i) participação política; (ii) representação formal e material em procedimentos administrativos e judicial; (iii) respeito à expressão de vontades; e (iv) opinião sobre a intervenção estatal em suas vidas.

Compreende-se, inicialmente, que os pontos elencados necessitam de estudo aprofundado de natureza doutrinária e jurisprudencial, todavia, como mencionado, o intuito do texto contemplará exposição de argumentos normativos capazes de justificar o reconhecimento nacional, em diversas legislações e documentos políticos, sobre a tendência defendida pelos tratados internacionais.

1. A ótica internacional

O art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança[1] assegura o direito da

[1] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

criança de se expressar em relação a todos os assuntos a ela relacionados, oferecendo a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete:

> Art. 12.
>
> 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
>
> 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (grifo nosso)

O tratado supramencionado prevê, ainda, conceito amplo da participação em seu art. 31:

> Art. 31.
>
> 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.
>
> 2. Os Estados Partes respeitarão e promoverão o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer.

A Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional[2] também prestigia expressamente o respeito da opinião das crianças em processos de adoção determinando, em seu art. 4º, que as adoções abrangidas só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem tiverem assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, os seguintes aspectos:

1. Que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança; e

2. Que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;

Na lógica contextualizada dos tratados internacionais, elenca-se ainda a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência[3], ratificado pelo Brasil através do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, que assume sintonia à tendência da normativa específica da defesa e proteção das crianças e dos adolescentes, vejamos:

[2] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

> Art. 7
>
> 1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.
>
> 2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.
>
> 3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito.

O recente Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, assinado pelo Brasil no dia 28 de Fevereiro de 2012, possui como escopo a viabilização do acesso de crianças e adolescentes às cortes internacionais estimulado pelo Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas que intercederá em prol das crianças e de seus representantes legais toda vez que os mecanismos judiciais internos tenham sido esgotados.

2. Repercussão Nacional

No entendimento legislativo pátrio, crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme disciplinado no art. 3° da Lei 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[4], além do que preconiza o art. 227 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)[5].

> **Art. 3° do ECA:**
>
> Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (grifo nosso)

[3] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

[4] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

[5] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

Art. 227° da CF/88:

Art. 227° É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (grifo nosso).

Ao regulamentar e definir as diretrizes do Sistema de Garantia dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) prevê expressamente, em sua Resolução 1136, o respeito à opinião deste público:

Art. 2º. Compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade, em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações a quaisquer de seus direitos, além de garantir a apuração e reparação dessas ameaças e violações.

[...]

§ 4º O Sistema procurará assegurar que as opiniões das crianças e dos adolescentes sejam levadas em devida consideração, em todos os processos que lhes digam respeito.

No conceito amplo de sujeitos de direitos, dever-se-á reconhecer que toda criança e todo adolescente são detentores do direito à liberdade, o qual apresenta entre seus principais aspectos o direito à opinião e expressão.

Art. 15 do ECA:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16, inciso II, do ECA:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

[...]

II - opinião e expressão;

[6] Disponível em: http://www1.direitoshumanos.gov.br/clientes/sedh/sedh/.arquivos/.spdca/.arqcon/113resol.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2012.

No mesmo contexto, o art. 100, parágrafo único, inciso XII, do ECA, incorporado com a vigência da Lei 12.010/20097, dispõe como princípio a necessidade obrigatória de respeitar o direito de oitiva e participação nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei. (grifo nosso)

A Lei 12.010/2009 inovou ao tornar imprescindível a participação de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional na elaboração, execução e avaliação do Plano Individual de Atendimento (PIA).

Conforme diversos artigos esparsos do ECA, a opinião da criança e do adolescente constitui aspecto essencial:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1˚ Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (grifo nosso).

No tocante à representação processual das crianças e dos adolescentes nos atos judicias e procedimentos administrativos, importante destacar a compreensão da tese aprovada no 1° Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude sobre a necessidade de o Defensor Público exercer o múnus de Curador Especial na defesa dos interesses individuais e coletivos de crianças e adolescentes, mormente nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 142 e no art. 148, parágrafo único, letra “f”, concomitante com o art. 98, todos do ECA.

[7] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

Desta forma, o Defensor Público, na função de Curador Especial, representa referencial capaz de garantir à criança e ao adolescente o direito de se expressarem, ou seja, manifestarem as suas vontades, assegurando respeito aos interesses das crianças e dos adolescentes com a garantia do pleno acesso à justiça e igualdade na relação processual.

SÚMULA O Defensor Público deverá exercer o múnus de Curador Especial na defesa dos interesses individuais e coletivos de crianças e adolescentes, mormente nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 142 e letra "f", do parágrafo único, do art. 148, c/c art. 98, todos da Lei 80.69/90, atuando como representante processual do infante nos autos dos processos em trâmite, bem como na qualidade de legitimado extraordinário para deflagrar qualquer ação que assegure os interesses destes sujeitos de direitos, garantindo-lhes o pleno acesso à justiça e igualdade na relação processual.

Art. 142, parágrafo único do ECA:

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual. (grifo nosso)

Art. 148, parágrafo único, letra "f", do ECA:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; (grifo nosso)

Art. 98 do ECA:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

A Lei 12.594/2012[8], que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, além de prestigiar a premente vinculação da participação dos adolescentes na elaboração do PIA, garante o direito dos adolescentes que se encontram em execução de medidas socioeducativas em peticionar pessoal e diretamente ao juiz.

Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do **adolescente**, de seus pais ou responsável. (grifo nosso)

Art. 48. O defensor, o Ministério Público, o **adolescente** e seus pais ou responsável poderão postular revisão judicial de qualquer sanção disciplinar aplicada, podendo a autoridade judiciária suspender a execução da sanção até decisão final do incidente. (grifo nosso)

Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

[...]

IV - peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias; (grifo nosso)

VI – receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação; (grifo nosso)

Art. 52. O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.

Parágrafo único. O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do art. 249 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), civil e criminal.

Art. 53. O PIA será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, com a participação efetiva do adolescente e de sua família, representada por seus pais ou responsável. **(grifo nosso)**

[8] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 15 de julho de 2012.

A Lei 12.594/2012 positiva o conceito de "participação proativa", que estava restrita ao âmbito politico-pedagógico, quando orienta que a construção, monitoramento e avaliação do atendimento socioeducativo deve ter a participação proativa dos adolescentes socioeducandos (art. 19 inciso II).

Ao tipificar os serviços socioassistenciais, a Resolução 109 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)[9] destina prioridade de qualificação técnica para que seja enaltecido o respeito do direito de opinião e decisão, ser ouvido e expressar necessidades, interesses e possibilidades.

É salutar destacar ainda a participação política de adolescentes em grêmios, conselhos consultivos de adolescentes e jovens, conferências dos direitos das crianças e dos adolescentes, entre outros espaços estimulados pelo ECA, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Resoluções dos Conselhos dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Como exemplo, no Brasil já existe a experiência positiva da participação de adolescentes em conselhos dos direitos e, mais recentemente, a 9ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente contou com a representação de adolescentes por unidade federativa para discutirem em conjunto com os conselheiros nacionais todo o processo político.

Considerações Finais

Urge a necessidade de reordenamento institucional, revisão de práticas menoristas, superação de moralismos técnicos e sociais para o pleno direito de participação de crianças e adolescentes. Conceitos *a priori* simples e óbvios como respeito à opinião, vontade, expressão de desejos, direito à informação e igualdade formal e material se deturpam nas vivências das crianças e dos adolescentes ainda vítimas da lógica adultocêntrica.

As inovações legislativas ensejam muito mais que boa vontade e discurso garantista. Desafia-nos a assumir o compromisso de superação cultural e compreensão que efetivação de direitos infanto-juvenis se concretiza quando é realizado plenamente **com** as crianças e os adolescentes.

Referências Bibliográficas

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. ***P**rotagonismo Juvenil - Adolescência, Educação e Participação Demográfica*. Fundação Odebrecht. Salvador, 1998

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[9] Disponível em <www.mds.gov.br>. Acesso em 15 de julho de 2012.

A VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA SOBRE O ATENDIMENTO EXTRA JUDICIAL E JUDICIAL ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Diego Vale de Medeiros
Defensor Público e Coordenador do Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública de São Paulo

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo busca refletir sobre as tendências internacionais e nacionais relacionadas ao atendimento especializado e adequado para crianças e adolescentes em situações de violência sexual, suscitando o papel da Defensoria Pública que, como prestadora de serviço público, deve priorizar integralmente atenção às crianças, adolescentes e famílias em esfera extrajudicial e judicial respeitando as especificidades e complexidades de cada caso.

Os termos "escuta", "depoimento" ou "atendimento não revitimizante" ocupam importante discussão na dimensão e compreensão de entender crianças e adolescentes como sujeitos e destinatários diretos de qualquer decisão, dentro ou fora do judiciário, vindoura de intervenção em suas vidas. Desta forma, obriga-nos a reafirmar o compromisso de todos no pensar contínuo sobre a formação e humanização na rede de atendimento capaz de promover tecnicamente a proteção e cuidado, reconhecendo-se a incompletude institucional e a necessária integração entre todos os atores sociais do sistema público de defesa da infância e adolescência.

Compreendemos que a presente pauta política não se restringe à adequação de técnicas e espaços mais apropriados em esfera judicial para ouvir crianças e adolescentes, mas contemplar uma releitura nas relações das estruturas, serviços e formação de profissionais responsáveis pela defesa de crianças e adolescentes com qualidade, eficiência, cuidado e atenção.

2. EVOLUÇÃO NORMATIVA GARANTISTA E A NECESSIDADE DE MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL

O arcabouço jurídico internacional sustenta e respeita o direito da criança[1] de

[1] Convenção sobre os Direitos da Criança, Artigo 1: Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

expressar suas opiniões e ser ouvida, conforme artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

> **Artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança**
>
> 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o **direito de expressar suas opiniões** livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
>
> 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a **oportunidade de ser ouvida** em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. **(grifo nosso)**

Não diferente, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA nos artigos 100, XII e 28, § 1º prestigia, em disposto principiológico e procedimental, a manifestação da criança e do adolescente nos atos administrativos e judiciais.

> **Artigo 100, XII, do Estatuto da Criança e do Adolescente**
>
> XII - **oitiva obrigatória e participação**: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, **têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos** e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. **(grifo nosso)**

> **Artigo 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente**
>
> § 1º Sempre que possível, **a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional,** respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. **(grifo nosso)**

Ainda sobre a necessidade de equiparação de representação processual da criança e do adolescente, o ECA enaltece o instituto da curadoria especial, que nos casos de violência sexual torna-se necessário, para que formal e materialmente seus interesses sejam respeitados e devidamente ponderados, vejamos:

> **Artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente:**
>
> Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.
> Parágrafo único. **A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual. (grifo nosso)**

Contudo, a evolução normativa e doutrinária não se reflete integralmente nas práticas institucionais que, em grande maioria, sustentam-se em divisões compartimentadas, tratando ainda crianças e adolescentes como "incapazes" de expressar suas vontades e de se manifestar sobre as intervenções em suas vidas.

3. O ATENDIMENTO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIAS SEXUAIS

No atendimento extrajudicial e judicial dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, todos os órgãos e serviços públicos são potencialmente envolvidos na possibilidade de identificar e registrar situações que apresentem a referida situação.[2]

A primeira experiência inovadora de escuta especial para crianças e adolescentes ocorreu no ano de 2003, realizada na 2ª Vara Especializada da Infância e Juventude de Porto Alegre. Hoje, o Brasil dispõe de 40 salas especializadas.[3]

Conforme estudo recente realizado pela organização não governamental Childhood Brasil, em razão das formalidades processuais, as crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes sexuais são ouvidos em média 8 (oito) vezes durante os trâmites judiciais, acarretando, por consequência, na revitimização ou na revivência do trauma sofrido.[4]

Segundo o magistrado José Antônio Daltoé Cezar, por meio da técnica do depoimento especial torna-se possível garantir os seguintes benefícios:

"- Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha;

- A garantia dos direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao de ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento;

- Melhoria na produção da prova produzida"[5]

Inicialmente, concorda-se que a prestação do serviço público extrajudicial e/ou judicial de atendimento às crianças, adolescentes e família em possíveis situações

---

[2] Consideramos como exemplos de órgãos e serviços públicos as escolas, conselho tutelar, delegacias de policia, defensoria pública, centro de referencia de assistência social, unidade básica de saúde, entre outros.

[3] Disponível em <http://www.direitosdacrianca.org.br/em-pauta/2011/05/judiciario-brasileiro-discute-tomada-de-depoimento-especial> Acesso em 01.12.2011

[4] Disponível em <http://www.childhood.org.br/programas/depoimento-especial> Acesso em 01.12.2011

[5] Depoimento sem dano. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

de violência sexual repercutirá na qualidade de seu depoimento quando necessário, ou seja, o ambiente físico o qual a criança será recebida, o número de entrevistas as quais ela será submetida e o modo pelo qual o profissional irá tratá-la serão peremptórios para a qualidade da instrução probatória.

Todavia, além da preocupação na verdade real dos fatos, o olhar de toda a rede de atendimento, incluindo o sistema de justiça, deve prestigiar a proteção e cuidado às crianças, adolescentes e famílias que se encontram em um cenário de vulnerabilidade. A readequação não pode se restringir apenas no âmbito judicial, principalmente quando entendemos a lógica do Sistema de Garantia dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, previsto na resolução 113 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes – CONANDA.

Além dos esforços de um novo paradigma de atendimento mais humanizado no judiciário, em consonância com as diretrizes de uma justiça adaptada para crianças e adolescentes[6], há a necessidade que os demais equipamentos e serviços públicos promovam a qualificação específica dos profissionais, em contexto de articulação e fortalecimento da rede e estímulo na formatação de espaços físicos projetados adequadamente para o atendimento. Esta visão já é defendida pelo Conselho Federal de Psicologia, na Resolução n°010/2010, que disciplina a atuação de psicólogos em todas as esferas da rede de proteção de crianças e adolescentes em situações de violência.

No tocante às estruturas judiciais, conforme explicitado na Recomendação 33 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ[7], há estímulo aos tribunais de justiça para a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais.

A Recomendação supracitada informa a possibilidade de vídeogravações para registrar o depoimento das crianças e adolescentes em salas especiais diferentes do ambiente tradicional de audiências, acompanhados de profissionais preparados para realizar tal atendimento.

Na lógica política que advêm a presente recomendação, reforça-se o entendimento de que sua instrumentalização enseja a busca pela interdisciplinaridade e promoção de uma articulação entre os profissionais envolvidos, como defensores públicos, juízes, advogados, promotores, psicólogos e assistentes sociais do judiciário, com o objetivo final de atingir, em conjunto com os demais órgãos da rede de defesa e proteção, a real qualificação técnica de atendimento público às crianças e aos adolescentes vítimas de qualquer tipo de violência inclusive a sexual.

Insta ressaltar a relativização da obrigatoriedade de oitiva do público infanto-

[6] ABMP, Associação Brasileira dos Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude. Diretrizes de uma Justiça Adaptada a Crianças e Adolescentes.

[7] A Recomendação 33 do CNJ aconselha aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial.

-juvenil sem respeitar o desejo de livre manifestação. Os depoimentos judiciais de crianças e adolescentes devem ser feitos apenas quando forem absolutamente imprescindíveis, pois todo depoimento judicial usado como forma de busca da verdade real, e não com forma de atenção e de cuidado, é revitimizante. Nesta lógica, a ênfase de convergência de esforços pauta-se na redução do máximo de oportunidades de inquirição judicial para que não recaia o ônus probatório exclusiva ou predominantemente sobre crianças e adolescentes.

Faz-se necessário o aperfeiçoamento e aprofundamento de técnicas na investigação policial e judicial, fazendo prevalecer outros meios de provas cabíveis em direito para que se torne especial e excepcional os depoimentos de crianças e adolescentes.

4. POSICIONAMENTO DOS DEFENSORES PÚBLICOS QUE DEFENDEM CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PROCESSOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

A Defensoria Pública possui o compromisso constitucional de prestar assistência jurídica gratuita e integral a todos que necessitam deste serviço público.

A Lei Complementar 132 de 2009 alterou dispositivos da Lei Complementar nº 80/94 no que tange a organização da Defensoria Pública, reforçando assim o caráter amplo da defesa da criança e do adolescente.

> **Artigo 4°, XI, da Lei Complementar 132 de 2009**
>
> XI – **exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente**, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; **(grifo nosso)**

Em relação ao tema em tela, os anos de 2010 e 2011 foram muito ricos nas discussões entre defensores públicos que atuam na defesa dos interesses e direitos das crianças e dos adolescentes.

Após evento realizado pela Chilhood–Brasil no ano de 2010, o Fórum Nacional de Defensores Públicos Coordenadores de Defesa da Criança e do Adolescente reuniu-se em julho de 2011 em Belo Horizonte/MG, elaborando as seguintes recomendações:

> I. Recomendar e proporcionar o acompanhamento de Defensor Público às crianças e aos adolescentes em todas as instâncias, em respeito ao inciso XII, parágrafo único do artigo 100 do ECA.
>
> II. Reafirmar a criação e implementação das Curadorias Especiais, conforme fundamentação de tese nacional aprovada no I Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude.
>
> III. Garantir a oitiva da criança/adolescente em todos os processos em que houver interesse jurídico, consultando-lhes quanto ao

interesse de se verem assistidos, respeitando-se o direito à autonomia.

IV. Buscar a garantia da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente nos procedimentos de Escuta Especial.

V. Primar pela observância das normas procedimentais, mormente, nas hipóteses de utilização-padrão de Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas, exercendo a defesa técnica para priorizar a proteção da criança, com estrita observância dos requisitos legais para utilização de tal procedimento, cuidando para que a criança não seja revitimizada em depoimento com finalidade meramente condenatória do acusado da violação de direitos;

VI. Arguir tecnicamente a impropriedade da utilização da oitiva judicial cautelar de criança vítima/testemunha em procedimentos que não tenham cunho eminentemente protetivo, perante a Justiça Especializada;

VII. Externar o posicionamento institucional acerca da impropriedade de alteração da Legislação Processual Penal para inclusão de procedimentos alusivos às crianças e adolescentes, privilegiando o fortalecimento/aprimoramento da Legislação Especial (ECA)

VIII. Colaborar com o compromisso firmado pelo Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais - CONDEGE em apoio às ações a serem desenvolvidas sobre Escuta Especial, promovendo a discussão do papel político das Defensorias Públicas.

IX. Promover capacitação continuada e específica na área das violências dos direitos sexuais de crianças e adolescentes.

X. Acompanhar a instalação e a implementação das Salas de Escuta Especial

XI. Buscar o aproveitamento das salas de Escuta Especial para oitiva de crianças e adolescentes em outras demandas que se façam necessárias.

Estudando as recomendações supramencionadas em procedimento administrativo instaurado no Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (numero 62/11), o Defensor Público de São Paulo Rafael Soares da Silva Vieira, em recente parecer, tece importantes comentários os quais se transcreverá:

"Verifica-se pela análise das recomendações do Fórum Nacional a preocupação em se garantir a máxima participação das crianças e dos adolescentes nos feitos que lhes digam respeito, com o mínimo desgaste a elas, mormente psíquico.

(...)

Recomendação de Garantir a oitiva da criança/adolescente em todos os processos em que houver interesse jurídico, consultando-lhes quanto ao interesse de se verem assistidos, respeitando-se o direito à autonomia: *Atuação semelhante à da recomendação já é constatada na Defensoria Pública de S. Paulo em relação aos Juizados de Violência Doméstica. Pela Deliberação n. 138/2009 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de SP, que estabelece a tramitação prioritária de casos de Violência Doméstica e Familiar, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo- SP, a vítima deve receber atendimento particularizado e humanizado (art. 3º). Na prática isso implica a nomeação de outro defensor à vítima. A mesma conclusão se chegaria quanto ao atendimento à criança vítima. A leitura que se propõe fazer é pela ampliação da palavra "Defensor Público" na recomendação, de forma a assegurar que a criança receba defesa técnica gratuita, podendo ser feita por Defensor Público.*

(...)

Recomendação: Primar pela observância das normas procedimentais, mormente, nas hipóteses de utilização-padrão de Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas, exercendo a defesa técnica para priorizar a proteção da criança, com estrita observância dos requisitos legais para utilização de tal procedimento, cuidando para que a criança não seja revitimizada em depoimento com finalidade meramente condenatória do acusado da violação de direitos;

Recomendação: Arguir tecnicamente a impropriedade da utilização da oitiva judicial cautelar de criança vítima/testemunha em procedimentos que não tenham cunho eminentemente protetivo, perante a Justiça Especializada;

As recomendações acima podem ser analisadas conjuntamente, por tocarem num dos pontos mais sensíveis relativos à oitiva especial de crianças e adolescentes, que é a finalidade da oitiva especial.

Como exposto na introdução do parecer, um dos objetivos da escuta especial é obter a prova com qualidade e sem causar revitimização.

Entretanto, há vozes em contrário ao depoimento especial.

Ao mesmo tempo, em que se enxergam aspectos positivos na escuta especial, há algumas críticas, como as elaboradas por parte de Procuradora de Justiça, do Conselho Federal de Psicologia e do Conselho Federal de Serviço Social. (...)

Para a Procuradora de Justiça gaúcha Maria Regina Fay de Azambuja, outros meios de produção de prova seriam possíveis, sem a necessidade de imputar a responsabilidade à criança:

"(...) cabe questionar: é possível, à luz da Doutrina da Proteção Integral, fazer recair sobre a criança, considerada pela lei pessoa em fase especial de desenvolvimento, a responsabilidade pela produção da prova, como se fazia antes da vigência da Constituição Federal de 1988? A Doutrina da Proteção Integral legitima a prática de inquirir a criança, em especial, quando não há vestígios físicos, ciente das consequências que suas declarações acarre-

tarão ao abusador e ao grupo familiar? Essa situação valoriza a criança, como sujeito de direito, ou a expõe a mais uma violência? Que outros instrumentos seriam legítimos de ser usados para apurar a existência do fato e buscar a responsabilização do abusador? Considerando as descobertas das áreas de psicologia e da psiquiatria, desde Freud, datadas do início do século XX e reafirmadas por inúmeros estudiosos de saúde mental, que envolvem a possibilidade de a criança bloquear, no âmbito verbal, a cena da violência, seria recomendável exigir a sua inquirição?"[8]

Para o Conselho Federal do Serviço Social, a preocupação é tratar a criança apenas como uma fonte de prova, sem se importar com sua revitimização.

"(...) a instrução processual termina por gerar novos danos psíquicos à vítima, isto é ocorre a revitimização, na medida em que a criança e/ou adolescente, em vez de ser vista propriamente como sujeito de direitos em peculiar estágio de desenvolvimento, é tomada mais como uma fonte de informação, de forma que todo o processo penal acaba voltado mais para o acusado do que para a vítima, não reparando – ou minimizando – os danos sofridos pela mesma."[9]

Em síntese entre a utilização e a crítica, pode-se depreender que a técnica não deve ser usada apenas como uma fonte de obtenção de prova, mas sim quando o depoimento da criança for imprescindível para a reconstrução dos fatos.

A necessidade do depoimento advirá do cotejo das demais provas constantes dos autos. Se o processo for suficientemente instruído, não será preciso ouvir a criança; se for lacunoso, sim.

Dessa maneira, a tomada do depoimento especial deve ser feita após a produção de outras provas, pelo que não se pode admitir a utilização da oitiva judicial cautelar, feita antecipadamente, salvo hipótese excepcional, para evitar o perecimento da prova, com os mesmos parâmetros empregados pela doutrina na análise do art. 366 do Código de Processo Penal. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, a produção antecipada de provas não poderá ser rotina,

"mas providência resultante da avaliação do risco concreto de impossibilidade na obtenção futura das informações necessárias ao êxito da persecução".[10]

[8] AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos? Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 168/169.*

[9] CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL, Reflexões ético-políticas sobre a metodologia "depoimento sem dano" (dsd) junto a crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual, *in* <http://www.cfess.org.br/arquivos/Documento_DSD_COFI.pdf>, acesso em 25.4.11, p. 5/6.

[10] Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva. *Boletim do IBCCrim*, n. 42, jun. 1996, edição especial, p. 5.

Outro aspecto da recomendação é a não utilização da técnica em outros procedimentos que não tenham cunho eminentemente protetivo.

A técnica do depoimento especial deve ser utilizada no interesse da criança. Até por isso se explica para ela a importância de seu testemunho e se faculta sua participação no processo.

Se não se vislumbra possibilidade de a criança ser tutelada com o depoimento especial, este passa a ser fonte ordinária de produção de provas, sem cuidado com consequências negativas que reviver o fato podem trazer, o que vai à contramão da defesa do superior interesse da criança e não pode ser admitido pelo Defensor Público."

CONCLUSÃO

Nas situações decorrentes de violência sexual contra crianças e adolescentes, torna-se imperiosa a readequação institucional em favor das diretrizes de funcionamento do sistema de garantia e atendimento especializado, contribuindo para que os procedimentos extrajudiciais e/ou processos judiciais sejam conduzidos priorizando sua proteção e não os colocando como "mero objeto" de produção de provas.

Além da preocupação na persecução probatória, o olhar de todo o sistema de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, incluindo o sistema de justiça, deve prestigiar a proteção e cuidado às crianças, adolescentes e famílias que se encontram em um cenário de vulnerabilidade. A Defensoria Pública, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal recebe, neste cenário, o dever de garantir o direito ao serviço público de assistência jurídica gratuita e integral com prioridade absoluta.

Referências Bibliográficas:

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 10ª edição – São Paulo: Atlas 2009

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brvant. Acesso à Justiça. Editora Fabris, 1988.

ROSA, Paula. Judiciário discute tomada de depoimento especial. Disponível em: http://www.direitosdacrianca.org.br/em-pauta/2011/05/judiciario-brasileiro-discute-tomada-de-depoimento-especial. Acesso em 01.12.2011

CONSELHO FEDERAL DE PSCICOLOGIA. A escuta de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência e a rede de proteção. Brasília: CFP, 2010.

CNJ. Recomendação do CNJ para depoimento especial de crianças facilita punição dos agressores. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/10750-recomendacao-do-cnj-para-depoimento-especial-de-criancas-facilita-punicao-dos-agressores. Acesso em 23.4.201

CHILDHOOD. Depoimento Especial. Disponível em: http://www.childhood.org.br/programas/depoimento-especial. Acesso em 01.12.2011

A MANIFESTAÇÃO TÉCNICA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE AFERIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BREVIDADE DA INTERNAÇÃO

Gustavo Rodrigues Minatel
Defensor Público do Estado de São Paulo

Ao contrário do que tenta apregoar a mídia influenciada pelo movimento punitivista, não há que se falar em impunidade quando da prática de ato infracional por adolescente. Com efeito, praticado o ato infracional, passa o jovem a se submeter a uma persecução socioeducativa, podendo, ao final de procedimento regular que assegure seus direitos fundamentais, ser submetido ao cumprimento de medida socioeducativa que, além de viés punitivo, tem sobrelevo pedagógico.

Dentre as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, cada uma com uma abrangência pedagógica especial, permite a lei, em situação excepcional, a aplicação de medida socioeducativa de internação, sujeita aos princípios da brevidade e da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Quanto se propugna que a medida socioeducativa de internação deve ser breve, adentra-se na questão do tempo, tema de importância fundamental no direito e que mereceria tratamento adequado em estudo que o talhasse como único tema. No presente artigo, será realizado um recorte apenas para traçar o caminho para o princípio da brevidade da internação e os limites à atividade jurisdicional no curso da execução da medida socioeducativa de internação, especialmente impostos pelos relatórios técnicos elaborados pela equipe técnica multiprofissional das entidades de atendimento.

Para NEWTON o tempo era absoluto, universal, independente da posição do observador, considerado, portanto, igual para todos e em todos os lugares. Com o tempo, EINSTEIN, ao cunhar a teoria da relatividade, tratou de desconstruir a teoria absoluta, mostrando que o tempo é relativo. Nesse sentido, pode-se afirmar que o tempo é relativo consoante a posição e a natureza do observador. Portanto, para a teoria da relatividade, o tempo é relativo, e admite a existência de um tempo objetivo e subjetivo. O tempo objetivo é o tempo do direito, que está na lei. Por exemplo, o adolescente que pratica ato infracional pode ser submetido ao cumprimento de

medida socioeducativa de internação pelo período máximo de três anos (art. 121, ECA). Esse é o tempo do direito.

Não obstante, o tempo tem seu espectro subjetivo, sendo possível afirmar que ele sofre nuances conforme a posição do observador. Assim, o tempo do adolescente privado da liberdade flui mais moroso do que o tempo do jovem que cumpre medida socioeducativa em meio aberto. A institucionalização não marca apenas a ruptura no espaço, senão também a ruptura do tempo.

E o "tempo" do adolescente não é só diferente em razão da posição em que ele se encontra, mas por uma razão natural, própria da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Como é consente, o adolescente é alguém que interroga e se interroga, que passa por inúmeras e rápidas mudanças, caracterizando-se por um "vir-a-ser". Ou seja: não é mais uma criança, e ainda não é adulto, o que o deixa em uma situação desconfortável. É justamente em virtude do tempo subjetivo, marcado pela condição especial de pessoa em desenvolvimento (limite ontológico da medida socioeducativa), que se afirma que a medida socioeducativa, enquanto limite cronológico - deve perdurar apenas o tempo necessário para realização do processo pedagógico.

Fixada a premissa do tempo subjetivo do adolescente, impende adentrar ao momento processual em que ele serve como limite à valoração judicial. Conforme afirmado acima, praticado o ato infracional, surge para o Ministério Público a pretensão socioeducativa, e com a procedência da representação, é expedida guia judicial, a qual é encaminhada ao juízo das execuções das medidas socioeducativas.

Se o princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação tem seu momento crucial de avaliação no procedimento de apuração da prática de ato infracional, quando o juiz deve buscar, sempre que possível, a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto, o princípio da brevidade da internação ganha relevo na fase de cumprimento da medida socioeducativa de internação, servindo como importante limite à atuação dos juízes das execuções de medidas socioeducativas em meio fechado.

Nesta fase, surge a questão: Quais são os instrumentos que estão à disposição do magistrado para valorar o tempo subjetivo do adolescente e o tempo necessário de internação, sempre orientado pela máxima de que a medida excepcional deve ser breve? São os relatórios técnicos elaborados pela equipe multidisciplinar de atendimento. Com efeito, durante o curso da medida socioeducativa de internação são elaborados basicamente três trabalhos técnicos. São eles: O PIA (Plano Individual de Atendimento), os "Relatórios Técnicos de Acompanhamento" e o "Relatório Técnico Conclusivo".

O PIA (Plano Individual de Atendimento), elaborado pela equipe multidisciplinar de atendimento, é instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas pelo adolescente. É no PIA que, considerando a singularidade do adolescente e seu tempo subjetivo, serão traçadas as metas e compromissos pactuados com o jovem e sua família durante o cumprimento da medida socioeducativa. Observe-se, portanto, que o PIA é o norte do adolescente, da família e de todos os envolvidos com o processo pedagógico. Neste ponto, é importante ressaltar que o PIA deverá estabelecer metas viáveis, para que não reste frustrado o processo pedagógico.

Ultrapassada a fase de homologação do PIA, o procedimento da execução das medidas socioeducativas em meio fechado é sucedido por reavaliações periódicas, as quais devem ser realizadas no prazo máximo de 6 (seis) meses. Como decorrência destas reavaliações é que são apresentadas manifestações técnicas diversas, "relatórios técnicos de acompanhamento" e os denominados "relatórios técnicos conclusivos".

O "relatório técnico de acompanhamento" é aquele que, sem sugerir a extinção ou modificação das medidas socioeducativas, retrata a evolução do adolescente em cumprimento da medida, tendo como parâmetro as metas traçadas no PIA. Neste relatório, por exemplo, é feita referência à participação da família do jovem no cumprimento da medida, bem como menção às intervenções realizadas nas áreas da saúde, segurança, psicologia e assistência social, porém, é ressalvado que o trabalho pedagógico ainda não foi concluído, e que, portanto, o jovem deve permanecer cumprindo a medida socioeducativa de internação. Doutra banda, o "relatório técnico conclusivo" é aquele que demonstra que as metas estabelecidas quando da entrada do jovem na unidade de internação foram alcançadas, sugerindo, portanto, a extinção da medida socioeducativa de internação ou eventual progressão para medida mais branda.

É justamente quando da aferição do "relatório técnico conclusivo" que encontramos graves equívocos judiciais. Ou seja, não é incomum que o magistrado frente a uma proposta técnica de extinção da medida socioeducativa de internação a indefira com argumentos de ordem genérica, desvinculados da fase de execução da medida socioeducativa de internação. Não se está a afirmar que o magistrado está adstrito ao relatório técnico conclusivo. O que se quer asseverar é que o juiz não pode indeferir as propostas técnicas com argumentos relacionados à gravidade do ato infracional praticado, aos antecedentes, e eventual desamparo familiar, todos relacionados a fatos pretéritos, que estavam presentes antes do início da execução da medida socioeducativa.

Não se pode esquecer que nosso sistema processual, de arrimo democrático, adotou o princípio do livre convencimento motivado, o que permite concluir que o juiz tem liberdade para valorar as provas de acordo com sua consciência ou convencimento, desde que o faça motivadamente e não extrapolando o que consta do processo. Assim, é vedado ao magistrado decidir com base em probabilidades. Em outras palavras, não pode o magistrado manter o jovem internado, na pendência de relatório técnico propondo a extinção ou progressão da medida socioeducativa de internação, quando não houver outro elemento de prova em sentido contrário, por acreditar que o prolongamento da internação possa ser útil ao processo de ressocialização, eis que se trata de argumento inspirado na doutrina da situação irregular, há muito superado pela doutrina da proteção integral.

Ademais, se a gravidade do ato infracional e os antecedentes do jovem já foram utilizados para nortear o magistrado no sentido de proferir uma sentença de internação, não podem, novamente, serem utilizados, agora para indeferir o pedido de extinção ou progressão da medida socioeducativa, sob pena do adolescente ser prejudicado duas vezes pela mesma circunstância (gravidade do ato infracional e antecedentes). Além do que, aplicada a medida socioeducativa de internação, os olhos dos órgãos envolvidos no sistema de justiça devem se volver para o futuro do jovem, para o resultado do trabalho socioeducativo realizado e não para o passado (gravidade do ato infracional praticado e antecedentes). Olhar para o passado implica desfigurar a medida socioeducativa, atribuindo-lhe caráter eminentemente retributivo.

Pelo que se pode observar, o PIA e os relatórios técnicos conclusivos, são trabalhos técnicos elaborados em consonância com o tempo subjetivo do adolescente, e em respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, se o "relatório técnico conclusivo" demonstra que todas as metas do PIA foram alcançadas, e que, portanto, o processo pedagógico foi realizado com sucesso, deve o juiz ao menos considerar tais elementos de prova no momento de proferir a sentença. Repise-se: não se quer afirmar que o juiz não pode indeferir as propostas nele contidas, pois se assim fosse os relatórios técnicos teriam valor de sentença. O que se quer afirmar é que o indeferimento deve estar escorado em fatos concretos, relacionados a acontecimentos ocorridos no curso da execução das medidas socioeducativas, os quais venham a demonstrar que as metas do PIA ainda não foram alcançadas.

Portanto, postas as linhas acima, podemos concluir que o princípio da brevidade da internação, decorrente da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento e do seu tempo subjetivo, é princípio constitucional fundamental, e que serve como limite à atuação do juiz das execuções de medidas socioeducativas. E o respeito ao tempo subjetivo do adolescente depende de uma leitura adequada do caminhar do jovem institucionalizado, e que é auxiliada pelo trabalho dos técnicos que labutam diariamente com o adolescente, e que não pode ser desprezada pelo magistrado com base em argumentos extraprocessuais. Ou seja, embora o juiz não esteja adstrito às conclusões expostas nos relatórios técnicos, é certo que a independência judicial e o princípio do livre convencimento motivado não são absolutos, devendo o magistrado apreciar os relatórios que propõe a extinção ou progressão da medida de internação com base nos elementos de prova existentes nos autos da execução e não com base em fundamentos que não encontram guarida nos autos.

ADOLESCENTE "INTERNÁVEL" E COMÉRCIO DE DROGAS: ANÁLISE DE PROCESSOS, DISCURSOS, DECISÕES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS.

Mateus Oliveira Moro
Defensor Público do Estado de São Paulo

"(…) As grades nunca vão prender nosso pensamento mano (…)" Música "Salve", Álbum "Sobrevivendo no Inferno". Racionais MC's

1 – Introdução

O presente artigo tem por objetivo dividir com os leitores das publicações do Núcleo Especializado de Infância e Juventude da Defensoria Pública do Eatdo de São Paulo as conclusões a que cheguei em minha pesquisa de mestrado que resultou na dissertação *Adolescente "internável" e comércio de drogas: análise de processos, discursos, decisões e violações de direitos.*

Percebe-se que o chamado Estado Democrático de Direito, sob olhar criterioso, revela-se um insofismável paradoxismo. Em seu conjunto de leis, a teoria não se sustenta quando confrontada com a prática democrática e jurídica diária que, círculo vicioso, submete o jovem brasileiro pobre a seus paradoxos e contradições – para fazê-lo cumprir na sociedade o papel do "adolescente em conflito com a lei".

Algumas análises recentes desse caráter paradoxal do Estado Democrático de Direito dão as pistas para se avaliar a situação particular do (enunciado) "Adolescente em conflito com a lei". Seguem breves sínteses da visão de importantes analistas do mundo contemporâneo. Boaventura Sousa Santos (2010) ao comentar a situação atual do Estado português observou que o Estado contemporâneo manteve as liberdades, mas destruiu as possibilidades de serem efetivamente exercidas, instaurando um regime de democracia política combinado com fascismo social. Provocativo, chama tal modelo de *ditamole*, fazendo o trocadilho com *ditadura*. O caso brasileiro não difere muito desta análise, como foi verificado ao longo da referida pesquisa – deste lado do Atlântico as liberdades também não são exercidas na prática. Jacques Rancière, filósofo francês, em sua obra *Dissenso* (1996), observa que no regime consensual, como a democracia, a igualdade é previamente estabelecida,

mostra-se uma aparente igualdade e impede-se a liberdade de manifestação e a aparência do litígio. Refletindo sobre o caso das instituições policiais no Brasil, o antropólogo brasileiro Luiz Eduardo Soares (2010) observou que as instituições policiais não foram alcançadas em profundidade pelo processo de transição democrática, nem se modernizaram, adaptando-se às exigências da complexa sociedade brasileira contemporânea. Ponderou que o modelo policial foi herdado da ditadura, servia à defesa do Estado autoritário e era funcional ao contexto marcado pelo arbítrio. Soares concluiu ponderando que esse modelo não serve à defesa da cidadania.

Os três autores citados não foram referidos ao acaso. Embora com especificidades diferentes, o seleto trio leva à conclusão de que o mundo jurídico (o mundo valorativo do "*dever ser*", ou de como as coisas devem ser) está longe de ser efetivamente exercido na vida real, confirmado o paradoxo. Como a parcela maior da sociedade, aquela que está na base da pirâmide social, não consegue exercer seus direitos previstos, tanto legal quanto politicamente, a sociedade se dividiu em duas: uma formada por cidadãos e outra por subcidadãos[1], não cidadãos ou quase cidadãos.

Ao analisar processos que apuram o suposto comércio de drogas realizado por adolescentes *"*sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*"* (conforme os exatos termos do artigo 33[2] da Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas), a pesquisa acabou por refletir alguns dos paradoxos da democracia e do Direito.

O panorama real do cotidiano de jovens "em conflito com a lei" são as Unidades Experimentais de Saúde, as prisões e internações ilegais, o toque de recolher noturno para adolescentes em inúmeras cidades brasileiras[3] (e também nas francesas), a aceitação da versão policial como verdade absoluta nos processos judiciais; vive-se sob a ameaça de projeto de lei visando à internação compulsória de crianças e adolescentes viciados em drogas, entre outras incoerências. Para ficarmos com a importante leitura da contemporaneidade feita por Giorgio Agamben (2004, 2010) parece que vivemos o estado de exceção em permanência.

A dissertação *Adolescente "internável" e comércio de drogas: análise de processos, discursos, decisões e violações de direitos* teve como objeto de estudo seis processos de apuração do ato infracional equivalente ao crime chamado de tráfico de

[1] Termo utilizado por Jessé Souza.

[2] "*Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar":*

[3] Em muitas cidades do Estado de São Paulo e em outras ao redor do Brasil, juízes estabeleceram proibição de os adolescentes transitarem ou permanecerem na rua sem a companhia de seus pais ou responsáveis em parte do período noturno. As cidades de Ilha Solteira e Itapura, ambas no interior de São Paulo, foram vanguardistas nessas violações de direitos em 2009. Há um projeto de lei, de autoria do deputado Jooji Hato (PMDB), em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que pretende criar o toque de recolher para menores de 18 anos em todo o estado.

drogas em uma cidade do Estado de São Paulo[4]. A questão proposta na dissertação – a princípio de natureza ética e profissional, mas que passou a ser para mim uma questão para a pesquisa científica – é a não observância dos preceitos legais e constitucionais nos processos, a vulnerabilidade do adolescente frente ao poder punitivo do Estado e ao discurso social preponderante, assim como a insegurança lógica e jurídica que permeia tais processos[5]. Investigar os processos, de modo a reconhecer a observância dos preceitos constitucionais, significa, portanto, estudar casos particulares do Estado de Direito em ação, na prática cotidiana de suas instituições. A pesquisa foi realizada por meio de exame dos documentos e da análise das falas dos protagonistas envolvidos na relação processual, procurando reconhecer o poder e o discurso que imperam – e suas contradições e paradoxos frente às previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), da Constituição Federal e de outras leis.

Inspirada inicialmente nas discussões de algumas das disciplinas cursadas no mestrado a hipótese central do trabalho apresentado (dialogando com a teoria de Agamben sobre o *homo sacer*) é a de que os adolescentes "protagonistas" dos processos analisados apesar de teórica e juridicamente inimputáveis ("insacrificáveis") se constituem na prática em adolescentes "internáveis" (matáveis). Nesta linha, os adolescentes são, ao mesmo tempo, "insacrificáveis" mas "matáveis" como o *homo sacer* analisado por *Agamben*, o que na dissertação correspondeu à dupla: "inimputáveis" mas "internáveis".

Os "processos" policial e judicial de apuração do cometimento do ato infracional, e seu deslinde com eventual aplicação de medida socioeducativa – previstos na lei como instrumentos que visam a garantir direitos dos adolescentes – invariavelmente terminam com a fixação ilegal da medida socioeducativa de internação e, portanto, eles têm sido utilizados, paradoxalmente, de forma a violar os direitos dos adolescentes, sobretudo a partir da associação Polícia, Ministério Público e Judiciário. Aqui, associação não se refere a um acordo expresso ou tácito entre representantes dessas três instituições, mas a um contexto "biopolítico[6]" particular no qual uma rede de

[4] Sou Defensor Público do Estado de São Paulo e trabalho diariamente defendendo adolescentes e adultos acusados de vários crimes, principalmente de roubos, furtos e tráfico.

[5] A grande motivação para o referido trabalho veio das impressões captadas em minha atividade profissional – tenho a sensação diária de que policiais repetem a mesma história *sempre*, e que promotores e juízes não se empenham na busca da verdade sobre o ocorrido, contentando-se com a fala dos policiais.

[6] A noção de biopolítica ganhou importância na teoria social e no pensamento contemporâneo a partir da obra de Michel Foucault. A noção de biopolítica nasce da pressuposição de que uma característica fundamental do mundo moderno foi a ascensão da vida pelo poder: o poder passou a ter o homem enquanto ser vivo como cerne (Foucault 2005). O conjunto de processos que passaram a avaliar a vida humana – de natalidade, de mortalidade, de longevidade – constituiu a biopolítica, uma tecnologia de poder voltada para um novo corpo – a população. A síntese dessa tecnologia do poder é o "fazer viver", um poder contínuo, científico, de gestão calculista da vida, técnicas diversas e numerosas para obter a sujeição dos corpos e o controle das populações (Foucault 2001, p.131). "Podemos usar o termo 'biopolítica' para abarcar todas as estratégias específicas e contestações sobre a vitalidade humana coletiva, morbidade e mortalidade, sobre as formas de conhecimento, regimes de autoridade e práticas de intervenção que são desejáveis, legítimas e eficazes" (Rabinow e Rose 2006, p.28).

ações e omissões dos agentes dessas instituições se entrelaça e atua sobre corpos e tempos dos adolescentes, violando seus direitos. Neste contexto, o *habeas corpus* é utilizado como importante instrumento biopolítico na defesa dos jovens e na luta contra o controle capilar de seus corpos.

No sistema penal e socioeducativo (este apenas um braço eufemístico daquele e entendido por muitos como um verdadeiro Direito Penal Juvenil), as agências administrativas (Polícia e Ministério Público), judiciais (Magistrados singulares e Tribunais) e executivas (Agentes Penitenciários e socioeducativos) já escolheram o tipo ideal de criminoso e, portanto, o inimigo a ser atacado: um outro considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém (não-ser). Neste sentido, Salo de Carvalho (2006) aponta que os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da persecução, sobretudo das polícias, como direcionam o raciocínio judicial na eleição das inúmeras variáveis entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção.

Por meio da análise dos documentos coletados buscou-se também entender se há uma insegurança lógica e jurídica que permeia tais processos, desde a apreensão realizada pela polícia até a decisão final proferida pelo juiz. Neste compasso, foram observadas quais as provas existentes nos autos e se realmente a versão da polícia tem sido aceita como prova principal, senão única e absoluta, pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Ao mesmo tempo, foram demonstradas as ilegalidades cometidas pelos agentes do Sistema de Justiça, tanto no processo judicial, quanto no caminho paralelo percorrido através da propositura de *habeas corpus,* desde o Tribunal de Justiça estadual até o Superior Tribunal de Justiça.

2 – De onde o pesquisador fez sua análise

Importante salientar que eu era um dos protagonistas dos processos analisados, e, portanto, não havia um distanciamento perfeito em relação ao objeto do estudo, como ocorre rotineiramente nos procedimentos de pesquisa e produção científica. Minha visão não era idealmente neutra, mas contaminada pela posição que ocupava em minha atuação profissional como Defensor Público em tais processos e, por conseguinte, de eventuais paixões despertadas por tal atuação. Nesta toada, há um posicionamento híbrido de um Defensor Público que vai para um mestrado e retorna a seu campo de trabalho para analisá-lo.

Contudo, diferentemente do que alguns possam pensar, creio que o envolvimento nesta luta de poder na defesa dos adolescentes (travada em audiências, em alegações processuais, na impetração de *habeas corpus* etc.) não é fator que impede a invenção de um conhecimento qualificado. Neste sentido, aponto a visão de Nietzsche (2001) e a de Foucault acerca da fabricação do conhecimento. O primeiro, citado em mais de uma obra pelo segundo, vai de encontro a todo o histórico da filosofia ocidental clássica e, assim, em oposição a Descartes, Platão e Spinoza. Estes caracterizam o conhecimento pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela beatitude, pela unidade. Nietzsche por sua vez coloca no cerne, na raiz do conhecimento, algo como o ódio, a luta, a relação de poder. Para ele o conhecimento vai aparecer como a centelha entre duas espadas.

Foucault (2003) explica que o conhecimento surge sempre de uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É essa relação estratégica que vai definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento (e um sujeito de conhecimento) que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo. Conclui o autor, explicando que as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Neste contexto, o pesquisador envolvido no objeto de estudo de sua própria pesquisa pode trazer impressões, experiências e visões qualificadas de modo diverso e até mais precioso em relação àqueles que não estão envolvidos nesta luta de poder.

3 – O comércio ilegal de drogas

A temática a respeito do comércio de drogas envolve uma série de questões variadas e complexas, entre as quais a liberdade de se autodeterminar, as ilegalidades cometidas pelos agentes do sistema de justiça, a criminalização da pobreza, a opção estatal capitalista de proibir o uso de certas substâncias, a seletividade de classes sociais na repressão ao crime, a ineficácia das penas e medidas socioeducativas, a violência das atividades que ficam às margens da lei etc. Neste contexto, está inserido o adolescente pobre acusado de vender drogas *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

A discussão que envolve o comércio e o consumo de drogas atrai diferentes opiniões, correntes no senso comum. Artistas e intelectuais declaram publicamente que fazem uso de drogas em seus processos criativos para produção de trabalhos. Por outro lado, famílias dizem que vidas são destruídas por causa de algum ou de alguns de seus membros dependentes de drogas. É inegável o grande número de mortes violentas entre jovens e os potenciais malefícios causados pelo consumo de substâncias psicoativas. Neste diapasão, em entrevista concedida em 1° de agosto de 2000, o professor Sebastian Scheerer – Diretor do Instituto de Criminologia da Universidade de Hamburgo[7] – observou que como os carros e o equipamento de escalagem, de esqui ou de mergulhar, as drogas têm um potencial terrivelmente ambivalente: podemos desfrutar muito deles, mas também podemos morrer ou até matar. Ressaltou que a questão não é o risco, mas a distribuição do risco. Concluiu que a maioria dos consumidores de todos os tipos de drogas, assim como a maioria dos motoristas, tem um comportamento sensato, e que portanto a solução dos problemas do tráfego e do consumo de drogas não é a proibição geral dos carros nem das drogas.

[7] Entrevista divulgada no site pauloqueiroz.net, conforme citação na bibliografia ao fim deste trabalho.

Uma das estratégias do discurso de "guerra às drogas"[8] é focalizar na adolescência. Conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da prática de ato infracional, o adolescente, penalmente inimputável, deve receber a aplicação de medidas socioeducativas. O processo de apuração de ato infracional tem início com a acusação do adolescente pelo Ministério Público da prática de uma conduta prevista como crime (conforme artigos 180 e 182 do ECA). A partir daí, o adolescente se defende de tal imputação. Com a superveniência de uma sentença judicial, será declarado se o adolescente foi considerado autor do suposto ato e, em caso positivo, qual será a medida socioeducativa aplicada. A minha atuação profissional como Defensor Público nos processos analisados se deu neste tipo de processo.

No cotidiano forense, depara-se com inúmeras ilegalidades cometidas pelos agentes do sistema de justiça e isso ocorre principalmente nas apurações dos casos de comércio de drogas. Existem duas ilegalidades com as quais convivo diariamente: a apreensão por policiais civis e militares de adolescentes que não estavam na posse de drogas e a decisão judicial internando adolescentes acusados de vender drogas, quando o ECA não prevê internação por tal ato infracional, exceto em caso de reiteração de conduta.

A primeira ilegalidade pode tanto ocorrer intencionalmente pelo policial (ele apreende um adolescente sabendo que este não estava na posse de drogas, o chamado flagrante forjado) ou não intencionalmente, quando o policial interpreta de forma errada determinada situação e acaba por causa dela apreendendo o adolescente.

Este pesquisador, no papel profissional de defensor dos acusados, os entrevista antes da produção das provas em juízo. Em tese, sei portanto se o acusado estava de fato vendendo drogas ou não. Contudo, mesmo que não soubesse – ou se fosse enganado por eles (uma hipótese) – não faria diferença, pois o que deve ser destacado não é se a polícia faz uma prisão (ou apreensão) legal ou ilegal propositalmente, mas a insegurança lógica e jurídica trazida por este tipo de prova, que acabou se tornando a única prova acusatória do processo, como se percebeu por meio da análise dos casos e é aceita sem questionamento pelo judiciário brasileiro e pelo sistema de justiça em geral. Estas inseguranças permeiam a apuração do cometimento do ato infracional desde a apreensão até a sentença: permite-se assim que o aparelho repressor do Estado praticamente decida quem será processado e quem ao final será condenado. Tais inseguranças e ilegalidades foram o enfoque da pesquisa.

4 – Aspectos metodológicos

A pesquisa de mestrado não teve a pretensão de fazer uma rigorosa análise quantitativa ou estatística, mas uma análise qualitativa dos autos dos processos escolhidos. Para que pudesse fazer um recorte específico a ser estudado, a análise

[8] Tal discurso é marcado pelo chamado proibicionismo e tem início, em termos mundiais, em meados do século XIX. Antes de ser uma doutrina legal para tratar a "questão das drogas" o proibicionismo é uma prática moral e política que defende que o Estado deve, por meio de leis próprias, proibir determinadas substâncias e reprimir seu consumo e comercialização (Rodrigues, 2008).

recaiu sobre autos de processos que apuram o suposto comércio de drogas *"sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".*

Neste sentido, e visando a uma homogeneidade de situações que padronizassem a pesquisa, os critérios de seleção dos seis processos judiciais analisados foram os seguintes e nesta ordem: 1 – acusação do ato infracional equivalente ao crime de tráfico de drogas; 2 – processos que culminaram com a internação do adolescente; 3 – apreensões feitas por policiais civis da Delegacia de Investigações Sobre Entorpecentes de uma das Seccionais no Estado de São Paulo; 4 – apreensões ocorridas entre janeiro de 2010 e setembro de 2010; 5 – os primeiros seis processos disponíveis para consulta, após requerimento junto à Vara da Infância e Juventude da Comarca de uma cidade do Estado de São Paulo. Por outro lado, diante dos critérios adotados, chegou-se a uma homogeneidade de situações não escolhida. Em todos os casos, os adolescentes acusados eram do sexo masculino[9]. De sete adolescentes acusados, apenas um era branco, os demais foram qualificados como negros e ou pardos[10]. A faixa etária variava de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos, com predomínio da última (cinco dos sete adolescentes).

Foram analisados seis processos de apuração de ato infracional, nos quais a acusação imputava o cometimento de comércio de drogas ilícitas ao adolescente. Foram escolhidos e estudados vários "elementos" que fazem parte dos processos, aqui relatados: 1 – a versão policial (tanto da delegacia quanto em juízo); 2 – o laudo de exame químico toxicológico; 3 – a versão do adolescente (tanto da delegacia quanto em juízo); 4 – a certidão de antecedentes; 5 – o parecer psicossocial; 6 – as manifestações do Ministério Público (petição inicial, alegações finais); 7 – as manifestações da defesa (defesa prévia; alegações finais); 8 – as decisões judiciais (internação provisória; sentença) e 9 – os *habeas corpus* impetrados pela defesa e seus resultados nos Tribunais.

Através da análise individualizada e comparativa dos elementos comuns aos seis processos, entre similitudes e diferenças buscou-se identificar as ilegalidades cometidas, estudar a batalha burocrática de discursos que emerge da fala dos protagonistas dos processos, a vulnerabilidade do adolescente frente ao poder punitivo do Estado Penal e a insegurança lógica e jurídica de uma praxe na qual as provas existentes nos autos se resumem à versão dos policiais que apreenderam os adolescentes.

Por questões éticas, propositalmente os nomes das pessoas envolvidas (adolescente, juiz, policial, promotor, testemunha ou outras) ficaram em sigilo, assim como ficaram em sigilo a própria cidade onde ocorreu a trama analisada, mesmo porque

[9] Em geral são homens os trabalhadores do mercado negro das drogas. Atuando há mais de cinco anos como Defensor Público de adolescentes e de adultos, nunca defendi adolescente do sexo feminino acusada de vender drogas. Recordo porém alguns casos de mulheres adultas acusadas de tal crime.

[10] Durante a pesquissa constatou-se que em duas ocasiões a menção à cor de pele na delegacia é diversa daquela feita pelo Judiciário – ou seja – em um documento consta "pardo" e no outro "negro". Curiosamente o indivíduo qualificado como branco foi o único que contratou advogado particular.

o visado nesta análise não é a fala ou o discurso de determinadas pessoas, mas sim de representantes de instituições, ou mesmo o funcionamento de um sistema. Os nomes dados aos casos são fictícios. Parte-se aqui da perspectiva foucaultiana (1971) de que as significações do real não são definidas pelos sujeitos, mas por discursos de poder; a decisão judicial não se dá por um sujeito específico, mas por uma confrontação de "olhares", que formam "discursos", caracterizados por "saberes". Me propus a analisar a diversidade de posições e a observar como um discurso sobre o "adolescente em conflito com a lei" é construído no desenrolar dos processos. Deve-se ressaltar que a análise dos processos foi autorizada pelo Juiz de Direito titular da respectiva Vara da Infância e Juventude, após requerimento formal por escrito deste pesquisador.

5 – Conclusões após a análise do material empírico coletado

Em uma cidade do estado de São Paulo, membro do Estado Penal e Neoliberal brasileiro, adolescentes pobres, todos do sexo masculino, em sua maioria afrodescendente, apreendidos e acusados de vender drogas ilícitas são tratados de modo protocolar e omisso por agentes estatais de instituições como o Ministério Público e o Judiciário. O sistema de justiça atua de maneira performática, não garante direitos. Não se percebe empenho na busca da verdade, reatualizando-se de modo mais fiel possível o passado que teria ocorrido. A acusação, toda a prova produzida e sentença se baseiam exclusivamente na palavra dos policiais que apreenderam os jovens. Esse contexto se reflete no aumento do número de internações – é uma verdadeira ação afirmativa carcerária.

Neste Estado Penal, as possibilidades dos direitos e garantias dos adolescentes caracterizados como "em conflito com a lei", formalmente assegurados, serem efetivamente exercidas são cotidianamente destruídas, já que não há um verdadeiro litígio na relação processual, mas o endosso da fala dos policiais que capturam a "vida nua" nas ruas pelo discurso presente na postura de agentes como delegado, promotor e juiz. O discurso observado mostra o ranço da Doutrina da Situação Irregular em que se baseava a legislação anterior e perante a qual o adolescente era objeto de tutela e não sujeito de direitos. Percebe-se uma fronteira indeterminada em que o adolescente aparece simultaneamente como sujeito e objeto do poder político.

As internações são o final da história difícil de ser explicado: decisão ilegal situada em zona de indistinção entre o fato e a norma. O que está dentro e ao mesmo tempo fora do ordenamento jurídico transforma o adolescente em um ser "*internável*". Nasce um discurso acerca do adolescente em conflito com a lei, fruto de uma batalha burocrática de discursos em que o jovem parece ser julgado pelo que ele virtualmente pode ser e não pelo que fez, pois o que ele fez é incerto, já que não há segurança na apuração dos fatos presentes na acusação. Nesse contexto, a vulnerabilidade do adolescente em face do poder punitivo do Estado Penal é inegável. O Estatuto da Criança e do Adolescente e as demais normas aplicáveis que deveriam ser instrumentos para garantir os direitos dos adolescentes são utilizados, paradoxalmente, para violá-los.

O paradoxo confirma que o mundo jurídico (o mundo valorativo do "*dever ser*", ou de como as coisas devem ser) está longe de ser efetivamente exercido na vida real. O Estado teoricamente Democrático de Direito não existe na prática. O modelo policial paulista legado pela ditadura, na qual o estado de exceção existia formal e materialmente, que se mostra nos processos analisados, é visto diariamente por nossa sociedade do espetáculo à luz do dia, *sem maquiagem* e através de câmeras como nos recentes Casos "Cracolândia" e "USP" na capital paulista e "Pinheirinho" em São José dos Campos/SP.

As principais conclusões da pesquisa serão sistematizados a seguir em quatro argumentos principais, a saber: (1) a arte racional de governar surgida na modernidade com o liberalismo e a biopolítica, que cria e integra a prisão como aparelho jurídico-econômico cobrador da dívida do crime pelo tempo de liberdade suprimida; (2) o contemporâneo e inflacionado Estado Penal, que criminaliza as consequências da pobreza e tem a punição pelo comércio de drogas como *carro chefe* do encarceramento; (3) a vulnerabilidade do adolescente frente ao discurso punitivo do Estado retratada nas falas dos protagonistas dos processos; (4) o adolescente internável como *homo sacer* ("vida nua") incluído no ordenamento jurídico-político pela exclusão através do estado de exceção (decisão soberana).

5.1 - Arte racional de governar: modernidade, liberalismo, biopolítica e prisão

Há aproximadamente duzentos e cinquenta anos, surgia um complexo corpo biopolítico de difícil trato: surgia a população. Para organizá-la e governá-la nasce o embrião de um macrorregime político-econômico, que tem raiz no pensamento econômico e cuja inteligibilidade se aplicará a partir de então a campos não econômicos e, mais além, se tornará um modelo de existência para cada indivíduo, orientando suas relações consigo mesmo, com o tempo, com seu trabalho, futuro, com sua família. O corpo e o tempo dos seres humanos é colocado em um verdadeiro mercado, o mercado de trabalho, e oferecido aos que o quiserem comprá-lo em troca de um salário. Atualmente, o corpo de muitos adolescentes e seu tempo de trabalho se tornam força de trabalho, como comerciantes de drogas ilícitas, a qual é comprada em troca de um salário. Estes contemporâneos comerciantes de drogas ilícitas são empreendedores de si, que constroem um *self* de forma ariscada, já que com seu comportamento econômico entram nos cálculos governamentalizáveis de poder e, por conseguinte, são alvos cotidianos do braço penal do Estado (ou de seu *irmão eufemístico*, o braço socioeducativo). Neste contexto, os policiais, que exercem a soberania do Estado e o processo de controle nas ruas dos territórios pobres, apreendem centenas de adolescentes. Estes são supostos comerciantes, apenas acusados e os processos estudados mostram que é difícil (para não dizer impossível) concluir o que de fato ocorreu quando dessas apreensões.

O controle dos indivíduos ao longo de sua existência é a base do poder, a forma de saber-poder que vai dar lugar ao que chamamos de ciências humanas. A necessidade de formas de governar que tornassem os homens produtivos e dóceis faz emergir o novo olhar bifocal – para o corpo de um indivíduo e para o corpo

social – que levou à formação do biopoder, conforme o entendimento foucaultiano. Fábrica, escola, hospital, hospital psiquiátrico, prisão, unidade de internação, têm por finalidade fixar os indivíduos e atuar como aparelhos de normalização. A psicologia e assistência social são dois dos vários saberes desta sociedade disciplinar que surgiram e se intensificaram a partir do final do século XVIII no auxílio desta arte racional de governar e que aparecem nos processos analisados. Tais saberes poderiam dar substrato relevante para as decisões político-jurídicas a serem tomadas nos processos judiciais, mas observa-se que os pareceres psicossociais são em grande parte dos casos ignorados ou usados de forma parcial pelos agentes políticos detentores de poder decisório – promotor e juiz mostram nitidamente um viés acusatório e convicções pessoais contrárias à lei em suas conclusões.

A noção de biopolítica surge da percepção de que uma característica fundamental da modernidade teria sido a assunção da vida pelo poder – o poder passaria a ter o homem enquanto ser vivo como cerne. Na perspectiva foucaultiana, não há a submissão dos sujeitos a um poder específico, mas o caráter relacional das correlações de poder. A prisão (e seu braço eufemista: a unidade de internação) é a instituição-símbolo destes tempos, aparece como aparelho técnico-disciplinar construído para produzir docilidade e utilidade mediante exercício de coação educativa total sobre o condenado. É forte a ideia de corrigir os indivíduos evitando os perigos que apresentam, impedindo a manifestação de suas possíveis e indesejáveis virtualidades. Este combate do virtual não do real é perceptível nos processos analisados, nos quais a maioria das manifestações se baseia na pretensa periculosidade dos adolescentes e não nos atos que teriam cometido.

5.2 - Estado Penal: criminalização da pobreza, drogas e encarceramento

Com o abandono da missão da proteção social e econômica e o fim do Estado de Bem-Estar Social, o Estado contemporâneo buscou outras variedades de vulnerabilidade e incerteza nas quais pudesse se legitimar. Espalharam-se programas beligerantes de "lei e ordem" contra os excluídos da era do consumo, abrangendo a ampliação e a exaltação da polícia, dos tribunais e da penitenciária, programas estes que possibilitam às elites políticas reafirmarem a autoridade do Estado e reforçar o *déficit de legitimidade* que atinge as autoridades. Esse discurso da lei e da ordem aparece nas manifestações contidas nos processos analisados. Este Estado pode tranquilamente ser chamado de Estado Penal, já que paradoxalmente se legitima através de uma política de criminalização das consequências da pobreza que ele mesmo ajudou a criar quando desmantelou a rede de proteção social. O cíclico revezamento de contração e expansão da assistência pública é substituído pela contração contínua do bem-estar e pela expansão descontrolada do regime prisional que consagra a individualização do fracasso coletivo. Esta mudança é demonstrada pelas estatísticas apresentadas no capítulo 2 da dissertação, em números que revelam um sistema inflacionado por discursos, conhecimentos, instâncias, instituições, decisões e, principalmente, alimentado de milhões de corpos.

O site do Ministério da Justiça informa que, em novembro de 2000, o total da

população carcerária de adultos no Brasil era de 232.755 presos (duzentos e trinta e dois mil setecentos e cinquenta e cinco presos). Este mesmo site informa que em dezembro de 2010, essa população chegou ao assustador número de 496.251 (quatrocentos e noventa e seis mil duzentos e cinquenta e um presos). Percebe-se que a quantidade de presos mais que dobrou em dez anos, porém o número de crimes não aumentou dessa forma – pelo contrário – tal número chegou a ficar estabilizado durante esse tempo. Para se ter noção do aumento do número de encarcerados, relembro uma cena curiosa do filme *Tropa de Elite 2*: *O Inimigo Agora É Outro*, filme brasileiro de 2010, dirigido por José Padilha. Na parte inicial do filme, o professor de história Diogo Fraga,[11] durante uma aula, expõe a seus alunos que a população carcerária brasileira passou de 148 mil encarcerados em 1996 para 400 mil – dez anos depois. A cena continua e o personagem explica que a população carcerária de adultos dobra a cada oito anos, enquanto a população brasileira dobra a cada cinquenta anos. Nesta linha, o personagem ressalta (de modo irônico, surreal, mas com rigor matemático) que, se tal proporção se mantiver, em 2081 a população brasileira será de 570 milhões de habitantes e a população carcerária será de 510 milhões, ou seja, 90% dos brasileiros estarão presos. Por fim, sustentada a previsão, em 2083 todos os brasileiros estariam presos.

Por sua vez, balanço divulgado pela Secretaria de Direitos Humanos da República Federativa do Brasil aponta que o número de adolescentes que cumprem medidas socioeducativas com restrição de liberdade ou que aguardam a sentença internados (internação, internação provisória e semiliberdade) cresceu 4,5% (quatro e meio por cento) no Brasil, entre 2009 e 2010, e chegou a 18.107 (dezoito mil cento e sete). Entre os 18.107 adolescentes, 12.041 (doze mil quarenta e um) estão em regime de internação, 3.934 (três mil novecentos e trinta e quatro) em internação provisória e 1.728 (mil setecentos e vinte e oito) em medida de semiliberdade. Outros 404 (quatrocentos e quatro) jovens ainda aguardam decisão da Justiça também em regime de restrição de liberdade. Ao tempo de tal pesquisa, no Brasil, para cada 10.000 (dez mil) adolescentes entre 12 e 17 anos, havia, em média, 8,8 cumprindo medida de privação e restrição de liberdade. A maioria é do sexo masculino – 95% (noventa e cinco por cento). Segundo a Secretaria, o Estado de São Paulo concentra o maior número de adolescentes internados ou semi-internados no país: 6.814 (seis mil oitocentos e quatorze) ao tempo desta divulgação – mais de um terço do total. De 1996 a 2010, o crescimento na taxa de internação foi de 249% (duzentos e quarenta e nove por cento).

Em relação aos números do Estado bandeirante, divulgação do Diário Oficial do Estado de São Paulo datada de 23 de julho de 2011 atualizou os números apresentados. Até essa data, de acordo com a Fundação CASA (Fundação Centro de Aten-

[11] Único personagem do filme que não é totalmente fictício, inspirado no Deputado Marcelo Freixo. A convite da Anistia Internacional, tal deputado (PSOL) deixou o Brasil no dia 1º de novembro de 2011 após uma série de ameaças de morte. Em 2008, Freixo presidiu a CPI das Milícias na Assembléia Legislativa do Rio (Alerj), que indiciou mais de 200 pessoas, entre policiais e políticos. Desde então o deputado passou a sofrer ameaças.

dimento Socioeducativo ao Adolescente), havia 8.243 (oito mil duzentos e quarenta e três) jovens internados. Tal situação já cria um déficit de vagas nas Unidades, as quais dispõem de um total de 8.210 (oito mil duzentos e dez) vagas. De acordo com a publicação, a explicação para isso seria o tráfico de drogas, que teria conquistado os jovens, tido como o delito que mais leva atualmente a internações – 40% (quarenta por cento) dos adolescentes foram internados acusados de comerciar drogas[12]. Em 2006, a maior parte das internações era por causa de roubos – 52% (cinquenta e dois por cento).

Na larga base da sociedade, os indivíduos são levados a compor um mercado do trabalho secundário que transita entre o legal e ilegal, formado por "empregos informais", "subempregos" etc. Entre eles está o comércio de drogas ilícitas, atividade responsável pelo gigantesco aumento da quantidade de prisões (e internações). Importante salientar que a prisão como um dos principais mecanismos de governo das sociedades ocidentais nas últimas três décadas não é uma resposta política à ascensão da insegurança criminal (até mesmo porque o aumento do número de prisões é infinitamente maior ao do número de crimes), mas sim uma resposta à difusa insegurança social, moldada pela fragmentação do trabalho e pelas mazelas da pobreza em geral. Dispensável registrar, talvez, mas nitidamente o estabelecimento do novo governo da insegurança social revela que o neoliberalismo corrói a democracia.

Estes Estados Penais são liberais já que no topo *liberam* o capital de restrições e ampliam as oportunidades de vida para os detentores de capital econômico e cultural; nos estratos inferiores, paradoxalmente, quando têm de lidar com a turbulência social gerada pela desregulamentação, impondo aí a disciplina do trabalho precarizado, os Estados são ferozmente intervencionistas, autoritários e caros. A ampliação da rede penal é notavelmente discriminatória. A seletividade social demonstra que a penalização não é uma lógica controladora em larga escala, mas uma técnica que não se aplica por igual nos diferentes níveis de classe e de lugar, ao contrário, ela efetivamente opera dividindo populações para as diferenciar por categorias, de acordo com concepções estabelecidas de valor moral. Os processos estudados e as estatísticas indicando o crescente número de pobres em massa presos e internados denuncia esta seletividade.

No auxílio deste diligente sistema carcerário (parte dele maquiado de socioeducativo) encontra-se a pornografia penal surgida no fim do século XX e início do século XXI com sua indústria que comercializa as representações de infratores e a aplicação da lei. A mídia comercial e o campo político propalam o olhar moralizante e maniqueísta tentando mostrar uma pretensa luta do bem contra o mal. Como os enlaces carnais pré-concebidos dos filmes pornográficos, as cenas do cardápio "crime-e-castigo" são extraordinariamente repetitivas, mecânicas, uniformes e, por conseguinte, previsíveis.

[12] É notório que o comércio de drogas há muito tempo seduz os jovens, mas deve-se destacar que grande número das internações por tal ato infracional é ilegal. Neste sentido, é a própria ilegalidade que faz crescer a demanda por vagas.

5.3 - Vulnerabilidade do adolescente, discurso punitivo e falas nos processos

É certo que as práticas jurídicas, e mais precisamente as judiciárias, nas quais a análise histórica permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade, formas de saber, relações entre o homem e a verdade não deveriam ser incertas, incoerentes, imprecisas, desacreditadas, mas a pesquisa mostrou o inverso.

Nos casos analisados, as supostas denúncias anônimas não são comprovadas documentalmente. Juiz e promotor não fazem perguntas específicas e objetivas aos policiais a respeito dos fatos, ignoram as contradições nos seus depoimentos, usam os pareceres psicossociais de modo parcial ou mesmo os ignoram e somente pressionam e ou desqualificam as testemunhas de defesa (pessoas geralmente muito pobres) durante as audiências. O promotor não requer nenhuma diligência complementar investigativa. Observa-se condutas em geral parciais e conclusões ilógicas. A abstrata presunção de periculosidade do adolescente, algo que não é real, mas virtual aparece nas manifestações destes agentes políticos. O jovem é analisado enquanto ser pelo pretenso fato praticado. Tal postura com mote disciplinar e normalizante mostra um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo.

Por outro lado, a "fala" repetitiva e muitas vezes idêntica praticada pelos sujeitos de conhecimento dos processos observados – policiais, juiz, promotor – "fala" que deveria trazer um conteúdo inédito, singular, quase se confunde afinal com o próprio discurso, com a praxe que carrega o poder cristalizado na sociedade e legitima ou mesmo cria a verdade. Este discurso dominante certamente encobre fatos, verdades, mentiras e fatalmente deixa dúvidas a respeito do processo como um todo. Não é crível que os capítulos da vida jamais se componham de uma sucessão dinâmica e complexa, em vez de se reprisarem como peça teatral apresentada idêntica, semana após semana. A inexistência de singularidade e especificidade no que é dito é algo singular, mas genérico. Este discurso estabelece uma insegurança lógica, e por conseguinte jurídica, no sistema de justiça e o adolescente pobre não dispõe de mecanismos para combater esse poder punitivo do Estado Penal, ficando sua defesa muito enfraquecida ou mesmo impossibilitada.

O círculo vicioso todo inicia-se com policiais que nas ruas apreendem os adolescentes, e na delegacia e em juízo apresentam sua fala a respeito dos fatos. Os depoimentos dos dois policiais são idênticos e, portanto, podem ser encarados como uma unidade; neste aspecto a liberdade de um cidadão (ou subcidadão) é retirada com base na versão de um único ser, e injustificadamente não respaldada por quaisquer outras provas, o que demonstra que os atores do processo (acusador, julgador etc) não tomam nenhuma cautela na busca da verdade. De fato, não foi a denúncia apresentada pela acusação que foi validada pela prova produzida em juízo; foi a verdade policial contida nessa denúncia que foi confirmada pela própria verdade policial re-falada em juízo. Por uma análise de lógica matemática, o que temos é a versão policial simplesmente sendo endossada pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Aceitar a versão do aparelho repressor do Estado como prova única do processo é colocá-lo num patamar superior como sujeitos privilegiados e exclusivos da fala da verdade

esperada por todos. Atuando de forma omissa, o Estado-juiz e o Estado-acusação perdem a superioridade ética que os distingue do suposto criminoso, o que confere total descrédito à nossa Justiça, que aparece de maneira apenas performática, não garantindo direitos.

Os atores do processo não aparecem como homens de verdade, que visam a se aproximar da verdade, mas como homens de discurso, de opinião, que procuram efeitos, batalhas, vitórias, decisões, que visam a firmar a verdade através do discurso como exercício de poder. O processo de apuração do cometimento do ato infracional aparece mais como uma batalha interna ao conjunto hierárquico e dinâmico de burocracias públicas em competição por socializar, medicalizar ou penalizar a marginalidade urbana do que como uma possibilidade de o acusado defender-se.

5.4 - Adolescente internável, *homo sacer* e estado de exceção

Os adolescentes julgados nos processos estudados, penalmente inimputáveis ("insacrificáveis"), na prática são "internáveis" ("matáveis"). Em todos os casos estudados, as internações foram ilegais. Como o conceito de necessidade é totalmente subjetivo, o recurso à necessidade para a decisão soberana fundamenta-se numa subjetiva necessidade, a avaliação pessoal e extrajurídica instituiu o "adolescente internável" como se o juiz fosse também legislador. É impossível distinguir o que é o direito público e o fato político; a decisão judicial se situa num paradoxal limiar de indiferença, algo que está dentro e ao mesmo tempo fora do ordenamento jurídico, dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam.

A internação ilegal determinada pelo magistrado soberano aparece como o estado de exceção em permanência, uma verdadeira regra de conduta. As internações encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção aí se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. O estado de exceção é o elemento que transcende o direito positivo, na forma de sua suspensão em um Estado contemporâneo chamado de democrático. A decisão ilegal apresenta-se, nesta toada, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

O paradoxo da soberania está presente: o juiz proclama o estado de exceção, suspende a validade do ordenamento e, desta forma, permanece fora do ordenamento jurídico que a ele pertence, todavia, porque lhe cabe decidir se o ordenamento pode ser suspenso. O magistrado coloca-se legalmente fora da lei; ele, que está fora da lei, declara que não há um fora da lei. A decisão judicial assinala o limite do ordenamento jurídico e se distingue da norma jurídica; o magistrado demonstra que não necessita do direito para criar o direito. Está em questão na decisão contrária ao Estatuto da Criança e do Adolescente o próprio sentido da autoridade estatal.

Este contexto do estado exceção (agora em duplicidade) é encontrado na figura arcaica do *homo sacer*, cuja estrutura resulta da conjunção de dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. O corpo do *homem sacro* com seu duplo soberano, sua vida insacrificável e, entretanto, matável. A impunidade da matança configura uma exceção ao direito dos homens, porquanto suspende a aplicação da lei sobre o homicídio. A exclusão do sacrifício é a exceção ao direito divino, pois o *homo sacer* é alijado de participar do ritual religioso de sua gente. A decisão soberana suspende a lei no estado de exceção e assim implica nele a vida nua. Como na exceção soberana, a lei se aplicaria de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, da mesma maneira o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacrificável e, porém, matável, é a vida sacra.

A pesquisa concluiu pela dupla exceção: ao adolescente "internável" aplica-se o ECA como forma de proteção integral ao inimputável ao mesmo tempo em que ele é tratado de modo igual ou até mais severo do que o adulto com a restrição ilegal de sua liberdade, *desaplicando-se* o ECA e configurando-se um paradoxal limiar de indiferença entre inimputabilidade e "internabilidade". Pune-se, sendo ilegal punir. Soberana é a esfera na qual se pode internar sem cometer ilegalidade e sem celebrar a proteção – "internável" e "ininputável" é a vida nua que foi capturada nesta esfera. O magistrado soberano é aquele em relação ao qual todo adolescente pobre e alvo virtual do controle policial é potencialmente internável. A vida nua do jovem seria como a vida *matável* e *insacrificável* do *homo sacer,* pois a proteção ao adolescente é incluída no ordenamento sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua "internabilidade"). A dupla categoria fundamental da política ocidental aparece: vida nua do adolescente-existência política, *zoé-bíos,* exclusão-inclusão, em uma zona de irredutível indistinção.

A proteção da adolescência, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, a sujeição da vida nua do jovem a um poder de exclusão. O ser em condição peculiar de *pessoa em desenvolvimento* se encontra preso em uma dupla exclusão e exposto à violência pela decisão soberana. Quando as fronteiras do estado de exceção se indeterminam, o adolescente torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto de tutela do ordenamento e de seus conflitos, como se, no mesmo passo do processo disciplinar através do qual o poder estatal faz do jovem enquanto vivente seu próprio objeto tutelar, houvesse outro processo no qual esse adolescente se apresenta não como objeto, mas como sujeito do poder jurídico-político.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSESSORIA de Imprensa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Para 76% da população, a lei penal não é severa no país. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/76-populacao-lei-penal-nao-severa-pesquisa-gv>. Acesso em 26 nov. 2011.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer – O poder Soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

AMJAD, Hajira. O uso da Ritalina em Tratamento de Transtornos do Comportamento Diruptivo. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt--BR&langpair=en%7Cpt&u=http://serendip.brynmawr.edu/bb/neuro/neuro00/web3/Amjad.html>. Acesso em 26 nov. 2011.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. SãoPaulo: Diagrama 1983.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. Cabeça de porco. Objetiva: Rio de Janeiro, 2005.

BARATA, Alessandro. Criminologia crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. Decisões Criminais Comentadas. Rio de Janeiro: Liber Juris: 1976.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Revista Brasileira de Ciências Criminais, "Revista Especial", 8º Seminário Internacional. São Paulo: nº 42, RT, jan.mar 2003.

BAUMAN, Zygmunt.O Mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. In: Revista Crítica Jurídica – n°. 25. Jul 2006.

CIVITA, Victor. Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DECRETO-LEI nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 nov. 2011.

DERRIDA, Jacques. Força de lei - o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELTRAN, Gabriel de Santis. Trabalhadores e bandidos - categorias de nomeação, significados políticos. Temáticas (UNICAMP), v. ano15, p. 11-50, 2007.

FOUCAULT, Michel. A Ordem do discurso. São Paulo: Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Curso dado no Collège de France (1976-1977). São Paulo: Martins Fontes 2005.

FOUCAULT, Michel. Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. Resumo dos Cursos Collège de France. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997a.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis. Ed. Vozes. 1997b.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA, Sandro de Souza. Revista do Instituto Humanitas Unisinos, Edição 239 de 08 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1385&secao=239>. Acesso em: 20 ago. 2011.

FRASSETO, Flávio Américo. Esboço de um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo, nº 26, p.159-195, Abr.-Jun. 1999.

LABATE, Beatriz Caiuby; MacRae, Edward; et al, (orgs.). Drogas e Cultura: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEI nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro. Porto Alegra: Síntese, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1960.

MALVASI, Paulo Artur. Suspeito empreendedor de si: trajeto e sofrimento de um adolescente durante intervenção socioeducativa. Etnográfica. 15 (3): 501-521, out. 2011.

MARX, Karl. Parte Primeira: Mercadoria e Dinheiro (41/91). In: MARX, Karl. O Capital, livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

MÉNDEZ, Emilio Garcia et al. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

MOORE, Michael. Stupid White Men: Uma nação de idiotas. São Paulo: Francis, 2003.

MOREIRA, Júlio da Silveira. Legalidade e legitimidade – a busca do direito justo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 55, 31 jul. 2008. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4rhn5BsKYAcJ:www.ambitojuridico.com.br/site/index.php%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D3080+MOREIRA,+J%C3%BAlio+da+Silveira.+Legalidade+e+legitimidade+%E2%80%93+a+busca+do+direito+justo.+In:+%C3%82mbito+Jur%C3%ADdico,+Rio+Grande,+55,+31/07

/2008+%5BInternet%5D.&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2011.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Genealogia da moral: uma polêmica. 9ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). Juventude e Sociedade: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

PEREIRA, Alexandre Barbosa. Os riscos da juventude. Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade, São Paulo, Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei, UNIBAN, n.3. pp. 36-50. 2010.

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. Revista de Ciências Sociais. n. 24. p. 2757. 2006.

RANCIÈRE, Jacques. O dissenso. In: NOVAES, Adauto (org.). A crise da razão. São Paulo: Cia das letras, 1996.

REALE , Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A ditamole. In: www.visao.pt, 27 out 2010. Disponível em:<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7ljJGFZIqMJ:aeiou.visao.pt/aitamole%3Df576344+Boaventura+Sousa+Santos+ditamole&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br>. Acesso em: 20 out. 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHEERER, Sebastian. Entrevista a Paulo Queiroz. In: pauloqueiroz.net. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0kk37prjBF8J:pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-sebastian-scheerer/+entevista+concedida+pelo+professor+Sebastian+Scheerer&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br>. Acesso em: 01 out. 2011.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Mito da Inimputabilidade Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: Associação dos Magistrados Catarinenses, v.5, p. 263-273, 1998.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Luis Eduardo. A crise no Rio e o pastiche midiático. In: luiseduardosoares.blogspot.com, 26 nov 2010. Disponível em: <http://luizeduardosoares.blogspot.com/search?updated-max=2011-01-20T09%3A32%3A00-08%3A00&max-results=30>. Acesso em: 09 set. 2011.

SOUZA, Jessé. "(Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é 'ser gente?" Lua Nova, São Paulo, nº 59, 2003. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452003000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19/07/11.

SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAU, Felipe. Projeto cria toque de recolher de menores no Estado. Disponível em: < http://blogs.estadao.com.br/jt-cidades/projeto-cria-toque-de-recolher-de-menores-no-estado/>. Acesso em: 26 nov. 2011.

TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). O que resta da ditadura. Editora Boitempo: São Paulo, 2010.

TELES, Ney Moura. Direito Penal, v.1 - parte geral – arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2006.

WACQUANT, Loïc. As duas faces do gueto. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. Forjando o Estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. Artigo adaptação de A Sketch of the Neoliberal State. Durham e Londres: Duke University Press, 2009.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZALUAR, Alba. Integração Perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ARTIGO 35, INCISO I DA LEI Nº. 12.594/2012)

Matheus Bortoletto Raddi
Defensor Público do Estado de São Paulo

O tema relativo à execução das medidas socioeducativa ganhou novos contornos com o advento da Lei nº. 12.594 de 18 de janeiro de 2012, a qual trata da matéria no seu Título II.

O presente artigo visa destacar uma importante novidade inserida expressamente pelo diploma legal, muito embora os efeitos dela decorrentes já pudessem ser extraídos do ordenamento jurídico interno e internacional.

Visando conferir sistematicidade ao raciocínio ora desenvolvido, faz-se imperiosa a realização de uma breve digressão.

O primeiro direito escrito a tratar da população com menos de 18 anos de idade foi o Código de Menores de 1927 (Decreto nº. 17943-A de 12 de outubro de 1927), fruto de um projeto apresentado pelo, assim conhecido, “primeiro Juiz de Menores da América Latina”, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos.

Na década 20, alguns aspectos fundamentais marcavam a sociedade brasileira: as elites classistas e rurais buscavam perpetuar o seu poder político através do autoritarismo e da repressão aos movimentos sociais; o direito instrumental do voto era exercido apenas por homens alfabetizados (parcela mínima da população); a escravidão havia sido abolida há cerca de três décadas; e o processo de industrialização promovia a marginalização da classe trabalhadora, inserida em condições subumanas de existência.

Já neste momento ficava evidente a existência de grupos de pessoas vulneráveis, ou seja, grupos de indivíduos que, embora possuíssem alguns direitos enunciados formalmente, na prática eram meros objetos de controle pelas classes dominantes.

A rigor, os maiores reflexos das características apresentadas pela sociedade brasileira à época recaíam, justamente, sobre o grupo de vulneráveis formado pelas crianças e adolescentes.

André Ricardo Pereira, ao descrever o contexto social das principais cidades brasileiras no final do século XIX e início do século XX, assim se manifestou:

> [...]. da noite para o dia (surgia), uma perigosa malta de pessoas marginalizadas que ameaçavam a ordem vigente, seja como massa ativa nos constantes motins urbanos, seja no exemplo negativo de um extrato que não vivia do trabalho 'honesto'. **No interior dessa malta, destacava-se, pela primeira vez, o grupo de crianças e adolescentes. No período anterior, eram pouco visíveis, pois as crianças tinham como destino as Casas do Expostos e os adolescentes trabalhavam como escravos.** [1]

Existia, portanto, um grupo de crianças e adolescentes marginalizados, vivendo em situação de rua, sujas, com os pés descalços.

Para oferecer "proteção" a essas crianças, editou-se o Código de 1927 ("Código Mello Mattos"), cujo artigo inicial (artigo 1º), dispunha o seguinte: *"*o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo."

Passados 52 anos da edição do "Código Mello Mattos", sobreveio a lei nº. 6.697 de 1979, promulgada em plena época de ditadura militar.

O Código de Menores de 1979, na verdade, apenas revisou o Código de 1927, sem romper substancialmente com suas linhas básicas de arbitrariedade, "assistencialismo" e "proteção".

Nesse sentido, vale destacar o conteúdo do artigo 1º do Código de 1979: "Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei*"*.

Nota-se, portanto, que os Códigos de 1927 e 1979 visavam "proteger" os denominados "menores", inseridos em situação irregular, promovendo verdadeira subdivisão do grupo de pessoas com menos de 18 anos de idade.

Ao lado dos "menores", que eram objetos de atuação do Estado, existia o grupo de "crianças e adolescentes", que escapavam aos arbítrios das leis menoristas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a lei nº. 6.697 de 1979 foi revogada, ante a evidente incompatibilidade material entre o seu conteúdo e o teor do artigo 227, que normatiza:

> 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.

[1] Citação extraída do artigo "80 anos do Código de Menores", disponível em http://jus.com.br/revista/texto/10879/80-anos-do-codigo-de-menores, pesquisa realizada em 23/08/2012.

Houve uma evidente mudança de paradigma no tratamento despendido às pessoas com menos de 18 anos de idade.

A partir de 1988, os "menores" deixaram de ser meros objetos de atuação da lei e, integrando o grupo único formado pelas "crianças e adolescentes", passaram a ser sujeitos de direitos.

Um ano depois da promulgação da norma positiva suprema foi aprovada a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

A versão brasileira da Convenção veio logo em seguida, com a edição da Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 3º do Estatuto, Microssistema Autônomo que se reporta diretamente à Constituição Cidadã, dispõe que:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (Grifei).

A leitura conjunta do artigo 227 da norma positiva suprema e do artigo 3º do diploma protetivo permite concluir que as crianças e os adolescentes têm os mesmos direitos assegurados a um adulto, além de outros relacionados à sua condição de pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento, merecedoras de especial proteção do Estado, com absoluta prioridade.

E assim o é tanto no âmbito cível quanto, e com mais razão, no âmbito infracional, onde as restrições a direitos individuais ocorrem com maior vigor.

Nesse contexto, avançando no raciocínio ora desenvolvido, faz-se possível afirmar que todas as garantias penais e processuais penais consagradas em favor dos adultos, seja na Constituição Federal, seja na legislação infraconstitucional, devem, sem sombra de dúvidas, ser reconhecidas em prol dos adolescentes em conflito com a lei, grupo de vulneráveis tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o tema, vale mencionar a precisa lição de João Batista Costa Saraiva, *in* "Adolescente em Conflito com a Lei. Da indiferença à proteção integral", 2ª Ed, Livraria do Advogado, pg. 58:

> 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.

As normas internacionais relativas à matéria não divergem do acima exposto. O item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil ("Diretrizes de Riad"), por exemplo, prescreve o seguinte:

> 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem. (Grifei)

Referida diretriz, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, permitia a interpretação segundo a qual um adolescente em conflito com a lei não pode receber tratamento mais rigoroso do que aquele que seria conferido a um adulto em idênticas condições.

A rigor, essa interpretação já poderia ser extraída da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagraram a Doutrina da Proteção Integral em detrimento à Doutrina da Situação Irregular, como visto alhures.

Inobstante o acima exposto, havia aqueles que sustentavam a possibilidade de se conferir tratamento diferenciado e prejudicial ao adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional.

Argumentava-se, nesse sentido, que as medidas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei (medidas socioeducativas) têm a finalidade primordial de socioeducar, não de punir.

Exemplifica-se:

> ECA - PRÁTICA INFRACIONAL ANÁLOGA AO FURTO - CONDENAÇÃO - MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA PREVIAMENTE DECRETADA - INTERNAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE. Já havendo o acusado se submetido a duas medidas de liberdade assistida e não se mostrando dissuadido da prática de infrações, a internação imposta em sentença há de prevalecer. Tendo por escopo as medidas socioeducativas previstas no ECA a ressocialização e a reeducação do menor, não tem lugar a adoção do princípio da insignificância ao propósito de afastar a tipicidade da conduta. (TJMG – Apelação 1.0223.09.289784-0/001 – Rel. Des. MATHEUS CHAVES JARDIM – D.J.: 23/09/2010).

O juízo de concreção acima esposado, *data maxima venia*, não se sustenta.

De fato, a aplicação das medidas socioeducativas tem como finalidade precípua a ressocialização. Contudo, sua finalidade retributiva/sancionatória não pode ser desprezada, eis que tais medidas importam, invariavelmente, em restrição a determinadas liberdades individuais dos jovens em conflito com a lei.

O "Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE", apresentado em 2006, já enunciava:

> As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sócio-pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva ético-pedagógica. [2]

Hodiernamente, a questão ganhou contornos legais, eis que a Lei nº. 12.594 de 2012 enuncia o princípio da legalidade como um dos princípios que rege a execução das medidas socioeducativas, *"não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto"* (artigo 35, inciso I).

Enfim, o adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional (Direito Penal Juvenil) não pode receber tratamento mais rigoroso do que aquele que seria conferido a um adulto (Direito Penal) em igualdade de condições, sob pena de se violar a lei e, consequentemente, a Constituição Federal (Doutrina da Proteção Integral).

O princípio da legalidade acima enunciado gera um importante efeito no que concerne à internação-sanção (artigo 122, III da Lei 8.069/90): referida medida não poderá ser imposta na hipótese de descumprimento reiterado e injustificável de medida socioeducativa aplicada em decorrência da prática de ato infracional equiparado ao crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. Melhor elucidando:

De acordo com o artigo 28 da Lei 11.343/2006, um adulto que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, *para consumo pessoal*, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar pode ser submetido às seguintes penas: a) advertência sobre os efeitos da droga, b) prestação de serviços à comunidade, ou c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 6º do mencionado dispositivo legal prevê as sanções judiciais passíveis de serem adotadas se a pena inicialmente aplicada for descumprida. Confira-se:

> § 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
>
> I - admoestação verbal;
>
> II - multa.

A Lei 11.343/2006, como se nota, não permite a privação da liberdade de um

[2] Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo -SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006, página 47.

adulto que eventualmente descumprir a sanção imposta pela prática do crime tipificado no seu artigo 28.

Dessa assertiva decorre uma conclusão inarredável: um adolescente que descumpre a medida socioeducativa aplicada em decorrência da prática de ato infracional correspondente ao crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06 não pode ser privado de sua liberdade, pois isso importaria em vulneração ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 35, inciso I da Lei 12.594/2012.

Vale destacar, por oportuno, que a previsão contida no artigo 122, III da Lei nº. 8.069/90 não conduz a raciocínio diverso, eis que tal norma deve ser interpretada sistematicamente e em conformidade com a Constituição Federal.

Assim, seja com supedâneo no princípio da legalidade (artigo 35, I da Lei 12.594/2012), seja com fulcro no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (Doutrina da Proteção Integral), é incabível a aplicação de internação-sanção por descumprimento de medida imposta como decorrência do porte de droga para consumo pessoal.

É VEDADA A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO POR DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICÁVEL DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06.

Matheus Bortoletto Raddi
Defensor Público do Estado de São Paulo

De acordo com o item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquencia Juvenil (“Diretrizes de Riad”), “com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.”

Referida diretriz, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990, permitia a interpretação segundo a qual um adolescente em conflito com a lei não pode receber tratamento mais rigoroso do que aquele que seria conferido a um adulto em idênticas condições.

A rigor, essa interpretação já poderia ser extraída da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigor em outubro de 1990.

Referido diploma legal, Microssistema Autônomo que decorre diretamente da Constituição Federal de 1988, consagrou, tal qual a norma positiva suprema, a Doutrina da Proteção Integral, em detrimento à Doutrina da Situação Irregular.

Pela Doutrina hoje em vigor, os adolescentes têm os mesmos direitos assegurados aos adultos e mais alguns inerentes à sua condição de pessoa em peculiar estágio de desenvolvimento (artigo 227 da Constituição Federal e artigo 6º do ECA).

Nessa esteira, a Defesa já asseverava em prol dos adolescentes em conflito com a lei, por exemplo, a incidência do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal Juvenil.

O Poder Judiciário, contudo, em especial alguns Tribunais estaduais, afirmavam reiteradamente (e ainda afirmam) que mencionado princípio não se aplica à esfera juvenil, pois, diferentemente da sanção penal, a aplicação da medida socioeducativa busca não a punição, mas, sim, a reeducação.

Nesse sentido, por exemplo, já se manifestaram os Egrégios TJSP e TJMG:

> *Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao furto simples na modalidade tentada. Artigo 155, caput cc. 14, II, do Código Penal. Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da autoria. Princípio da insignificância da coisa subtraída que não vigora no direito de infância e juventude. Internação que se mostra excessiva frente à gravidade da conduta e as circunstâncias pessoais do jovem. Medida socioeducativa de liberdade assistida que é mais adequada ao caso. Recurso provido em parte para tanto.* (TJSP - Apelação 0456710-29.2010.8.26.0000 – Relator MAIA DA CUNHA – D.J.: 17/01/2011).
>
> *ECA - PRÁTICA INFRACIONAL ANÁLOGA AO FURTO - CONDENAÇÃO - MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA PREVIAMENTE DECRETADA - INTERNAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE. Já havendo o acusado se submetido a duas medidas de liberdade assistida e não se mostrando dissuadido da prática de infrações, a internação imposta em sentença há de prevalecer. Tendo por escopo as medidas socioeducativas previstas no ECA a ressocialização e a reeducação do menor, não tem lugar a adoção do princípio da insignificância ao propósito de afastar a tipicidade da conduta.* (TJMG – Apelação 1.0223.09.289784-0/001 – Rel. Des. MATHEUS CHAVES JARDIM – D.J.: 23/09/2010).

De fato, a aplicação das medidas socioeducativas tem finalidade precípua. Contudo, sua finalidade retributiva/sancionatória não pode ser despreza, eis que aqueles medidas importam, invariavelmente, em restrição a determinadas liberdades individuais dos jovens em conflito com a lei.

O "Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE", apresentado em 2006, já enunciava:

> *As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sócio-pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem à formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva ético-pedagógica.* [1]

[1] Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo -SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006, página 47.

Hodiernamente, a questão ganhou contornos legais, eis que a Lei 12.594/2012 prescreve que um dos princípios que regem a execução das medidas socioeducativas é o princípio da legalidade, *"não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto"* (artigo 35, inciso I).

Enfim, o adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional (Direito Penal Juvenil) não pode receber tratamento mais rigoroso do que aquele que seria conferido a um adulto (Direito Penal) em igualdade de condições, sob pena de se violar a lei e, consequentemente, a Constituição Federal (Doutrina da Proteção Integral).

Nesse contexto, extrai-se a conclusão objeto da tese proposta.

De acordo com o artigo 28 da Lei 11.343/2006, um adulto que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, *para consumo pessoal*, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar pode ser submetido às seguintes penas: a) advertência sobre os efeitos da droga, b) prestação de serviços à comunidade, ou c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 6o do mencionado dispositivo legal prevê as sanções judiciais passíveis de serem aplicadas na hipótese de descumprimento da pena inicialmente aplicada. Confira-se:

> § 6o *Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:*
>
> *I - admoestação verbal;*
>
> *II - multa.*

Note-se: a Lei 11.343/06 não permite a privação de liberdade a um adulto que descumpra a sanção imposta pela prática do crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Dessa assertiva decorre uma conclusão lógica: um adolescente que descumpre a medida socioeducativa aplicada em decorrência da prática de ato infracional correspondente ao crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06 não pode ser privado de sua liberdade, pois isso importaria em vulneração do princípio insculpido na recente Lei 12.594/06.

Vale destacar, por oportuno, que a previsão contida no disposto no artigo 122, III da Lei 8.069/90 não conduz a conclusão diversa, eis que tal norma deve ser interpretada sistematicamente e em conformidade com a Constituição Federal.

Assim, seja com supedâneo no princípio da legalidade (artigo 35, I da Lei 12.594/2012), seja com fulcro no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (Doutrina da Proteção Integral), pode-se afirmar que é incabível a aplicação de internação-sanção por descumprimento de medida imposta como decorrência do porte de droga para consumo pessoal.

Fundamentação fática:

De acordo com a Súmula 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *"é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa."*

O teor da Súmula foi encampado pelo artigo 43, parágrafo 4º da Lei 12.594/2012, com destaque:

> § 4*o* A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser:
>
> *I - fundamentada em parecer técnico;*
>
> ***II - precedida de prévia audiência**, e nos termos do § 1o do art. 42 desta Lei.*

Assim, na hipótese de descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta, caberá ao Magistrado, em observância ao dispositivo acima transcrito, designar audiência de justificativa, possibilitando ao jovem em conflito com a lei a oportunidade de justificar o descumprimento.

Caracterizado o descumprimento reiterado e injustificável da medida socioeducativa (artigo 122, III da Lei 8.069/90), o julgador poderá, fundado em parecer técnico, decretar a internação-sanção do adolescente.

Esta possibilidade, contudo, inexiste quando importar na concessão ao adolescente de tratamento mais rigoroso do que aquele que seria conferido a um adulto em idênticas condições.

Dessa maneira, com supedâneo na tese ora defendida, caberá aos Defensores Públicos, nessas audiências, manifestarem-se contrariamente à internação-sanção, invocando, para tanto, o princípio da legalidade, corolário da Doutrina da Proteção Integral.

DIREITO À LIBERDADE SEXUAL E VISITA ÍNTIMA DO ADOLESCENTE PRIVADO DE LIBERDADE

Thiago Souza Santos
Defensor Público do Estado de São Paulo

Por muitos anos se renegou tratamento diferenciado a crianças e adolescentes.

Consoante ensinamento de Philippe Ariès, apenas nos últimos tempos emergiu o real interesse na precisa conceituação da infância e da juventude. Realmente, até o final do século XVII, as crianças sequer eram retratadas nos retratos da família, pois sua tenra idade era vista como passageira e não digna de ser armazenada na memória do organismo social da época.

Após significativo limbo jurídico, com o advento do período menorista, vigente no Brasil a partir da década de trinta, crianças e adolescentes receberam foco jurídico, mas foram retratadas como coisas, como verdadeiros objetos de propriedade de seus pais, destinatários de um tratamento que enfatizava o reconhecimento de sua inferioridade/insignificância social.

Apenas a partir da Constituição Federal de 1988 é que se passou a conferir a esses indivíduos um tratamento normativo diferenciado, que os beneficia na medida de sua vulnerabilidade física, psíquica, jurídica e econômica, propiciando verdadeiros critérios de igualdade material.

Crianças e adolescentes não são mais tidos como objetos de intervenção, mas sim como sujeitos de direitos, destinatários não só do rol geral de direitos fundamentais constitucionais, senão também de direitos especiais, indispensáveis para que o indivíduo possa crescer e se desenvolver de forma digna e salutar.

Aliás, é direito de toda a criança e adolescente crescer em um ambiente que propicie plenamente o desenvolvimento de sua personalidade e individualidade. Bem por isso que o Estatuto (Lei 8.069/90) tem como pano de fundo uma verdadeira rede principiológica que, entre outros nortes, reconhece o direito à convivência familiar e comunitária, o princípio da prevalência da família e a excepcionalidade de medidas que retirem o indivíduo da sede desse ambiente natural e mais apropriado para o seu desenvolvimento.

De toda forma, é sabido que, em situações ímpares e devidamente prescritas em lei, quer em busca de proteção integral (como nos casos de acolhimento insti-

tucional do indivíduo que tem seus direitos sistematicamente violados pela família), quer em razão de responsabilização especial autorizada pela Constituição (diante da prática de condutas reprováveis, que ensejam imposição de medida socioeducativa), pode ocorrer de a criança ou adolescente ser afastada de sua família.

Nesses casos, a criança ou adolescente não perde sua condição de sujeito de direitos, de modo que nenhum direito seu deve ser suprimido ou estilhaçado sem que haja específica previsão normativa.

Assim, pontualmente com relação ao adolescente em conflito com a lei, esse indivíduo, uma vez privado de liberdade, preserva intocáveis todos os seus direitos fundamentais, à exceção do direito de ir e vir que lhe foi temporariamente restringido com autorização constitucional.

Nesse contexto, fazendo um parêntese, vale a pena ressaltar que o artigo 5º da Constituição traz direitos individuais, conhecidos como direitos de defesa. São os direitos de primeira dimensão – direitos civis e políticos.

Cumpre lembrar que o rol de direitos e garantias constitucionais não é taxativo, por força do §2º do referido artigo 5º do texto constitucional. Realmente, o conjunto de direitos previsto na Constituição é complementado por direitos implícitos, bem como por direitos expressos em tratados internacionais de direitos humanos.

Dito isso, entre os direitos individuais previstos no rol do artigo 5º se encontra o direito à liberdade.

Para Leda Dantas,

> A liberdade pode ser definida como a capacidade de formar sua vontade e de escolher. Já a noção de autonomia (ou autodeterminação) parece significar um pouco mais. A liberdade é um estado, mas autonomia é um caminho ao qual estão subjacentes, não só a inexistência de obstáculo, as restrições ao exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade (LEITE, 2004). Ou seja, a autodeterminação é construída na interação do indivíduo com o meio, implicando a noção kantiana de escolha, justificação e responsabilidade pelas consequências (2009, p. 121).

Nota-se que o direito à liberdade é abordado sob diversos enfoques no texto constitucional: liberdade de ir e vir, liberdade no exercício profissional, liberdade de pensamento, liberdade de consciência e de crença, liberdade de associação, liberdade de expressão e manifestação[1]. Mas todas essas liberdades encontram raiz na liberdade de ação, compreendida sob o enfoque do princípio da legalidade.

[1] "Os chamados direitos de liberdade, particularmente no seu sentido externo, liberdade objetiva, ou liberdade de fazer, de atuar, desdobram-se em múltiplas facetas, dentre as quais a liberdade da pessoa física, que se opõe ao estado de escravidão e à prisão, liberdade de pensamento (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento), liberdade de reunião, de associação (liberdade de expressão coletiva, na classificação de José Afonso da Silva), liberdade de ação profissional, etc; dentre elas, a liberdade sexual" (MACHADO, 2008, p. 147).

Sendo assim, à vista da natureza aberta do conjunto de direitos fundamentais previstos na Constituição, não se pode questionar a existência de outros aspectos da liberdade que se revestem da carcaça de direitos fundamentais, sendo também petrificados pelo texto constitucional. É o caso da liberdade sexual, que decorre implicitamente da já mencionada liberdade de ação, a outra face do princípio da legalidade.

A despeito de não haver previsão explícita na Constituição, a liberdade sexual encontra previsão expressa no Direito Internacional dos Direitos Humanos, integrando, também por esse motivo, a ordem jurídica nacional. Nesse sentido, além de previsões gerais, como as da Declaração Universal dos Direitos Humanos (que afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que a cada pessoa é dado exercer todos os direitos e liberdades consagrados sem distinção de qualquer natureza), e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (que prevê que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e a viver livre de discriminação), temos as seguintes previsões específicas sobre o assunto: (a) o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo propõe que os Estados devem promover o desenvolvimento adequado de uma sexualidade responsável que permita o estabelecimento de relações de equidade e respeito mútuo, contribuindo para a melhora da qualidade da vida das pessoas e velando para que todas as pessoas tenham acesso à informação, à educação e aos serviços necessários para alcançar uma boa saúde sexual e exercer seus direitos e responsabilidades no que se refere à procriação; (b) a Plataforma de Ação das Mulheres, aprovada em 1995, em Beijing, na V Conferência Mundial: Igualdade, Desenvolvimento e Paz, estatui que os direitos humanos incluem o direito a ter controle sobre as questões relativas à *sexualidade*, inclusive a saúde sexual e reprodutiva e a decidir livremente sobre essas questões, sem se ver sujeitos à coerção, à discriminação e à violência; e (c) o informe do Relator Especial sobre o Direito ao mais Alto Nível de Saúde, de 2004, relata a importância de considerar os direitos sexuais e os direitos reprodutivos como direitos humanos e que no contexto da saúde sexual e reprodutiva as liberdades incluem o direito ao controle do corpo e da saúde.

Temos, ainda, a Proposta de Convenção Interamericana dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos, que assim reconhece:

> A sexualidade e a reprodução constituem dimensões substanciais na vida das pessoas e são constitutivas da dignidade humana; e que o pleno exercício dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos e do direito à privacidade, intimidade e autodeterminação individual são condição indispensável para o desenvolvimento individual e social e a plena e igualitária participação das pessoas em todas as esferas da vida[2].

[2] Disponível em: http://www.convencion.org.uy/01campana/Documentos/Convencion_2010/prop2010-lima-port.pdf. Acesso em: 24 mai/12.

Referida proposta de Convenção conceitua direitos sexuais da seguinte maneira:

> Direitos humanos relacionados com a sexualidade. Os direitos sexuais incluem, porém transcendem a proteção de identidades particulares. Os direitos sexuais promovem a capacidade de decidir autonomamente sobre a sexualidade e garantem que cada pessoa tenha direito à realização e expressão de sua sexualidade, sim coerção, discriminação ou violência, e em um contexto respeitoso da dignidade[3].

Feitas essas considerações, resta fazer uma constatação: uma vez sendo o adolescente sujeito de direitos, tem ele também direito à liberdade sexual - inclusive quando se encontra sob o cumprimento de medida socioeducativa.

Destaca-se que para Sposato:

> O estágio especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento e, assim sendo, de diferentes níveis de responsabilidade (2006, p. 105)

E continua a autora, relacionando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento com a imposição de medida socioeducativa:

> A inimputabilidade e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não tem o condão de fazer desaparecer o poder punitivo do Estado, ou ainda de autorizar uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico de um adolescente, e sim de estabelecer procedimentos e regras que não são aplicados aos adultos (2006, p. 105).

Assim, pontualmente com relação ao adolescente acusado da prática de ato infracional, esse indivíduo, uma vez privado de liberdade, preserva intocáveis todos os seus direitos fundamentais, à exceção do direito de ir e vir que lhe foi temporariamente restringido com autorização constitucional.

A medida socioeducativa, a par de seu conteúdo pedagógico, assim como a pena dos adultos, revela aspecto punitivo-sancionador, tanto que restringe a liberdade do indivíduo. Mas restringe só a liberdade de locomoção, não podendo afetar outros direitos do adolescente, que merece ter responsabilização justa, proporcional e humanitária, respeitosa com a sua condição de sujeito de direitos em especial condição de desenvolvimento.

Para Sposato, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

> Tem por escopo atenuar restrições de direitos que seriam próprias do direito penal comum. Se a medida socioeducativa representa uma resposta penal que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível [...] Deve restringir medidas que interrompam o processo de socialização do adolescente (2006, p. 109/110).

[3] Disponível em: http://www.convencion.org.uy/01campana/Documentos/Convencion_2010/prop2010-lima-port.pdf. Acesso em: 24 mai/12.

Feitas essas considerações, é de se ver que a recente lei do SINASE (Lei nº 12.594/12), que regulamenta a execução de medida socioeducativas, caminha no sentido do reconhecimento e ratificação de direitos o adolescente acusado da prática de ato infracional, tendo base nitidamente garantista.

No seu artigo 68, a referida lei reconhece o direito do adolescente à visita íntima.

Muitos questionam a previsão do referido direito, ora alegando sua incompatibilidade com o estágio de vida vivenciado pelo adolescente (que seria muito novo para reivindicar manutenção de vida sexualmente ativa), ora afirmando tratar-se de regalia não compatível com a situação vivenciada pelo socioeducando.

Note-se que ambos os argumentos não encontram fundamento.

Em um primeiro momento, é justamente na adolescência que se dá início à vida sexual ativa, sendo justamente esse o momento propício para a experimentação do comportamento sexual.

Realmente, a cultura, há poucas décadas, impunha obstáculos maciços ao desenvolvimento livre da sexualidade, exigindo-se, por exemplo, que toda mulher casasse virgem. Assuntos como masturbação, erotismo e prazer sexual representavam verdadeiros tabus, de forma que apenas não se vedava o pensamento em virtude de meras dificuldades práticas[4].

Como já se disse, nos dias de hoje se admite com muito mais naturalidade a iniciação da vida sexual, encontrando-se disseminada entre os adolescentes a prática do *ficar,* que corresponde ao envolvimento afetivo descompromissado e efêmero.

E não há dúvidas de que o adolescente possui necessidades sexuais, estando o sexo contido no âmago do direito á dignidade e à liberdade sexual.

Isso não significa, contudo, admitir ou amparar práticas de abuso sexual. O direito á liberdade sexual exerce-se em consonância com a proteção integral do adolescente, e não de forma a se arranhar aos seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, Hélia Barbosa bem aponta que:

> O abuso e a exploração sexual são atos de violência contra crianças e adolescentes, porque são atos de transgressão aos direitos humanos e à liberdade sexual. Nesses casos, a sexualidade não é fonte de reprodução da espécie humana, nem de prazer, como

[4] O psiquiatra Içami Tiba bem aponta que, no contexto social, a menarca da mulher sempre é relacionada ao perigo de gravidez, não se cogitando a sua associação à fertilidade ou à possibilidade de obtenção de prazer sexual. Sobre o tema, ver a obra *Adolescência: o despertar do Sexo* (1994).

> relações bilaterais e legítimas. Ao contrário, manifesta-se como instrumento de perversão, coação e coerção, portanto ilegais e atentatórias à dignidade. Mesmo não sendo o aparato repressivo do estado a **ação mais eficaz para combater o abuso e a exploração sexual infanto-juvenil, não se pode negar o valor da lei e sua eficácia como meio de garantir a paz social e de regrar as condutas das** pessoas para lhes assegurar direitos, ou para lhes imputar sanções por contrariar a mesma[5].

Assim, é preciso fixar contornos precisos desse direito à sexualidade, cujo exercício deve se dar ao encontro do desenvolvimento pleno da personalidade do adolescente e em consonância com seus interesses, jamais na contramão da proteção integral.

Realmente, o abuso sexual contra crianças e adolescentes viola a normativa protetiva infantojuvenil, devendo ser punido severamente. Sobre o assunto, o artigo 19 da Convenção dos Direitos da Criança impõe aos Estados-partes a adoção de medidas hábeis a combater de forma efetiva a exploração sexual de crianças e adolescentes. Na mesma linha, o primeiro protocolo facultativo dessa convenção traz comandos que colimam coibir a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantis.

Tal constatação do dever de prevenir e repreender a prática de abuso sexual não rechaça a possibilidade de exercício da sexualidade pelo adolescente. Mas os contornos dessa atividade sexual não podem se revestir de conotação que importe violação dos direitos de sua personalidade.

Como nos ensina Leda Dantas,

> A dignidade sexual concerne à capacidade de cada um de se autodeterminar no campo da sexualidade e jamais ser tomado como um meio para atender as necessidades sexuais de outrem. A dignidade, afirma Sarlet (2005, p. 36), compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, a utilização de outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade. Essa ideia de instrumentalização do indivíduo é o fundamento da ideia de se considerar abusivo o contato sexual à margem das faculdades volitivas de outrem, pois, estar-se-á a tratá-lo como um objeto (COLLAO, 2004, p. 579). Nessas situações, **o abusador, a pessoa que ocupa o lugar dominante, impõe um ato**, e busca apenas a satisfação das próprias necessidades, sem consideração pelas necessidades que possa ter o abusado. A condição de sujeito do outro fica, então, suspensa ou abolida. (FUKS, 2008, 43) (2009, p. 123).

Nesses moldes, há que se identificar com firmeza a linha que divide o exercício

[5] BARBOSA, Hélia. Perspectiva Familiar, Social e Econômica: origens, causas, prevenção e atendimento no Brasil. Disponível em: http://www.cedeca.org.br/noticia_interna.cfm?noticia=55. Acesso em: 03.06.2012.

natural da sexualidade do indivíduo em formação de seu comportamento sexual do comportamento erótico abusivo dos direitos de crianças e adolescentes. Só assim se permite interpretar o ordenamento em consonância com os direitos fundamentais infantojuvenis.

E para facilitar o tracejamento da linha que divide o exercício natural da sexualidade do ato abusivo contra crianças e adolescentes, Martha de Toledo identifica que o bem jurídico violado nos crimes contra a liberdade sexual de crianças e adolescentes não seria propriamente a liberdade sexual, mas sim a integridade física e psicológica, bem como a dignidade desses indivíduos.

Daí porque, no cerne da questão, postulo que, no plano jurídico estrito, nas figuras penais de ofensa direta a bem individual de crianças e adolescentes, o ponto focal da tutela penal é a *integridade* (nas facetas da integridade físico-psíquica e moral), e não liberdade sexual, num sentido estrito; ainda que, em relação a adolescentes (pessoa maior de 12 anos) o direito à liberdade sexual passe, também, a figurar no centro do foco; e considerando que, quanto mais tenra a idade da vítima (presente ou não a violência real), o centro da tutela penal mais se identifica com a integridade (MACHADO, 2008, p. 135).

A partir de tal identificação, fica mais fácil distinguir os casos em que o indivíduo deseja e consente com a prática de ato que envolve o exercício de sua sexualidade (ato esse esperado e condizente com o seu desenvolvimento etário) dos casos em que há violação dos direitos sexuais do indivíduo em formação.

A autora esclarece que mesmo a criança tem direito ao exercício imaginário da expressão da sexualidade (não havendo, para ela, concretamente, um direito à liberdade sexual em si, como ocorre com o adolescente)[6].

De toda forma, o que definirá, no caso concreto, se existe infração penal com conotação sexual praticada em face da criança é a violação da integridade física ou moral desse indivíduo em formação, até mesmo porque, nos dias de hoje, a menarca das meninas tem se antecipado, sendo comum a primeira menstruação em torno dos nove anos. Dessa forma, é possível haver, no caso concreto, sexualidade em exercício antes mesmo do atingimento da idade legal que marca o começo da adolescência.

Podemos, então, entender a liberdade sexual da criança não como capacidade de consentir, mas como liberdade de não ser molestada, ou como segurança - pressuposto da liberdade - da liberdade sexual (BUSTOS & DIEZ SANCHEZ *apud* LATORRE, p. 34.). Nesse caso, não se respeita a liberdade de decisão, entendida como o respeito ao assentimento voluntário ao ato sexual, mas o respeito ao direito à sexualidade em condições de liberdade (DANTAS, 2009, p. 122).

[6] Por esse ângulo de análise (qual seja da categoria doutrinária do Direito da Criança e do Adolescente de autonomia progressiva), também se vê que as crianças (pessoa menor de 12 anos) juridicamente não têm direito à liberdade sexual estrito senso. A criança tem é direito à integridade físico-psíquica e moral específica cujo exercício imaginário da expressão da sexualidade é uma pormenorização concreta. Já os adolescentes, em boa medida, têm liberdade sexual estrito senso, ou seja, liberdade de atuar no campo da paixão sexual adulta (MACHADO, 2008, p. 174).

Não há falar, assim, em presunção de violência perpetrada no ato com conotação sexual sob a alegação de que o indivíduo em desenvolvimento em tese não poderia consentir. Primeiramente, porque o artigo 224 do Código Penal foi revogado. Além disso, presumir violência gera interpretação ampliativa da lei, em detrimento dos princípios penais da lesividade e da materialização do fato, levando-nos na trilha de um direito penal (juvenil) antigarantista, de um direito penal (juvenil) do autor[7].

Assim, temos que, para haver delito (tipicidade material) contra liberdade sexual de criança ou adolescente, imprescinde a constatação de lesividade do comportamento humano (lesividade do ato sexual), que se configura quando viola a dignidade/integridade física ou moral da criança ou do adolescente.

Desse modo, ausente lesão ou perigo de lesão concreto ao bem jurídico tutelado (dignidade/integridade física ou moral da criança ou do adolescente), não há falar em fato materialmente típico, não havendo infração penal. É o que se dá nos casos de exercício regular do direito à liberdade sexual do adolescente que descobre sua sexualidade juntamente com outro indivíduo em desenvolvimento.

Na questão da lesividade desses crimes, no plano geral, note-se que também se pondera uma desproporção de forças [...]. Dá-se que na expressão da sexualidade entre adolescentes não incide desproporção de forças ou, se incide, ocorre em grau bem menos relevante (no arco do paradoxo proteção VS. Autonomia, relacionado à categoria jurídica autonomia progressiva).Soma-se que interfere, ainda, um outro valor, nos casos de expressão da sexualidade entre adolescentes. Aqui, o valor liberdade sexual tem relevo jurídico, porque compõe os interesses da própria integridade física e moral (direito de desenvolver as potencialidades humanas tocantes à sexualidade). E é proporcional a essa integridade físico-psíquica e moral que a liberdade de atuar, marcada pelo 'mecanismo' do fantasiar/experimentar, seja exercitada com os seus pares, ou seja, entre adolescentes (MACHADO, 2008, p. 207).

Opera-se, assim, interpretação conforme a Constituição, permitindo-se que o sistema de proteção constitucional especial de direitos fundamentais de crianças e adolescentes permeie a legislação penal, afastando-se a tipicidade de conduta que, longe de violar direito de criança/adolescente, configura exercício regular de um direito constitucionalmente salvaguardado, mesmo que de forma implícita: o direito à liberdade sexual.

Nesse ponto, é preciso destacar que o direito à liberdade sexual não se restringe ao âmbito do direito ao livre planejamento familiar, que é tratado expressamente pelo §7º do artigo 226 da Constituição, sendo possível atrelar o exercício da visita íntima ao planejamento familiar, medida protetiva pertencente ao conjunto de ações de atenção integral à saúde do adolescente, nos termos do artigo 3º da Lei 9263/96, conforme o § 7º do artigo 226 da CF.

[7] Segundo Martha de Toledo, "Ao mascarar que a presunção legal é de lesividade da prática de ato sexual [e não presunção de violência] [...], ela dificulta clareza sobre o objeto da tutela penal, favorecendo interpretações de que a tutela viria em atenção aos interesses do *pater*, à punição do pecado, ou da moralidade pública, e induzindo a erro de reduzir a questão à validade da vontade (ou do consentimento) da vítima, à luz desses interesses incompatíveis com o Estado Democrático de Direito" (2008, p. 193/194).

Nesse contexto, para Mario Luiz Ramidoff, a direção do programa de atendimento socioeducativo:

> Deverá estabelecer parceria com o Sistema Único de Saúde (SUS) para também 'promover o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva', parágrafo único do artigo 4º da lei 9263/96 (...) É preciso educar o adolescente para o exercício responsável e socialmente consequente da visitação íntima, por meio das 'ações de planejamento familiar exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do SUS', artigo 6º da lei 9263/96 (SINASE, Comentários à Lei 12.594/12, editora Saraiva, página 135).

A liberdade sexual vai além, dizendo respeito ao livre exercício do comportamento sexual, independentemente de intenções reprodutivas.

Quando se diz comportamento sexual, quer-se abranger muito mais do que o ato sexual em si. Comportamento sexual seria toda conduta relacionada à sexualidade, voltada para a obtenção de prazer. Aliás, a já mencionada Proposta de Convenção interamericana conceitua sexualidade da seguinte maneira:

Constitui um aspecto central das pessoas que está presente ao longo de sua vida. Abrange o sexo, as identidades e os papéis de gênero, o erotismo, o prazer, a intimidade, a reprodução e a orientação sexual. Vive-se e se expressa através de pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, condutas, práticas, papéis e relações interpessoais. A sexualidade pode incluir todas estas dimensões embora nem todas elas sejam vivenciadas ou expressadas sempre. A interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais influi sobre a sexualidade[8].

Assim, é indubitavelmente direito fundamental de todo ser humano a liberdade sexual, direito esse que decorre da liberdade inerente à essência da pessoa humana, o que inclui adolescentes, que, quando privados de liberdade, exercem esse direito através da visita íntima.

Aliás, a visita íntima, longe de se restringir a fins sexuais, preserva o direito à privacidade do indivíduo, permitindo a manutenção e o fortalecimento de laços familiares que o adolescente já mantinha antes de ter cerceada sua liberdade.

Negar ao adolescente o direito à visita íntima afeta o seu direito à liberdade e à própria dignidade, direitos esses não restringidos pela medida privativa de liberdade e, bem por isso, cuja restrição sem previsão legal se mostra inquestionavelmente inconstitucional.

[8] Disponível em: http://www.convencion.org.uy/01campana/Documentos/Convencion_2010/prop2010-lima-port.pdf. Acesso em: 24 mai/12.

Superado esse ponto, é de se ver que a alegação de que a visita íntima do adolescente representa regalia não justificada configura argumento claramente avesso a um Direito penal garantista.

Nesse ponto, é importante indicar que o reconhecimento da condição de sujeito de direitos do público infantojuvenil encontra-se profundamente atrelado à evolução dos valores da democracia.

Contudo, no Brasil, circunstâncias especiais que medeiam a nossa democracia fazem com que as normas constantes do nosso ordenamento jurídico não possuam a eficácia desejada. Noutro falar, a cultura e o comportamento da própria população brasileira negligenciam e muitas vezes renegam valores da democracia, de modo que, embora esta se encontre rigidamente erguida por meio dos pilares jurídicos de um Estado Democrático e Social de Direito, na prática, o texto constitucional não se concretiza, havendo uma paradoxal e costumeira violação consentida de direitos.

Nesse sentido, Teresa Pires do Rio Caldeira ensina que o Brasil possui um modelo peculiar de democracia, denominado democracia disjuntiva, porque, nas palavras da autora, "embora o Brasil seja uma democracia política e embora os direitos sociais sejam razoavelmente legitimados, os aspectos civis da democracia são continuamente violados."[9]

Seguindo esse raciocínio, a antropóloga demonstra que o brasileiro vive uma cultura de incircunscrição de corpos[10], cultura essa que é de difícil compatibilidade com a observância dos direitos civis, já que o corpo incircunscrito, cuja manipulação não é considerada problemática, perde os seus contornos e fica desprotegido de direitos individuais[11].

Nota-se, diante disso, que uma sociedade de corpos incircunscritos admite intervenções agressivas, contrárias à vigência dos direitos individuais dos cidadãos, como a aceitação e incentivo à violência contra crianças e a apologia à violência policial, às execuções sumárias, à prática da tortura e à punição pela dor, quer através da prática de trabalhos forçados, quer através da imposição da pena de morte. Nesse sentido, uma sociedade de corpos incircunscritos admite a privação da liberdade de adolescentes em conflito com a lei em circunstâncias pouco rígidas e desvencilhadas de critérios humanistas.

Se não bastasse, pode-se dizer que na sociedade brasileira da atualidade raramente há ação, pois o homem, na sua grande maioria, se enclausura dentro de seus próprios interesses e, com base em uma ideologia intimista de vida, deixa de lado a vida pública, espaço onde poderia divulgar conhecimento e lutar pela concretização de direitos individuais.

[9] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros*. p. 343.

[10] Corpo incircunscrito, nesse diapasão, corresponde ao corpo humano não circunscrito, isso é, nu e exposto, sem contornos nítidos e que, por isso, fica vulnerável, maleável, permeável. Trata-se do corpo aberto à intervenção, que não é respeitado em sua individualidade.

[11] Cf. op. cit. p. 370.

Nas palavras de Richard Sennett,

A visão intimista é impulsionada na proporção em que o domínio público é abandonado, por estar esvaziado. No mais físico dos níveis, o ambiente incita a pensar no domínio público como desprovido de sentido[12].

Em complemento, Hannah Arendt ensina:

> [...] Somente na era moderna a convicção de que o homem só conhece aquilo que ele mesmo faz, de que suas capacidades supostamente superiores dependem da fabricação e de que ele é, portanto, basicamente um *homo faber* e não um *animal racionales* trouxe à baila as implicações muito mais antigas da violência em que se baseiam todas as interpretações da esfera dos negócios humanos como da esfera da fabricação[13].

Dessa feita, verifica-se que, embora o Brasil tenha lutado arduamente para a conquista formal de direitos fundamentais destinados a toda sociedade e, especificamente, a crianças e adolescentes, a cultura brasileira abstém a sociedade de se insurgir contra esse processo de ascensão da violência e a incircunscrição de corpos importa o incentivo à coisificação e esteriotipação do criminoso e a naturalidade da punição pela dor, levando paradoxalmente à configuração de uma situação de violência e de desrespeito aos direitos civis em pleno contexto de desenvolvimento e de reconstrução de uma sociedade democrática.

Nesse prisma, há democracia disjuntiva quando os aspectos da cidadania são contínua e paradoxalmente violados dentro de um Estado onde formalmente vigem preceitos democráticos. Na democracia disjuntiva, o Estado de Direito coexiste com a violação dos direitos civis. É o que ocorre no cenário brasileiro da modernidade.

Bem nesse contexto se situa o argumento no sentido de que o exercício da sexualidade representa regalia incompatível com o exercício de medida privativa de liberdade, que, na visão popular, deve ser cumprida de forma dura, desumana, doída.

Não podemos esquecer que a medida socioeducativa, tal como a pena dos adultos, visa à ressocialização. Deve, sim, ter caráter retributivo, mas a retribuição não pode incapacitar o viés pedagógio ou destruir a dignidade do indivíduo.

A dignidade da pessoa humana corresponde a um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se não de um direito, mas de um valor supremo, irrenunciável, intangível, inerente à condição de ser humano e existente desde o

[12] SENNETT, Richard.*O Declínio do Homem Público.* p. 26.

[13] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. p. 240.

nascimento com vida[14]. É cláusula pétrea, porquanto inserida na proteção do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Significa dizer que todo ser humano é dotado dos direitos e garantias fundamentais intangíveis, que lhe assegurem uma existência digna. Nas palavras de Alexandre de Moraes,

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2006, p. 16).

Posto isso, verifica-se, com facilidade, que o princípio da dignidade da pessoa humana alcança a todos, o que inclui as crianças e adolescentes. São dieitos humanos, e não "dos manos"; sua incidência condiciona-se tão-somente à constatação da condição humana daquele que se visa a proteger.

Consoante ensinamento de Martha de Toledo Machado,

> A vida humana tem dignidade em si mesma, seja ela a mais frágil, como no momento em que o recém-nascido respira, seja ela a mais exuberante, no ápice do potencial de criação intelectual, científica, artística, ou política, daqueles indivíduos que mais se destacam no seio da comunidade e que tanto dão para eles próprios, quanto para toda a humanidade (MACHADO, 2003, p. 118).

Em tempos de um Direito moderno, é preciso enterrar definitivamente a ideia de que toda pena séria pressupõe algo de suplício. Como questionaria Foucault (cf. 1987, p. 47), em que se justifica essa busca pelo prazer de se produzir um *plus* de sofrimento no exercício do poder de punir?

Reitere-se que o público infantojuvenil possui plena aptidão para ser senhor de direitos, de forma que a dignidade da pessoa humana, condição *sine qua non* para a manutenção de um Estado Democrático e Social de Direito, deve impreterivelmente fazer-se onipresente.

Assim, a liberdade sexual, enquanto reflexo da própria dignidade da pessoa humana, é direito fundamental inafastável, reconhecido em lei e que deve ser efetivado, inclusive no tocante a adolescentes privados de liberdade, implementando-se na forma de visita íntima.

[14] Sobre o assunto, Marcelo Novelino ensina: "A dignidade em si não é um direito fundamental, mas um *atributo* inerente a todo ser humano ou simplesmente um *valor*. Todavia, existe uma relação de mútua dependência entre ela e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada e protegida [...]" (2009, p. 373 – grifos do autor).

Trata-se de direito subjetivo do indivíduo, exigível pelo Poder Judiciário e cujo descumprimento deve ser rechaçado, na medida em que afeta diretamente as diretrizes protetivas da Doutrina da Proteção Integral.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BARBOSA, Hélia. *Perspectiva Familiar, Social e Econômica: origens, causas, prevenção e atendimento no Brasil*. Disponível em: http://www.cedeca.org.br/noticia_interna.cfm?noticia=55. Acesso em: 03.06.2012.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

DANTAS, Leda. *O abuso sexual e os direitos da criança: respeito, liberdade e dignidade in Emancipação*, Ponta Grossa, 9(1): 117-125, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1987.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

RAMIDOFF, Mario Luiz. SINASE, Comentários à Lei 12.594/12. 1ª ed. São Paulo: Saraiva.2.012

SENNETT, Richard. *O Declínio do Homem Público.* São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

TIBA, Içami. *Adolescência. O despertar do sexo.* 4. ed. São Paulo: Gente, 1994.

OBRIGAÇÃO LEGAL MUNICIPAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SOCIOASSISTENCIAL DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Tatiana Semensatto De Lima Costa
Defensora Pública do Estado

1 - OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS AFETOS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES – PRINCÍPIOS DA ABSOLUTA PRIORIDADE E MUNICIPALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO

O artigo 227 da Constituição Federal destaca que qualquer direito pertinente à criança e ao adolescente é **absoluta prioridade** do Estado, da sociedade e da família.

Essa denominação “absoluta prioridade” não se encontra em nenhum outro dispositivo constitucional. É sabido que o constituinte não se utiliza de palavras inúteis, sendo certo que todas as expressões têm especial significado que apontam o objetivo da norma.

Segundo o ilustre filólogo brasileiro Aurélio Buarque de Holanda, a palavra prioridade significa “qualidade do que está em primeiro lugar ou de que aparece primeiro, primazia”.

Deve-se observar que o uso da palavra prioridade acompanhada do adjetivo “absoluta” consignou que tudo o se refere à criança e ao adolescente deve ser tratado com extrema importância.

Assim, dúvida não resta que foi estabelecida pela carta magna a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar.

Totalmente descabidas são as indagações ou ponderações pelo Estado sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do constituinte, que claramente adotou a doutrina da proteção integral.

Sendo a prioridade das crianças assegurada constitucionalmente, o administrador deve obrigatoriamente colocar em primeiro lugar a infância e a juventude no planejamento e na execução das políticas públicas.

Necessário ressaltar que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando a primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, *caput*, da Constituição da República e renumerados no *caput* do artigo 4º do ECA.

Ao poder público, em todas as suas esferas, legislativa, executiva e judiciária, é determinado o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis. Nesse sentido é a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**:

> DIREITO CONSTITUCIONAL À **ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTIGOS 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS **NÃO PROGRAMÁTICA**. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTES ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.
>
> (...)
>
> A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, **não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente**. Nesse campo, a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.
>
> (...)
>
> O direito do menor à absoluta Prioridade na garantia de sua saúde insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de rede própria.(...) (STJ – RESP 577836/SC – Rel. Min. Luiz Fux – j. 21/10/2004) (g.n.)

A exigência da absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico. Trata-se de regra direcionada, especialmente ao administrador público.

Necessário registrar ainda que, amparado pelo parágrafo § 7º do artigo 227 e artigo 204, ambos da Constituição Federal, o inciso I do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a **municipalização do atendimento**.

Entende-se como municipalização do atendimento a transferência de atribuições da União e dos Estados ao Município pelo fato de este estar mais próximo da realidade dos cidadãos.

Nesse sentido, Edson Sêda, um dos redatores do Estatuto da Criança e do Adolescente, explica:

> No novo Direito inverte-se a pirâmide das normas, erigindo-se a intenção normativa municipal como prevalecente, ficando as normas federal e estadual a serviço do apoio e da implementação das políticas formuladas ao nível do Município, cuja sensibilidade é mais próxima da cidadania local. (Sêda, 1.992, p. 250/251).

Dessa forma, as ações de política de atendimento no âmbito do Município têm como finalidade que haja maior facilidade no cumprimento dos direitos elencados no artigo 227 da Carta Magna.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Civil Pública – **Construção de abrigos para crianças e adolescentes em situação de risco** – O programa de abrigo se insere na política ampla de **atendimento a crianças e adolescentes,** nos termos do artigo 92 da Lei nº 8.069/90 – **Obrigatoriedade do Município** em criar instituições para esse fim – Recurso não provido. (TJSP, Apelação Cível nº562.813.5, Relator Marrey Uint, 10.08.2010) (g.n.)

A função do Município de zelar pelos direitos da criança é amplamente amparada pela jurisprudência, conforme se verifica na interessante decisão em destaque:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. **OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO** NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPRAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. **Assim, é dever inafastável dos Municípios** de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro **empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei n. 8.069/90**. O **Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança** e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público.
>
> (...)
>
> Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas.
>
> **O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal** o cumprimento da disposição constitucional que

> garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional.
>
> (...)
>
> **A última esperança das crianças e adolescentes em situações de risco está no Poder Judiciário, e este poder não deve se furtar a cumprir a sua alta e relevante função de tutelar o texto constitucional e de proteger o cidadão e a sociedade do arbítrio estatal**. (...). É "hora de atentar-se que o objetivo maior do Estado é proporcionar vida segura com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem."(Precedente do STF: AGRRE 271.286-8 - RS). (TGMG, 5ª CÂMARA CÍVEL, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0133.05.027113-8/001, RELATORA DESª. MARIA ELZA, DO 29/11/2007) (g.n)

Sendo assim, dúvida não resta quanto à obrigação municipal de fornecer um local adequado para acolhimento institucional de crianças e adolescentes em situação de risco, no qual se respeitem todos os direitos pertinentes a estes e também que torne possível a reintegração familiar. Caso isso não ocorra, qualquer cidadão ou entidade representativa tem o direito de exigir o cumprimento desse dever.

2 - DA GARANTIA CONSTITUCIONAL E LEGAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social é um dos três componentes do sistema de Seguridade Social no Brasil, integrada ainda pela previdência social e pela saúde pública. Hodiernamente superou-se a concepção histórica de que a assistência social estaria ligada a uma ação paternalista e beneficente do poder público, associada geralmente ao assistencialismo. Não há mais espaço para concepção de caridade, que transforma o usuário em socorrido, tirando dele o caráter de cidadão a quem são conferidos direitos e garantias.

Ao lado da saúde e da previdência, a assistência social é expressamente prevista na Constituição federal como integrante da seguridade social:

> Reza o artigo 203 da Constituição Federal que:
>
> Art. 194. A **seguridade social** compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde, à previdência e à assistência social**.
>
> Art. 203. A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> I a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
>
> **II o amparo às crianças e adolescentes carentes;**

> III a promoção da integração ao mercado de trabalho;
>
> IV a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
>
> V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei."

O artigo 204 da mesma carta política é claro a indicar que **todo esse regime de amparo social deverá ser subsidiado com recursos públicos específicos**, previstos no arcabouço orçamentário maior da seguridade social.

Conforme restará demonstrado, a assistência social possui ordenamento especial, formando um microssistema de garantia aos usuários:

O **Sistema Único de Assistência Social** (SUAS) é um sistema público que organiza, de forma descentralizada, os serviços socioassistenciais no Brasil. Com um modelo de gestão participativa, ele articula os esforços e recursos dos três níveis de governo para a execução e o financiamento da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), envolvendo diretamente as estruturas e marcos regulatórios nacionais, estaduais, municipais e do Distrito Federal.

O SUAS organiza as ações da assistência social em dois tipos de proteção social. A primeira é a Proteção Social Básica, destinada à prevenção de riscos sociais e pessoais, por meio da oferta de programas, projetos, serviços e benefícios a indivíduos e famílias em situação de vulnerabilidade social. A segunda é a Proteção Social Especial, destinada a famílias e indivíduos que já se encontram em situação de risco e que tiveram seus direitos violados por ocorrência de abandono, maus-tratos, abuso sexual, uso de drogas, entre outros aspectos.

Criado a partir das deliberações da IV Conferência Nacional de Assistência Social e previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), o SUAS teve suas bases de implantação consolidadas em 2005, por meio da sua Norma Operacional Básica do Suas (NOB/Suas), que apresenta claramente as competências de cada órgão federado e os eixos de implementação e consolidação da iniciativa.

Para se emprestar concretude à obrigação estatal de Assistência Social às pessoas e comunidades pobres ou em situação de vulnerabilidade social, a da **Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)** - lei 8742/93 - já destaca que a assistência social tem a função de garantia de um mínimo social por um conjunto de ações entre iniciativas pública e da sociedade para atendimento a necessidades básicas, como aquilo que está em jogo.

Ao estabelecer os objetivos da assistência social (art. 2º), define em relação à infância e à juventude a proteção (inc.I) e o amparo quando carentes (inc. II).

Aos municípios foi atribuída a prestação dos serviços socioassitenciais às crianças e aos adolescentes em situação de risco pessoal e social:

Art. 15. Compete aos Municípios:

(...)

V - prestar os serviços assistenciais de que trata o art. 23 desta lei.

VI - cofinanciar o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito local;

VII - realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social em seu âmbito.

Art. 23. Entendem-se por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.

§ 1o O regulamento instituirá os serviços socioassistenciais.

§ 2o Na organização dos serviços da assistência social serão criados programas de amparo, entre outros:

I - às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

II - às pessoas que vivem em situação de rua

A **Resolução 109 do CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social**, que aprovou a tipificação nacional dos serviços socioassistencias, prevê expressamente o serviço de acolhimento institucional nas seguintes modalidades: abrigo institucional, casa-lar, casa de passagem e residência inclusiva.

Todas essas normas agregadas à Política Nacional de Assistência Social, editada em 2004 pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, conformam o SUAS – Sistema Único de Assistência Social.

Por essas normas, a Assistência Social deve ser efetivada a seus destinatários – população pobre e socialmente vulnerável.

Para tanto, determina a **LOAS** (arts. 5º, inc. I e 7º) e a **Política Nacional de Assistência social – PNAS** (Resolução CNAS Nº. 145, de 15 de outubro de 2004) a descentralização político-administrativa e observância da **normatização do CNAS.**

Art. 5º A organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;

Art. 7º As ações de assistência social, no âmbito das entidades e organizações de assistência social, observarão as normas expedidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), de que trata o art. 17 desta lei.

E é justamente pela atribuição do Conselho que se estruturou a **NOB-SUAS e a PNAS**, cuja regulamentação impõe ao município a obrigação que ora se debate.

Dentro do contexto da regulamentação da assistência social, e nos termos da exigibilidade das determinações do CNAS, a **Norma Operacional Básica da Assistência Social – NOB/SUAS (Resolução CNAS Nº. 130, de 15 de julho de 2005)**, estabelece mecanismos de transferência e co-financiamento entre os entes da federação.

Para tanto, estipula requisitos para que os Municípios recebam os repasses, providência exclusiva do referido ente federativo. Assim, eventual argumento de falta de verbas públicas não pode ser utilizado, vez que a ausência de repasses federais só é cabível diante da omissão do município em habilitar-se e ao recebimento dos recursos, atendendo aos requisitos previstos na NOB/SUAS.

Referida Norma Operacional ainda prevê articulação interssetorial do sistema socioassistencial aos sistemas de saúde e educação. Por consequência, os serviços assistenciais, inclusive o de acolhimentos institucional expressamente tipificado na Resolução 109 do CNAS, deve garantir, além das medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e Adolescente, a saúde e a educação das crianças e dos adolescentes acolhidos.

O NOB/SUAS ainda prevê o acolhimento institucional como um dos **serviços de proteção social especial**, que tem por referência a ocorrência de situação de risco ou violação de direito de crianças e adolescentes em situação de abandono. A ação da rede socioassistencial de proteção básica e especial é realizada diretamente por organizações governamentais ou mediante convênios, ajustes ou parcerias com organizações e entidades de Assistência Social.

O acolhimento institucional é medida de proteção, direito de crianças e adolescentes que dele necessitam por violação de outros direitos, sendo que essas medidas existem para assegurar o "pleno desenvolvimento" quando outros direitos lhes sejam negados. Essa garantia passa por assegurar que diversos outros direitos que são também de atribuição do requerido sejam respeitados e garantidos, uma vez que há uma absoluta interligação para que isso se efetive, cuja atribuição é do poder público municipal.

Em excelente decisão, impondo ao poder público municipal a obrigação de assunção do abrigamento, essa conclusão vem definida na forma de que *"a colocação em abrigo não significa a cessão da execução das demais medidas de proteção, particularmente aquelas que digam com o resgate ou criação de novos vínculos...o abrigo não é um "direito fundamental" em si mesmo, mas parte de um conjunto de direitos assecuratórios da preservação da condição humana e mais, que não é a extremidade final de uma linha reta, de modo diverso, faz parte de um círculo. Como toda corrente não é mais forte do que seu elo mais fraco, a falta na oferta do abrigo faz decair todo o esforço que possa vir a ser empreendido nos demais programas correlatos e complementares*"[1].

[1] Primeiro Juizado Regional da Infância e Juventude, Porto Alegre, proc. nº 1101062, ano 2002, prolator:

Desta forma, diante da conjunção de todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima mencionados, conclui-se que é obrigação do poder público municipal assegurar às crianças e aos adolescentes abrigados nesta cidade os meios necessários a fim de que recebam o tratamento adequado, nos termos das normas já referidas referenciadas pelos requisitos mínimos da Política Nacional e Estadual de Assistência Social, especialmente o serviço de acolhimento institucional, expressamente tipificado na Resolução 109/2009 do CNAS.

3 - DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO

Dentre todas as garantias asseguradas para as crianças e os adolescentes, destaca-se a **Política de Atendimento**, que tem a previsão nos artigos 86 a 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente; inciso II, §1°, artigo 227 da Constituição Federal; Resoluções do CONANDA n° 105, 106 e em demais normas esparsas.

O art. 87 do Estatuto da Criança e Adolescente é claro quanto às linhas de ação da política de atendimento, que se traduzem em políticas sociais básicas e programas de assistência social de forma supletiva (inc. I e II).

Por sua vez, o artigo 101, inciso VII, do Estatuto, prevê a medida de acolhimento em entidade como uma das medidas protetivas destinadas a crianças e adolescentes, sendo que o parágrafo único estabelece que tal medida é provisória e excepcional.

As diretrizes do *Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* exigem uma mudança na forma do acolhimento institucional na esteira dos princípios de garantia de direitos inseridos na Constituição Federal, em 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 1993 e com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990, provocando rupturas em relação às concepções e práticas assistencialistas e institucionalizantes.

A obrigação é de que sejam erigidas "políticas públicas focalizadas na infância e na juventude, mas extensivos aos demais atores sociais do chamado Sistema de Garantia de Direitos e de Proteção Social, implicando a capacidade de ver essas crianças e adolescentes de maneira indissociável do seu contexto sócio-familiar e comunitário"2, valorizando o direito de crianças e adolescentes à família na qual os vínculos sejam protegidos pela sociedade e pelo Estado, notadamente quando ocorram situações de risco e enfraquecimento desses vínculos, como é o caso das crianças e adolescentes abrigados.

Por outro lado, a obrigação do poder público passa pela responsabilidade de

Breno Beutler Júnior, autor: Ministério Público. A referida decisão, mais que a obrigação do que a criação de vagas em abrigo, determinou que se inserisse no orçamento valor suficiente para tanto, que deverão constar do Plano Plurianual de forma "a criar um Programa de Abrigamento de Crianças e Adolescentes, que atenda um ciclo completo".

[2] Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 13

"esgotar as possibilidades de preservação de tais vínculos, aliando o apoio sócio-econômico à elaboração de novas formas de interação, referências morais e afetivas no grupo familiar", bem como a "proteção das crianças e dos adolescentes, incluindo o desenvolvimento de programas e estratégias que possam levar a constituição de novos vínculos familiares e comunitários, mas sempre tendo em vista a possibilidade de resgate dos vínculos originais."[3]

Nessa forma, a articulação em favor da convivência familiar tem exigibilidade não somente pelo Plano Nacional e NOB-SUAS, mas está disposta na própria Constituição, em cujo art. 227, especialmente o § 1º, impõe ao Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente , fundamentado na prioridade absoluta, na proteção integral, notadamente quanto à atuação que diz respeito especificamente à assistência social (ar. 224 c.c. art. 227, § 7º da CF).

O Plano Nacional dispõe, dentre suas diretrizes referentes à primazia da responsabilidade do Estado, o fomento de políticas integradas de apoio à família que "o Estado tem a **responsabilidade de capacitar seus agentes e de fiscalizar, monitorar e avaliar esses serviços na articulação**..." (g.n.), estimulando a competência da família na sua organização interna e superação de suas dificuldades, esclarecendo que, para tanto, é importante reconhecer a "complexidade desse processo", na escuta e respeito "às famílias, seus valores e crenças, criando com elas soluções que possam ser adequadas ao contexto, coerentes com os direitos dos seus membros e consistentes com as políticas sociais"[4].

A função da política pública para extensão da proteção social do SUAS tem a *matricialidade sociofamiliar* como princípio para convivência familiar, permitindo que a família tenha acesso a condições para exercer seu papel, a partir de uma política de estímulo (emancipatória), fundamentada no princípio da *territorialização* para reconhecer a presença de múltiplos fatores sociais e econômicos que visam a orientar a proteção social e garantir a universalidade da cobertura, numa atuação preventiva e proativa. Mais ainda, há necessidade de que se trabalhe com uma rede de serviços locais, o que gera sua capacidade de reduzir a ocorrência de riscos e de danos sociais.

No caso do acolhimento institucional, não há como se avaliar a situação e garantia de direitos das crianças e adolescentes submetidos nesta medida de proteção sem passar pela garantia dos direitos de atendimento à sua família, de potencializar sua competência, de fornecer condição material e de suporte emocional para o desacolhimento. Ou seja, tudo está absolutamente relacionado.

Trata-se de *proteção social básica* que exige programas e política para prevenir situações de risco por meio de desenvolvimento de potencialidades e aquisições, com o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. A política é especialmente destinada para a população em vulnerabilidade social decorrente de pobreza, priva-

[3] Plano Nacional, p. 13

[4] Plano Nacional, p. 39

ção (renda, não acesso a serviços), fragilização de vínculos afetivos, relacionais e de pertencimento social. Ora, é justamente nessa situação que se encaixam as crianças e adolescentes abrigados e respectivas famílias.

4 - DA AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SOCIOASSISTENCIAL DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

A Administração Pública, em todas as esferas de governo, possui a prerrogativa de praticar atos com discricionariedade, ou seja, tem a "liberdade" na prática dos atos administrativos, no entanto, dentro dos limites impostos por lei.

Ocorre que os administradores têm confundido por demais essas prerrogativas que lhes são atribuídas, praticando atos administrativos da forma, como e quando querem. Necessário destacar que os poderes exercidos pela Administração Pública devem total obediência ao primado da Constituição e da legalidade.

A liberdade da ação administrativa deve ser exercida dentro dos limites permitidos pelas normas legais e constitucionais. Há a necessidade de intervenção do Poder Judiciário quando violados tais preceitos pelo administrador, de modo a manter o equilíbrio do Estado.

As garantias aqui tratadas não se traduzem em mera opção do legislador, mas de total omissão revestida de inconstitucionalidade. Quando o poder judiciário determina a observância das condições necessárias para reverter quadro prejudicial à saúde da população, não encontra à evidência exorbitando. O Município sim, é que exorbita, ao negar o básico.

Nesse sentido é a lição de Dirley da Cunha:

> "De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerando indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos." (Curso de Direito Constitucional, Editora Jus Podium, 2008, pg. 714)

Resta evidente que o escopo deste artigo é sustentar a obrigação legal do município em criar mecanismos aptos a concretizar a Política Pública de Assistência Social sonegada no município, de acordo com as balizas mestras traçadas pelas normas que compõem o SUAS – SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, preceptivos esses totalmente afrontados nesta urbe.

Quando comprovadamente os gestores públicos estão a aviltar, violar e desrespeitar obrigações administrativas previstas em leis de natureza cogente, é insuperável a conclusão da total possibilidade da interferência do Judiciário no resgate dos imperativos sociais traçados pela Constituição, em específico, ao princípio maior de respeito à dignidade humana, existindo, sobre isso – e para prevenir óbices advindos da ultrapassada teoria de 'separação e independência dos Poderes" – súmula urdida pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo. Veja-se:

> Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

É iniludível que crianças e adolescentes pobres são as principais vítimas da ausência de um sistema efetivo de Assistência e Inclusão Social tal qual norteado pelo SUAS.

O artigo 208 do ECA é transparente e inquestionável em relação à possibilidade de intervenção judicial para exigir políticas públicas de assistência social e implantação das entidades de acolhimento institucional:

> Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as **ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular**:
>
> (...)
>
> VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
>
> (...)
>
> IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

Em relação ao assunto, interessante destacar as ponderações lançadas sobre o tema pelo Ministro do **Supremo Tribunal Federal** CELSO DE MELLO:

> "(...)Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais." (STF, ADF 45, j. 29.4.2004, transcrita à fls. 339/347).

Pondo fim a este tópico, destaca-se a jurisprudência afeta ao assunto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ajuizamento pelo Ministério Público em face do município com o propósito de obrigá-lo a disponibilizar local apropriado para servir de abrigo a crianças e adolescentes em situação de risco – procedência do pedido corretamente pronunciada em primeiro grau – **Poder Judiciário que pode impor às Prefeituras o cumprimento dos deveres provenientes da lei nº 8069/90 – medida protetiva de abrigo que se encontra prevista no artigo 101, inc. VII, do Estatuto citado, sendo inadmissível a omissão administrativa** – juízo "a quo" que, na fase de cumprimento da sentença, deverá analisar se a celebração de convênio noticiada nos autos atende o escopo legal – reexame necessário e apelo da Prefeitura não providos. (TJSP – Apelação Cível nº 552.169.5/0-00 - Acórdão) (g.n.)

> Ação civil pública - Reexame necessário - **Instalação e manutenção de programa de acolhimento institucional destinado a crianças e adolescentes em situação de risco - Medida de proteção que se insere na política de atendimento instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e constitui prioridade social, de sorte a dar efetividade ao comando da Constituição Federal (art. 227) - Dever que é atribuído ao Município, a quem compete realizar concreta e efetivamente a proteção outorgada pelo ordenamento jurídico às crianças e adolescentes - Procedência acertada. Recurso improvido. (**TJSP - Reexame Necessário nº 0005843-86.2009.8.26.0597 - Acórdão) (g.n)

> AÇÃO CIVIL PUBLICA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - **NECESSIDADE DE ENTIDADE DE ABRIGAMENTO PARA MENORES EM SITUAÇÃO IRREGULAR RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO - ALEGADA CARÊNCIA DE RECURSOS - RELEVÂNCIA - SENTENÇA QUE DETERMINOU EDIFICAÇÃO OU ADAPTAÇÃO DE PRÓPRIO PARA ESSA FINALIDADE, EM PRAZO RAZOÁVEL - APELO DA PREFEITURA DESPROVIDO. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê atendimento apropriado a menor em situação irregular e impõe às cidades a adoção de estratégia propiciadora da efetiva observância da lei. Sem desconhecer o dever de todas as entidades da Federação, é mister enfatizar que os menores não residem na União ou no Estado, mas moram no Município desde 1988 guindado à categoria de entidade da Federação. Errado afirmar-se que o Judiciário invade seara alheia quando determina ao Município cumpra com suas obrigações legais. Ao contrário, a Justiça existe e se preordena a fazer cumprir a lei quando há resistência ou recusa e o Estado de Direito se caracteriza justamente por ostentar o primado da lei. A Administração incumbe cumprir a lei espontaneamente ou por determinação judicial se deixa de fazê-lo. A Constituição-Cidadã de 1988 representa o consenso existente no momento histórico em que promulgada e não ostenta normas desprovidas de significado ou de consistência jurídica. Todos os seus preceitos revestem valores a serem perseguidos, pois a sua função dirigente é implementar a sociedade justa, fraterna e solidária que resultaria de sua plena observância.** (TJSP – Apelação Cível n° 381.074.5/5 – Acórdão) (g.n.)

Por fim, na ponderação dos interesses envolvidos, considerada a essencialidade atribuída ao bem jurídico tutelado, como é o caso da espécie vertente, é que o legislador previu no art. 213 do ECA:

> *Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*
>
> ***§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.***
>
> ***§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu,*** *independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.*
>
> ***§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será*** *devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.* (g.n.)

5 - CONCLUSÕES

Diante das ponderações, sustenta-se o entendimento da obrigação legal municipal de implementar o serviço socioassistencial gratuito de acolhimento institucional, destinado às crianças e aos adolescentes em situação de risco, com o oferecimento regular das vagas necessárias, seja por meio de equipamentos especializados próprios, que atendam as orientações técnicas do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS e Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente - CONANDA, seja por meio de convênios ou parcerias com outras entidades não governamentais que atendam as referidas orientações técnicas e especialização do serviço.

ABORDAGEM ATUAL SOBRE O TRABALHO INFANTIL

RAFAEL DE SOUZA MIRANDA
DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O presente texto tem a finalidade de estudar, discutir e contribuir para o enfrentamento da questão do trabalho infantil.

Aos operadores do Direito que trabalham na área da infância e juventude é muito comum se depararem com a situação em que famílias procuram a Defensoria Pública, o Ministério Público e os juízos da infância e juventude para a obtenção de alvará judicial de autorização para o trabalho infantil.

Mais preocupante que os pedidos de autorizações – na maioria das vezes motivados pela miserabilidade familiar – são as autorizações propriamente ditas, concedidas pelos juízes da vara da infância e juventude, pois, conforme adiante se verá, agem sem respaldo legal e desconsideram o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes.

As fundamentações mais comuns nas autorizações são as de que o trabalho para determinada criança/adolescente atenderá mais aos seus interesses do que a proibição, pois, neste segundo caso, poderiam estar "submetidas à miséria" ou mesmo "passando o dia na rua sujeitas ao aliciamento de traficantes".

Mas antes de discutir a questão de fundo, impõe esclarecer que o combate ao trabalho infantil é tema na ordem do dia e os índices apontados em pesquisas são alarmantes. A título esclarecedor, segundo pesquisa feita pelo IBGE1, em 2010, o número de pessoas com idade entre 10 (dez) a 17 (dezessete) anos trabalhando no Brasil era de 3406514 (três milhões quatrocentos e seis mil quinhentos e quatorze), das quais 1107471 (um milhão cento e sete mil quatrocentos e setenta e uma) pertenciam à região sudeste do país. No estado de São Paulo, neste mesmo período, foram levantadas 553912 (quinhentas e cinquenta e três mil novecentas e doze) pessoas trabalhando nesta faixa etária.

Nesse contexto, o Brasil assumiu no documento "Trabalho Decente nas Américas: Uma agenda Hemisférica, 2006-2015", apresentado na XVI Reunião Regional Americana da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ocorrida em 2006, o

[1] http://migre.me/aTA87, acessado em 27, de setembro de 2012, às 19h44min.

compromisso de eliminar as piores formas de trabalho infantil e até 2015 e de erradicar a totalidade do trabalho infantil 1 até 2020. A finalidade deste plano é coordenar as intervenções realizadas por diversos atores sociais e introduzir novas ações, sempre direcionadas a assegurar a prevenção e eliminação do trabalho infanti l e proteção ao adolescente trabalhador.

Eis o panorama do necessário.

Por mais que alguns se esforcem em justificar a necessidade do trabalho infantil, este entendimento não encontra nenhum respaldo normativo no ordenamento jurídico brasileiro.

E de antemão, cumpre delimitar que trabalho infantil, para os objetivos deste parecer, é considerado toda atividade com fins econômicos ou de sobrevivência, com o sem o intuito lucrativo, realizado por criança e/ou adolescente menor de 14 (quatorze) anos, assim como os adolescentes menores de 16 (dezesseis) e maiores de 14 (quatorze) anos, que não seja em condição de aprendizado.

Segundo o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República de 1988:

> **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> (…)
>
> **XXXIII -** proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Note que o dispositivo constitucional distingue o trabalho noturno, perigoso e insalubre realizado por menores de dezoito anos, que é terminantemente proibido, do trabalho realizado por menores de dezoito anos fora das condições mencionadas e desde que maior de dezesseis anos, que é permitido, do trabalho realizado por menores de dezesseis anos, que é terminantemente proibido, salvo se exercido em condições de aprendizagem e a partir dos quatorze anos.

O dispositivo constitucional é extreme de dúvidas e peremptório ao proibir o trabalho infantil nas condições acima elencadas, pois é certo que quando o legislador deseja excepcionar um comando normativo que visa proteger garantias fundamentais o faz de modo expresso. Portanto, não cabe ao intérprete ler o que não foi escrito na Constituição.

A proibição do trabalho infantil guarda coerência com os princípios estabelecidos no artigo 227 da Constituição, segundo o qual:

> **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

No plano infraconstitucional, dispõe o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

> **Art. 60.** É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

E no caso do adolescente, em situação de aprendizagem, reza o artigo 69 duas diretrizes inafastáveis, quais sejam, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

> **Art. 69.** O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:
>
> **I -** respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
>
> **II -** capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Já no cenário internacional, o Brasil, por meio do Decreto Presidencial nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, promulgou a Convenção no 138 e a Recomendação no 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. O artigo 2º do Decreto prevê que:

> **Art. 2º** Para os efeitos do art. 2o, item 1, da Convenção, fica estabelecido que a idade mínima para admissão a emprego ou trabalho é de dezesseis anos.

A Convenção nº 138 da OIT estabelece que a idade mínima para o trabalho não deve ser inferior à idade em que cessa a obrigação escolar, ou em todo caso, a 15 (quinze) anos (art. 2º, item 3). Todavia, o Estado-membro cuja economia e sistemas educacionais não estejam suficientemente desenvolvidos poderá, mediante prévia consulta às organizações de empregadores e trabalhadores interessadas, se tais organizações existirem, especificar, inicialmente, uma idade mínima de 14 (quatorze) anos (art. 2º, item 4).

Note que a idade acima discutida é sempre a mínima. Nada impede, portanto, que cada Estado-membro escolha idade mínima superior à convencionada, como o fez o Brasil no artigo 7º, XXXIII da Constituição da República.

Quando quis excepcionar a proibição do trabalho infantil, a Convenção nº 138 da OIT assim dispôs:

> **Art. 8º.**
>
> **1.** A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.

> **2.** As permissões assim concedidas limitarão o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado.

Denota-se do texto da convenção que a única hipótese em que se admite o trabalho infantil é a da representação artística. Ainda assim, a permissão deve limitar o número de horas da atividade e as condições mínimas de realização.

Já o Decreto Presidencial nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, promulgou no plano interno a Convenção nº 182 e a Recomendação nº 190 da OIT sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999.

O artigo 1º da Convenção nº 182 da OIT estabelece que:

> Todo país-membro que ratificar a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em caráter de urgência.

O dispositivo acima não traz maiores problemas, pois é consenso no universo jurídico e na sociedade que as piores formas de trabalho infantil devem ser extirpadas. Todavia, as situações que mais trazem debates versam sobre o trabalho artístico e o desportivo infantil.

Tradicionalmente há ampla aceitação social dessas duas formas de trabalho infantil, pois, de fato, é muito bonito assistir a um espetáculo circense ou uma competição de ginástica olímpica com a participação de crianças. Mas a questão é, até que ponto a diversão dos espectadores justifica o sacrifício dos atores?

Não se pode ignorar que o trabalho infantil, seja ele de qualquer natureza, causa às crianças prejuízos irreversíveis ao sadio desenvolvimento. Sem ir muito longe, é possível elencar alguns dos principais danos que o trabalho infantil acarreta: a) prejuízo ao desenvolvimento biopsicossocial; b) atraso ou abandono escolar; c) impedimento à dedicação às atividades extracurricular; d) risco de doenças ocupacionais etc.

E se o trabalho infantil coloca a criança e o adolescente em situações de risco, como as acima apontadas, não é demais dizer que o trabalho infantil choca frontalmente com a proteção estampada no artigo 5º do ECA, segundo o qual:

> **Art. 5º** Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, a atividade desportiva profissional desenvolvida por criança é vedada pelo ordenamento jurídico. Não há sequer a ressalva feita pela Convenção nº 138 da OIT quanto às atividades artísticas. No que tange a estas, a própria Convenção estabelece que cabe à permissão do trabalho condicionar a limitação de horário e de condições de desenvolvimento.

O argumento muito comum de que a proibição do trabalho desportivo profissional desempenhado por menores de 16 (dezesseis) anos de idade impedirá que o Brasil seja uma grande potencia do esporte mundial, a exemplo da China não convence. Primeiro porque a China é um dos Estados mais violadores dos direitos humanos, portanto, jamais podemos tê-lo como parâmetro enquanto estivermos tratando de proteção a garantias fundamentais; segundo porque jamais podemos admitir o sacrifício da dignidade, ainda que de uma única pessoa humana, em favor do prestígio internacional de uma nação; terceiro porque assim agindo, o Brasil adotaria um comportamento contraditório no plano internacional, pois fomentaria a violação de tratados internacionais firmados perante a Organização Internacional do Trabalho.

Há julgados da Justiça do Trabalho no sentido de que não há que se falar em vínculo empregatício válido quando o empregado da relação for menor de 16 (dezesseis) anos de idade. Todavia, para evitar o enriquecimento sem justo motivo do empregador, reconhecem o direito à verbas trabalhistas, veja-se:

> **TRABALHO DE MENOR - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO VÍNCULO VÁLIDO - VERBAS TRABALHISTAS ASSEGURADAS -** Apesar da nulidade contratual com menor, de acordo com a previsão do art. 7º, XXXIII, da CF , devem ser asseguradas as verbas trabalhistas de todo o período, a fim de evitar-se o enriquecimento ilícito da parte reclamada. Menor impúbere. Trabalho proibido. Presunção absoluta de prejudicialidade. Dano moral. O trabalho do menor de 16 anos é proibido, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, e atrai presunção absoluta de prejudicialidade ao seu desenvolvimento físico, psicológico, social e cultural, conforme artigo 7º, XXXIII , c/c artigo 227, da Carta Magna , sendo cabível a indenização pelo dano moral suportado. Fixação do "*quantum*". Indenização por danos morais critérios. Razoabilidade. No ordenamento jurídico pátrio inexiste fórmula objetiva para estabelecer o valor de indenização por danos morais, o que impõe ao julgador um arbitramento moderado e proporcional à culpa do ofensor na ocorrência do evento que gerou o dano, o que somente pode ser aferido utilizando-se do bom senso e estando atento à realidade e peculiaridade de cada caso concreto. (TRT-14ª R. - RO 00768.2006.005.14.00-2 - Rel. Juiz Shikou Sadahiro - DOJT 02.05.2007).

Outros julgados, porém, reconhecem o vínculo empregatício, embora admitam a nulidade desta relação por violação ao texto constitucional:

> **CRIANÇA E ADOLESCENTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXXIII, DA CF/88 - NULIDADE - CONSEQUÊNCIAS -** O reconhecimento da nulidade da relação de emprego, pelo desrespeito da norma constitucional que proíbe o trabalho dos que não alcançaram 16 anos de idade, não é empecilho para o reconhecimento do vínculo, para o registro em CTPS

> e para o cumprimento, pelo empregador, de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias pertinentes. Deve ser diferenciado, sempre, o trabalho ilícito do trabalho proibido, jamais perdendo de vista quem o constituinte visou proteger. Não pode o empregador alegar a violação da constituição em seu próprio benefício, e em prejuízo do trabalhador incapaz. (TRT-15ª R. - Proc. 38854/00 - Ac. 12266/01 - 2ª T - Relª Juíza Mariane Khayat - DOESP 02.04.2001 - p. 59).

Há, ainda, julgados no sentido de que o trabalho desempenhado por menores de 16 (dezesseis) anos de idade não caracteriza vínculo empregatício:

> **VÍNCULO DE EMPREGO - TRABALHO ILÍCITO - CONFIGURAÇÃO -** Trabalho ilícito é aquele não permitido porque seu objeto consiste na prestação de atividades criminosas e ou contravencionais, capituladas em lei, o distinguindo-se do trabalho proibido, cuja vedação decorre de circunstâncias vinculadas à pessoa do trabalhador, sem que, todavia, o objeto esteja revestido de ilicitude. *In* casu, embora o autor tenha despendido seu tempo e suor no desempenho de sua atividade, é certo que esta não ultrapassa o crivo dos usos e costumes da sociedade, não sendo atividade aceita e tolerada pelas autoridades. Vínculo de emprego não configurado. (TRT-17ª R. - RO 01385.2007.132.17.00.7 - Rel. Sérgio Moreira de Oliveira - J. 14.10.2008

Como se percebe, a jurisprudência ainda diverge. Todavia, quer parecer mais acertado o entendimento de que, embora seja reprovável o trabalho realizado por menores de 16 (dezesseis) anos de idade, que deve ser combatido a todo custo, se realizado, deverá ser garantido à criança ou o adolescente todas as verbas trabalhistas decorrentes de um contrato de trabalho, além da indenização por danos morais, sob pena de colocar a criança ou o adolescente em situação de maior vulnerabilidade a que já foi submetida ao ser admitida neste emprego proibido.

Deve, portanto, haver não só o reconhecimento do vínculo, como também uma punição administrativa e criminal severa ao empregador, além da condenação, em favor do empregado, ao pagamento de indenização por danos morais.

Entendimento contrário fomenta esta prática desprezível, considerando o nítido enriquecimento sem causa do empregador.

Em conclusão, verifica-se que as autorizações de trabalho infantil não só ofendem uma gama de dispositivos normativos, como colocam o Brasil em situação de Estado descumpridor dos tratados firmados internacionalmente.

Não cabe ao operador do Direito optar ser irá ou não cumprir as normativas nacionais e internacionais de proteção às crianças e adolescentes. Afinal de contas, num Estado Democrático de Direito a Lei é imposta coativamente e deve ser observada por todos, principalmente quando versar sobre direitos fundamentais de pessoas em peculiar processo de desenvolvimento.

Não é possível ponderar interesses imponderáveis.

Também é preciso deixar claro que o contrato de aprendizagem não é e nem pode ser confundido com um contrato de trabalho, pois visa exclusivamente contribuir para a formação e capacitação da criança e do adolescente.

As infância e a adolescência são as fases mais curtas da vida do ser humano. Transmudam-se num processo de desenvolvimento contínuo e veloz. Alijar a criança e o adolescente deste exíguo período da vida é impedir a vivência da mais importante fase da formação humanística da pessoa.

A magnificência da infância não pode ser alijada pelo trabalho infantil.

Os três grandes desafios, que devem ser combatidos simultaneamente, são: a pobreza, o analfabetismo e o trabalho infantil. Nenhum Estado chega à condição de potência mundial coexistindo com essas vicissitudes.

O frágil argumento de que o trabalho infantil contribui para a redução da pobreza remonta ao Código de Menores, onde a pobreza estava ligada à situação irregular da criança. Nesse tempo, a criança não era vista como sujeito, mas como objeto de direito, despersonificado e desprovido de dignidade.

De outro lado, também não convence o argumento de que o trabalho infantil afasta a criança ou o adolescente da criminalidade, pois a máxima da experiência informa que a maioria dos adolescentes envolvidos em práticas de atos infracionais já realizaram algum tipo de trabalho infantil.

E se a criança ou adolescente pertence a uma família desprovida de recursos financeiros para garantir o mínimo existencial, neste caso a solução é o encaminhamento familiar a programas governamentais assistenciais.

É nesse sentido que se conclui que os pedidos de autorizações de trabalho para crianças ou adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, se maior de 14 (quatorze) anos, assumem ausência de pretensão por absoluta impossibilidade jurídica.

SENDO A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA CERCEADORA DO STATUS LIBERTATIS DO ADOLESCENTE, SUA APLICAÇÃO E PERÍODO DE DURAÇÃO DEVEM SER CALCADOS EM RAZÕES CONCRETAS ORIUNDAS DA REALIDADE PSICOSSOCIAL DO ADOLESCENTE E DOS FATOS A ELE IMPUTADOS, NÃO PODENDO SER AMPARADOS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO ATO INFRACIONAL E EM MERAS CONJECTURAS DESPROVIDAS DE FUNDAMENTO FÁTICO.

FERNANDO CATACHE BORIAN
DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

LUÍS GUSTAVO FONTANETTI ALVES DA SILVA
DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Conforme bem remarca com pena de ouro o ilustre magistrado Olavo de Oliveira Neto, "*fundamentar uma decisão proferida exige mais do que uma mera referência genérica àquilo que se decida, devendo o magistrado analisar o caso concreto e dele extrair a presença dos requisitos necessários ao atendimento ou não do pedido formulado. Não se admite, mesmo sob o pretexto de agilizar o serviço prestado, que uma mesma decisão genérica possa resolver casos diferentes, sem atenção que cada caso merece. E se assim agir o magistrado estará infringindo seu dever ético de prestar tutela jurisdicional, limitando-se a ser um burocrata que se esquece do interesse público para preocupar-se mais com seus interesses pessoais, embora esse interesse possa limitar-se a manter seu serviço em dia*".[1]

Assim, sob pena de violação ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, especialmente as restritivas de liberdade, e à finalidade socioeducativa das medidas restritivas de liberdades impostas aos adolescentes em conflito com a lei,

1 Princípios Processuais Civis na Constituição. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

somente é possível aplicar a medida de liberdade assistida e estipular seu prazo de duração acima do mínimo legal, se expostas razões concretas para tanto.

Desse modo, se o Juiz apenas reproduzir termos legais, adjetivar o ato infracional e a traçar conjeturas, sem indicar, contudo, qualquer elemento concreto a justificar a imposição da medida de liberdade assistida e sua duração em prazo superior ao mínimo legal, sua decisão será manifestamente ilegal por ausência de fundamentação, devendo ser combatida pelo recurso adequado.

Tanto isso é verdade, que a Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), em seu artigo 35, estipulou:

> Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
>
> I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
>
> II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
>
> III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
>
> IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
>
> V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
>
> VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
>
> VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

Portanto, o magistrado, obrigatoriamente, ao aplicar a medida de liberdade assistida e estipular seu prazo de duração, deve fundamentar sua decisão nos princípios da legalidade, excepcionalidade da intervenção judicial, proporcionalidade, brevidade, mínima intervenção e individualização da medida, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente, estando, pois, impedido de utilizar de conjeturas e da gravidade abstrata do ato infracional.

Também a jurisprudência dos Tribunais pátrios vem afirmando a expressa necessidade de motivação concreta a justificar as medidas privativas de liberdade impostas aos adolescentes em conflito com a lei, valendo destacar nesse sentido, por sua clareza e precisão, a seguinte decisão monocrática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, ao deferir a progressão da internação, fixou o prazo de um ano para o cumprimento da liberdade assistida. A liminar deve ser deferida. O ECA, art. 118, §2º, estabelece que a liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida. Nesse contexto, a fixação de prazo superior a seis meses não dispensaria a indicação dos motivos, exigindo fundamentação, ausente no caso concreto. Note-se que a preocupação do legislador com a preservação dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei está expressa no artigo 35, da Lei 12.594/2012, cujos princípios, em breve em vigor, estabelecem a observância da legalidade estrita. Nos exatos termos da Lei: "Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto". Daí resulta inequívoca a exigência de fundamentação para a fixação de prazo superior ao mínimo legal. Nota-se, por outro lado, que a fixação da liberdade assistida no prazo mínimo legal assegura a avaliação do adolescente em seis meses, aproximando o momento da verificação de seu desenvolvimento e amadurecimento em meio aberto. Se necessário, a medida poderá inclusive ser prorrogada. Assim, não vislumbrando fundamento para manter o prazo de duração da liberdade assistida em um ano, defiro a antecipação da pretensão recursal para fixar a medida no prazo de seis meses" (Agravo de Instrumento nº 0049510-65.2012.8.26.0000

Ademais, aplicada a medida socioeducativa de liberdade assistida no prazo mínimo legal, passado o período de 6 (seis) meses, o orientador da medida poderá, caso assim entenda necessário, pleitear a prorrogação da medida, tal qual permite o disposto no artigo 118, §2º, *in fine*¸ do ECA.

Ante o exposto, para a aplicação e fixação do período de duração da medida socioeducativa de liberdade assistida são necessários fundamentos concretos, não podendo ser amparados na gravidade abstrata do ato infracional e em meras conjecturas desprovidas de fundamento fático.

II – FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Com a adoção da tese institucional sugerida, a Defensoria Pública combaterá de modo estratégico e efetivo, a ausência de fundamentação na aplicação e fixação de prazo de duração da medida socioeducativa de liberdade assistida, evitando que os adolescentes permaneçam com sua liberdade restrita por prazo superior ao necessário, sem que haja fundamentação apta para tanto.

Da mesma forma, a adoção da tese ajudará a combater a estipulação de maneira abstrata por magistrados das hipóteses em que irão aplicar a medida socioeducativa de liberdade assistida e seu prazo de duração, como, por exemplo, ato infracional equiparado ao crime de furto simples a medida socioeducativa será liberdade assistida por 6 meses, ato infracional equiparado ao crime de furto qualificado a medida socioeducativa será liberdade assistida por 1 ano.