

A Luta pela Proteção Integral

Edição comemorativa dos 30 anos do ECA

Prefácio de Paulo Afonso Garrido de Paula



Organizadores
Antonio Jorge Pereira Júnior
Karyna Batista Sposato
Raquel Coelho de Freitas



Editora Fundação Fênix

Wenderson Brito

APRESENTAÇÃO - A LUTA PELA PROTEÇÃO INTEGRAL E PELO DIREITO PRIORITÁRIO
Antonio Jorge Pereira Júnior

PREFÁCIO

Paulo Afonso Garrido de Paula

1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO SISTEMA SOCIOJURÍDICO BRASILEIRO: (DES)SEMELHANÇAS ENTRE O SISTEMA DA “SITUAÇÃO IRREGULAR” E O DA “PROTEÇÃO INTEGRAL”

Antonio Jorge Pereira Júnior; Francisco Flávio da Silva Rodrigues

2. TEORIA DO MENOR MADURO: SURGIMENTO, CONCEITO, AVERIGUAÇÃO DA MATURIDADE JUVENIL E VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO BRASIL

Rebeca Simão Bedê

3. TRABALHO ARTÍSTICO INFANTO-JUVENIL: ANÁLISE DO CASO DO MC PEDRINHO EM FORTALEZA

Antonio Jorge Pereira Júnior; Juliana Nogueira Loiola

4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A POSSIBILIDADE DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL

Nardejane Martins Cardoso

5. POLÍTICA JUDICIÁRIA VOLTADA PARA DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

6. ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA REALIZAÇÃO DE ESCUTA ESPECIAL E DE DEPOIMENTO ESPECIAL

Antonio Jorge Pereira Júnior; Thiago Pessoa Colares

7. APLICAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS DA LEI 13.431/2017 ÀS CRIANÇAS MIGRANTES NO BRASIL

Rafaela Gomes Viana

8. APOIO AOS ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NO PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE FORTALEZA/CE: PESQUISA DE CAMPO SOBRE EFETIVAÇÃO DE ESTRATÉGIAS

Luana Adriano Araújo

9. OS 30 COMPROMISSOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: MINISTÉRIO PÚBLICO CEARENSE E A DEFESA DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Anna Gabriella Pinto da Costa

10. O HABEAS CORPUS 143.988/ES NA LUTA PELA GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE

Raquel Coelho de Freitas; Thales Vieira Alcântara

11. O CONSELHO TUTELAR E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES INDÍGENAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Raquel Coelho de Freitas; Renan Santos Pinheiro; Thaynara Andressa Frota Araripe

12. A EXPERIÊNCIA DO PRIMEIRO NÚCLEO JUDICIAL DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DO CEARÁ (NUJUR) E OS DESAFIOS COINCIDENTES ÀQUELES ENFRENTADOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Isabela Barbosa Ferreira

13. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E JANELA ADOTIVA NO ESTADO DO CEARÁ: OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES SOB A ÓTICA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Carla Marques Diógenes; Vjctoria Carolinne Barros Rodrigues

14. SER SUJEITOS DE DIREITOS EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa; Raquel Coelho de Freitas

15. APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA AO CONTRATO DE APRENDIZAGEM

Karina Batista Sposato; João Víctor Pinto Santana

16. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ADOLESCENTE ACUSADO NO DIREITO BRASILEIRO

Karyna Batista Sposato

17. IMPOSIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL DA COMARCA DE ARACAJU

Karyna Batista Sposato; Mélane Ramos Reis

18. JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL: CAMINHOS PARA A TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS

Karyna Batista Sposato; Marcelo Oliveira do Nascimento

19. PRISÕES CAUTELARES E O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA



Editora Fundação Fênix



PPGD
Programa de
Pós-Graduação em
Direito Constitucional



Proteção Integral:
edição comemorativa dos 30 anos do ECA

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Hermes Zaneti Jr – UFES

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães – UFRJ

Laura Schertel Mendes – UnB

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

**A Luta pela Proteção Integral:
edição comemorativa dos 30 anos do ECA**

(Organizadores)

Antonio Jorge Pereira Júnior

Karyna Batista Sposato

Raquel Coelho de Freitas



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix
Capa: Crianças em situação de rua brincando na chuva
Autor: Wanderson Petrova Cavalcante

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Essa obra foi editada com apoio da CAPES.



Série Direito – 13

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SPOSATO, Karyna Batista; FREITAS, Raquel Coelho de. (Orgs).

A Luta pela Proteção Integral: edição comemorativa dos 30 anos do ECA.
PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SPOSATO, Karyna Batista; FREITAS, Raquel Coelho de. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

376p.

ISBN – 978-65-87424-50-7

 <https://doi.org/10.36592/9786587424507>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD-340

1. Proteção Integral. 2. Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Índice para catálogo sistemático – Direito e disciplinas relacionadas – 340

AGRADECIMENTO

Cabe neste espaço agradecer primeiramente aos autores que colaboraram com esta obra, bem como às Professoras que comigo organizaram a coletânea, Doutora Karyna Batista Sposato, da Universidade Federal de Sergipe, colega de graduação e de pós-graduação em Direito na USP, e Doutora Raquel Coelho de Freitas, da Universidade Federal do Ceará, ambas muito atuantes na pesquisa e em iniciativas variadas em prol dos direitos infanto-juvenis. Dessa parceria surgiu uma obra com 19 trabalhos oriundos de Grupos de Pesquisa de três instituições: UNIFOR, UFC e UFS.

Cabe ainda agradecer muito especialmente ao Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR) e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que viabilizaram esta publicação, no ano que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, completou 30 anos. Os recursos investidos na produção deste trabalho foram concedidos ao PPGD-UNIFOR pela CAPES, mediante o Programa de Excelência Acadêmica (PROEX), permitindo que o livro tenha um alcance sem precedentes: ele será distribuído gratuitamente, sobretudo em versão digital, propiciando-se a máxima difusão do conhecimento nele consubstanciado.

O Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza recebeu a nota mais elevada dada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) aos Programas de Pós Graduação em Direito no último quadriênio (2017-2020). Destacou-se na região Nordeste como o único com tal reconhecimento. O PPGD-UNIFOR tem duas áreas de concentração: (1) Direito Constitucional Público e Teoria Política e (2) Direito Constitucional nas Relações Privadas. Uma vertente preponderante para o Direito Público e outra para o Direito Privado, a partir da Constituição.

O Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq), criado em 2013, está especialmente vinculado à perspectiva de estudo das relações privadas a partir da Constituição. Tem por objeto central de estudo a "autonomia" que a Constituição garante aos cidadãos e instituições. Um dos objetos de estudo do Grupo é a investigação da interferência de autoridades civis sobre a autonomia dos cidadãos e

entidades, para garantir-lhes a amplitude de ação preconizada na Constituição. Nesse sentido, os temas de pesquisa desenvolvidos com frequência tangenciam as áreas pública e privada. Dentre os projetos do Grupo, um deles se orienta para o estudo da autonomia da criança e do adolescente, bem como o grau de interferência da família e do Estado sobre sua conduta.

Dentre as atividades do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição está o intercâmbio permanente com pesquisadores de Grupos de variadas instituições, ramos e regiões do País que se dedicam a estudar temas afins. Nesse contexto se coloca a iniciativa levada a termo nesse momento: reunir trabalhos de três Grupos que lidam com o tema da proteção integral da criança e do adolescente, cada um sob uma perspectiva própria.

Fortaleza, 10 de Dezembro de 2020.

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade
de Fortaleza (PPGD-UNIFOR)

Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A LUTA PELA PROTEÇÃO INTEGRAL E PELO DIREITO PRIORITÁRIO

Antonio Jorge Pereira Júnior 17

PREFÁCIO

Paulo Afonso Garrido de Paula23

1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO SISTEMA SOCIOJURÍDICO BRASILEIRO: (DES)SEMELHANÇAS ENTRE O SISTEMA DA “SITUAÇÃO IRREGULAR” E O DA “PROTEÇÃO INTEGRAL”

Antonio Jorge Pereira Júnior; Francisco Flávio da Silva Rodrigues25

2. TEORIA DO MENOR MADURO: SURGIMENTO, CONCEITO, AVERIGUAÇÃO DA MATURIDADE JUVENIL E VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO BRASIL

Rebeca Simão Bedê53

3. TRABALHO ARTÍSTICO INFANTO-JUVENIL: ANÁLISE DO CASO DO MC PEDRINHO EM FORTALEZA

Antonio Jorge Pereira Júnior; Juliana Nogueira Loiola 81

4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A POSSIBILIDADE DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL

Nardejane Martins Cardoso..... 101

5. POLÍTICA JUDICIÁRIA VOLTADA PARA DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante 113

6 ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA REALIZAÇÃO DE ESCUTA ESPECIAL E DE DEPOIMENTO ESPECIAL

Antonio Jorge Pereira Júnior; Thiago Pessoa Colares 127

7. APLICAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS DA LEI 13.431/2017 ÀS CRIANÇAS MIGRANTES NO BRASIL

Rafaela Gomes Viana 143

8. APOIO AOS ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NO PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE FORTALEZA/CE: PESQUISA DE CAMPO SOBRE EFETIVAÇÃO DE ESTRATÉGIAS

Luana Adriano Araújo 163

9. OS 30 COMPROMISSOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: MINISTÉRIO PÚBLICO CEARENSE E A DEFESA DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Anna Gabriella Pinto da Costa..... 181

10. O HABEAS CORPUS 143.988/ES NA LUTA PELA GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE

Raquel Coelho de Freitas; Thales Vieira Alcântara 201

11. O CONSELHO TUTELAR E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES INDÍGENAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Raquel Coelho de Freitas; Renan Santos Pinheiro; Thaynara Andressa Frota Araripe 219

12. A EXPERIÊNCIA DO PRIMEIRO NÚCLEO JUDICIAL DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DO CEARÁ (NUJUR) E OS DESAFIOS COINCIDENTES ÀQUELES ENFRENTADOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Isabela Barbosa Ferreira 235

13. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E JANELA ADOTIVA NO ESTADO DO CEARÁ: OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES SOB A ÓTICA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Carla Marques Diógenes; Vyctoria Carolinne Barros Rodrigues 251

14. SER SUJEITOS DE DIREITOS EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa; Raquel Coelho de Freitas..... 265

15. APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA AO CONTRATO DE APRENDIZAGEM

Karyna Batista Sposato; João Víctor Pinto Santana 287

16. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ADOLESCENTE ACUSADO NO DIREITO BRASILEIRO

Karyna Batista Sposato..... 305

17. IMPOSIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL DA COMARCA DE ARACAJU

Karyna Batista Sposato; Mélane Ramos Reis 319

18. JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL: CAMINHOS PARA A TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS

Karyna Batista Sposato; Marcelo Oliveira do Nascimento337

19. PRISÕES CAUTELARES E O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Karyna Batista Sposato; Nayara Stéfany Gonzaga Silva359

SOBRE OS AUTORES/AS AUTORAS 369

APRESENTAÇÃO

A LUTA PELA PROTEÇÃO INTEGRAL E PELO DIREITO PRIORITÁRIO



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-0>

A proteção integral da criança e do adolescente é meta prioritária da Constituição Federal de 1988. O artigo 227 é contundente ao fixar ao Estado, à sociedade e à família o dever de garantir com prioridade absoluta os direitos infanto-juvenis. Nesse sentido, todas as políticas públicas deveriam ser elaboradas com essa orientação de fundo. Neste caso, o que ocorreria? Uma vigorosa transformação social. A solidariedade e a sustentabilidade seriam máximas da organização estatal. Viveríamos sob um contrato social qualificado pelo cuidado dos mais vulneráveis, cultivando a cada dia um melhor futuro pelo cuidado do presente mais valioso: cada pessoa jovem.

O atendimento preferencial ao público infanto-juvenil na educação, saúde, relações familiares e trabalhistas – de modo a efetivar o direito fundamental de convivência familiar-, bem como na economia, na tributação, na ação partidária, enfim, em todos os campos, geraria um ambiente mais adequado ao crescimento pleno de quem está em peculiar fase de desenvolvimento, sem dúvida. Mas, também produziria melhores condições de vida para todos.

Vale notar que, quando refletimos sobre o que seria mais adequado no processo educativo e no cuidado de nossos filhos, por exemplo, em geral excluimos uma série de hábitos que toleramos para os adultos. Compomos, com nosso imaginário, o melhor cenário possível para o desenvolvimento humano. Logo, em nosso íntimo, a dignidade humana e suas necessidades mais prementes, em seu estado mais puro, é aquela que emana da figura de uma criança e, sobre essa imagem, sem subterfúgios, projetamos o que seria efetivamente melhor para a humanidade.

Olhando para a realidade, todavia, é forçoso reconhecer que, após 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar dos avanços, ainda resta muito por aperfeiçoar. Construiu-se uma base teórica, uma estrutura orgânica e uma cultura de proteção dignas de serem comemoradas. Mas, resta ainda tanto para que haja maior consciência e compromisso com os direitos infanto-juvenis. Ainda estamos longe da

concretização plena das normas constitucionais e estatutárias nessa matéria. Falta muito por ser aplicado, operacional e institucionalmente.

A priorização efetiva deve também se refletir no meio acadêmico, gerando-se mais pesquisa no País com análises, diagnósticos e sugestões de melhoria do sistema protetivo. Em favor disso surgiu a ideia desta publicação, no ano em que se celebram 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vislumbrou-se, em meio às agruras da pandemia, a oportunidade de reunir trabalhos desenvolvidos por três Grupos de Pesquisa vinculados a Programas de Pós Graduação em Direito de três universidades nordestinas: a Universidade de Fortaleza (UNIFOR), a Universidade Federal do Ceará (UFC) e a Universidade Federal de Sergipe (UFS). São Grupos que já mantinham relacionamento prévio, sobretudo quando da análise de dissertações e teses relativas ao Direito da Criança e do Adolescente, produzidas nos três centros de pós-graduação *stricto sensu*. A proposta seria para publicar um trabalho integrado, como diálogo entre os três Grupos, voltado à promoção da ciência, à multiplicação de saberes e à expansão da cultura de proteção integral.

A iniciativa, logo abraçada por todos, partiu do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq), vinculado ao PPGD-UNIFOR, que, entre outros temas, dedica-se ao estudo da ação do Estado e da família sobre a autonomia da criança e do adolescente, enquanto sujeitos de direito. Cada Grupo assumiu o desafio de contribuir com 5 ou 7 pesquisas relevantes, desenvolvidas nos últimos anos e, preferencialmente, não publicadas.

O grupo sediado na UNIFOR havia realizado pesquisa de âmbito nacional para o Conselho Nacional de Justiça, entre 2018 e 2019, sobre “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”(Edital 002/2017). Assim, três dos sete artigos aportados versam sobre o tema: um deles se dedica ao dever de capacitação dos agentes que atuam na Oitiva e na Escuta Especializada; outro diferencia as duas técnicas e como o Judiciário se estruturou para implementá-las em seu âmbito e o terceiro se volta ao modo de proteger as crianças migrantes no Brasil em face da Lei 13.341/2017, sendo elas mais vulneráveis à violência, pela distância de outras referências familiares.

Além disso, agregou-se ao conjunto um estudo acerca da viabilidade da educação domiciliar no Brasil, desde a perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, ponderando a decisão do STF que afirma a constitucionalidade da modalidade. Foi somado também uma análise dos diplomas legais anteriores ao ECA, que marcaram a história do direito da criança no Brasil, perscrutando se havia ali algo de caráter protetivo, ou se a nota repressiva-opressora era a única tônica. Selecionou-se ainda instigante artigo acerca da “Teoria do Menor Maduro”, já aplicada em outros Países, pela qual se reconhece a autonomia jurídica de adolescentes para tomar decisões individuais em matérias sensíveis, mesmo estando sob regime da incapacidade civil. Por fim, viu-se por bem aprimorar um trabalho anteriormente publicado, acerca da situação jurídica dos artistas mirins, elaborado a partir da proibição judicial da apresentação de show do adolescente MC Pedrinho, em 2015, na cidade de Fortaleza. Acredita-se que o trabalho traz bases que devem auxiliar a pensar nos mecanismos de proteção em face do fenômeno dos youtubers mirins.

A Professora Raquel Coelho de Freitas, da Universidade Federal do Ceará, selecionou outros 7 trabalhos. Ela é coordenadora do Projeto Direito das Minorias e Fortalecimento de Minorias, bem como do Núcleo de Estudos Aplicados Direito, Justiça e Infância, NUDI JUS. Aventurou-se a esse trabalho de organização do livro em paralelo à organização do "Seminário Internacional 31 Anos da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, o que falta?", por ela capitaneado, que reuniu pesquisadores e pessoas comprometidas com os direitos da criança e do adolescente de três continentes, em novembro de 2020. Vale registrar aqui o evento, do qual resultarão importantes publicações e pesquisas em parceria.

Os artigos selecionados pelo olhar sensível e aguerrido da Prof. Raquel Coelho versam sobre temas essenciais para garantir, antes de tudo, a proteção mínima de populações infanto-juvenis mais vulneráveis, muitas vezes invisíveis às autoridades e a boa parte da sociedade, e que sofrem, desse modo, maior carência no respeito a seus direitos e dignidade.

Ela incorporou à obra um trabalho sobre estratégias do plano municipal de educação de Fortaleza, aplicadas a estudantes com deficiência. Na mesma linha, ofereceu um estudo acerca da ação do Conselho Tutelar em face dos direitos das crianças e dos adolescentes indígenas. Agregou ainda dois trabalhos dedicados ao direito fundamental de convivência familiar. Em um deles se aborda a dinâmica

preparatória para a adoção e se questiona acerca dos desafios da efetivação do direito fundamental à convivência familiar das crianças e dos adolescentes sob a ótica da doutrina da proteção integral. Outro trabalho sobre a convivência dirige-se à situação de crianças e adolescentes em situação de rua. O artigo apresenta uma análise da (não) efetivação do direito à convivência familiar dessas pessoas.

Há ainda um artigo dedicado ao *habeas corpus* 143.988, do Espírito Santo, em favor da luta pela garantia da proteção integral aos adolescentes privados de liberdade. Ela compartilhou ainda, no livro, um estudo sobre a "experiência do primeiro núcleo judicial de justiça restaurativa do Ceará (NUJUR) e os desafios coincidentes àqueles enfrentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente". Oxalá ajude na implementação da metodologia em outros lugares. Por fim, há uma contribuição dedicada aos 30 compromissos da infância e da juventude elaborados pelo Ministério Público cearense.

O livro conta com 5 relevantes contribuições do Grupo de Pesquisa Desigualdade (s) e Direitos Fundamentais, selecionados pela Professora Karyna Batista Sposato, docente do Mestrado e da graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Trata-se de umas das maiores especialistas do País em matéria de Direito Penal Juvenil, assim também reconhecida em foros internacionais. Desse modo, quatro dos trabalhos aportados por ela tangenciam a matéria relacionada à responsabilização penal juvenil e à garantia dos direitos fundamentais e de personalidade dos acusados, condenados e egressos do sistema penal juvenil. São contribuições ímpares para a proteção integral do grupo juvenil que talvez mais sofra injusta restrição de seus direitos e garantias por ação e omissão estatais. O único trabalho de Sergipe que não versa sobre temática penal, aborda a aplicação da hermenêutica constitucional garantista ao contrato de aprendizagem, de grande relevância.

Voltando ao Direito Penal Juvenil, a Professora Karyna Sposato aportou nesta obra um instigante estudo acerca das "Prisões cautelares e o Estatuto da Primeira Infância". Também selecionou um trabalho sobre direitos e garantias fundamentais do adolescente acusado no direito brasileiro. Separou ainda uma análise jurisprudencial acerca dos fundamentos utilizados no sistema de justiça juvenil da comarca de Aracaju, quando ali se impõe a medida socioeducativa de internação. Por fim, trouxe uma abordagem do tema da Justiça Restaurativa, aplicada à responsabilização penal

juvenil, caminho para a transformação de conflitos. Todas matérias de forte apelo jurídico e social.

Assim, irmanados em igual propósito de trabalhar pela proteção integral, três Grupos de Pesquisa vinculados aos Programas de Pós Graduação em Direito da UNIFOR, UFC e UFS, que entre si mantinham intercâmbio, puderam se unir em novo projeto para homenagear os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente com uma obra científica de vanguarda, em versão digital e gratuita -, logo, de acesso irrestrito-graças ao financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), mediante o seu Programa de Excelência Acadêmica (PROEX), intermediado pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR).

Esperamos seja a primeira de uma série de publicações conjuntas, a instigar cada vez maior público na luta pela Proteção Integral.

Boa leitura.

Fortaleza, 10 de Dezembro de 2020.
72 anos da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

Antonio Jorge Pereira Júnior.

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da
Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR).
Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq).

PREFÁCIO



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-01>

A feliz expressão “A luta pela proteção integral” indica uma utopia, o sonho da universalização dos direitos fundamentais para toda criança e adolescente. É um embate permanente, nas trincheiras da racionalidade que caracteriza o desejo de sociedade igualitária, onde todos, sem exceção, possam chegar à realidade de uma situação de justiça e fraternidade. A desigualdade, além de todas as mazelas que produz, apresenta-se também com o signo da indiferença, com uma normal cegueira, com uma visão seletiva que somente enxerga o que quer ver, afastando dos olhos a tristeza da exclusão.

A luta é um movimento, o empréstimo de energia, o trabalho dispendido para a obtenção de um resultado. Envolve dedicação e sacrifícios. No mundo civilizado, das ideias e do progresso social, compreende o conhecimento, o saber, a expertise, armas necessárias para o combate com chance de vitória. A exclusão tem instrumentos poderosos, vilipendiadores e mortíferos, como a irracionalidade, o apelo à supremacia por alguma situação ocasional, como a cor da pele, a orientação sexual e a situação econômica, a falácia de meritocracia infensa à comparação das oportunidades e, sobretudo, o canhão da ideologia do Estado Mínimo. O combate a essas parvoíces, dotadas infelizmente de apelo popular, opera-se principalmente através do conhecimento.

Quem detém a ciência consegue resistir nos tempos de retrocesso e avançar nos de calma. Daí a necessidade de permanentemente produzir e adquirir conhecimento, especialmente exercitando a crítica em face do saber posto. Talvez o exame e a avaliação do que se escreve seja o distintivo para o conhecimento verdadeiramente transformador, inclusive para quem o elaborou.

Esta obra, produzida pela Universidade de Fortaleza, Universidade Federal do Ceará e Universidade Federal de Sergipe, insere-se nesse contexto de oferta de conhecimento, submetendo-o pela publicação à crítica dos leitores. E deve ser saudada especialmente pelo fato de tratar dos direitos da criança e do adolescente, área que não tem o glamour e a potencialidade econômica de outras, caracterizando-se mais como uma verdadeira militância. A importância da exposição dos fundamentos e preceitos, de forma sistematizada, principalmente depois de trinta anos de vigência do Estatuto

da Criança e do Adolescente, reside na oportunidade de difusão da cultura jurídica como forma de lapidação de valores, ajustados na experiência advinda do tempo.

Voltar-se ao conhecimento é o primeiro passo da transformação. E, ter um novo olhar, vislumbrar uma nova feição, passar do estado de indiferença ao de indignação, é uma necessidade no campo dos direitos da criança e do adolescente. O motivo: esses direitos são socioindividuais, pertencem também à sociedade, que pactuou, com a Constituição de 1.988, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos. Quem conhece, “luta pela proteção integral”, defende a apropriação, pelos excluídos, dos bens da vida que foram prometidos pelas normas jurídicas, necessidade civilizatória de uma era de plena justiça.

Parabéns às Professoras e ao Professor Coordenador da obra, instigadores do conhecimento e verdadeiros propulsores das mudanças sociais.

São Paulo, dezembro de 2020, tempos de pandemia.

Paulo Afonso Garrido de Paula.

Mestre em Direito Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador de Justiça - Ministério Público de São Paulo (MPSP). Ex-Corregedor Geral do Ministério Público de São Paulo (MPSP). Ex-Presidente da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP, atual IBDCRIA-ABMP). Um dos coautores do anteprojeto que deu origem ao ECA.

1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO SISTEMA SOCIOJURÍDICO BRASILEIRO: (DES)SEMELHANÇAS ENTRE O SISTEMA DA “SITUAÇÃO IRREGULAR” E O DA “PROTEÇÃO INTEGRAL”



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-1>

Antonio Jorge Pereira Júnior¹

Francisco Flávio da Silva Rodrigues²

Introdução

A compreensão adequada da condição sociojurídica dos infantes no Brasil requer adequado entendimento das evoluções perpassadas pelo País no âmbito jurídico, político e social. O tratamento dispensado à criança e ao adolescente sofreu modificações sob o contexto social de cada época, até chegar, progressivamente, à atual doutrina da proteção integral.

A leitura de textos e obras dos tempos passados permite vislumbrar a pobreza e a migração para os grandes centros urbanos como fatores que teriam influenciado no surgimento do Código Mello Mattos, de 1927. Também outros problemas de ordem urbana ressaltam na época de promulgação do Código de Menores de 1979. Mas, acima disso, nos dois diplomas é possível encontrar traços de institutos, expressões e situações que hoje podem ser vistas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a égide da proteção integral. Desse modo, é possível reconhecer que tais legislações sinalizam avanços em conformidade com seus respectivos períodos. Vale notar que o

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com a obra “Direitos da criança e do adolescente em face da TV” (Saraiva: 2011). Coordenador do Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF), da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Membro da Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE. Advogado. Árbitro. E-mail: antoniojorge2000@gmail.com

² Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Professor na Faculdade Princesa do Oeste (FPO). Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/CE. Membro da Associação de Direito de Família e Sucessões - ADFAS. Advogado.

desenvolvimento das instituições, como regra, não se dá aos saltos, mas de modo progressivo. De igual modo, naqueles períodos, como atualmente, é necessário reconhecer entraves institucionais e operacionais de viabilização das normas protetivas ao público infante-juvenil.

Deste modo, o presente estudo serve para mostrar que a doutrina que se dedicava à temática "do menor", no período marcado pela figura do "menor delinquente" e do "menor abandonado", também almejava resguardar, a seu modo, o melhor interesse da criança e do adolescente, distanciando-se da percepção de muitos autores do século XXI que, omissos quanto às fontes antigas, tendem a afirmar que o tratamento específico para o público infante-juvenil anterior ao Estatuto de 1990 teria tido pretensão exclusivamente punitivo-repressora. Avaliando o texto das leis, discursos parlamentares e a interpretação da doutrina da época, vislumbra-se outra realidade. Antes de tudo, as condutas dos infantes eram avaliadas de acordo com as condições sociais; portanto, para além de uma mera tipificação legal com pretensão subsuntiva. Nesse sentido é possível defender a necessidade de alguma revisão histórico-interpretativa acerca das duas primeiras codificações do século XX em matéria infante-juvenil.

Outrossim, para os fins deste trabalho, em razão da pesquisa em documentos de época, usam-se por vezes os termos "criança/adolescente" e "menor", embora parte da doutrina entenda hoje ser inadequado o uso da palavra "menor", dentro do sistema da proteção integral, em razão do caráter pejorativo atribuído a palavra "menor". Diz Cavallieri (1986, p.02), ao responder se há distinção entre criança e menor: "com rigor técnico, não. Entretanto, a palavra menor tem sentido jurídico e refere-se a uma pessoa cuja idade a coloca em posição distinta das demais, perante as leis".

Justifica-se este trabalho para que, mediante análise dos autores dedicados aos direitos da criança e do adolescente em outros tempos, sejam estabelecidos alguns marcos na fixação dos direitos infante-juvenis que se decantaram no âmbito normativo e persistem no atual sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente, corroborando a perspectiva humanista, mesmo limitada, de cada etapa histórica.

A metodologia adotada é descritivo-analítica, com pesquisa do tipo bibliográfico e documental, na medida em que se busca compreender questões envolvendo o

sistema sociojurídico a contemplar os direitos da criança e do adolescente mediante o estudo de artigos científicos e publicações especializadas.

Constata-se, portanto, que a corrente doutrina da proteção integral, que localiza o Brasil em posição de destaque frente a outros países, por dispor de legislação considerada avançada em se tratando dos direitos da criança e do adolescente, não surgiu simplesmente de um processo apartado das codificações que a precederam, assim como do contexto social correlato. Em verdade, em parte é fruto de um processo evolucionário, mais que "revolucionário", pois já anteriormente se visava a efetivação de direitos infanto-juvenis.

1 A condição sociojurídica da criança e do adolescente e sua proteção pelo sistema jurídico brasileiro

As questões atinentes à criança e ao adolescente no Brasil são, notadamente, um problema de cunho social³ que, conforme Siqueira (1979, p30)⁴, ao longo do tempo não recebeu a devida atenção, sendo tratada sem o comprometimento estatal adequado, embora haja uma premente consciência de sua relevância. Ao mesmo tempo, não seria razoável e nem mesmo factível esperar que tal problema social fosse o único a ocupar o cenário das preocupações e ocupações institucionais de uma sociedade complexa e carente de recursos. Mesmo nos dias atuais isso não acontece, é de se reconhecer.

³ Um paralelo a ser traçado junto à situação do Brasil está na experiência vivenciada pelos Estados Unidos, na década de 20, quando foram iniciados estudos sobre a marginalidade, devido, essencialmente, ao extenso fluxo migratório ocorrido no país e gerando grande concentração nos centros urbanos. Todavia, estes imigrantes apresentavam um padrão cultural de comportamento diferente do americano, de forma que, ao habitarem este território, expressavam defasagens no idioma, religião e no modelo de família em si. Ressalta-se que os imigrantes que enriqueciam, não eram tidos como diferenciados dos padrões norte-americanos, pois eram incorporados pela burguesia expansionista. Os demais que fugiam do padrão, eram os artesãos, pequenos comerciantes e operários que eram tomados junto aos negros e os outros não incorporados pela produção. Assim, os estudos mostravam que os conflitos de culturas afetavam a personalidade do sujeito, criando a figura do marginal, aquele não inserido no seu real quadro de vida (PASSATTI, 1985, p.34-35).

⁴ Fazendo-se um retrospecto histórico, no que tange ao tecnicamente chamado de Sociologia Arqueológica do Direito do Menor constata-se que demandas envolvendo guarda, adoção, tutela, assim como a liberdade assistida já contavam com o efeito pedagógico das decisões, o discernimento, o poder especial atribuído aos juízes, servindo a mostrar que o direito dos infantes não surgiu recentemente e nem é um produto da Ciência do nosso tempo, embora haja que se reconhecer a primordial contribuição reflexiva dos juristas no que tange às demandas sociais, que mudam de acordo com o processo histórico (SIQUEIRA, 1979, p.31).

Neste sentido, mostra-se equivocada a pretensão de condicionar toda a ação legiferante estatal em matéria de infância e juventude a eventos imprevistos que surgiram em certos tempos como fenômeno de elevado clamor social. É possível reconhecer avanços protetivos nos sistemas legais que antecederam ao ECA planejados por quem almejava criar leis mais adequadas à tutela do interesse infanto-juvenil. Ao mesmo tempo, não se deve desconsiderar as condições culturais de cada geração e muito menos as circunstâncias organizacionais e institucionais que, como hoje, podem gerar obstáculos à implementação das leis. Como hoje, no passado igualmente havia entraves operacionais de viabilização das normas protetivas.

É preciso que se conheça (cientificamente falando) o universo do menor e se racionalize sua estrutura condutual e comportamental, emitindo-se para tal fim juízos de realidade - (aquele que nos diz o que é) – abandonando-se os juízos de valor (que afirmam sempre o que deve ser) – constituindo-se assim na preocupação central do nosso estudo (SIQUEIRA, 1979, p.26).

Antecedendo ao Código Mello Mattos, que veio a ser a primeira grande previsão normativa acerca dos direitos da criança e do adolescente, Cavallieri⁵ (1978, p.09-11) salientou a necessidade de uma conceituação do "direito do menor", embora reconhecendo a existência de certa dificuldade quando desta tentativa.

A necessidade de conceituar o direito menorista de modo autônomo dar-se-ia por dois motivos: primeiro, pois à época tratava-se de um ramo novo do Direito, cuja autonomia e consistência seriam passíveis de contestação; segundo, pelo fato de o conceito necessitar de uma delimitação do alcance da matéria, de modo sistemático, no conjunto das demais áreas, principalmente por questões de ordem prática, de modo a estruturar as competências do Poder Judiciário e aquelas que seriam próprias do Poder Executivo, bem como a interação entre tais.

Passa-se, na sequência, a delinear o processo de amadurecimento da estruturação do então "Direito do Menor".

⁵ O autor refuta a definição de Direito do Menor proposta por Daniel Hugo D'Antonio: "ramo do Direito Privado, cujas normas, de marcadas conotações tutelares referem-se a tudo que concerne à pessoa e interesses do menor". Ainda, nega a propositura de Mendizábal, prestigioso tratadista de Direito do Menor, que refere-se ao Direito Concorrencial de Menores; sendo que, no Brasil, as considerações giram em torno do abandonado.

2 A concepção do “menor”

A compreensão do contexto social no qual o "menor" estava inserido é crucial para a identificação dos motivos que levaram o legislador brasileiro a optar por determinadas definições e tratamento diferenciado a um específico grupo de infantes, "abandonados e delinquentes". Conforme disposto no art. 1º do Código Mello Mattos, seriam dispensadas aos menores "abandonados e delinquentes", as "medidas de assistência e proteção" previstas no Código.

Porém, antes de adentrar na análise das legislações protetivas atinentes ao menor, que enfatizam a figura do "menor abandonado" e do "delinquente", cabe averiguar quem eram os infantes referenciados, devendo-se observar os fatores exógenos que se fazem presentes na trajetória das crianças e adolescentes.

Já se definiu o abandono do menor como carência de afeição materna. Psicologicamente, o menor abandonado é o portador da síndrome da carência dos cuidados maternos. Sociologicamente, o menor abandonado se incluiria na tipologia da marginalização social (ALBERGARIA, 1991, p.42).

De acordo com César Barros Leal (1983, p.43), a questão da delinquência não apresenta uma conceituação unívoca, de forma que diferentes posicionamentos surgiram ao longo do tempo. Dentre eles, há uma concepção que compreende que a delinquência engloba as condutas antissociais que sejam praticadas pelo menor e caracterize tipificação penal; há outra que entende que a condição do menor delinquente não deve ser observada tão somente em seu aspecto jurídico, devendo contar com os comportamentos anormais e indesejáveis do menor, para além da questão penal; e, finalmente, há uma terceira que defende a necessidade de observância das hipóteses anteriores, mas afirma a imprescindibilidade de condutas voltadas para a reeducação, cuidado e proteção de quem se qualifica como "menor delinquente".

As concepções apresentadas pelo autor servem para mostrar que a doutrina que se dedicava à temática infanto-juvenil, já no período marcado pela figura do “menor delinquente”, cuidava de resguardar, a seu modo, o melhor interesse do infante, distanciando-se da percepção comum em alguns dos mais citados autores do século XXI, de que o surgimento da disciplina de direitos infanto-juvenis teria se dado com

intuito eminentemente punitivo-repressivo, uma vez que as condutas do infante eram avaliadas de acordo com suas condição social; portanto, para além de uma mera tipificação legal com pretensão subsuntiva. César Barros Leal esclarece ainda que termos como “inadaptados” e “desajustados”, usados por parte dos autores de então, eram criticados pela grande maioria, que as consideravam como um tipo de rotulação pejorativa, preferindo-se, desse modo, usar a expressão “menor”, mais adequada dentro de uma perspectiva ressocializadora.

No Brasil, frente ao denso fluxo migratório para os centros urbanos do sudeste, principalmente Rio de Janeiro e São Paulo, decorrência do desenvolvimento industrial e crescimento das cidades, tem-se, como consequência, o alastramento da marginalidade (LEAL, 1983, p.56). O público migrante, quase sempre não especializado, enfrentava dificuldades para conseguir emprego, findando por passar a habitar as periferias. Ficaram conhecidos como os “paus-de-arara” aqueles que advinham, em maioria, do Nordeste do país, em caminhões com destino ao eixo Rio-São Paulo, na expectativa de encontrar oportunidades e uma melhor qualidade de vida. O reflexo imediato desse contexto social se deu no âmbito familiar, visto que os pais precisavam ir para o trabalho, enquanto as mães laboravam como empregadas domésticas em outros lares. Os filhos passaram a viver sem a vigilância dos pais e expostos à “vida nas ruas”. Esse choque cultural foi um dos atributos que perfez a figura do “homem marginal brasileiro”, com impactos diretos nas famílias ⁶ (PASSATTI, 1985, p.35-36; SCHNEIDER, 1987, p.25).

No Brasil, assim como nos demais países da América Latina, a marginalidade começou a ser encarada tanto como problema teórico como prático, fundamentalmente após a Segunda Guerra Mundial. O ritmo acelerado de urbanização, provocado em grande parte pelas migrações rurais-urbanas fez com que as populações migrantes fossem se estabelecendo na periferia do corpo urbano das grandes cidades (SCHNEIDER, 1987, p.25).

Adentra-se na concepção de marginalidade como situação social que pode ser

⁶ Ainda conforme o mencionado autor: “a adaptação ao novo meio introduziu os pais ao uso desmesurado de bebidas alcoólicas, aumentando os espancamentos dos filhos. Tornaram-se comuns pais que trocam bordoadas e filhos que são pressionados a saírem em busca de sustento para prover a família dos meios de subsistência, abandonando a escola. A sexualidade nestas crianças tornou-se precoce e a prostituição uma fonte de renda, assim como o tráfico de drogas, e furtos e roubos passaram a ser elementos “naturais” para a sobrevivência. A sociedade está em perigo”.

observada sob diversos aspectos. Esta se refere ao próprio grupo social e não ao indivíduo. Fogem, assim, ao âmbito da vida íntima familiar, estando atrelado às relações com o mundo exterior. Pontuando-se a questão específica do quadro de marginalidade dos infantes junto à sociedade, pode-se dizer que se fosse apenas uma criança ou adolescente a enfrentar tais problemas, esse seria um problema pessoal. Mas, em sendo uma situação a envolver um número cada vez maior de jovens, a questão passa a ser de ordem pública, o que exige soluções envolvendo a ordem social, econômica e política da sociedade.

Tornou-se flagrante que não apenas as moradias das populações marginais eram deficientes, mas toda uma série de condições socioeconômicas e culturais que caracterizavam sua maneira de viver. A escassez de serviços urbanos, as más condições sanitárias, o baixo nível de renda e educação, a baixa qualificação profissional, o subemprego, o desemprego, a anomia, a desorganização familiar e a falta de participação social, entre muitos outros traços adotados para caracterizar a pobreza, foram associadas à precariedade habitacional das populações marginais (SCHNEIDER, 1987, p.26)⁷.

Nesse contexto, deve-se notar que a condição de pauperismo tem significado causa de exclusão social, levando jovens marginalizados a práticas delituosas, especialmente nos grandes centros urbanos, onde os índices eram mais elevados. Ainda que diante de tal situação vozes tenham sido levantadas, por exemplo, objetivando reduzir a idade para imputação da responsabilidade penal, esqueceu-se de considerar os fatores sociais que provocam condutas ilícitas. Afinal, “o reajustamento do processo de formação de caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal” (PAULA, 1989, p.40)⁸.

⁷ Embora um dos principais reflexos tendenciais da migração seja a marginalização, além da concentração urbana nas regiões denominadas “periferias”, as respostas políticas e técnicas acerca de um planejamento para este problema, não deveriam observar tão somente a questão ecológica, com ações objetivando “desfavelar” os grandes centros urbanos, pois tais medidas estariam fadadas ao insucesso. Como diz (SCHNEIDER, 1987, p.26), a marginalidade não se restringe a um problema ecológico, ambiental, que devesse ser solucionado apenas urbanisticamente, visto o fator central ser mais amplo, situando-se no processo global de desenvolvimento de um país.

⁸ A compreensão do autor leva a perceber que a assistência ao menor tem sido afastada para segundo plano. Afirmação que não implica em uma responsabilidade exclusiva do Estado, que sozinho não conseguiria resolver todos os problemas sociais. Importa dizer que não se pode afastar o olhar aos problemas basilares, especialmente referentes àqueles que além de não possuírem condições de prover o próprio sustento, estão em fase de formação física e moral, caracterizando uma condição que requer empenho conjunto, onde o Estado deve não só afirmar a existências de direitos assistenciais, mas proporcionar o efetivo desenvolvimento social.

De acordo com Rizzini (2004, p.29), a categoria do "menor abandonado" encontra definição na ausência dos pais, como também na incapacidade destes de oferecer adequadas condições à sobrevivência dos filhos, o que embasa a forte intervenção estatal, dando origem às diversas políticas públicas de atendimento ao infante. Ressalte-se o surgimento dos órgãos nacionais de assistência, tais como o Serviço de Assistência a Menores – SAM, em 1941, e a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor – FUNABEM, de 1964.

O SAM, então instalado pelo governo Getúlio Vargas, revelou-se ineficiente. Os escritórios implementados funcionavam basicamente para empregar os envolvidos em questões políticas, inclusive, sendo objeto de denúncia por ex-diretores (RIZZINI, 2004, p.34). Neste período, os menores eram encaminhados ao SAM, que funcionava como um local de acúmulo de infantes, sequer contando com instalações e verbas para um acolhimento adequado (CARVALHO, 1980, p.80).

Mas foi em relação aos chamados *transviados* que o SAM fez fama, acusado de fabricar criminosos. No imaginário popular, o SAM acaba por se transformar em uma instituição para prisão de menores transviados e em uma escola do crime. A passagem pelo SAM tornava o rapaz temido e indelevelmente marcado. A imprensa teve papel relevante na construção desta imagem, pois ao mesmo tempo em que denunciava os abusos contra os internados, ressaltava o grau de periculosidade dos “bandidos” que passaram por suas instituições de reforma. Sob o regime democrático, o órgão federal frequentou as páginas de jornal e revistas anunciando os escândalos que ocorriam por detrás dos muros de seus internatos (RIZZINI, 2004, p.34).

Torna-se oportuno investigar os primeiros tratamentos dispensados aos infantes inseridos na condição de abandonados. No Brasil, já no século XVIII, tem-se a criação de uma modalidade de atendimento a bebês abandonados, denominado Roda dos Expostos, através de iniciativa da Santa Casa de Misericórdia. Este sistema evitou que inúmeros bebês fossem abandonados às portas de casas e igrejas, expandindo-se por diversas cidades do Brasil e perdurando até o período da República (RIZZINI, 2004, p.23-24).

Algumas práticas direcionadas aos menores apresentaram, nas últimas décadas, mudanças tão somente em suas nomenclaturas, sem que passassem por

mudanças substanciais. De acordo com Rizzini (2004, p.15), a exemplo das instituições de *internação*, que com a vigência do sistema de proteção integral passaram a compreender, sob outro fundamento (protetivo), também as instituições de *abrigo*, mas que em realidade permaneceram ineptas por entraves que dificultam a implementação do atual quadro protetivo.

Como observa a autora (2004, p.22), “o recolhimento de crianças às instituições de reclusão foi o principal instrumento de assistência à infância no país”. Esta situação, paradoxalmente, não parece estar melhor no século XXI, a despeito das reiteradas denúncias dos problemas com a institucionalização má gerida pelo Estado, com participação da mídia ao dar destaque aos problemas dos abrigos, bem como a ampliação das discussões sobre como efetivar os direitos infanto-juvenis e o aumento de demandas ao Judiciário.

Deste modo, pontuadas algumas das causas que qualificam a figura do “menor abandonado” e “delinquente” no quadro social brasileiro, passa-se a analisar o tratamento dispensado no cenário jurídico, partindo-se do Código Mello Mattos, até a atual doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

3 A atuação do juiz Mello Mattos na regulamentação dos direitos da criança e do adolescente

Mello Mattos foi, oficialmente, o primeiro juiz de menores da América Latina, datando-se o seu primeiro despacho em um processo no dia 06 de março de 1924. Para Cavallieri (1978, p.14), o magistrado foi reconhecido por seu espírito humanístico e dedicação na tentativa de colmatar lacunas presentes no contexto jurídico do público infantil. Dentre as ações realizadas pelo magistrado, também chamado “Mellino das crianças”, tem-se a criação de estabelecimentos para menores dirigidos por sua esposa. Foi ele o autor do primeiro Código de Menores, e influenciador da criação de um juizado da área, com função executiva. Porém, a partir do momento em que o Poder Executivo invocou para si tais atribuições, o juizado perdeu posição e poder de ação. Ainda assim, “o juizado Mello Mattos” (primeira Vara especializada) tornou-se referência em todo o país (CAVALLIERI, 1978, p.14).

O homem Mello Mattos, cujas características de grande jurista e filantropo atuante são recorrentemente colocadas, passa então a ser apresentado ao público leitor

como indivíduo de enorme cultura plural e simpatia, generoso com pessoas de diferentes classes sociais e, por isso, extremamente capaz de assumir as atribuições pertinentes a tão importante cargo. A partir de então e até começarem a ocorrer as polêmicas derivadas da aplicação dos preceitos colocados pelo Código de Menores, inúmeras notícias, fotografias e gravuras foram publicadas pela imprensa carioca, remetendo ao juiz de menores o papel do cuidador, do redentor, do pai da criança pobre, o qual não poucas vezes foi referido por seus contemporâneos como o “Mellino das Crianças” ou o “apóstolo da infância” (PINHEIRO, 2014, p. 54).

Durante a presidência de Eptácio Pessoa (1919-1922), Mello Mattos foi encarregado, pelo então Ministro da Justiça Alfredo Pinto, de elaborar um projeto em substituição ao proposto por Guanabara, devendo orientar-se na fixação de normas de intervenção pública no âmbito privado, através da destituição do pátrio-poder e pelo encaminhamento de menores abandonados e delinquentes às instituições de educação e correção (PINHEIRO, 2014, p.51).

O Código Mello Mattos⁹, aprovado mediante dispositivo contido no art. 3º da Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, com a participação do então juiz de menores a quem se atribui o nome deste Código, e após decretos aprovados pelo art. 30 da Lei nº 4.793, de 07 de janeiro de 1924, com posteriores correções trazidas pelo Decreto 5.085/26, findou na consolidação do Decreto nº 17.953-A, de 12 de outubro de 1927. Apesar do reconhecimento dos esforços dispensados por Mello Mattos para a elaboração de legislações anteriores, foi este Código que, segundo Pinheiro (2014, p.56), tornou-se o maior legado do juiz.

Por sua vez, Pinheiro (2014, p.48) destaca o empenho do Juiz Mello Mattos em frisar a imprescindibilidade de se afastar a ideia de culpabilização de menores e que, em realidade, estes deveriam ter seus casos apreciados devidamente, sendo levado em consideração o fato de estarem em condição de desenvolvimento, apresentando-se à sociedade como sujeitos em formação física e mental. E, visto o juiz perceber que as complexas relações sociais refletiam diretamente nas crianças e adolescentes, como nos casos de condutas negligentes por parte dos pais ou responsável, ou mesmo pela falta de vigilância ou maus exemplos que eram dados, enxergava a intervenção do Estado como fundamental à adequada estruturação da ordem social, primando pela

⁹ A primeira elaboração desse Código contou com anteprojetos que fracassaram inicialmente e, para sua elaboração, teve a participação de Lopes Trovão, em 1902, Alcindo Guanabara, em 1906 e 1917, João Chaves, em 1912 e Franco Vaz.

proteção dos menores. Assim, a proteção estaria destituída de caráter penal, estando imersa num viés tutelar e pedagógico.

Na sequência, buscar-se-á analisar os principais aspectos do Código Mello Mattos, observando de que forma o Estado passou a intervir no âmbito das famílias e na proteção da criança e do adolescente.

4 Disposições do Código Mello Mattos

Passando à análise do tratamento dispensado ao menor, no período regido pelo Código Mello Mattos, é possível identificar regulamentações no sentido de possibilitar, ao Judiciário, formas de evitar situações prejudiciais ao infante, conforme a menção expressa do art. 131¹⁰, que deixa a cargo da autoridade judiciária tomar as decisões cabíveis, no sentido de proteger e assistir o menor. A legislação em comento apresenta dois distintos grupos de menores, sendo um dos infantes "abandonados" e outro referente aos "delinquentes", estes que, posteriormente, passam à nomenclatura de "infratores", como resultado do Decreto-lei 6.026, de 1943.

Estando constituído por 231 artigos, o Código teceu um rol de hipóteses, em seu art. 26¹¹, nas quais os menores poderiam ser tidos como abandonados. Estavam sob

¹⁰ Art. 131- "A autoridade protetora dos menores pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento que ao seu prudente arbítrio parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder".

¹¹ Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:

- I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;
- II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;
- III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;
- IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;
- V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;
- VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.
- VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:
 - a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;
 - b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;
 - c) empregados em occupaões prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;
 - d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;
- VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;
 - a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;

sua incidência as crianças sem habitação certa, sem meios de subsistência, cujos pais fossem falecidos, desaparecidos, desconhecidos, enfermos ou que estivessem presos, e não contando a criança com tutor ou guardião; aos que mesmo estando em companhia dos pais, estes não apresentassem condições de cumprir com seus deveres; os expostos à situação que atentasse contra a moral e os bons costumes; aqueles que estivessem em estado de vadiagem, mendicidade ou libertinagem; também os que frequentassem lugares impróprios, como também os expostos à situação de negligência ou exploração.

O Código em comento passa a ser reconhecido por sistematizar e influenciar fenômenos que, até os dias atuais, continuam a fazer parte da legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente, como no caso da colocação em família substituta, que no Código Mello Mattos teve início com a figura da ‘roda dos expostos’, permitindo que as mães entregassem à adoção os filhos com menos de 7 anos de idade.

Tal engenhoso sistema era literalmente uma roda que girava no sentido horizontal, situada na frente de Santas Casas e outros tipos de instituições filantrópicas e assistenciais, destinadas a receberem o depósito de crianças menores de 7 anos. Uma vez depositada a criança, a mãe tocava um sino no lado externo e pessoas – freiras, voluntários e profissionais – giravam a roda, colocando a criança para o interior do prédio. A mãe ia embora, na certeza de ter entregue a guarda de seu filho a pessoas mais preparadas ou de maiores recursos, assegurando-se, assim, o seu anonimato; por outro lado, configurava-se com este ato uma espontânea e automática renúncia ao poder paterno ou materno de se criar o filho. Dali por diante, a criança seria cuidada e encaminhada à ‘família substituta’ (AZEVEDO, p.22).

As legislações posteriores passaram a dispor expressamente sobre a colocação em família substituta, incorporando-se ao Código de 1979, sob a titulação ‘lar substituto’ (art. 17, do Código de 1979). Deste modo, a partir das situações de fato, verificadas pela autoridade judiciária, as crianças em situação irregular passaram a ter a possibilidade de reversão de sua situação, por meio da colocação em família substituta.

b) a qualquer pena como co-autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime cometido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

Conseqüentemente, o Código Mello Mattos trouxe regras sobre a intervenção do Estado nas demandas envolvendo o pátrio-poder (art. 31) e questões relacionadas à imputabilidade penal de crianças, de modo a eximir os menores de 14 anos de qualquer responsabilização penal (art.68). Também criava um processo especial para as situações envolvendo adolescentes entre 14 e 18 anos (art.80), cabendo ao juiz conceder a liberdade vigiada àqueles que a conduta fosse considerada menos perigosa (art.92).

Para Pinheiro (2014, p.56), a previsão acerca da vigilância a ser realizada pelo juiz, mediante regras e procedimentos por ele adotados, inclusive aqueles direcionados aos responsáveis, pretendiam assegurar a plena modificação no comportamento do infante criminalizado ou em perigo social, assim como o dos integrantes do núcleo familiar, visto este ser fundamental ao adequado desenvolvimento do indivíduo.

Outra questão trazida pelo Código, que igualmente reflete preocupação com a situação do infante, foi a regulamentação das relações de trabalho do menor, de modo que proibiu-se tal prática aos menores de 12 anos, assim como aos menores de 14 anos que não tivessem completado a instrução primária (art.101). Ainda, vedou-se a admissão de menores de 18 anos em trabalhos perigosos à saúde, à vida, à moralidade, os considerados demasiadamente fatigantes ou que excedessem suas forças (art.104). Reforçando a proteção com a saúde dos infantes, o art. 105 dispunha que nenhuma admissão poderia ocorrer sem que o infante estivesse munido de certificado atestando sua aptidão física.

Por outro lado, o autor afirma que a atuação do juiz Mello Mattos, ao passo que atribuiu ao Estado um maior poder de intervenção social, restou marcada pela adesão de diversos atores, como políticos, imprensa, intelectuais e, principalmente, as famílias que serviam como lar substituto àqueles que eram afastados da família de origem, devido à situação de abandono ou delinquência. Por outro lado, esta mesma sociedade apresentava limitações, seja pela impossibilidade financeira e institucional para viabilizar as atividades estipuladas pelo Juízo de Menores, ou pela parcela da sociedade que se opunha à submissão às regras estatais, que visava a “infância abandonada” e pautada na pobreza (Pinheiro, 2014, p.40).

Apesar de o Código Mello Mattos ter sido elaborado no intuito de tratar a infância abandonada e os menores em situação de delinquência, e também coadunando com a percepção de que se tratava da primeira codificação a estabelecer

um tratamento mais sistemático e humanizado ao infante, a regulamentação também veio a afirmar o conteúdo das normas esparsas anteriores e dispor sobre a intervenção do Estado nesta temática delicada e de forte influência social. “O CMM¹² inaugurou, portanto, a ideia de que não somente o menor de idade, mas também o jovem deve ser tratado com mais parcimônia e cuidados pela sociedade” (AZEVEDO, p.13).

Antes de passar à análise específica do Código de Menores de 1979, e apesar de críticas levantadas por alguns autores acerca do Código Mello Mattos, percebe-se que esta legislação representa um marco na proteção da criança e do adolescente no Brasil, traçando os primeiros contornos do sistema protetivo, juntamente com a previsão de serviços sociais estatais em favor dos infantes. Por fim, passa-se a perceber o início de uma ideia de descriminalização das condutas antissociais, levando a sociedade a refletir e discutir a situação do público infanto-juvenil, considerando que estes carecem de proteção especial, devendo-se considerar a condição de desenvolvimento, e visando o caráter pedagógico das medidas aplicadas.

5 A “situação irregular” e a perspectiva do Código de Menores

O primeiro Código de Menores sofreu diversas modificações em matéria penal¹³ e administrativa¹⁴, que demandaram a criação de um novo texto, enfrentando a condição do menor face às exigências modernas. Foi então que, em 1956 e 1957, surgiram novos projetos, destacando-se o proposto por um grupo de juízes de menores. Todavia, após impugnações, a ideia foi abandonada pelo Congresso, com fulcro em defeitos apontados no projeto (CARVALHO, 1980, p.9-10).

Posteriormente, tramitou o Projeto de Lei do Senado de nº 105/74, a fim de instituir o Código de Menores, de autoria do Senador Néelson Carneiro, ressurgindo as ideias do projeto de 1957 (CARVALHO, 1980, p.10) e, em parecer do Senador José Lindoso, salientou-se que o menor deveria ser encarado como vítima de uma sociedade consumista, que chega a ser desumana e por vezes cruel. Portanto, careceria o menor de tratamento adequado, afastando-se a ideia de punição, por outro lado, concedendo-lhe oportunidade de profissionalização, não podendo ser taxado de infrator, quando,

¹² O autor utiliza “CMM” como abreviatura referente ao Código Mello Mattos.

¹³ Neste âmbito, as modificações foram decorrência do advento do Código Penal de 1940 e do Decreto nº 6.026/43.

¹⁴ Em matéria administrativa, as alterações se justificaram pela criação do Serviço de Assistência a Menores, oriundo do Decreto nº 3.799/41, e o de nº 6.865/44.

na realidade, a própria sociedade infringiu as regras mínimas que deveriam ser dispensadas ao sujeito em desenvolvimento, repelindo-se ações com intuito eminentemente penal contra o menor que, em grande parte das vezes, é subproduto de uma condição social anômala (NOGUEIRA, 1987, p.8).

Adentrando especificamente no contexto da situação irregular e nas hipóteses previstas pelo Código de Menores, numa perspectiva geral, intuiu-se a prestação de assistência, proteção e vigilância aos menores com até 18 anos, que estivessem em situação irregular¹⁵ (art.1º, I), independentemente de ser o infante carente ou abastado, visto que a intervenção do Estado dar-se-ia apenas de forma suplementar à família. Tais medidas de assistência estavam adstritas àquelas constantes dos art. 48 a 83 do mencionado Código. (SIQUEIRA; PEREIRA JÚNIOR, 1980, p. 05).

Compreende-se por assistência o conjunto de medidas legais e recursos materiais e humanos, de natureza pública ou privada, destinado a possibilitar o acolhimento e o atendimento a menores em suas necessidades essenciais, durante o tempo que se mostrar adequado em cada caso; o Código considera necessidades essenciais do menor aquelas concernentes à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória (art. 2º, I). São medidas legais de vigilância as que previnem a ocorrência de situações que possam pôr em risco a integridade física, mental ou moral dos menores. (SIQUEIRA; PEREIRA JÚNIOR, 1980, p. 04).

Há que se reconhecer que, desde a vigência do primeiro Código de Menores, o legislador estabeleceu a observância de um tratamento diferenciado ao menor, priorizando sua permanência junto à família, de forma que a aplicação de medidas que implicavam em recolhimento não atendiam os objetivos almejados, visto afastar o primordial caráter protetivo reintegrador.

Conforme dito acima, embora destinado aos menores em situação irregular, o Código de Menores assegurava a todos, independentemente da situação, as medidas de caráter preventivo (art.1º, § único¹⁶), visto tais providências corresponderem à proteção e vigilância, contribuindo para a redução do "poder corretivo". Para Paula

¹⁵ A *situação irregular*, que é adotada pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão componente da OEA, engloba, outrossim, variadas classificações casuísticas em referência ao menor, tais como: assistido, abandonado, exposto, delinquente, infrator e com problema de conduta anti-social (MACHADO, 1987, p.3).

¹⁶ Art. 1º, parágrafo único – “As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação”.

(1989, p.36): “considera-se em situação irregular, entre outros casos, o menor autor de infração penal, o qual fica sujeito à aplicação, pelo juiz de Menores, de uma das medidas previstas em lei”.

A situação irregular do menor encontrava previsão, no art. 2º do Código de Menores, que classificava as condutas que a perfazem, estando inseridos aqueles que estivessem privados de condições básicas de subsistência, saúde e instrução, mesmo que decorrente de omissão dos pais ou responsável; os que foram alvo de maus-tratos ou castigos desarrazoados aplicados pelos pais ou responsáveis; os expostos a situações atentatórias à moral, que poderiam decorrer da presença em locais contrários aos bons costumes; aos que não contassem com assistência legal, por ausência de pais ou responsáveis; aqueles que estivessem inadaptados à família ou comunidade, de modo a estarem apresentando desvio de conduta¹⁷; aos autores de infrações penais¹⁸.

Diante das inúmeras possibilidades de enquadramento na situação irregular, percebe-se que o Código versou sobre matéria demasiadamente maleável e técnica, visto a correlação com as contingências da realidade de um específico contexto sócio-econômico-cultural de natureza cambiante. Outrossim, algumas categorias se explicavam por si mesmas, como nas ações que tipificavam infração penal (art. 2º, VI), enquanto outras situações demandavam maior intervenção por parte da autoridade judiciária, dando margem a uma apreciação subjetiva, como nos casos de “desvio de conduta”¹⁹ e inadaptação familiar e comunitária (art. 2º, V).

¹⁷ O mesmo Código faz menção ao mesmo dispositivo quando trata da liberdade assistida, no art.38, sendo uma das hipóteses na qual a medida poderá ser aplicada. O desvio de conduta não encontra uma conceituação no próprio Código. Nogueira (1987, p.80-83) ressalta que a legislação poderia levar à compreensão de que apenas o infrator estaria enquadrado em tal situação, pelo fato de realmente apresentar uma conduta antissocial. Todavia, há casos em que mesmo havendo cometido infração, a aplicação de advertência mostra-se suficiente. Por outro lado, em sendo norma em aberto, acaba ficando a critério do juiz, definir a situação específica, podendo estabelecer normas de conduta para o menor e designar pessoal capacitado para acompanhar o caso, o que acarretará benefícios ao menor. Este trabalho envolve a conscientização da sociedade acerca da problemática do menor, que necessita de assistência indispensável, não havendo óbice a que a sociedade esteja envolvida neste movimento.

¹⁸ Nesta hipótese, é interessante a abordagem feita por PASSETTI (1985, p.31-32) ao afirmar existir uma diferença entre os que cometem infrações, de modo que: se for um menor que tem família, um pai que provê o sustento da casa, inserido na escola, com acesso aos mais diversos bens de consumo, e cometeu uma infração, não verdade sua conduta não caracteriza muito bem uma infração. Ancorados em estudos multidisciplinares, o ato representa uma “rebelia inerente ao jovem”. Porém, se o menor não faz parte deste grupo, conseqüentemente será considerado o menor, o marginal.

¹⁹ Embora não se buscando uma rigidez no que diz respeito ao conceito de “desvio de conduta”, mostra-se importante apresentar a definição formulada pela Organização Mundial de Saúde, que entende por conduta desviada um comportamento habitual oposto aos padrões e valores vistos como aceitáveis por uma determinada comunidade, dentro de um dado espaço de tempo, vindo a causar conflitos entre agente e o meio sócio-cultural. (SIQUEIRA; PEREIRA JÚNIOR, 1980, p.07).

Nogueira (1987, p.13), ao mencionar que apenas os menores em situação irregular estariam sujeitos à jurisdição do juiz de menores, narrou concepção do Des. Marcilio Medeiros, que entendia que a nomenclatura ‘situação irregular’ nada mais era do que um eufemismo em substituição à terminologia ‘menor abandonado’, que se mostraria mais realista. O autor denotou razão às palavras do jurista, entendendo ter havido uma busca pelos especialistas, de disfarces que encobrissem a realidade dos menores, assim como acontece quando da substituição da terminologia ‘infrator’ por ‘menor de conduta antissocial’.

A exemplo das medidas que afastam os menores do convívio familiar, nota-se a relevância de uma análise individual, sem perder de vista o conteúdo do art. 13, do Código de Menores, no sentido de que “toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar”. “Essa proteção, essa assistência e esse amparo devem ser efetivados e incentivados como medidas preventivas ao desajuste do menor” (DIAS, 1968, p.94). O conteúdo do artigo mencionado tem em comum com a atual sistemática constitucional o fato de sobrelevar a importância da convivência familiar.

Ainda, diante da imprescindibilidade de se resguardar o menor em seus mais diversos aspectos, outra característica deste Código de Menores foi ter se preocupado com o sigilo nas questões envolvendo crianças e adolescentes, de modo que o art. 3º condicionava à autorização judicial a publicação de atos, estabelecendo uma limitação ao princípio da publicidade, por contrariar o interesse do infante. Ainda, o art. 63 estabelecia como infração a divulgação, sem autorização devida, de tais atos, prevendo sanções para estes casos.

A medida mencionada acima, se aplicava de forma geral, especialmente com relação à imprensa escrita e televisionada, pois a preservação do público infanto-juvenil era crucial para que tivessem um adequado desenvolvimento e formação física e psíquica. Já no tocante aos enquadrados na figura da situação irregular, o sigilo apresentava-se ainda mais necessário, a fim de se evitar a estigmatização social daqueles que rompiam regras de conduta.

É rigoroso o sigilo que deve cercar todos os atos relativos aos menores. A norma visa a garantir-lhes proteção contra os danos morais que podem sofrer em virtude da divulgação de fatos a eles relativos. O sigilo alcança também o menor quando na condição de vítima. A respeito, convém assinalar que a sociedade possui

prevenção contra o menor envolvido em incidentes policiais e com passagem na Justiça de Menores e nas entidades oficiais de assistência como as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor – FEBEMs e congêneres. O sigilo protege-o contra esse verdadeiro estigma social (MACHADO, 1987, p.7).

Pelo exposto, e novamente, assim como ocorreu em relação à primeira codificação minorista, percebe-se um espaço de críticas ao conteúdo estabelecido por pelo Código de Menores. Porém, adentrando na análise dos dispositivos, nota-se que a construção formal de ambas as legislações se deram em razão da busca pela proteção dos infantes, embora que, no campo prático institucional, possa-se reconhecer falhas de cunho executivo, assim como se dá nos dias atuais.

Dentro da questão levantada, na qual a assistência jurídica ao infante exigia estrutura apropriada, a realidade brasileira permaneceu afastada do ideal, visto que ainda hoje são poucas as comarcas que possuem estrutura especializada e devidamente equipada. Tal hipótese, reflete a incongruência entre a legislação positivada e sua implementação prática, chegando a servir como fundamento para a alegação de que o Código de Menores não tomou lastro na proteção do menor, mas sim no caráter punitivo dos atos ditos irregulares.

O ideal seria que as varas de menores fossem preenchidas por juízes especializados, pois só assim haveria maior presteza na solução de questões delicadas que lhes estão afetas, assim como haveria melhores condições de atendimento, pois acumulando os juízes outras atividades, como a jurisdição criminal, júri, correição de polícia, nem sempre lhes sobre tempo para se dedicarem aos menores, que são relegados a segundo plano (NOGUEIRA. 1987, p.26).

A especialidade das varas de menores permite maior dedicação por parte dos magistrados, facilitando até mesmo o cumprimento do art. 7º da Lei 6.697/79, que atribui ao juiz a fiscalização das decisões judiciais ou determinações administrativas adotadas em relação à assistência, proteção e vigilância dos menores. Deste modo, inúmeras são as questões a serem observadas, requerendo dedicação dos juízes de menores, inclusive quando de atividades administrativas como, por exemplo, baixando portarias (art.8º do Código de Menores) e regulamentando a presença de menores em determinados locais, como festas e espetáculos.

Por outro lado, ressalte-se que o papel fiscalizador é atribuição não apenas do Estado, mas, principalmente, dos pais, que precisam acompanhar e disciplinar seus filhos, pois seria irrelevante a presença de uma prática judicial adequada, quando, por sua vez, os pais se eximem dos cuidados para com os filhos, muitas vezes até os influenciando negativamente.

6 Das medidas previstas pelo Código de Menores

Inicialmente, convém notar que as medidas aplicáveis eram práticas de assistência e proteção, desenvolvidas por entidades públicas e privadas. Assim, além das entidades ligadas diretamente ao Poder Público, contava-se com a figura de instituições privadas que também prestavam serviço de assistência e proteção ao menor, fazendo parte do sistema complementar de execução dessas medidas (art.59, § único do Código de Menores). Ambas prestavam serviço público, no sentido de promover a integração sociofamiliar.

As medidas aplicáveis pelo Judiciário, de acordo com o art. 14 do Código de Menores, consistiam em: advertência; entrega do menor aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição do regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Observa-se que as medidas estavam dispostas de forma que se iniciava por medida mais pacífica, a advertência, até se chegar à última medida disposta, a internação, sem dúvida a mais gravosa, especialmente por afastar o adolescente do ambiente familiar.

Nesta ótica, não temos dúvida em afirmar que, do elenco das medidas sócio-educativas, a que se mostra com as melhores condições de êxito é a liberdade assistida, porquanto se desenvolve direcionada a interferir na realidade familiar e social do adolescente, tencionando resgatar, mediante apoio técnico, as suas potencialidades. O acompanhamento, auxílio e orientação, a promoção social do adolescente e de sua família, bem como a inserção no sistema educacional e do mercado de trabalho, certamente importarão o estabelecimento de projeto de vida capaz de produzir ruptura com a prática de delitos, reforçados que restarão os

vínculos entre o adolescente, seu grupo de convivência e a comunidade (MAIOR, 2002, p.364).

Diante do contexto apresentado pelos autores, mesmo diante das divergências levantadas, percebe-se a existência de um consenso no que se refere à inadequação de medidas que impliquem no afastamento do infante do seu núcleo familiar. Ainda, independentemente da medida aplicada no caso específico, sua aplicação deveria durar apenas o tempo estritamente necessário.

7 O direito à convivência familiar e a responsabilidade dos pais

Levando em consideração a importância do contexto sociofamiliar, o Código em comento estabeleceu medidas aplicáveis aos pais, que não poderiam se eximir das responsabilidades que lhes eram inerentes. Portanto, dentre as medidas aplicáveis (art.42), havia correta razão na aplicação de advertência também aos pais, que por vezes contribuía para o comportamento e má-formação dos filhos. Neste aspecto, a advertência servia como medida de tomada de consciência para a família como um todo, reafirmando que as medidas previstas no Código de Menores estavam pautadas na garantia de direitos e proteção especial.

É inegável que a educação começa em casa, principalmente com o exemplo dos pais. E quantos pais existem que contribuem para a deformação do caráter de seus filhos, dando-lhes um apoio injustificável e imerecido na prática de certas infrações, levando-os a desrespeitar as leis desde cedo. É verdade também que muitas vezes os próprios pais não conseguem controlar os seus filhos, que não lhes obedecem de maneira alguma. Mas há também aqueles que dão mau exemplo aos filhos, afrontando até mesmo a autoridade constituída, em flagrante desrespeito às leis existentes. NOGUEIRA (1987, p. 90-91).

A medida aplicável aos pais dependeria da intensidade do comportamento praticado. Deste modo, as hipóteses iam desde a advertência até a perda do pátrio poder, dentre outras medidas, como a de submeter o menor a tratamento (art. 43 do Código de Menores). No caso da advertência, eram os pais alertados das consequências da falta de cuidados para com os filhos, funcionando como medida eminentemente

pedagógica, pensada de acordo com as particularidades da situação, e explicitando a imprescindibilidade de cuidados para com os filhos.

A advertência tem sentido pedagógico, educativo. Trata-se de advertir pais para algo que filhos menores estejam a praticar ao arrepio de mandamentos legais, de acessível entendimento para a faixa etária em que se encontrem. Ou de advertir para que pais ajam, ou se abstenham de fazê-lo, de acordo com o tratamento que dispensem aos filhos (CAMPOS NETO; MELO; SILVEIRA, 1980, p.42-43).

Esta hipótese mostra que há uma adequação do texto legal com a garantia de direitos dos infantes, de forma que a falha no sistema protetivo é observada não no texto normativo, mas em sua aplicação prática. E, como será visto adiante, tais entraves permanecem sendo enfrentados mesmo após a implementação da doutrina da proteção integral, inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

8 A (in) eficácia da implementação prática do Código de Menores

Para Rizzini (2004, p.35), no tocante às medidas de acolhimento, a entidade de assistência e proteção de âmbito nacional arquitetada pelo poder público e que toma por base a FUNABEM, nos Estados a FEBEM²⁰, adotava diretrizes opostas àquela

²⁰ No tocante ao Código de Menores, Paulo Lúcio Nogueira, que exerceu a atividade de juiz em São Paulo, dedicou-se a comentá-lo, por entender que o Código apresenta aspectos positivos. Na oportunidade, tentando afastar a descrença popular com relação às medidas adotadas à época, em seu trabalho, mencionou a participação do então Procurador da Justiça Antonio Luiz Ribeiro Machado, ex-presidente da FEBEM-SP, em palestra sobre o assunto, quando pronunciou-se de um forma que lhe pareceu justificável e procedente, dizendo: “no entanto, a FEBEM-SP vem sofrendo uma campanha altamente injusta, que pretende comprometer sua imagem positiva, apresentando-a ao público como se fosse a responsável por toda a marginalização do menor em São Paulo. Os acusadores gratuitos, ao invés de noticiarem as 576 crianças de 0 a 3 anos que a FEBEM-SP mantém na Unidade Sampaio Viana, todas aguardando adoção, divulgam caluniosamente a absurda aplicação de hormônio feminino em meninos da Unidade de Mojimirim. Ao invés de assinalar o tratamento sócio-terapêutico que a FEBEM-SP dá aos 6.660 menores, dentro de cursos educacionais que vão do maternal ao 2º grau e supletivo, além de classes especiais de profissionalização, a crítica atribui-lhe um imaginário ‘Esquadrão da Morte’ organizado para matar menores em regime de liberdade vigiada, não colocando em destaque a atuação de dois núcleos profissionalizantes da Capital, com mais de 1.000 alunos próprios e outros 600 da comunidade, distribuídos por 30 habilitações profissionais. É assinalada, no entanto, a existência de fantasiosos ‘cemitérios de menores’, em vez de se salientarem as dificuldades da terapia destinada à reeducação de menores estruturados na prática de atos anti-sociais e de se sugerirem novas técnicas de tratamento adequado à alta periculosidade que os anima ante o incrível grau de violência alcançado pela criminalidade juvenil em São Paulo. Pretendem assumir uma posição de acusadores sistemáticos contra regimes de espancamentos, como se as unidades da FEBEM-SP fossem prisões ou casas de torturas, esquecendo-se de que cada unidade sofre, permanentemente, a fiscalização e a correção do Juizado de Menores”.

apresentada pelo SAM, com proposta centrada numa autonomia financeira e administrativa, opondo-se à figura de “depósitos de menores”.

Todavia, diante de uma estrutura desorganizada, a FEBEM findou por receber conotação degradante, como sendo responsável pela marginalização dos menores. Na concepção de Carvalho (1980, p.30), no exercício da sua política de assistência, embora não cabendo agir de modo paternalista e arbitrário, deveria existir uma observância das necessidades subjetivas do infante e de sua família. Porém, não se constituíram articulações efetivas nesse sentido. Assim, a FUNABEM “instaurou uma ditadura militar que perduraria por 20 anos no Brasil” (RIZZINI, 2004, p.35).

A FEBEM teria a incumbência de servir como mecanismo para a promoção do infante autor de infração, desfigurando o potencial criminógeno por meio de ações educativas que possibilitassem ao menor conduzir-se para uma vida plena, onde estivesse presente a força participativa e produtiva do indivíduo.

Portanto, percebe-se a ausência de estrutura como sendo um dos fatores a embarreirar a pretensão estabelecida pelo Código de Menores. Vale notar nisso a distância entre a previsão legal e sua viabilização. Não se deve atribuir a ineficiência executiva à estrutura normativa que, de rigor, não era observada como deveria. A ausência de Varas especializadas, realidade presente na maior parte das cidades interioranas, prejudicava sobremaneira o tratamento dispensado, então, ao menor, por não contar com a figura de juízes e promotores exclusivos, menos ainda uma equipe técnica que pudesse auxiliar na formulação de uma melhor opção social ao caso específico. Na verdade, “a Justiça de Menores, no interior, é tida como a última das funções judiciais” (PAULA, 1989. P.55).

Apesar das deficiências atribuídas ao Código de Menores, há que se reconhecer nele, também, um caráter protecionista²¹, visto as inúmeras previsões que intuía resguardar a proteção e saudável formação dos infantes, com regras que permanecem

²¹ Também em observância ao caráter protecionista, ressalte-se que alguns institutos regulamentados pelo Código de Menores, como a guarda, trouxe uma perspectiva diferente da constante do Código Civil. No delineamento tracejado pelo Código, o instituto da guarda, na forma como disposto, abrange somente os menores em situação irregular. A Regulamentação serviu, especialmente, para eliminar um antigo sistema de guarda mediante soldada, por meio do qual o infante em situação irregular, por intermédio de ordem da autoridade judiciária, era posto em casa de família para prestar serviços mediante remuneração, assemelhando-se às condições de empregado. Desse modo, o acolhimento por parte da família substituta intuía não a integração familiar, mas sim a condição de subordinação MACHADO (1987, p.29).

presentes na vigente legislação atual (ECA), implicando em cuidados para com o infante.

Enfatizando o caráter protecionista do Código, o legislador fixou a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público dentro das questões atinentes aos infantes (arts. 90, 91 e 92, do Código de Menores), com representantes que atuavam em prol da assistência e fiscalização da Justiça de Menores, sendo obrigatória sua participação, tornando possível a anulação de atos em desconformidade com a exigência legal, caso a não intervenção viesse a acarretar prejuízo ao menor. Percebe-se que esta codificação já apresentava todo um aparato de normas que fazem parte do atual sistema de garantias da criança e do adolescente.

Dentro desta perspectiva que orienta o Código de Menores, é primordial a figura de um julgador não tecnicista, mas um aplicador capaz de adentrar no real quadro fático da criança e do adolescente, afastando-se do formalismo rigoroso e sacramental e, como diz Nogueira (1987, p.10), abrindo espaço para que o intérprete aplique maleabilidade nos procedimentos que serão adotados, sobrelevando, acima de tudo, os reais interesses do menor. E, nas palavras de Siqueira (1979, p.112): “não tem o juiz de menores que proferir uma decisão objetivando uma medida terapêutica pedagógica pois o caso exige, antes de tudo, um diagnóstico médico-psico-social”.

De modo geral, a previsão mais explícita no sentido de elevar os direitos da criança e do adolescente, encontra-se expressa no art. 5º do Código de Menores, que estabelecia que a aplicação desta Lei estava condicionada a sobrelevar os interesses do menor em face de qualquer outro bem ou interesse jurídico tutelado. Ainda, conforme Nogueira (1987, p.10) a prevalência do interesse do menor já poderia ser tida como princípio a balizar o Código de Menores.

Inovadora, a regra contida neste artigo garante ao Juiz condições para fazer prevalecerem medidas de assistência e proteção a menores sobre qualquer outro bem ou interesse, seja de que natureza for, e ainda que tutelado por qualquer outro ramo do direito. Isto quer dizer que, em caso de dúvida ou no conflito entre legislações aplicáveis, o Juiz deve optar pela aplicação do Código de Menores se dela resultar melhor proteção para o menor. **Em outras palavras, o Juiz deve observar a prevalência do Direito do Menor, em sua finalidade pedagógica e protetional, sobre as genéricas regras do Direito, conforme expressa Recomendação do IX Congresso da Associação**

Internacional de Juízes de Menores (Oxford, 1974). Assim, entre outros casos, a regra do art.5º incidirá também para a resolução de conflitos entre os interesses do menor e os do pátrio poder. (SIQUEIRA; PEREIRA JÚNIOR, 1980, p.12). (grifou-se)

Conforme explanado pelo autor, evidencia-se, no texto da lei e na interpretação dela por doutrinadores, a presença substancial da proteção prioritária da criança e do adolescente, já na vigência do Código de Menores, embora sem que se pudesse contar com as inovações que serão vistas e que foram trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no concernente aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Levantados os principais aspectos do Código de Menores, ressalta-se que, para os fins deste trabalho, não foram feitas distinções entre os termos “criança/adolescente” e “menor”, preferindo-se usar a expressão prevalecente nos instrumentos normativos respectivos de cada época. Como se pôde notar, durante quase 70 anos, o termo "menor" fora usado, formal e informalmente, para evitar a carga pejorativa de "abandonado" e "delinquente" e decorria sobretudo da nomenclatura relativa à sua incapacidade civil e dependência de alguém com plena capacidade. Na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente houve um avanço. Os termos "criança" e "adolescente" afirmam a condição intrínseca de quem deve ser sujeito de direito prioritário no País. Demarcava-se a expectativa de uma nova etapa no tratamento ofertado ao público infanto-juvenil. Também o âmbito de garantias cresceria alentadamente, culminando, no texto legal, na proteção integral.

Apesar das críticas ao Código de Menores, percebe-se que estas se dão, em sua maioria, no campo prático. Porém, não se pode negar a natureza protetiva do Código. Por sua vez, o ECA apresentou inúmeras inovações que mais uma vez reafirmam a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme à Constituição Federal.

Conclusão

A compreensão do contexto social no qual o menor está inserido é crucial para a identificação dos motivos que levaram o legislador brasileiro a optar por

determinadas definições e tratamento diferenciado aos infantes. Assim, faz-se necessário adentrar na análise das legislações protetivas atinentes ao público infanto-juvenil, a partir dos textos e dos intérpretes que viveram mais próximos de sua vigência. O estudo das legislações que marcaram a trajetória do tratamento concedido ao público infanto-juvenil permite identificar institutos e princípios que, demarcados no contexto social de cada época, ganharam espaço e ainda hoje se configuram, sob nova moldura legal, como garantias asseguradas aos infantes.

Ressalte-se que, tanto o Código Mello Mattos, de 1927, quanto o Código de Menores, de 1979, foram considerados inovadores e celebrados em suas respectivas épocas. Especificamente, o Código Mello Mattos foi a primeira legislação que, no Brasil, regulou os direitos do menor. Deste modo, quando da análise dos dispositivos estabelecidos por este Código, nota-se coerência com o contexto social da época. Todavia, o próprio legislador não se esquivou de objetivar o caráter protetivo e assistencial aos infantes.

O mesmo se observa do Código de Menores que, novamente, representou um avanço legislativo na seara dos direitos da criança e do adolescente. Dispositivos estabelecidos pelo Código, a exemplo do disposto no art. 5º, sobressaltam a proteção prioritária dedicada ao público infanto-juvenil, quando se dispõe que a aplicação daquela Lei condicionava-se a sobrelevar os interesses do menor em face de qualquer outro bem ou interesse jurídico tutelado.

Não havia como se contar com previsões semelhantes às contidas no atual sistema de proteção integral, que está inserido numa conjuntura pautada nos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que trouxe um novo olhar para a condição prioritária absoluta da pessoa humana em fase peculiar de desenvolvimento, em sua condição de criança e adolescente.

Deste modo, há que se reconhecer os avanços oriundos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispensa um olhar especial à criança e ao adolescente, deixando o Brasil em posição de destaque no tocante à proteção infanto-juvenil, ao menos do ponto de vista legal-formal. Por outro lado, assim como as regulamentações anteriores, lamentavelmente a legislação enfrenta dificuldades de ordem prática, por vezes, por óbices operacionais e institucionais que impedem a adequada e plena implementação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Nessa perspectiva, é oportuno reconhecer os avanços legais de cada época como tais, escapando-se de um juízo estritamente negativo e injusto que desconsidera as circunstâncias organizacionais, institucionais e culturais de cada geração. Como se dizia ao começo, o desenvolvimento científico, cultural e social não se dá aos saltos, mas de modo paulatino. Continua sendo muito necessário, como dantes, sob melhor moldura legal, o esforço de todos com a causa da criança e do adolescente, em todos os setores, para superar os obstáculos que inviabilizam as normas protetivas, em vista da efetivação plena da proteção integral.

Referências

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: AIDE, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Legislação. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, Senado, 1990.

_____. Legislação. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Senado, 2002.

_____. Legislação. **Decreto nº 17.947-A, de 12 de outubro de 1927**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, Senado, 1990.

_____. Legislação. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília, DF, Senado, 1979.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Falhas do Novo Código de Menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAVALLIERI, Alyrio. **1000 perguntas: direito do menor**. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DIAS, Aldo de Assis. **O menor em face da justiça**. São Paulo: Lex, 1968.

DIAS, Felipe da. **O direito fundamental da criança e do adolescente à informação e as políticas públicas de comunicação preventivas e protetivas de conteúdo adulto na internet no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2015. Disponível em:

<<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/473/1/Felipe%20da%20Veiga%20Dias.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

DIAS, José Carlos. pags. 60-62. In: Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais. ed. 5. São Paulo: Malheiros, 2002. ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

LEAL, César Barros. **A delinquência juvenil: seus fatores exógenos e prevenção**. ed. 1. Rio de Janeiro: EIDE, 1983.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de Menores comentado**. São Paulo, ed. 2. Saraiva, 1987.

MAIOR, Olympio Sotto. **Estatuto da Criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais**. ed. 5. São Paulo: Malheiros, 2002. Págs. 362-366.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao Código de Menores**. São Paulo: Saraiva, 1987.

PASSETTI, Edson. **O que é menor**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PINHEIRO, Luciana de Araujo. **O “magistrado paternal”: o juiz Mello Mattos e a assistência e proteção à infância (1923-1933)**. Tese (Doutorado em História das Ciências) - Curso de Pós-Graduação em História das Ciências e da Saúde da Casa de Oswaldo Cruz – Fiocruz, 2014. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/17808/2/206.pdf>>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. São Paulo: Loyola, 2004.

SCHNEIDER, Leda. **Marginalidade e delinquência juvenil**. ed. 2 São Paulo: Cortez, 1987.

SIQUEIRA, Liborne. **Sociologia do Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1979.

SIQUEIRA, Liborne; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Notas interpretativas ao Código de Menores: Lei nº 6.697, de 10.10.1979**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Págs. 4-19.

2. TEORIA DO MENOR MADURO: SURGIMENTO, CONCEITO, AVERIGUAÇÃO DA MATURIDADE JUVENIL E VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-2>

Rebeca Simão Bedê¹

I Surgimento e conceito da Teoria do Menor Maduro

O conceito de "menor maduro" surgiu nos anos de 1970, nos Estados Unidos da América². Em 1973, a Academia Americana de Pediatria³ já reconhecia e aceitava o consentimento do menor de idade referente a questões relacionadas à sua saúde, desde que demonstrasse capacidade de compreensão sobre tal procedimento.

Porém tal conceito só ganhou relevância com o *leading case Gillick x West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* quando, em 21 de agosto de 1981, na Inglaterra, Victoria Gillick⁴, uma católica romana, à época mãe de quatro filhas menores de idade, escreveu para a autoridade de saúde local solicitando que nenhuma das mesmas, enquanto não alcançassem dezesseis anos completos,

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Atualmente é Vice-Presidente e Advogada da Associação para Consumidores do Estado do Ceará - ACECE. Secretária Geral da Comissão de Direito do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Ceará (Triênio 2018-2020).

² No texto original: "For the most part, however, the mature minor doctrine exists as a creature of common law, the seeds of which were planted in the early 1970s." Perhaps the first manifestation by the Supreme Court of the importance of inquiring into the wishes of adolescents came in Justice Douglas' partial dissent in *Yoder*". (WILL, Jonathan F. My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs, **Journal of Contemporary Health Law & Policy**, Washington, v. 22, article 2. 2006, p.260. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=jchlp>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

³ No texto original: El concepto de "menor maduro" fue concebido em EE.UU. en los años 70, y constituido de forma progressiva desde el punto de vista jurídico como "doctrina del "menor maduro"", debido a las demandas cada vez más frecuentes, que los padres de los adolescentes realizaban contra los médicos por asistir a sus hijos sin su consentimiento. (...)En 1973, la academia Americana de Pediatría afirmaba "un menor puede dar consentimiento para recibir asistencia médica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres. Siempre y cuando las decisiones sean de bajo riesgo y gran beneficio. (JACOB, Marta Sánchez. El menor maduro. *Boletim Pediatria*, Espanha, v. 45, n. 193, p. 158, ago. 2005. Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018).

⁴ Decisões da Câmara dos Lordes do Reino Unido: United Kingdom House of Lords Decisions. *Gillick respondent and West Norfolk and Wisbech Area Health Authority first appellants and Department of Health and Social Security second appellants*, Reino Unido, 1986. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

recebesse tratamentos contraceptivos e afins sem seu conhecimento prévio e permissão.

Como resposta, em 27 de agosto do mesmo ano, o Departamento de Saúde esclareceu que de acordo com as diretrizes médicas oficiais⁵ não poderia assim proceder, haja vista que o aconselhamento médico e a indicação de métodos anticoncepcionais teriam o intuito de proteger as menores de 16 anos contra possíveis problemas advindos da relação sexual. E ainda esclareceu que partia da conduta médica a tentativa de que a adolescente envolvesse seus pais na tomada de decisão, mas que, se isso não ocorresse, não incorreriam em ilegalidade se após um julgamento clínico, receitassem os referidos métodos contraceptivos.

Irresignada com a resposta que obteve, em 05 de agosto de 1982, Victoria Gillik, ingressou com ação judicial contra a autoridade sanitária local e o Departamento de Saúde e Segurança Social (West Norfolk e Wisbech Area Health Authority), pleiteando que suas filhas não recebessem orientações médicas quanto à ingestão de comprimidos contraceptivos, abortos ou demais tratamentos, sem a sua prévia anuência, sob pena de malferimento do poder familiar, bem como, da lei de crimes sexuais de 1956. Em 1983, a Sra. Gillik teve seu pleito negado sob a motivação de que tal conduta profissional não se configurava crime, pois estava em conformidade com as diretrizes do Departamento de Saúde e, por conseguinte, não ofenderia a lei de crimes sexuais.

⁵ Memorando no texto original: "Clinic sessions should be available for people of all ages, but it may be helpful to make separate, less formal arrangements for young people. The staff should be experienced in dealing with young people and their problems. There is widespread concern about counselling and treatment for children under 16. Special care is needed not to undermine parental responsibility and family stability. The Department would therefore hope that in any case where a doctor or other professional worker is approached by a person under the age of 16 for advice on these matters, the doctor, or other professional, will always seek to persuade the child to involve the parent or guardian (or other person in loco parentis) at the earliest stage of consultation, and will proceed from the assumption that it would be most unusual to provide advice about contraception without parental consent. It is, however, widely accepted that consultations between doctors and patients are confidential, and the Department recognises the importance which doctors and patients attach to this principle. It is a principle which applies also to the other professions concerned. To abandon this principle for children under 16 might cause some not to seek professional advice at all. They could then be exposed to the immediate risks of pregnancy and of sexually-transmitted disease, as well as other long-term physical, psychological and emotional consequences which are equally a threat to stable family life. This would apply particularly to young people whose parents are, for example, unconcerned, entirely unresponsive, or grossly disturbed. Some of these young people are away from their parents and in the care of local authorities or voluntary organisations standing in loco parentis. The Department realises that in such exceptional cases the nature of any counselling must be a matter for the doctor or other professional worker concerned and that the decision whether or not to prescribe contraception must be for the clinical judgment of a doctor. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

Inconformada, recorreu da referida decisão e, em 1985, conseguiu junto ao Tribunal de Recursos a reversão da mesma. Porém, ainda no mesmo ano, após recurso dessa vez manejado pelos réus, a Câmara dos Lordes do Reino Unido⁶ proferiu decisão confirmando o julgamento original. Após a análise da jurisprudência de casos análogos, Lord Fraser proferiu sentença no sentido de que qualquer decisão médica atrelada a menores de idade deveriam ter o acautelamento necessário para não ferir o poder familiar. No entanto, no caso que ora se instalara, não poderia o médico, em nome da confidencialidade exigida, expor a menor ou deixar de lhe prestar assistência. Quanto à capacidade, entendeu ainda que⁷:

“... se uma criança é ou não capaz de dar o consentimento necessário, dependerá da sua maturidade e compreensão, bem como, da natureza do consentimento exigido. A criança deve ser capaz de fazer uma avaliação razoável das vantagens e desvantagens do tratamento proposto, para que o consentimento, se dado, possa ser descrito de forma adequada e justa como consentimento verdadeiro.”

A Câmara dos Lordes sentenciou no sentido de que, havendo maturidade e compreensão do tratamento pelo menor, está o médico autorizado a realizá-lo sem o consentimento dos pais - ainda que induzam ao seu envolvimento-, desde que lhe tenha sido solicitado e após uma análise clínica da condição do menor. Foram contemplados, portanto, os princípios da autonomia do menor e da confidencialidade.

O caso *Gillik v Norfolk* tomou proporções mundiais, pois, pela primeira vez, uma Corte de Justiça reconhecia a aptidão de um adolescente para deliberar sobre questões relacionadas à sua saúde, desde que o mesmo apresentasse o discernimento que se julgasse necessário para tal. Desse precedente, originou-se a Teoria do Menor Maduro⁸, na qual “se um menor tiver competência suficiente para tomar uma decisão

⁶ Decisão Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

⁷ National Society for the Prevention of Cruelty to Children. *A child's legal rights Gillick competency and Fraser guidelines*. Disponível em: <<https://www.nspcc.org.uk/preventing-abuse/child-protection-system/legal-definition-child-rights-law/gillick-competency-fraseruidelines/>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁸ Saez, Perez e Albarran, explicam o significado da teoria: “Está claro que la capacidad moral se adquiere de forma progresiva y en algunas personas no se consigue nunca. Algunos adolescentes presentan un desarrollo moral similar al que alcanzarán de adultos y similar al que algunos adultos lograrán en toda su vida. Esto hace que la conveniencia de determinar una mayoría de edad sea algo arbitrario. Como

autônoma, tal deliberação deve ser respeitada. Em outras palavras, certos menores são maduros o suficiente para saber quais disposições seriam tomadas de acordo com sua concepção de bem-estar, assim evitando a proteção de seus pais ou do Estado⁹ (WILL, 2006, p. 259).

Menor maduro seria, então, aquela pessoa que, embora ainda não tenha alcançado a maioridade nos termos da lei, já apresenta maturidade e racionalidade suficientes para exercer os seus direitos e deliberar quanto a questões que envolvam a sua saúde (QUINTANA; ROSSI; VELHO, 2014, p. 78). Jussara de Azambuja Loch (2008, p. 347) complementa o entendimento sobre essa teoria, afirmando que é menor maduro e, portanto, apto para consentir ou dissentir sobre a intervenção, tratamento ou assistência médica que lhe é indicado, aquele que possui compreensão suficiente dos benefícios do mesmo, bem como, dos riscos e consequências.

A médica espanhola Marta Sanchez Jacob ratifica esse conceito (2005, p.156)¹⁰ e esclarece que a base teórica dessa doutrina se sustenta no fato de que os direitos personalíssimos devem ser exercidos pelo seu titular a partir do exato momento em que o mesmo se mostre capaz de o fazer, o que, seguramente, ocorre bem antes dos

ya hemos comentado, esta mayoría de edad ha ido cambiando a lo largo de la historia. Además, hay estudios de psicología evolutiva que indican que la madurez moral se alcanza entre los 13 y los 15 años. De estos conceptos ha evolucionado la doctrina del “menor maduro”. La base teórica de esta doctrina se encuentra en que los derechos civiles y en concreto los de la personalidad (derecho al honor, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, etc.) pueden ser ejercidos por el individuo desde el momento en que es capaz de disfrutarlo, lo que sucede antes de los 18 años”. SAÉZ, Andrés Santiago; PEREA, Bernardo; ALBARRAN, María Elena. La doctrina del menor maduro. *Anales de Pediatría Continuada*, Madrid, v. 7, n.3, p. 84, 2009. Disponível em: <<http://apps.wiley.com.au/development/doi/10.1111/j.1695-2930.2009.01111.x>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁹ Texto original: “The theory behind the mature minor doctrine is simple: if a minor has sufficient competence to make an autonomous decision, that decision should be respected as such. In other words, certain minors are mature enough to know what decisions would be in accord with their conception of wellbeing, thus obviating protection from either their parents or the State”. (WILL, Jonathan F. My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs, *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, Washington, v. 22, article 2. 2006, p. 259. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=jchlp>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

¹⁰ Marta Sanchez Jacob explica sobre o conceito de menor maduro: “El menor maduro es un término para designar a los adolescentes menores de edad desde el punto de vista legal, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones, tanto médicas, como de otro tipo. Adquiere cada vez más importancia, dada la participación activa de los adolescentes en nuestra sociedad, y el derecho a la información sanitaria que tiene el paciente. A diferencia de lo que sucede en el adulto a los que se les supone la capacidad de autonomía, en los menores debe demostrarse su capacidad y madurez moral, y esta verificación le compete al médico responsable del paciente”. (2005, p. 156). Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018.

dezoito anos. E, finaliza pontuando que a capacidade de se autodeterminar deve ser averiguada pela equipe médica diante do caso concreto, situação diversa da que ocorre com os adultos, em que a autonomia é presumida (2005, p. 156).

No mesmo sentido, Juan Luis Beltrán Aguirre elucida que a maioria das pessoas alcançam o juízo natural e se mostram devidamente responsáveis por suas decisões antes de completarem dezoito anos e que, por isso, já devem exercitar os direitos inerentes à sua pessoa, incluindo-se os relacionados à sua saúde (2007, p. 09 e 10). A dúvida que permeia é de como aferir o grau de maturidade do indivíduo e, especificamente, do paciente, seja ele adolescente ou não.

Em verdade, existem muitas teorias sobre o desenvolvimento do indivíduo. Dentre elas, vale citar os ensinamentos do psicólogo Jean Piaget. Longe de se fazer um estudo detalhado sobre sua contribuição acerca da psicologia evolutiva do ser humano, insta mencionar que Piaget, ao pesquisar sobre o entendimento e a maturação da criança e do adolescente, esclarece que “o desenvolvimento, portanto, é uma equilibração progressiva, uma passagem contínua de um estado de menor equilíbrio para um estado de equilíbrio superior.” (1999, p. 13).

Buscando compreender o ser humano em sua plenitude de vida, dividiu o processo de sua evolução mental por idade e em quatro estágios. A primeira etapa foi nominada de “Sensório-Motor” e compreende a pessoa de zero a dois anos de idade; a segunda, chamada de “Pré-Operatório”, envolve indivíduos de dois a sete anos; a terceira, concentraria aqueles entre sete a onze ou doze anos, seriam as “Operações concretas” e, na quarta e última, conhecida por “Operações Formais”, estão os indivíduos com onze ou doze anos em diante. “Cada estágio constitui então, pelas estruturas que o definem, uma forma particular de equilíbrio, efetuando-se a evolução mental no sentido de uma equilibração sempre mais completa” (PIAGET, 1999, p. 15).

O quarto estágio, o que mais nos interessa, trata do desenvolvimento do adolescente com doze anos de idade. Nesta fase, presume-se que o mesmo já adquiriu as habilidades dos estágios anteriores e que se encontra apto a formular operações conceituais abstratas e, por conseguinte, realizar escolhas equilibradas dentro da lógica formal. Ao atingir esta fase, o ser humano adquire o equilíbrio e alcança o padrão intelectual que terá durante a fase adulta (TERRA, 2006). Nesse sentir, é que se confirma que o ser humano evolui gradativamente de acordo com sua idade e com

as experiências vividas, não sendo diferente a aferição de evolução da maturidade do paciente.

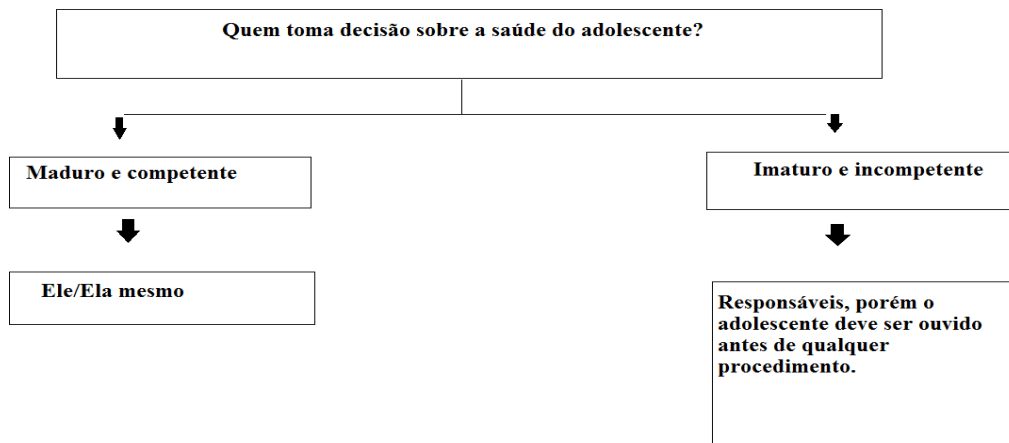
Os médicos Andrés Santiago-Sáez, María Elena Albarrán e Bernardo Perea (2009, p.184) esclarecem que para a constatação da maturidade do menor não se faz necessário a aplicação de sofisticados testes psicológicos ou ainda a utilização de métodos e ferramentas infalíveis mas, sim, é preciso realizar uma análise contínua da evolução da maturidade e da capacidade do mesmo, a fim de perceber se ele está apto a tomar uma decisão, levando em conta a situação concreta de risco vital e de risco benefício. Para tanto, propõem o seguinte esquema,¹¹ a ser observado pela equipe médica atuante: i) avaliar se o adolescente compreende adequadamente as informações passadas pelos profissionais e a sua situação clínica; ii) avaliar o motivo que fundamenta a decisão; iii) ponderar os riscos e benefícios da mesma; iv) valorizar o fato de que só vai receber assistência sanitária.

O alcance da maturidade sanitária, então, deve ser analisado em cada caso concreto pela equipe médica que acompanha a situação do menor, não sendo viável, por conseguinte, a existência de uma regra geral e abstrata para tal, haja vista que a maturidade ¹² do ser humano se dá de forma gradativa e individual. Logo, o reconhecimento do conceito de menor maduro implica no reconhecimento da capacidade sanitária independente da capacidade civil, conforme tabela abaixo¹³:

¹¹ No original: “Evaluar si comprende adecuadamente (es decir si entiende la información dada por el profesional y la situación clínica planteada); - Evaluar el motivo que fundamenta su decisión; - Ponderar los riesgos y beneficios de su decisión; - Valorar el hecho de que acuda solo para recibir asistencia sanitaria”. Andrés Santiago-Sáez, María Elena Albarrán e Bernardo Perea (2009, p.184)

¹² QUINTANA; ROSSI e VELHO esclarecem sobre o alcance da maturidade: “É importante enfatizar que o termo “maturidade” refere-se à possibilidade de se obter um grau de desenvolvimento das estruturas psíquicas, o que é feito de forma gradual e progressiva. Desde então, a meta ideal do processo evolutivo humano é a convergência e a integração de todos os aspectos em uma personalidade estruturada e definida” (2014, p. 79).

¹³ Tabela retirada do texto: ARAUJO, Diego de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Questões éticas na atenção a saúde do adolescente. In: BORGES, Ana Luiz Vilela; FUJIMORI, Elizabeth (org.). Enfermagem e a saúde do adolescente na atenção básica. São Paulo: Manole, p. 249-279, 2006. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3302212/mod_resource/content/1/e%CC%81tica_adolescente.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2018.



Elma Zoboli e Diego de Araújo (2006, p. 263) frisam que a capacidade para deliberação não está relacionada a um padrão de escolha em comum com a média geral. Em outras palavras, a escolha do paciente adolescente, ainda que seja divergente daquelas comumente vistas no âmbito da sociedade, nem por isso deve ser qualificada como desacertada ou considerada incompetente. Afirmam ainda que de forma corriqueira ocorre de o profissional de saúde avaliar a maturidade do menor em comum acordo com o seu sistema de valores (do próprio médico), conforme explica:

Basta lembrarmos que é bem mais comum vermos os profissionais de saúde questionarem a competência dos pacientes quando estes tomam decisões diferentes ou contrárias às recomendações da equipe, ou ainda diversas das que tomariam se estivessem na mesma situação do paciente. Quando o paciente decide de acordo como prescrito, ainda que isso vá lhe exigir sacrifícios imensos, causar-lhe sofrimentos enormes, muitas vezes sem o retorno de benefícios proporcionais, sua competência para decidir não é questionada. Basta uma recusa para o questionamento acontecer.

Tal situação traz imparcialidade e insegurança aos envolvidos. Logo, para uma averiguação assertiva sobre a maturidade do paciente adolescente, deveria a equipe médica, além de avaliar o grau de entendimento do menor sobre as informações que lhe são repassadas, bem como os riscos e os benefícios da atuação médica, desnudar-se de seus próprios valores, crenças e impressões pessoais, para assim fazer um julgamento clínico justo sobre a capacidade de deliberação do adolescente.

A Teoria do Menor Maduro é amplamente reconhecida na medicina, a qual aceita o fato de que existe um subgrupo de adolescentes com discernimento e

habilidades suficientes para deliberar sobre sua saúde. Tal reconhecimento confirma o desacordo entre as capacidades civil e sanitária e ratifica a necessidade de uma releitura do regime das incapacidades previsto no Código Civil de 2002, à luz do princípio da autonomia e do fundamento máximo da República, a dignidade da pessoa humana.

II Aplicação da teoria do menor maduro no Brasil e no direito comparado: análise de alguns casos concretos

O reconhecimento explícito da Teoria do Menor Maduro pela área médica, tanto em perspectiva doutrinária, ou implicitamente, pela emissão de parecer e legislação respectiva, representaria um avanço significativo, vez que conferiria autonomia ao paciente jovem e legitimaria suas escolhas mediante análise sobre sua capacidade cognitiva.

No Brasil, no campo do direito, a Teoria sofre limitações ao esbarrar no regime das incapacidades previstas no Código Civil, e acaba não sendo aplicada pelo Estado por intermédio do Poder Judiciário, quando chamado a decidir sobre questões sanitárias que envolvem os relativamente incapazes. Nos Estados Unidos, berço da Teoria que ora se estuda, a mesma é aceita como uma exceção às limitações na tomada de decisões médicas na adolescência, havendo em muitos estados regramentos que reconhecem a existência de um subgrupo de adolescentes com plena capacidade sanitária, conforme explica a Academia Americana de Pediatria¹⁴:

A doutrina do menor-maduro reconhece que existe um subconjunto de adolescentes que têm maturidade e inteligência adequadas para entender e apreciar os benefícios, riscos, probabilidade de sucesso e alternativas de uma intervenção e podem raciocinar e escolher voluntariamente. Muitos estados tem estatutos do menor maduro em que a idade do menor, maturidade geral,

¹⁴ No original: “The mature-minor doctrine recognizes that there is a subset of adolescents who have adequate maturity and intelligence to understand and appreciate an intervention’s benefits, risks, likelihood of success, and alternatives and can reason and choose voluntarily. Most states have mature-minor statutes in which the minor’s age, overall maturity, cognitive abilities, and social situation as well as the gravity of the medical situation are considered in a judicial determination, finding that an otherwise legally incompetent minor is sufficiently mature to make a legally binding decision and provide his or her own consent for medical care”. (2016, p. 4). Disponível em: <<http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/138/2/e20161484.full.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

habilidades cognitivas e situação social, bem como a gravidade da situação médica, são consideradas em uma determinação judicial, achando que um menor legalmente incompetente é suficientemente maduro para fazer uma decisão juridicamente vinculativa e fornecer o seu próprio consentimento para cuidados médicos.

Os Estados de Nevada e Arkansas converteram tal doutrina em legislação própria. Já nos Estados Americanos de Tennessee, Pensilvânia, Illinois, Massachusetts, Maine, os tribunais locais passaram a adotá-la em seus julgados (Wilson, 2006, p. 923)¹⁵.

Na Espanha, a doutrina também é amplamente difundida, tendo sido editada a Lei 41/2002¹⁶ – *Ley Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* – a qual estabelece em seu artigo 9º como maioridade sanitária 16 anos, não cabendo representação ou assistência¹⁷. No mesmo artigo, a lei faz referência ao consentimento informado do menor de 16 anos¹⁸, determinando que, não sendo ele capaz intelectualmente de compreender o alcance da intervenção médica, o consentimento se fará pelo seu representante, mas antes o menor deve ser ouvido e sua opinião avaliada.

¹⁵ Texto original: “(...) it is a relatively new legal concept, and as of 2002 only a few states such as Arkansas and Nevada have enacted the doctrine into statute. In several other states, including Pennsylvania, Tennessee, Illinois, Maine e Massachusetts, state high courts have adopted the doctrine as law”. (Wilson, 2006, p.923)

¹⁶ Lei 41/2002 – Artigo 9º.4: “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación” Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>>, Acesso em 01 fev 2019.

¹⁷ Nesse sentido explicam Orgando Diaz e Garcia Perez : “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. (2007, p. 879).

¹⁸ Lei 41/2002 – Artigo 9º.3.c: “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>>, Acesso em 01 fev 2019.

Além dos Estados Unidos e da Espanha, Dinamarca e Noruega admitem, a partir dos 15 anos, a capacidade por tarefas, que consiste em reconhecer e aceitar a habilidade do jovem na tomada de decisões relacionadas à saúde, ainda que não tenham alcançado a capacidade civil plena. (QUINTANA; ROSSI; VELHO, 2014, p. 78).

No Brasil, a Teoria do Menor Maduro ainda é pouco difundida na área jurídica, havendo poucos artigos e trabalhos acadêmicos que tratam diretamente do tema. No entanto, como visto, a autonomia do paciente adolescente encontra significativos avanços na área da medicina.

Na legislação médica, a autonomia é verificada quando o Código de Ética Médica em seu artigo 74¹⁹ veta ao profissional da saúde a revelação de sigilo profissional referente ao paciente menor de idade, desde que o adolescente tenha capacidade de discernimento. E ainda, em outro ponto, ao dispor dos direitos humanos do enfermo, veda o médico de desrespeitar a dignidade do mesmo, independente da situação ou ainda discriminá-lo sob qualquer pretexto (artigo 23)²⁰; não garantir-lhe o direito de decisão sobre sua pessoa (artigo 24)²¹; desrespeitar a vontade da pessoa que se mostra capaz física e mentalmente, ainda que em greve de fome (artigo 26)²²; desrespeitar a garantia que o paciente possui de deliberar livremente sobre a submissão ou não de práticas diagnósticas, salvo em certo risco de morte (artigo 31)²³.

Nessa mesma linha de elevação da autonomia do menor paciente, pode-se citar alguns casos emblemáticos. O Conselho Federal de Medicina emitiu parecer registrado sob o nº. 08/2013²⁴, no qual aborda o caso dos adolescentes identificados

¹⁹ Código de Ética Médica - Art. 74: “Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”.

²⁰ Código de ética Médica – Art. 23: “Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto”.

²¹ Código de ética Médica – Art. 24: “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

²² Código de ética Médica – Art. 26: “Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física

e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la”.

²³ Código de ética Médica – Art. 31: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

²⁴ Ementa do Parecer nº 08/2013 – Conselho Federal de Medicina: “O adolescente com TIG deve ser assistido em centro especializado, de excelência e multiprofissional. A hormonioterapia, de preferência,

com Transtorno de Identidade de Gênero – TIG, bem como a possibilidade de realização de terapia hormonal em adolescentes transgênero e transexuais. Nele, é esclarecido inicialmente que o Transtorno de Identidade de Gênero se dá de forma diferente nos adultos, crianças e adolescentes. No que se refere a esses últimos, o CFM indica a existência de um estudo realizado no Brasil em 2010, com 70 adolescentes, o qual demonstra que todos permaneceram com a TIG na fase adulta. Destaca que essas pessoas sofrem com os primeiros sinais de puberdade, haja vista o grande desconforto com o gênero de nascimento. Aflição, ansiedade, depressão, angústia, problemas na escola e um constante efeito negativo social e emocional, são alguns dos termos usados pelo referido Conselho para relatar o que esses adolescentes suportam.

Esclarece ainda que centros internacionais especializados e reconhecidos no tratamento de adolescentes com TIG, concluíram ser apropriada a intervenção médica com hormonioterapia para o gênero desejado, em adolescentes jovens (antes dos 16 anos), cuidadosamente selecionados. Alerta que tal tratamento tem efeitos reversíveis e que consiste inicialmente em bloquear e retardar a puberdade por esse meio, e somente após, em adolescentes mais maduros, induzir o gênero desejado (a partir dos 16 anos).

Pontua, por derradeiro, que para um diagnóstico adequado em menores, é necessário o envolvimento de uma equipe médica multidisciplinar -clínicos, pediatras, endocrinologistas e, principalmente, profissionais de saúde mental- com *expertise* em psicologia do desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como o consentimento do menor e de seus responsáveis. Por conseguinte, emite parecer no sentido de que a assistência a adolescentes identificados com TIG deve se dar de forma mais precoce possível, a partir dos primeiros sinais de puberdade (tratamento de bloqueio da puberdade do gênero de nascimento), bem como que, aos 16 anos, persistindo o referido transtorno, deverá ser de forma gradativa induzida a puberdade do gênero oposto.

Tal parecer possui extrema relevância pois, em que pese a necessidade de consentimento dos pais, reafirmando o poder familiar, ele toma como principal fundamento a capacidade do adolescente em discernir sobre sua saúde e sobre a

iniciada quando dos primeiros sinais de puberdade (bloqueio da puberdade do gênero de nascimento). Aos 16 anos, caso persista o TIG, a hormonioterapia do gênero desejado deve ser iniciada gradativamente”. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23659>. Acesso em: 20 fev. 2019.

disposição do próprio corpo, segundo sua compreensão acerca da realização de uma vida digna. O parecer para a realização do tratamento se apoia no grau de percepção e entendimento do menor.

Outro parecer que importa ao presente trabalho fora emitido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, registrado sob o nº 05/2016²⁵. No caso em março de 2016, uma jovem de 17 anos de idade, Testemunha de Jeová, diagnosticada com Leucemia Linfóide Aguda há pelo menos 04 anos, recusou-se a realizar a hemotransfusão por motivos religiosos e pediu alta hospitalar. Segundo registro, a mesma encontrava-se internada sem possibilidade de tratamento específico e apenas sob cuidados paliativos. A menor era filha de pais adotivos, porém há mais de um ano havia sido abandonada por eles e morava de favor na casa de amigos. Por esse motivo estava internada sem o registro de responsáveis legais. O referido parecer foi a favor da alta hospitalar, vez que a menor de idade possuía entendimento necessário acerca da sua condição de saúde. O respeito a autonomia da adolescente foi prestigiado ainda que sem autorização de pais/responsáveis, vez que sua capacidade de compreensão fora devidamente constatada pela equipe médica.

Percebe-se que aqui, diferentemente do primeiro caso analisado, o parecer outorgou autonomia à menor, independentemente do consentimento de seus pais, haja vista eles sequer estarem acompanhando-a. O que fora levado em conta, em *última ratio*, fora a capacidade da adolescente em entender os riscos e efeitos da negativa do tratamento proposto, para assim decidir sobre a sua submissão ou não.

De certo existem situações em que pais divergem acerca das decisões dos filhos, bem como existem casos em que embora haja consonância entre ambos, há mitigação da autonomia do menor em virtude do paternalismo jurídico como, por exemplo, no caso da doação de órgãos, em que o regime das incapacidades, bem como, a lei 9.434/97, não autorizam ao doador ter menos de 18 anos. No entanto,

²⁵ Ementa do Parecer nº. 05/2016 – Conselho Regional de Medicina: “**EMENTA:** A autonomia dos pacientes menores de idade deve ser respeitada, na medida em que estes tenham capacidade de discernimento, ressaltando que as decisões devem ser precedidas de informação acessível e detalhada a respeito do caso em questão. Pacientes com diagnóstico de doenças progressivas que ameacem a vida nos quais não haja mais possibilidade de terapia modificadora de doença tem indicação de cuidados paliativos exclusivos. Nesta condição medidas intervencionistas podem ser consideradas fúteis, caracterizando obstinação terapêutica, e devem ser evitadas com a concordância do paciente, ou do seu representante legal. Da mesma forma a alta para a residência deve ser respeitada, quando este for o desejo do paciente/familiares, inclusive com a possibilidade de vir a falecer em casa”. Disponível em: <<http://www.cremepe.org.br/2016/03/02/uso-de-hemotransfusao-em-menor-testemunha-de-jeova/>>. Acesso em : 12 mai. 2018.

para esses casos, persistem os questionamentos: Quem, senão a própria pessoa devidamente capacitada, seria mais apto para definir os contornos de sua vida? Quem, senão o próprio adolescente com discernimento sanitário suficiente (devidamente identificado pela equipe médica), para decidir²⁶ o momento certo em buscar assistência objetivando evitar uma gravidez indesejada²⁷, o retardamento de sua puberdade ou ainda a possibilidade de doação de um órgão?

Para a concretização do direito do menor torna-se necessário encontrar um equilíbrio entre o exercício da autoridade parental e a autonomia do adolescente amadurecido. No mesmo sentido, é preciso encontrar um meio termo entre o paternalismo jurídico e o reconhecimento da existência de um subgrupo de adolescentes capazes.

É de se ter em mente que o adolescente é um sujeito de direitos e, por isso, na condição de paciente, precisa ser escutado, considerado e respeitado em sua esfera individual. A responsabilidade sobre o exercício de seus direitos de personalidade não lhe sobrecarrega, pois no momento que o menor sentir alguma insegurança quanto à tomada de decisão, poderá recorrer aos pais e responsáveis (MUNHOZ, 2014, p. 146).

Denota-se, portanto, que a medicina reconhece a existência do menor maduro. Para essa ciência o menor que tenha capacidade sanitária, leia-se, que seja capaz de entender os procedimentos médicos que lhe estão sendo direcionados ou estão à sua disposição, bem como os riscos e benefícios deles advindos, deve ter autonomia para deliberar sobre sua vida.

No campo do Direito, a Teoria do Menor Maduro sofre limitações ao esbarrar no regime das incapacidades previstas no Código Civil, o que impacta de forma significativa na jurisprudência brasileira, em geral mais adstrita à letra da lei que à

²⁶ Taquette explica que “Segundo a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), a prescrição de métodos anticoncepcionais para menores de 15 anos devesse levar em conta a solicitação delas, respeitando-se os critérios médicos de elegibilidade, o que não constitui ato ilícito. A presunção de estupro deixa de existir, frente ao conhecimento que o profissional possui de sua não-ocorrência, a partir da informação da paciente e avaliação criteriosa do caso”. (2010, p. 09).

²⁷ Pliego e outros ensinam (2006, p. 05): “Los padres exigen al médico ser informados sobre la eventual petición de la menor madura de tratamientos anticonceptivos: en los casos en que la menor madura rechace informar ella misma a los padres, o no autorice a que el médico lo haga, éste debe abstenerse de informar a los padres, respetar su decisión y garantizar la confidencialidad de la información sanitaria de que disponga. En este caso, y ante un posible conflicto con los padres, el médico tendrá que anotar con precisión en la historia clínica: - que no existe contradicción alguna de tipo clínico para tomar el tratamiento anticonceptivo pautado; -que la menor, sin ninguna duda, es madura intelectual y emocionalmente; -que ha aconsejado a la menor informar a los padres que está siguiendo un tratamiento anticonceptivo o permitir que lo haga él”.

abertura da Teoria, que poderia ser harmonizada à legislação civil mediante uma hermenêutica mais avançada.

Apesar disso, em busca realizada nos sites dos Tribunais nacionais, localizou-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia onde fora avocada a Teoria do Menor Maduro²⁸. Nela, discutia-se a imputação ou não do crime de estupro de vulneráveis. A ação penal fora proposta pelo Ministério Público local e se arrolava como pretensa vítima uma adolescente menor de quatorze anos de idade. O réu admitiu a prática de conjunção carnal com a menor e a vítima confirmou tal fato em juízo, porém esclareceu que o ato sexual ocorreu de forma consentida.

A juíza absolveu o réu e em suas motivações esclareceu: i) há um verdadeiro “desordenamento jurídico” entre a lei dos crimes sexuais e o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois na primeira o consentimento do menor de quatorze anos não é válido (e com isso, há a configuração do estupro), ao passo que no segundo “O Estatuto da Criança e Adolescente leciona que o infante entre 12 e 14 anos de idade pode praticar ato infracional, ocasião em que o seu consentimento é válido (existe o dolo de cometer o ilícito análogo à delito)”; ii) o consentimento da adolescente para a prática sexual é válido e eficaz, pois se é capaz de consentir com o ato infracional previsto no ECA, da mesma forma o é para o ato sexual relatado; iii) há no caso a aplicação da Teoria do Menor Maduro, pois a adolescente demonstrou ter mais maturidade que as pessoas da sua mesma faixa etária, bem como capacidade de discernimento suficiente na época dos fatos.

Em sendo assim, a magistrada flexibilizou a lei dos crimes sexuais, invocou a Teoria do Menor Maduro e descaracterizou a existência do delito, julgando improcedente a pretensão do Estado, conforme trechos:

Conforme se extrai dos autos, o réu realmente praticou conjunção carnal com a pretensa vítima quando a mesma era menor de 14 (quatorze) anos. Ela mesmo confirma tal situação, em sede judicial. **Entretanto, vê-se que a vítima praticou conjunção carnal com o acusado de forma consentida.** Dessa maneira, em que pese a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual estabelecer um mandamento objetivo para caracterizar estupro de vulnerável (14 anos), ela

²⁸ Processo nº. 0002796-52.2012.8.22.0002. Ação Penal. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: J. F. G. Decisão na íntegra, disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/68313650/djro-31-03-2014-pg-420/pdfView>>. Acesso em: 04 jan 2019.

não pode ser tida como uma regra absoluta. O Estatuto da Criança e Adolescente leciona que o infante entre 12 e 14 anos de idade pode praticar ato infracional, ocasião em que o seu consentimento é válido (existe o dolo de cometer o ilícito análogo à delito). A Lei 12.015 ensina exatamente o contrário. Para ela, o menor de 14 anos, em qualquer hipótese, não pode consentir para prática de ato sexual. Vale dizer, o que o ECA considera, a citada Lei desconsidera.

Observa-se que a juíza, mesmo diante de uma lei geral e objetiva apta a tratar sobre estupro de vulneráveis, esclareceu não ter a mesma absolutividade, haja vista a capacidade de consentimento da menor, a qual é inclusive considerada no Estatuto da Criança e do Adolescente em situações diversas. Nesse sentido, continua:

É sabido que vivemos em um Estado Democrático de Direito, sob a égide de um Ordenamento Jurídico. Porém, em face do acima exposto, parece-me que estamos em um Desordenamento Jurídico Ora, se a adolescente tem capacidade para consentir com o ato infracional, também deve ter para o ato sexual. **Assim, entendo que o consentimento da vítima, no que tange aos fatos narrados na inicial acusatória é válido e eficaz, sendo capaz de descaracterizar o delito de estupro de vulnerável.**

O ordenamento jurídico precisa, pois, guardar entendimento em si. Não há como se dizer de forma arbitrária que ora o nível de entendimento do menor é válido, ora não é válido, sem antes averiguar a sua capacidade de entendimento, a sua maturidade no caso concreto:

Nesse sentido, já decidiu o STJ (...) Ainda nesse propósito, entendo ser o caso de aplicação da **Teoria do Menor Amadurecido**. Tal teoria explica que, embora a norma, fria e seca, não aceite o sexo/ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 anos, pois diz que até tal idade, não há capacidade de discernimento, **no caso concreto, levando-se em conta a maturidade da infante, pode haver flexibilização da lei. No presente caso, a jovem demonstra ter mais idade e mais maturidade que as jovens de sua idade. Dessa maneira, hei por bem flexibilizar a imposição da norma, ante a capacidade de discernimento da menor à época dos fatos.** Desse

modo, é certo que não houve o delito ocorrido na inicial acusatória. Diante do exposto e por tudo mais que consta dos autos, julgo improcedente a pretensão estatal constante da denúncia para o fim de absolver o réu JFG, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. (grifo nosso).

A decisão acima não trata de um caso cujo mérito leva em conta questões sanitárias em si. No entanto, a avocação da Teoria do Menor Maduro se justificou por ser uma demanda que envolve também o direito de personalidade. No caso, direito da menor em dispor do próprio corpo.

Denota-se da mesma forma que muito embora o legislador, ao editar a lei 12.015/2009, tenha utilizado o critério etário para presumir como vulnerável o adolescente menor de quatorze anos, tal não comporta absolutividade e pode sofrer alterações. As variações próprias do caso concreto precisam ser consideradas sempre e todas as vezes que houverem adolescentes envolvidos e seus direitos personalíssimos. É temeroso presumir que todos são iguais e por isso devem obrigatoriamente seguir um padrão de comportamento dentro de uma média etária.

É de se dizer que após pesquisas no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal²⁹, não restou localizado julgamentos que fizessem referência à Teoria do Menor Maduro ou Menor Amadurecido. Pelo menos com menção expressa, pelos termos que designam a Teoria. Não obstante, faz-se mister colacionar nesse trabalho decisão análoga ao caso acima tratado (estupro de vulneráveis), de relatoria do Ministro Jorge Mussi do Superior Tribunal de Justiça, datada de 17 de junho de 2019 onde, em que pese não ter a menção direta a aplicação da Teoria que ora se estuda, o fundamento da mesma, qual seja, o grau de compreensão e maturidade da menor, fora levado em conta.

Na ocasião o referido Ministro não conheceu do recurso especial movido pelo Ministério Público e manteve a decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais³⁰ que absolveu o Réu em virtude da não vulnerabilidade da vítima,

²⁹ Até a data de entrega do presente artigo não consta na base de pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal decisões contendo a palavra-chave “Teoria do Menor Maduro”.

³⁰ Trecho da decisão: “(...) A nova sistemática do delito de estupro de vulnerável trata os menores de 14 (quatorze) anos como absolutamente incapazes de compreender e consentir com a prática de atos sexuais. Em outras palavras, retira-se do menor, por completo, a sua liberdade sexual, sob o pretexto de que ele não seria maduro o suficiente para tê-la. No entanto, como sabido, atualmente, não é raro se encontrar um menor de 14 (quatorze) anos de idade com experiência no mundo sexual e que saiba, inclusive, as consequências desses atos, o que advém de uma profunda alteração dos padrões de

vez que ela entendia o caráter do ato e as consequências da prática sexual, tendo consentido de forma livre e madura para o mesmo.

Na referida decisão fora grifada as mudanças de padrões e comportamentos sociais e religiosos que envolvem os menores, sendo esclarecido que “As crianças, há 10 (dez) anos, eram um tanto quanto mais crianças do que as de hoje em dia, e aquelas que virão daqui a uma década, provavelmente, serão ainda mais precoces do que as atuais.” E ainda, a decisão acrescenta que

“impor uma norma de direito penal que vai contra a evolução da sociedade, ainda que não desejada, é negar a realidade e punir aqueles que a vivem. Não são raros os exemplos de normas que caíram em desuso ou estão deixando de ser aplicadas em virtude da adequação social da conduta”.

A deliberação acima expõe a realidade fática que ora se instala: a lei não consegue acompanhar a contento as mudanças da sociedade. Mas, ao contrário, *in casu*, a legislação que se vale de critérios etários para definir a vulnerabilidade e capacidade do adolescente de forma geral e abstrata, sem considerar as peculiaridades do menor, tende a ficar anacrônica ou a ser flexibilizada quando constatado o grau de amadurecimento e compreensão do mesmo.

Desse modo já se observa, mesmo que timidamente, um novo olhar direcionado ao adolescente, o qual visa tratá-lo em sua individualidade concreta e,

comportamento social, moral e até mesmo religioso. A realidade em que se vive é outra e a capacidade de autodeterminação sexual dos adolescentes é alcançada cada vez mais precocemente. Tratá-los como absolutamente alienados dos temas relativos à sexualidade é ignorar a realidade fática, tentando solucionar, por meio do direito penal, questão muito mais complexa. (...) Contudo, trata-se de questão sociocultural. As crianças, há 10 (dez) anos, eram um tanto quanto mais crianças do que as de hoje em dia, e aquelas que virão daqui a uma década, provavelmente, serão ainda mais precoces do que as atuais. Ora, impor uma norma de direito penal que vai contra a evolução da sociedade, ainda que não desejada, é negar a realidade e punir aqueles que a vivem. Não são raros os exemplos de normas que caíram em desuso ou estão deixando de ser aplicadas em virtude da "adequação social da conduta". (...) Assim, a relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. Aliado à idade do jovem, as experiências sexuais anteriores, ou a sua ausência, bem como o comportamento perante a sociedade, devem ser considerados para se inferir a *innocentia consilii*, cuja ausência poderá afastar a condição de vulnerável. (...) E, no caso em análise, a adolescente C.O.G., em todas as oportunidades em que foi ouvida, disse que mantinha um relacionamento com o réu, por livre e espontânea vontade. (...) Não se propõe aqui, julgamento sobre a postura da vítima, tampouco sobre o fato de ela querer se relacionar sexualmente com quem quer que seja. O fato é que ela entendia o caráter do ato e podia com ele consentir sem quaisquer influências externas”. Decisão na íntegra disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=97323794&num_registro=201901116270&data=20190621&tipo=0>. Acesso em 30 de jun 2019.

por conseguinte, aplicar ao mesmo o conjunto de leis que mais lhe cabem para a realização da sua dignidade humana, relativizando o que tiver que ser relativizado e avocando o que tiver que ser avocado.

No compasso da jurisprudência acima, a autonomia do menor é elevada com a edição de normas específicas destinadas a esse público, tais como os já citados artigos 4º, 15º, 16º e 17º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todos possuem o mesmo viés de garantir a dignidade, respeito, liberdade e autonomia ao menor. Também a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, ratificada pelo Brasil em 02 de setembro de 1990, em seu artigo 12.1 garante que as crianças capacitadas a formular juízos de valores sobre si, terão o direito de expressar suas opiniões, devendo as mesmas serem consideradas (na Convenção Internacional "criança" abrange toda pessoa até 18 anos; logo, estende-se aos adolescentes). No mesmo sentido aponta o Enunciado nº. 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que preceitua que a vontade dos menores de dezesseis anos (da mesma forma, estende-se aos adolescentes maiores de dezesseis anos) que demonstrem discernimento, é juridicamente relevante quando da concretização de situações existenciais.

No que se refere ao Enunciado 138, verifica-se seu uso frequente³¹ em ações que versam sobre guarda e poder familiar. A oitiva do menor precisa se dar em audiência a fim de que seja averiguado seu grau de discernimento e, conseqüentemente, seus interesses possam vir a ser concretizados. Ou seja, denota-se que a autonomia da vontade do menor é considerada, que suas impressões e posicionamentos são prestigiados.

Há avanços ainda na Doutrina que contribuiu sobremaneira para a ressignificação da autoridade parental e para as novas compreensões sobre a família no Brasil, perpassando pelo papel dos filhos e a liberdade para o exercício dos direitos

³¹ Cite a exemplos: TJ-RJ - APL: 00008012220058190070 RJ 0000801-22.2005.8.19.0070, Relator: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 17/10/2013, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 29/11/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117579020/apelacao-apl-012220058190070-rj-0000801-2220058190070?ref=serp>; TJ - PE - Proc. Processo Nº: 0001534-06.2015.8.17.0001. Relator: Paulo Romero Sá Araújo. Julgamento: 26/04/2019. Publicação: 04/06/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/245157055/djpe-04-06-2019-pg-614/pdfView>; TJ - MA - PROCESSO Nº 0001421-74.2017.8.10.0131 . 12/07/ 2018. Paulo Vital Souto Montenegro. PUBLICADO EM 10/08/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/203147496/djma-10-08-2018-pg-1492?ref=serp>.

existenciais que lhe são devidos. Contribuiu ainda, para uma nova visão sobre o paternalismo jurídico exacerbado sob a justificativa do melhor interesse do menor, sendo certo que o mesmo deva ser flexibilizado quando da mitigação da autonomia de um menor efetivamente maduro, em perspectiva do discernimento medicamente constatado.

De todo modo, insta reconhecer que a aplicação da Teoria do Menor Maduro no Brasil, no campo do direito, ainda é pouco disseminada. As poucas decisões nas quais se reflete a Teoria, não se dão de forma específica em questões sanitárias; mas, não por esse motivo se deve considerar como inviável sua aplicação. Pelo contrário, quando se completam 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, surge esse como momento oportuno para difundir a conveniência de sua aplicação em perfeita harmonia aos princípios que estruturam o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. Ao direito importa avançar de acordo com as novas situações que emergem das relações em sociedade sob pena de não realizar a justiça e os valores constitucionais.

III Proposta de aplicação da Teoria do Menor Maduro no Brasil

Como bem se viu no transcurso do presente trabalho há o reconhecimento, seja pela ciência médica, bioética ou jurídica, da necessidade de se outorgar autonomia ao adolescente quando do exercício de seus direitos de personalidade. Viu-se que deve ser concedida autonomia à medida da capacidade de discernimento do menor. Ou seja, não deve ser atribuída de qualquer forma ou ainda de uma maneira que sobrecarregue o ser juvenil. Pelo contrário, a autonomia deve ser conferida de maneira a realizar os direitos do mesmo, respeitando suas limitações e contemplando suas aptidões.

Autonomia e capacidade estão, portanto, intimamente relacionadas. Não se confundem, mas se complementam. O ser autônomo e capaz age de forma livre, independente, sem intervenção em sua esfera pessoal, desde que respeite as esferas jurídicas de terceiros e o bem estar social. O ser autônomo e capaz tem em suas mãos o poder de realizar de forma mais satisfatória seu próprio projeto de vida digna. Nesse sentir Luís Roberto Barroso:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade. (2010, p. 39)

Insta recordar que findo o período da Segunda Guerra Mundial, viu-se em países da Europa o fenômeno conhecido como Constitucionalização do Direito³². Os incontáveis malefícios suportados pela humanidade, a necessidade de valorização dos direitos fundamentais do homem e a conseqüente instalação de um regime democrático foram estopins para a elevação e recentralização dos direitos fundamentais em sede constitucional.

No Brasil, as Constituições de 1946 e de 1967 se coadunam a esse espírito. Mas é a Constituição Federal de 1988 que melhor traduz uma ordem axiológica pautada nos direitos fundamentais do homem, sobretudo porque sucede um período de restrições sob regime ditatorial. ³³ Simbolicamente, inclusive, os direitos fundamentais, expressos no no art. 150 em 1967, estão alocados no art. 5º na Norma Fundamental de 1988, em garantia da liberdade, solidariedade, autonomia, igualdade, entre outros valores (SARMENTO, 2001, p. 165). A realização da dignidade humana³⁴ passou a ser expressamente perseguida pelo Direito: instalou-se

³² Nos dizeres de Canotilho: “A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos.” (2003, p. 377).

³³ Daniel Sarmento explica sobre a nova ordem axiológica constitucional: “Com efeito, a nossa ordem constitucional tem como epicentro axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º do texto constitucional como fundamento da República. Proteger e promover esta dignidade é a tarefa essencial do Estado, que justifica e legitima a sua existência. E a dignidade humana é denegada tanto quando se amputa a esfera de liberdade individual, como quando se priva o ser humano de condições mínimas de subsistência”. (2001, p. 165)

³⁴ Reinaldo Santos de Moraes contribui com o tema: “Visto, até aqui, que a dignidade da pessoa humana é o valor maior que permite a convivência em sociedade, sendo considerada como o fim supremo de todo o direito, que expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar

como fundamento da República do Brasil e valor máximo da Constituição Federal de 1988.

A elevação dos direitos fundamentais se refletiu na invocação da Constituição de 1988 quando da aplicação de normas que versam sobre diversas categorias de direitos, por meio do fenômeno hermenêutico conhecido como “constitucionalização do direito”. Desse modo, a Lei Maior passou a ser mencionada muito além de seu papel de raiz da validade de todas as demais, o que já estava na Teoria de Kelsen. No Brasil, a “interpretação da norma ordinária ou de grau inferior”, passou a ser realizada “à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes (...)” (PERLINGIERI, 2002, p.72).

Nesse contexto, operou-se, assim, uma forma de concretização do direito, de modo que o ordenamento jurídico passou a ser interpretado em respeito aos princípios contidos na Lei Maior. Normas reeditadas (a exemplo o Código Civil) e novos microssistemas surgiram e foram projetadas já sob essa nova ordem de valores³⁵. Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 234):

(...) o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios.

Nesse sentir, ante a necessidade de harmonização do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente do respeito que as normas infraconstitucionais devem ter aos valores e diretrizes constitucionais, é que se propõe a aplicação da Teoria do Menor Maduro. A Teoria do Menor Maduro encontra sua razão de ser na possibilidade de releitura do artigo 4º, inciso I do Código Civil de 2002, à luz do princípio da

toda e qualquer interpretação, entendido como fundamento maior do Estado brasileiro. Logo, quando o constituinte originário põe em destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, tem como mira pugnar pela humanização do sistema constitucional”. (2011, p. 27).

³⁵ Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 45): “A expressão direito civil-constitucional apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, na nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º)”.

autonomia e do fundamento da dignidade humana contidos na Constituição. Assim se encontra espaço para sua aplicação.

O Código Civil de 2002 aparentemente está mais afeito à defesa de situações jurídicas patrimoniais do que existenciais. Mas esse desequilíbrio iria de encontro à ordem axiológica instaurada em 1988. Por essa razão, em casos de conflito, deve-se interpretá-lo sob a perspectiva mais ampla delineada na Carta Magna de 1988. Ademais, é de se rememorar que os direitos existenciais devem ser exercidos exclusivamente pelo próprio titular dos mesmos, haja vista sua natureza personalíssima. O sistema de substituição de vontades deve ocorrer tão somente naqueles casos em que o referido titular encontra-se impossibilitado de deliberar de forma livre e consciente. Nesse sentido sobre o modelo das incapazes, lecionam Joyceane Bezerra de Menezes e Luciana Vasconcelos Lima (2014, p. 143):

Trata-se de um modelo de incapacidade civil que responde satisfatoriamente às situações patrimoniais, mas não atende com a mesma eficiência às existenciais, porque se pauta fundamentalmente em mecanismos de substituição de vontades. (...) Nas decisões pertinentes aos aspectos existenciais que envolvem, por exemplo, o reconhecimento de filho, a disposição sobre o próprio corpo para fins de transplantes, doação de órgãos, a recusa de tratamento, as escolhas são personalíssimas. Permitir a substituição de vontades nessa seara seria equivalente a negar o direito ao respectivo titular.

O regramento das incapacidades ao dispor sobre a capacidade do adolescente levando em conta tão somente o seu critério etário, age de forma arbitrária, aleatória e geral, fato que inviabiliza a realização do direito. Verifica-se que não foi por mal ou descuido que o legislador brasileiro elegeu um critério etário para medir a capacidade dos menores. Essa medida geral e abstrata, sem dúvida, é útil e apta para dirimir parte dos conflitos relacionados aos infantes, principalmente aqueles de natureza patrimonial. Porém encontra problemas quando diante de demandas existenciais. Nesse contexto se encontram certos adolescentes com idade entre dezesseis a dezoito anos, parametrizados como “relativamente incapazes”, sendo que possuem maturidade suficiente para deliberar sobre seus direitos personalíssimos, sem necessidade de qualquer tipo de assistência. A esse subgrupo de adolescentes, considerados amadurecidos e dotados de discernimento necessário para a tomada de

decisões responsáveis, deve-se proceder com um tratamento diferenciado, onde se observe suas peculiaridades.

Portanto, é imprescindível flexibilizar o regramento das incapacidades (tal qual as duas decisões judiciais supramencionadas) e promover uma releitura do mesmo à luz do texto constitucional, sempre e todas as vezes que restar constatado que tal regramento não é servível para a resolutividade de casos concretos. A normatização é instrumento apto a garantir a segurança jurídica. Mas deve, para além disso, ser meio de realização da justiça, ainda que precise ultrapassar os limites inicialmente impostos pelo legislador, conforme ensina Maria das Graças dos Santos Dias (2007, p. 316):

O Direito não pode ser compreendido como simples instrumento de coerção social, garantidor apenas da segurança jurídica, mas deve constituir-se em elemento propulsor de uma estética da convivialidade humana. Ao impor o limite, precisa oferecer, também, condições de ultrapassagem de uma vida sem qualidade: sem dignidade, sem autonomia e sem esperança.

Logo, nesse contexto de possibilidade de flexibilização da lei e de uma releitura do regime das incapacidades em consonância com os valores constitucionais, é que encontra guarida a Teoria do Menor Maduro como forma de solucionar os casos de saúde envolvendo adolescentes com idade entre dezesseis a dezoito anos. Não se pode fechar os olhos para uma realidade que se instala de forma cada vez mais incisiva no seio da sociedade: a existência de um regime de incapacidades que é insuficiente para resolução de questões existenciais de saúde envolvendo adolescentes amadurecidos e, dado a isso, a necessidade de se encontrar uma saída viável e jurídica tal qual a Teoria do Menor Maduro. Nesse sentido é que se oferece ao Judiciário a possibilidade de uso legal desta Teoria.

Em situações conflituosas dessa natureza, o Magistrado, antes de aplicar a lei das incapacidades “pura e seca”, procedendo de forma subsequente com a utilização do sistema de substituição de vontades, deveria inicialmente: i) realizar uma análise pontual do caso concreto, levando em consideração as peculiaridades que o circundam; ii) averiguar de forma pormenorizada em audiência e fora dela (fazendo uso de todos os meios de prova admitidos em direito) se o adolescente apresenta discernimento necessário sobre o tratamento médico a que deseja ou não se

submeter, investigando se o mesmo entende os riscos, benefícios e consequências da intervenção médica; iii) designar uma equipe interprofissional para avaliar o referido grau de maturidade. Para tanto, poderá fazer uso de forma análoga do disposto no artigo 28, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶, o qual preceitua que o menor antes de ser colocado em família substituta deve ser ouvido e avaliado por equipe multidisciplinar, bem como, em seu artigo §2º esclarece ser necessário o consentimento do maior de doze anos de idade.

Dessa forma, após análise detalhada do caso concreto e, uma vez sendo constatado de forma cautelosa que o adolescente envolvido na questão, embora seja categorizado como relativamente incapaz para a lei civil, é, em verdade, dotado de capacidade sanitária plena (menor maduro), deve o Magistrado flexibilizar o regime das incapacidades e fazer uma leitura do mesmo à luz do princípio da autonomia previsto na Constituição Federal e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, internalizada e válida no Brasil, aplicando, por conseguinte, como fundamentação a Teoria que ora se estuda.

Negar autodeterminação a quem possui capacidade de compreensão e discernimento suficientes para deliberar sobre sua própria saúde é desrespeitar a tão festejada dignidade humana. Não se fala aqui de dar autonomia e capacidade decisória a quem não tem condições de exercê-la, mas ao contrário. Defende-se que os pacientes adolescentes sejam tratados em conformidade com sua gradativa evolução. Somente dessa forma é possível realizar a justiça e não discriminar o adolescente.

Referências

AGUIRE, Juan Luís Beltrán. **La Capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión Jurídica**. XV Congreso Derecho y Salud. Universidad de la Rioja- Espanha, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/87689/retrieve>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

³⁶ 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. § 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. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência”.

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. Informed Consent in Decision Making in Pediatric Practice. **Pediatrics**, v. 138, n. 2, ago. 2016. Disponível em: <<http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/138/2/e20161484.full.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

ARAUJO, Diego de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Questões éticas na atenção a saúde do adolescente. In: BORGES, Ana Luiz Vilela; FUJIMORI, Elizabeth (org.). **Enfermagem e a saúde do adolescente na atenção básica**. São Paulo: Manole, p. 249-279, 2006. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3302212/mod_resource/content/1/e%CC%81tica_a_dolescente.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, vol. 24, n. 153, p. 287-326, maio/jun. 2010. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;2000916754>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2015.

BRASIL. **Convenção sobre os direitos da criança** (decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.) Brasília, DF, Senado, 1990.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Transtorno de identidade de Gênero: abordagem multiprofissional é vital**. Brasília, parecer 08/2013. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23659>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Uso de Hemotransfusão em menor Testemunha de Jeová**. Pernambuco, n. 5, 2016. Disponível em: <<http://www.cremepe.org.br/2016/03/02/uso-de-hemotransfusao-em-menor-testemunha-de-jeova/>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a criança e o Adolescente: um desafio ao direito neste trânsito para a pós-modernidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 12, n. 2, p. 309-319 / jul-dez 2007

DÍAZ, Beatriz Orgando; PEREZ, C. García. Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. **Pediatría Integral**, v. XI, 2007. Disponível em: <http://adolescenciasema.org/usuario/documentos/3_-_Consentimiento_informado_capacidad_decidir_nino_maduro.pdf> Acesso em: 01 jul. 2018.

GAUER, Jussara de Azambuja Loch, CHITTO, Gabriel Jose; CASADO, Maria. **Bioética, interdisciplinariedade e prática clínica**. 1 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 1, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

JACOB, Marta Sánchez. El menor maduro. *Boletim Pediatría*, Espanha, v. 45, n. 193, p. 156, ago. 2005. Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf> Acesso em: 07 mai. 2018.

Lei 41/2002 – **Ley Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones em materia de información y documentación clínica**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LIMA, Luciana Vasconcelos. A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico. In: Larissa Maria de Moraes Leal, Adriano Marteleto Godinho, Raquel Moraes de Lima. (Org.). **Direito Civil-Constitucional 1**. 22 ed. Florianópolis, p. 140-159, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n. 29, p. 233 a 258, jul./dez. 2006.

MORAES, Reinaldo Santos de. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira**. 2011, 233f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10774/1/RMoraes%20seg.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília - UNB, Brasília, 2014. Disponível em:

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

NATIONAL SOCIETY FOR THE PREVENTION OF CRUELTY TO CHILDREN. **A child's legal rights Gillick competency and Fraser guidelines.**

Disponível em:

<<https://www.nspcc.org.uk/preventing-abuse/child-protection-system/legal-definition-child-rights-law/gillick-competency-fraseruidelines/>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIAGET, Jean. **Seis Estudos de Psicologia.** Tradução: Maria Alice Magalhães D'Amorim. 24. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PILO, Gema del Pliego; JIMÉNEZ, Esther Díaz; DIANA, Maria Paz Alarcón; SERRANO, Paloma Martínez. Autonomía del Menor Maduro en su salud reproductiva. **Index Enferm**, Granada, v. 15, n. 54, 2006. Disponível em:

<http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962006000200008>. Acesso em: 28 mai. 2018.

QUINTANA, Alberto Manuel; ROSSI, Alvaro Garcia; VELHO, Teresa Aquino de Campo. Adolescência, autonomia e pesquisa em seres humanos. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n.2, jan./abr. 2014. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100009>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SAÉZ, Andrés Santiago; PEREA, Bernardo; ALBARRAN, María Elena. La doctrina del menor maduro. **Anales de Pediatría Continuada**, Madrid, v. 7, n. 3, p. 182-185, 2009. Disponível em: <<http://apps.wl.elsevier.es.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SARMENTO, Daniel. DIREITOS SOCIAIS E GLOBALIZAÇÃO: LIMITES ÉTICO-JURÍDICOS AO REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 153-168, jan./mar. 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. RECURSO ESPECIAL Nº

1.808.318. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=97323794&num_registro=201901116270&data=20190621&tipo=0>. Acesso em: 30 de jun 2019.

TAQUETTE, Stella R. Conduta ética no atendimento à saúde de adolescentes. **Adolescência & Saúde**, v.7, n.1, p. 6 -11, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://adolescenciaesaude.com/detalhe_artigo.asp?id=174>. Acesso em: 29 abr. 2018.

TERRA, Marcia Regina. **O Desenvolvimento Humano na Teoria de Piaget**. 2006. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/do00005.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Processo nº. 0001534-06.2015.8.17.0001**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/245157055/djpe-614/pdfView>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Processo nº. 0002796-52.2012.8.22.0002**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/68313650/djro-31-420/pdfView>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Processo nº. 0001421-74.2017.8.10.0131**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/203147496/djma-1492?ref=serp>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **APL: 00008012220058190070**. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117579020/apelacao-apl-8012220058190070-rj-0000801-2220058190070?ref=serp>>. Acesso: 20 abr. 2019.

UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS DECISIONS. **Gillick respondent and West Norfolk and Wisbech Area Health Authority first appellants and Department of Health and Social Security second appellants**. Reino Unido, 1986. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

WILL, Jonathan F. My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs, **Journal of Contemporary Health Law & Policy**, Washington, v. 22, article 2. 2006. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=jchlp>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

WILSON, Jeffrey. **Gale Encyclopedia of Everyday Law**, v. 2, USA: Gale, 2006.

3. TRABALHO ARTÍSTICO INFANTO-JUVENIL: ANÁLISE DO CASO DO MC PEDRINHO EM FORTALEZA¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-3>

Antonio Jorge Pereira Júnior²

Juliana Nogueira Loiola³

Introdução

A origem do trabalho infanto-juvenil possui estreita conexão com a Revolução Industrial, período em que a mão de obra infanto-juvenil ganhou mais visibilidade. As condições dos locais onde eram realizadas as atividades laborais eram extremamente inadequadas, e também não havia alimentação e repouso adequados, ao lado de extensas jornadas de serviço que impediam crianças e adolescentes de frequentarem escolas.

Nesse sentido, no Ocidente, ao final do século XIX, como desdobramento da reação social aos abusos na área do trabalho, começou a ganhar corpo o Direito do Trabalho como ramo autônomo. Dentre outros objetivos, deveria proteger crianças e adolescentes da exploração mediante seu labor. No Brasil não foi diferente, como se pode ver nos tópicos que seguem no desenvolvimento do presente artigo.

¹ Artigo originalmente publicado na Revista *Thesis Juris – RTJ*, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 94-112, jan./jun. 2018. A presente edição traz aperfeiçoamento de termos com relação ao original.

² Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com a obra “Direitos da criança e do adolescente em face da TV” (Saraiva: 2011). Coordenador do Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF), da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Membro da Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE. Advogado. Árbitro.

³ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrou como pesquisadora o projeto 'A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017', classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Ceará - OAB/CE.

As linhas que seguem têm o intuito de abordar o trabalho infanto-juvenil, repassar por sua origem e características, revisar a legislação pertinente ao tema, bem como examinar a situação dos artistas mirins, culminando na análise do caso “Mc Pedrinho”, jovem que foi impedido de se apresentar em show na cidade de Fortaleza, capital cearense, por meio do ajuizamento de ação civil pública do Ministério Público do Estado do Ceará.

Desse modo, almeja-se o enfrentamento das seguintes questões sobre o tema em debate: a) qual a origem e as características do trabalho infanto-juvenil?; b) qual a proteção recebida pelo trabalhador que não alcançou a maioridade no Brasil?; c) como a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará analisou o caso do artista mirim Mc Pedrinho? O caso fere a liberdade de expressão artística infanto-juvenil, ou houve a necessária proteção por vulnerabilidade em razão da idade?

Na tentativa de confirmar as respostas que se supõem adequadas aos questionamentos acima, faz-se breve histórico sobre a origem do trabalho infanto-juvenil, como também das leis referentes ao tema, especialmente a partir do século XIX, quando surge a regulamentação legal da proteção dos trabalhadores.

Nessa lógica, observa-se o contexto temporal dos países precursores da Revolução Industrial, como também do Brasil, e a respectiva evolução das normas em prol de crianças e adolescentes. Aliás, nota-se que a legislação é parca no que se refere ao artista mirim, talvez pelo fato de a atividade artística não ser considerada um trabalho, senão arte, o que facilita a falta de percepção de eventual exploração da mão de obra das crianças e dos adolescentes nessa atividade.

Nesse ínterim, com relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses do presente trabalho foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica e documental. Buscou-se ponderar o problema do trabalho artístico infanto-juvenil no Brasil mediante acesso a livros, revistas, artigos científicos, publicações avulsas, como também de legislação a respeito.

Com relação ao tipo de pesquisa, segundo a utilização dos resultados, é considerada pura, visto que busca aumentar o conhecimento acerca do trabalho artístico de criança e adolescente. No que diz respeito à abordagem, ela é qualitativa, posto que não visa perquirir critérios de representatividade numérica, mas somente apreciar a realidade do tema supracitado. Quanto aos objetivos, é descritiva, pois

pretende explicar o trabalho infantojuvenil e suas características, ao mesmo tempo em que se revela exploratória, pois almeja aprimorar e produzir novas informações sobre o tema ora estudado.

1 A exploração da criança e do adolescente mediante o trabalho: origem e características

A exploração da mão de obra infanto-juvenil ganhou visibilidade com a Revolução Industrial, época em que as máquinas começaram a operar em grande escala e a economia liberal se projetou, além da Europa e dos Estados Unidos da América, para os demais Estados (MARTINS, 2013, p. 13).

Nesse sentido, é cediço que a Revolução Industrial modificou de maneira profunda a estrutura econômica familiar, à medida que os produtos artesanais não eram mais capazes de competir com a intensa produção advinda das máquinas. Assim, a mão de obra infanto-juvenil, antes presente nas atividades agrícolas no período pré-industrial, em meio familiar, acabou por se transferir para os centros industriais (LIBERATI; DIAS, 2006, p. 14).

Sobre o tema, Martins (2013, p. 14) explica que havia negligência geral no tocante à saúde e segurança dos trabalhadores, dentre os quais estavam os menores de idade, que trabalhavam por longos períodos, sem alimentação e descanso adequados. Além disso, os locais onde eram prestados os serviços possuíam condições insalubres, onde facilmente poderiam ocorrer incêndios, inundações e explosões.

O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes de trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficavam sujeitos a multas, que absorviam seu salário. (MARTINS, 2016, p. 50).

Ainda sobre a origem e as características da exploração dos infantes por meio do trabalho, crianças eram utilizadas nos mais variados tipos de funções (SANTOS, 2006, p. 551). Indivíduos que possuíam cinco, seis ou sete anos de idade trabalhavam de 13 a 16 horas por dia. A contratação do trabalho infante-juvenil tinha como atrativo aos empresários a aceitação geral de que o salário recebido fosse inferior ao do adulto, o que proporcionava diminuição dos custos de produção. Em uma escala que hoje causa repulsa, era admitido sem maiores constrangimentos que a mulher recebesse salário pior que o do adulto varão, e a criança e o adolescente ganhassem salário inferior ao da mulher (OLIVEIRA, 2009, p. 23).

Nessa lógica, o emprego generalizado da mão de obra de mulheres e crianças ultrapassou o labor exercido pelos homens, pois a máquina acabou por reduzir o esforço físico necessário e acabou por tornar possível o emprego das “meias-forças dóceis”, que não estavam preparadas para reivindicar (BARROS, 2010, p. 63). Assim, aceitavam salários diminutos, padeciam jornadas extenuantes, conviviam em condições degradantes e prestavam serviço em espaços sob risco permanente de acidente.

No âmbito nacional, o trabalho infante-juvenil tem na formação da estrutura familiar do período da colonização, por meio das figuras do colonizador, do escravo e do índio, o ponto de partida para validar a perpetuação do labor da criança e do adolescente (BARANOSKI, 2016, p. 231).

O trabalho infantil é um fenômeno social presente ao longo de toda a história do Brasil. Entre os séculos XVI e XIX, crianças de origem indígena e africana foram submetidas à escravidão juntamente com seus familiares. Filhos de trabalhadores livres também ingressavam muito cedo em diversas atividades produtivas no campo e nas cidades. Posteriormente, o processo de industrialização do país, iniciada no final do século XIX e aprofundada ao longo do século XX, levou à incorporação de grandes contingentes de crianças às atividades fabris de diversos ramos, bem como em novas atividades do setor terciário, tal como ocorrera nos países pioneiros da Revolução Industrial. Embora a exploração da mão de obra infantil nas fábricas tenha sido denunciada praticamente desde o início da sua utilização, e medidas legislativas de proteção ao “menor” tenham sido adotadas já na década de 1920, o trabalho infantil persiste como um problema social de graves dimensões no país no início do século XXI (BRASIL, 2011, p. 12).

Pode-se afirmar que no Brasil, durante o processo de industrialização que tem início no final do século XIX e avança durante o século XX, houve a incorporação de crianças e adolescentes às atividades realizadas em fábricas de diversos setores, da mesma maneira que ocorreu nos países pioneiros da Revolução Industrial.

2 A proteção da criança e do adolescente da exploração mediante o trabalho – legislação pertinente ao tema

Sobre a proteção da criança e do adolescente da exploração mediante o trabalho, há quem sustente haver quatro fundamentos dignos de consideração para sua imposição (MARTINS, 1999, p. 541). Diz-se haver um fundamento cultural porque a criança e o adolescente devem estudar e receber instrução; haveria um fundamento moral, em razão do dever de se preservar sua integridade moral e psicológica; haveria um fundamento fisiológico, servindo a tutela para evitar o trabalho infanto-juvenil em locais insalubres, noturnos, perigosos e que afetassem seu desenvolvimento psicossomático; por fim, justificaria a proteção o fundamento de segurança, que diria respeito à necessidade de propiciar, no ambiente de trabalho, instrumentos de proteção da integridade a crianças e adolescentes, bem como estruturas que impedissem acidentes do trabalho.

Com relação à proteção do público infanto-juvenil quanto à exploração mediante o seu labor, a primeira lei que se tem notícia com esse objetivo foi editada na Inglaterra no ano de 1802, denominada de “*Act for preservation of health and moral apprentices employed in cotton and other mills*”, de Robert Peel. O país foi o primeiro a reconhecer a luta dos operários pela legalização dos direitos trabalhistas. De acordo com referida norma, tornou-se proibida jornada de trabalho superior a dez horas diárias, como também a realizada durante o período noturno nas indústrias de algodão e de lã (MARTINS, 2013, p. 17).

Nesse mesmo período, Napoleão restabeleceu na França, no ano de 1806, os *conseils de prud’hommes*, órgãos destinados a resolver possíveis controvérsias entre fabricantes e operários. Para alguns, esses conselhos seriam considerados como os precursores da Justiça do Trabalho. No ano de 1813, foi proibido na França o trabalho de crianças e adolescentes nas minas. Em 1839, regiões que se consolidariam na

Alemanha, em fase de constituição nacional, iniciam a edição de normas sobre o trabalho da mulher e do público infanto-juvenil (BARROS, 2010, p. 68).

No século XIX, também no Brasil há dispositivos legais incidentes sobre relações de trabalho, ainda que incipientes. No ano de 1824, a Constituição do Império (art. 179, XXV) assegura ampla liberdade para o trabalho e extingue as Corporações de Ofício. De maneira mais específica, com relação à proteção infanto-juvenil, em 1871, por meio da Lei do Ventre Livre, os nascidos de escrava não seriam mais escravos. Outro marco importante sobre o tema se deu em 1891, por meio do Decreto nº 1.313/91, que estabeleceu a proibição do trabalho do menor de 12 anos em fábricas. Além disso, fixou-se jornada de sete horas para pessoas entre 12 e 15 anos do sexo feminino e entre 12 e 14 anos do sexo masculino (CASSAR, 2013, p. 16).

A partir do século XX, foram paradigmáticas a Constituição do México, de 1917, primeira a proteger direitos dos trabalhadores, como também a Constituição de Weimar, de 1919, que trouxe direitos trabalhistas. Além disso, ressalta-se a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho, no mesmo período, que é organismo neutro, supra estatal, que estabeleceu regras de obediência mundial de proteção ao trabalho (CASSAR, 2013, p. 16).

O amparo das crianças e adolescentes, de acordo com a regulamentação das proposições que admitem seu trabalho, encontram-se, atualmente, nas principais normas protetivas: Convenções 138 e 182 e Recomendações 146 e 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); Convenção sobre os Direitos da Criança; Constituição Federal; Estatuto da Criança e do Adolescente e Consolidação das Leis Trabalhistas.

A propósito, a Convenção nº 138 da OIT, que trata da idade mínima para admissão, foi aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1973) e entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho de 1976. Com relação ao Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 179, de 14 de dezembro de 1999, do Congresso Nacional, ratificada em 28 de junho de 2001, promulgada pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro 2002 e com vigência nacional a partir de 28 de junho de 2002.

Nesse sentido, tanto esta quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1989 e promulgada pelo Brasil por meio do decreto nº 99.710 em 21 de novembro de 1990,

estabelecem que criança é o ser humano menor de dezoito anos de idade, mas ressalvam que a definição etária será de acordo com a legislação de cada país. Desse modo, é facultado a cada Estado definir juridicamente, em harmonia com a Convenção, outras divisões que julgue oportuna para viabilizar a proteção dos menores de 18 anos de idade, levando-se em conta as peculiaridades sociais, locais e o contexto histórico do período. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em julho de 1990, após a Convenção (novembro de 1989), mas vigente no Brasil 4 meses antes dela, em seu art. 2º considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade incompletos.

Ademais, na convenção nº 138 da OIT há a autorização para os Estados-membros determinarem como idade mínima para o trabalho quatorze anos de idade, quando também se faz ressalva para a impossibilidade do cumprimento de tal determinação tendo em vista a necessidade imposta pela fragilidade da economia familiar e de sistema educacional insuficiente. Apesar de essa Convenção e da Recomendação 146, que também versa acerca da idade mínima para admissão no emprego, terem sido elaboradas em 1973, ambas foram ratificadas pelo Brasil em 2002, por meio do Decreto Presidencial nº 4.134.

Em sentido semelhante, a Convenção nº 182 e a Recomendação 190, também elaborados pela OIT, tratam das piores formas de trabalho infantil, e ambas foram ratificadas pelo Brasil com a publicação do Decreto Presidencial nº 3597 de 2000, e entraram em vigor em 2 de fevereiro de 2001. A aplicação das normas de direitos humanos internacionais incorporadas ao ordenamento pátrio deve ser tal que tenha o máximo de efetividade, como se deduz do artigo 5, parágrafos 2 e 3, da Constituição de 1988. Associado ao artigo 227, reforça-se o vigor de dispositivos que versam sobre direitos de criança e adolescente. Desta maneira, nota-se no ordenamento brasileiro um comprometimento hiperbólico com relação à proteção máxima da criança.

Ainda nesse sentido, a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, que contém dez artigos, foi complementada pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989, oficializada como norma internacional em 1990. Ela versa sobre a proteção dos direitos humanos fundamentais da criança, compreendendo a não discriminação, interesse superior da criança, responsabilidade dos pais, proteção contra os maus-tratos, direito à educação, dentre outros (SANTOS, 2006, p. 555).

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 traz garantias e direitos fundamentais destinados a proteger ao máximo crianças e adolescentes. De acordo com o artigo 227, com redação ampliada pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010 para contemplar o “jovem” no rol protetivo, afirma-se que:

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 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Constituição Federal abrangeu os direitos sociais, dentre os quais os direitos trabalhistas, ao tempo em que proibiu o trabalho infantil no mesmo espaço que tratava de garantias e direitos fundamentais. Quando foram positivados em 1988, esses direitos fundamentais de segunda dimensão não ganharam apenas status constitucional, como também efetividade e maior normatividade em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com relação à proteção de crianças e adolescentes, estipulou-se a idade mínima de 16 anos para admissão ao trabalho, salvo na condição de aprendiz, que se admitia a partir dos 14, nos termos do art. 7º, XXXIII, em redação dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, garantindo-se-lhes, simultaneamente, direitos previdenciários e trabalhistas, além do acesso à escola, dentre outros (MORAES, 2001, p. 674).

Ainda com relação à defesa do desenvolvimento da criança e do adolescente no plano supranacional, é preclaro entre as nações o dever de se cuidar da integridade física e psíquica de criança e adolescente antes de sua garantia à cultura, estando a manutenção da pessoa como condição básica para a prevalência dos demais direitos humanos (LIBERATI, 2008, p. 60).

Nessa lógica, Bertolin e Carvalho (2010, p. 269) mostram que a partir da Constituição Federal de 1988 organizaram-se movimentos da sociedade civil com o objetivo de formular legislação especial para proteger a infância, com vistas a ir além do tratamento de crianças e adolescentes em situação de abandono ou em conflito com lei. Como consequência foi editado o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) em 13

de julho de 1990, que consagrou a doutrina da proteção integral em sintonia com o texto constitucional.

O princípio da proteção integral, presente no primeiro artigo do ECA, funda a regra matriz do estatuto. No conjunto das disposições preliminares afirma-se a necessidade de defesa e amparo dos humanos em peculiar estado de desenvolvimento e sua precedência em razão de sua vulnerabilidade e de suas necessidades típicas. O enfoque de tais dispositivos é primordialmente resguardar direitos, de acordo com os ditames do texto constitucional.

Assim, no que se refere ao objeto deste trabalho, nos artigos 63 a 69 do ECA observa-se a vedação da exploração do trabalho infanto-juvenil, especificamente quanto ao uso de crianças e adolescentes em atividades lesivas ao seu desenvolvimento físico e mental, como também à sua própria dignidade, seja pelas condições de emprego, ou pela falta de aprendizagem ou como pelo número excessivo de horas em jornada de trabalho (LIBERATI e DIAS, 2006, p. 74).

Além disso, também na legislação pátria, especificamente na Consolidação das Leis Trabalhistas, a proteção infanto-juvenil vem estabelecida no Capítulo IV, nos artigos 402 a 441, onde se discorre sobre seu trabalho, além de se estabelecer parâmetros com relação ao local onde poderá trabalhar, sob quais condições, turnos, como também se esclarece sobre o contrato de aprendizagem, tudo isso tendo em vista que se trata de um ser humano ainda em desenvolvimento que não poderá se submeter a situações específicas que possam se tornar danosas ao seu bem-estar.

Apesar desse conjunto normativo, ao se analisar o tema em debate, ainda há lacuna quando se trata de legislação específica para o trabalho artístico infanto-juvenil no Brasil. Assim, ressalta-se que a manifestação artística desse público pode não ser ideiação da própria criança, mas anseio dos pais que projetam nos filhos seus desejos, como também a busca por renda familiar, sendo o filho, então, mantenedor da família, dentre inúmeros outros fatores. Nesse sentido, entende-se necessária legislação própria para a temática abordada, a fim de garantir melhor proteção de criança e adolescente quando exercerem atividade artística em moldes laborais.

3 O princípio da subsidiariedade e a atuação estatal em prol do público infante-juvenil

Abriu-se este tópico com o fim de trazer breve noção acerca do princípio procedimental da subsidiariedade (CAVALCANTI, 2015, p. 99-111; PEREIRA JÚNIOR, 2016, p. 207-215; MARTINS, 2003, p. 9-34), que fundamenta a intervenção do Estado e da sociedade civil no exercício do poder familiar, com o intuito de garantir os direitos de criança e adolescente quando os responsáveis diretos não agem conforme a expectativa social e jurídica.

Como regra geral, os pais têm exclusividade no exercício do poder familiar. Cabe-lhes a guarda, sustento e educação da prole, em termos da Constituição Federal, art. 229. Devem cuidar da assistência física, moral e material dos filhos. Mas, quando se evidencia que tal exercício não está se atualizando conforme o esperado, entram em ação, de modo subsidiário ou cooperativo, conforme seja o caso, a sociedade civil e o Estado, em atenção ao direito da criança.

O princípio pauta avaliação do grau de necessidade de intervenção de agentes externos à família. Costuma ser referido nas ordens jurídicas internas, comunitárias/regionais e internacionais (BARACHO, 1995, p. 28). Em todos os âmbitos de interação entre entidades sociais, vislumbra-se a preocupação com a manutenção da máxima liberdade (individual ou coletiva) com relação às entidades ditas superiores, sendo o Estado a principal delas em nossos dias, de modo que a interferência seja o mais restrita possível, e apenas naquilo que for necessário, com vistas a atingir o fim almejado, de modo a não ultrapassar os limites fixados na lei (AGUIAR; HISSA, 2016, p. 399). Assim, o princípio tem por escopo proteger as entidades menores, quando estas não consigam responder, sozinhas, a seus deveres e carecem de auxílio externo.

Mostra-se que este princípio decorre de um dever de solidariedade, de assistência proporcional à necessidade, ou seja, dentro do limite da razoabilidade, de modo que a ajuda não se torne abuso, especialmente por parte do Estado (PEREIRA JÚNIOR, 2016, p. 165). O princípio tem por intuito legitimar a interferência da organização estatal e da sociedade no âmbito do poder familiar, de forma que se coloque no centro a pessoa – no caso a criança e o adolescente (CAVALCANTI, 2015, p. 50).

Por conseguinte, o princípio da subsidiariedade, sendo norma de ordem social, pode ser identificado, de modo implícito, em diversos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, como nas normas que reconhecem aos pais os poderes inerentes ao poder familiar, de maneira originária, e às entidades da sociedade civil e do Estado, de modo secundário, pois aqueles são os primeiros responsáveis pela formação dos filhos. Determina-se que a sociedade e o Estado zelem pelos direitos infanto-juvenis, respeitando a precedência da família. Assim, encontra-se na Constituição Federal, artigos. 227⁴ e 229⁵ Código Civil, art. 1634,⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 227 (PEREIRA JÚNIOR, 2016, p. 164; PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 128).

Tem a natureza de princípio jurídico, na medida em que regula relações segundo competência de ação fixadas em normas jurídicas. Serve para esse reconhecimento o conceito de Hernán Valencia Restrepo sobre princípio: "norma jurídica, fundamental, taxativa, universal, tópica, axiológica, implícita ou explicitamente positiva, que serve para criar, interpretar e integrar o ordenamento" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 14 - 18). Nessa perspectiva, a subsidiariedade orienta os operadores do Direito quanto ao modo de intervir em conflitos cuja solução demanda auxílio de partes indiretamente implicadas.

Um trabalho de mestrado dedicado às relações entre os círculos sociais – família, sociedade e Estado – defendido em 2002 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e no mesmo ano agraciado com o Prêmio Orlando Gomes, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas trazia informações caras ao tema ora desenvolvido. Em 2016 foi publicado. Ali se vislumbra avançado estudo acerca dos princípios da subsidiariedade e da cooperação entre as esferas sociais e se afirma que o princípio da subsidiariedade seria fundamento para o Estado atuar em matéria de competência exclusiva ou privativa da família, enquanto o princípio de cooperação legitimaria sua ação integrada com a família em matérias de competência concorrente

⁴ 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.

⁵ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁶ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos [...]

⁷ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

(PEREIRA JUNIOR, 2016, p. 116 e 149). No mesmo passo, afirma a necessária “intervenção de círculos sociais diferentes da família, em razão da prioridade absoluta da criança e do adolescente”, sempre que se evidencie a fragilização da instituição familiar, o primeiro círculo juridicamente competente para cuidar dos interesses da criança e do adolescente. Os referidos princípios de ordem social estariam no ordenamento pátrio, a ocupar *locus* em diversos dispositivos constitucionais, principalmente no título VIII, “da ordem social”.

No que se refere ao objeto deste estudo, pode-se reconhecer essa ordem de atribuições nos preceitos que reconhecem aos pais, de modo originário e privativo, os principais poderes inerentes ao poder familiar, sendo eles os primeiros responsáveis pela formação dos filhos. Também se lhes percebe a informar dispositivos que estabelecem caber à sociedade e ao Estado zelar por direitos das crianças e adolescentes, respeitando-se a precedência da família. Depreende-se isso da Constituição Federal, arts. 229 e 227, e por meio de diversos artigos do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tratam das competências dos genitores na gestão do poder familiar e dos deveres de suporte das demais entidades (PEREIRA JÚNIOR, 2016).

Como desdobramento, o Estado atuará de modo subsidiário, por meio de agentes estatais como o Ministério Público, a Defensoria e o Judiciário, em defesa dos direitos da criança cujos pais estejam a falhar. Ao mesmo tempo, como os pais guardam a competência originária, privativa ou preferencial, antes de qualquer medida tendente ao afastamento deles do exercício do poder familiar, impõe-se o devido processo legal de avaliação, ao lado do dever do Estado de envidar todos os meios possíveis para subsidiá-los e cooperar com eles, antes de promover sua substituição.

5 Análise da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará

Em janeiro de 2015, o adolescente conhecido nacionalmente como “Mc Pedrinho”, nome artístico de Pedro Maia Tempester, nascido a 3 de maio de 2002, cantor de funk, realizaria uma apresentação na cidade de Fortaleza. Ele tinha 12 anos de idade. Chegou ao conhecimento do Ministério Público do Estado do Ceará a notícia

de que o adolescente não possuía autorização judicial para se apresentar em trabalhos artísticos infanto-juvenis. Além disso, mesmo que possuísse, não seria possível realizá-los tendo em vista o teor do trabalho que desenvolvia em espetáculos, pois o conteúdo violaria preceitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Dessa forma, a 6ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, por meio do promotor Luciano Tonet, ajuizou ação civil pública com pedido liminar na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Fortaleza, tendo o intuito de proibir a realização do *show* do Mc Pedrinho, que ocorreria no dia 31 de janeiro de 2015.

Começava-se a aplicar o princípio da subsidiariedade. Em princípio, os pais deveriam, em cumprimento da lei, impedir esse tipo de exposição do filho a tais conteúdos. O dever de que a atividade artística realizada na modalidade de *show* para público massivo fosse antes autorizada por alvará judicial, serviria a tal propósito. No caso, os pais, não tinham cuidado desse procedimento. Além disso, eram beneficiados com o resultado financeiro das apresentações. O conjunto dos dados levava a inferir que eram coniventes com a irregularidade e estavam a promover um estilo de vida ao filho contrário à sua educação.

Argumentou-se que as letras que compunham o repertório musical de Mc Pedrinho possuíam nítida conotação sexual, alto teor de erotismo, pornografia, baixo calão e variados tipos de vulgaridade, incompatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Além disso, a Promotoria entendeu que o infante estava em permanente situação de risco de dano provocado por seus representantes legais que, no caso, eram seus genitores.

Ressaltou-se na ação que não se tratava de censura, mas de zelo pelo desenvolvimento físico, moral e social do adolescente, como também seria ação de cuidado com os frequentadores do espetáculo, maiormente indivíduos de faixa etária inferior aos 18 anos, que eram público alvo do artista. Mostrou-se que havia também risco para a plateia adolescente submetida às letras de músicas do repertório, motivo pelo qual a reprodução nos meios de comunicação não poderia, por si só, ser considerada expressão artística, pois o caráter danoso lhe retirava tal qualificação, ao gerar incidência prévia de outras normas que qualificavam a situação.

Ainda nesse sentido, reiterou-se o desrespeito à integridade dos adolescentes que iriam prestigiar o *show* do Mc Pedrinho, visto que seriam influenciados pelas

letras perniciosas e dotadas de vulgaridade, cantadas por um adolescente de 12 anos de idade, que acabaria por servir de modelo aos demais presentes no espetáculo, como também lhes faria expostos a danos psicologicamente irreparáveis.

Buscou o Ministério Público mostrar, em especial pelos textos das letras musicais anexadas à ação, o grau de vulgaridade das canções, que prejudicam o saudável desenvolvimento moral do adolescente, causam influência em indivíduos da mesma idade, além do desconforto às pessoas adultas também expostas ao referido conteúdo.

Nesse sentido, ressalta-se na presente pesquisa a legitimidade que o Ministério Público possui para postular em favor dos direitos das crianças e dos adolescentes, amparado pelo disposto no art. 129⁸, inciso III, da Constituição Federal, pelo art. 5^o, inciso I, da lei nº 7347/85, pelo art. 25¹⁰, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 8625/93, e por fim, pelos artigos 201¹¹, inciso V, e 210¹², inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O juízo de primeiro grau, em decisão liminar, ressaltou o disposto no art. 227 da Constituição Federal, que determina ser dever do Estado, da sociedade e da família o cuidado com crianças e adolescentes. Além disso, observou desobediência aos artigos 3^o, 5^o, 6^o, 17, 81, 148 e 243 do ECA, como também ao previsto na Convenção 138 da OIT e ao art. 7^o da CF, que proíbe trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos de idade e qualquer trabalho aos menores de 16 anos de idade, exceto na condição de aprendiz a partir dos 14. De acordo com a magistrada Mabel Viana Maciel, juíza de Direito da 3^a Vara da Infância e Juventude da comarca de Fortaleza, o trabalho desempenhado por Mc Pedrinho somente poderia ser permitido em caso de desenvolvimento de trabalho artístico compatível com suas necessidades pedagógicas e apenas se houvesse autorização judicial.

⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁹ Art. 5^o. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público.

¹⁰ Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

¹¹ Art. 201. Compete ao Ministério Público: V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3^o inciso II, da Constituição Federal.

¹² Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público.

Ademais, também fundamentou a decisão de acordo com o Decreto 6.481/2008¹³, onde constatou que o trabalho desenvolvido pelo cantor adolescente se encontra na lista das piores formas de trabalho infantil, e definidos como prejudiciais à moralidade, que são “aqueles prestados de qualquer modo em prostíbulos, boates, bares, cabarés, danceterias, casas de massagem, saunas, motéis, salas ou lugares de espetáculos obscenos, salas de jogos de azar e estabelecimentos análogos”, como também a:

[...] produção, composição, distribuição, impressão ou comércio de objetos sexuais, livros, revistas, fitas de vídeo ou cinema e cds pornográficos, de escritos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos pornográficos que possam prejudicar a formação moral (BRASIL, 2008).

Desse modo, a magistrada ressaltou que perante a vedação normativa, jamais se cogitaria a permissão do referido adolescente a apresentações artísticas, posto que seu trabalho se caracteriza como nocivo, visto que é realizado no período noturno, além de contar com a possível exposição ao abuso físico, psicológico e sexual. Ainda reiterou que pela idade do cantor, pela natureza da atividade que exerce, pela ausência de alvará para sua participação em eventos dessa natureza, pela exposição de crianças e adolescentes a conteúdo de forte conotação sexual, pornográfica e apologia ao uso de bebidas alcoólicas, a pretensão inicial foi deferida.

Nessa lógica, em cumprimento aos art. 1º, inciso III e art. 227 da Constituição Federal, aos art. 3º, 5º, 6º, 17, 81, 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a juíza acatou aos pedidos liminares interpostos pelo Ministério Público do Estado do Ceará. Assim, proibiu-se a realização da apresentação do Mc Pedrinho em Fortaleza que ocorreria no dia 31 de janeiro de 2015, sob pena de pagamento de multa.

Na ação civil pública foi realizado pedido para que fosse oficiada a Procuradoria Geral da República no Estado de São Paulo, localidade onde o adolescente reside, pela abrangência nacional do trabalho realizado pelo adolescente na mídia, como em rádios e televisões que possuem alcance em todo território brasileiro. Além disso, foi pedido

¹³ Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm

que fosse oficiado o Juízo da Infância e Promotoria de Justiça também de São Paulo, pois o jovem estaria sendo submetido por seus pais a uma realidade que possivelmente lhe causará danos irreparáveis.

Conclusão

Ao começo desse trabalho fizeram-se quatro questões em ordem sucessiva, que ora se pretendem responder, a título de conclusão.

Qual a origem e as características do trabalho infanto-juvenil?

A exploração da mão de obra infanto-juvenil possui sua origem conexas com o período da Revolução Industrial. Este trabalho se caracterizava por jornadas exaustivas, exposição das crianças e dos adolescentes a todos os tipos de riscos e danos à saúde. Estes eram facilmente contratados, pois recebiam salários menores que os dos adultos, o que era atraente aos olhos dos empregadores.

Diante dessa situação, houve a necessária regulamentação dos direitos dos trabalhadores, nisso incluindo os menores de 18 anos de idade, visando a devida proteção desses indivíduos. Dessa forma nasce o Direito do Trabalho com o intuito de protegê-los das condições degradantes no ambiente industrial.

Qual a proteção recebida pelo trabalhador infanto-juvenil no Brasil?

Com relação ao trabalho infanto-juvenil, atualmente, é vedado aos menores de dezesseis anos, exceto se aprendiz a partir dos quatorze de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 7º, inciso XXXIII, CRFB/88). De maneira mais específica, com relação ao trabalho artístico, não há regulamentação legal própria pertinente ao tema no Brasil. Entretanto, ao verificar legislação a respeito do labor do de criança e adolescente, de maneira geral, pode-se constatar que seu trabalho no campo das artes é considerado válido, desde que haja a devida assistência ou representação dos pais ou responsáveis e que seja cumprido o determinado pelo juiz, de forma que sempre se priorize o desenvolvimento da criança ou do adolescente, respeitando-se outros de seus direitos fundamentais.

Como a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará analisou o caso do artista mirim Mc Pedrinho?

No caso específico do artista mirim Mc Pedrinho, ocorrido em Fortaleza, o *Parquet* entendeu necessária sua intervenção em benefício do próprio artista mirim.

Verificou-se que a exposição do adolescente a um trabalho noturno, em local inapropriado à faixa etária do garoto, bem como também sua exposição às letras de um repertório musical de elevada conotação sexual, alto teor de erotismo, pornografia, baixo calão e vulgaridade, não seria compatível com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. A ação foi acolhida pelo Judiciário local.

O caso fere a liberdade de expressão artística do adolescente, ou houve a necessária proteção por vulnerabilidade em razão da idade?

Não se teria caracterizado ferimento à liberdade de expressão, eis que tal liberdade não é absoluta e que seu exercício deve ser realizado em respeito a outros direitos fundamentais da criança e do adolescente. No caso, os responsáveis legais do cantor, seus pais, não teriam exercido de maneira adequada o poder familiar para garantir a proteção do filho, principalmente no que diz respeito à sua integridade física e psicológica. Em aplicação ao princípio da subsidiariedade, e de acordo com o art. 227 da Constituição Federal e normas infraconstitucionais do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ao lado de dispositivos do Direito do Trabalho, a atuação do Ministério Público do Estado do Ceará fez-se imprescindível, visto a necessidade de amparo ao adolescente pela sua vulnerabilidade, priorizando-se o seu desenvolvimento integral.

Referências

AGUIAR, Simone Coelho; HISSA, Carolina Soares. O princípio da subsidiariedade e a consecução dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado brasileiro. In: CONPEDI/UNB/UCB/IDP/UDF (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2016. p. 386-402. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/yoi48ho/6e66rwjx/LEZF23Ec4KI86HYI.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n.º 35, 1995, pp. 13-52. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470/1399>>. Acesso em: 2 dez nov. 2016

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. O trabalho juvenil como panaceia: uma desconstrução. In: CARACIOLA, Andrea Boari, ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, FREITAS, Aline da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente 20 anos**. São Paulo. Editora LTr. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Decreto n. 99.710, de 11 novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso 6 jun 2016.

_____. Decreto nº 6481, de 12 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 30, alínea “d”, e 40 da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências.. **Decreto Nº 6481**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm>. Acesso em: 2 dez. 2016.

_____. Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Lei nº 8.625**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 2 dez. 2016.

_____. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador / Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. 2. ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Crianças fazendo arte: o trabalho infantil artístico. In: CONPEDI/UNB/UCB/IDP/UDF (Org.). **Direitos e garantias fundamentais I: XXV Encontro Nacional do CONPEDI - Brasília/DF**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2016. p. 228-243. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/yoi48ho/54u7u299/7d6c223UECcI8zNl.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

CAVALCANTI, Thais Novaes. **Direitos fundamentais e o princípio da subsidiariedade**. Osasco: Edifio, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____; DIAS, Fábio Muller Dutra. **Trabalho infantil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Ana Luísa Leitão. **O trabalho artístico da criança e do adolescente**. 2013. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Idade mínima para admissão** – Convenção nº 138/OIT.

_____. **Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação** – Convenção nº 182/OIT.

OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho e profissionalização de adolescente**. São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Poder familiar contemporâneo: o dever dos pais, da sociedade e do Estado em face da criança e do adolescente**. O papel do Conselho Tutelar. Fortaleza: Boulesis, 2016.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho**. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (Org.). *Direito do trabalho – direitos humanos*. São Paulo: BH Editora, 2006. p. 541-566.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Medellín, n. 97, 1996, p. 10-32. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6603/6086>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A POSSIBILIDADE DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-4>

Nardejane Martins Cardoso¹

INTRODUÇÃO

Educação é um bem humano, considerada pelo ordenamento jurídico, um direito fundamental. O significado da palavra é plurívoco, significa que educação pode ser compreendida como processo que se realiza durante a vida humana, pode ser um serviço público ou particular, pode ser um dever, também.

Contudo, frise-se que a amplitude de conceitos não retira a importância da educação para a pessoa humana. Há um reconhecimento universal do impacto educacional na vida individual e nas comunidades.

O mundo está preocupado com a educação, mas ao mesmo tempo, não está, porque não conseguem definir o que é educação. A educação de qualidade é o quarto objeto de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas: “Garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” (ONU, 2020, *online*).

Não há dúvidas que a educação é processo que acompanha toda a vida de um ser humano. As pessoas estão em constante aprendizagem. Mas a questão principal é: o que é educação de qualidade?

O presente trabalho não tem o escopo de responder a esta difícil questão, o que importa neste artigo é apresentar pesquisa relativa à educação domiciliar no Brasil e se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que neste ano de 2020, completa 30 anos, colide com a possibilidade dos pais ou responsáveis de optar pelo *homeschooling*.

Para além do tema específico, é importante refletir sobre a educação de forma ampla, haja vista que a opção de famílias brasileiras pela educação domiciliar está

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Integrou o Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). Membro da Comissão de Direito de Família da OAB-CE. Professora do Centro Universitário Fanor e do Centro Universitário INTA. Advogada.

relacionada à (falta de) qualidade da educação escolar. E a confusão sobre o termo educação enseja por vezes a percepção equivocada pela sociedade e agentes públicos (p. ex., Ministério Público) que pais que educam em casa estão negligenciando a educação de seus filhos (CARDOSO, 2018, p. 154).

A partir da ideia de que a educação é direito, tem-se que também é dever, e que existem sujeitos destinatários do direito e titulares do dever. Nesse aspecto, o texto constitucional brasileiro deixa claro que a família e o Estado são os devedores, enquanto de forma difusa a sociedade é corresponsável pela educação. Os titulares são todos, mas de forma específica, sabe-se que a criança e o adolescentes são os destinatários da educação.

Em que pese a aparente objetividade do estabelecido normativamente, há fluidez e controvérsias sobre a educação, ensino, escolarização, e, por consequência, dos papéis de cada um dos atores envolvidos na realização do processo formativo da pessoa: família, escolas, agentes públicos, estudantes, professores etc.

Criaram-se as instituições de ensino, as escolas, para cumprir um papel de universalização do acesso à educação. Logo, pais e mães, no Brasil, são obrigados a realizar matrículas e velar pela frequência escolar. E o Estado é responsável por criar instituições e subsidiá-las diretamente, ou permitir e fiscalizar iniciativas privadas educacionais.

Apesar das determinações do ordenamento jurídico, a compreensão do sistema educacional, da escolarização, e da educação em si não é tão simples. A divisão de tarefas não é estabelecida de forma clara, e, por vezes, submerge no debate público, acadêmico, político e social a questão de quem é o dever de educar? – dos pais? Do Estado? Das escolas? Dos professores?

Definido o escopo da pesquisa de analisar se a obrigação da matrícula impede a Educação Domiciliar, a metodologia utilizada para sua realização, é bibliográfica, quanto às fontes e materiais utilizados, sobretudo, publicações especializadas, periódicos, bem como legislações e documentos jurídicos e legais publicados. Classifica-se também como pesquisa descritiva, pois expõe a relação entre o *homeschooling* e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (LAKATOS, MARCONI, 2017).

Com relação à organização do trabalho: no primeiro tópico aborda-se a questão do direito à educação a partir do ECA. No segundo, apresenta-se o contexto do

homeschooling no Brasil. E, finalmente, no último tópico, apresentam-se os dois projetos no âmbito federal, que podem modificar o ECA para garantir o direito à opção pela educação domiciliar na legislação.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A educação começa em casa. Isso porque o primeiro espaço de convivência da criança é a família. O fato é compreendido no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, haja vista a previsão que a transmissão cultural, de saberes, hábitos, crenças e perspectivas de vida é dos pais, no contexto do poder familiar. Eis a redação do artigo 22:

Art. 22. **Aos pais incumbe** o dever de sustento, guarda e **educação dos filhos menores**, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. **A mãe e o pai, ou os responsáveis**, têm ***direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados*** no cuidado e **na educação da criança**, devendo ser **resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas**, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.² (grifo nosso)

A base do ECA está na Constituição de 1988, que prevê no art. 227, *caput*, a família como primeiro ator responsável pela efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Além deste detalhe do texto constitucional, a Declaração de Direitos Humanos de 1948 das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, dispõe no art. 26, ponto 3: “*Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.*” (grifo nosso). Nesse sentido, Alexandre Magno Fernandes Moreira (2017, p. 57) afirma:

Para começar, é preciso relembrar a distinção entre *educação* e *instrução*. A educação designa com amplitude todo o processo de transmissão e aquisição de conhecimentos, valores e hábitos, principalmente de uma geração para outra. As finalidades da educação dizem respeito à formação integral do ser humano, em

²O parágrafo único foi acrescido pela Lei n. 13.257 de 8 de março de 2016, que dispõe sobre as políticas para a primeira infância, e entre outras legislações, alterou o ECA.

nível individual (busca máxima concretização do potencial de cada pessoa) e social (internalização dos valores e regras de comportamento vigentes na comunidade da pessoa); além disso, a educação conta também com caráter instrumental, pois busca transmitir conhecimentos específicos para utilização no mercado de trabalho. Nesse sentido, e de acordo com o art. 205 da *Constituição Federal*, a educação tem as seguintes finalidades: *pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.*

A partir do artigo 53 do ECA estão as disposições sobre o direito à educação da criança e do adolescente. Segundo o Estatuto, a educação tem três escopos principais: pleno desenvolvimento da pessoa; preparação para exercício da cidadania; e, qualificação para o trabalho. Coerente com a Constituição de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação no Brasil de 1996, enfoca na questão da igualdade de acesso ao sistema escolar e o respeito à criança e ao adolescente.

Dispositivo interessante sobre a participação da família na educação, é o parágrafo único do artigo 53 do ECA, que tem a seguinte redação: “**É direito dos pais ou responsáveis** ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais” (grifou-se). A legislação não define ou aponta como ocorre a participação, mas, claramente, há a intenção de fomentar a presença dos pais, como atores ativos, do processo educativo formal.

Se a educação começa no âmbito doméstico, no percurso de desenvolvimento da criança, ela alarga-se, em harmonia com o direito à convivência familiar (para além da familiar nuclear, a família ampliada) e comunitária (que, também, não se pode reduzir à escola, afinal, existem outros espaços de convivência e socialização – clubes, comunidades religiosas, vizinhança, cursos de educação complementar, academias, etc.).

A continuidade da educação significa que a escola é extensão da casa, e, portanto, a participação da família é essencial. Não no sentido de tolher a liberdade da criança, na medida em que adquire a sua autonomia, mas para a orientação e repasse de tradição e saberes, que foi reconhecida pela própria legislação como direito dos pais ou responsáveis.

Até este ponto da legislação, não existem problemas com relação ao reconhecimento do *homeschooling*. Contudo, o artigo 55 do ECA dispõe que os pais ou responsáveis são obrigados à realização da matrícula da criança. A questão que se

apresenta é exatamente se este dispositivo veda a educação domiciliar, e, portanto, precisa ser modificado, ou se há possibilidade de realizá-la, sem o receio de descumprimento do poder familiar.

Isto, porque, o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, pode ensejar a perda ou suspensão deste, conforme o artigo 24 do ECA³. Por mais paradoxal que pareça, os pais podem ser processados por estarem educando diretamente os filhos, por se compreender e reduzir a obrigação parental à matrícula na rede regular de ensino. Assim,

[...] Ao que parece, não há descumprimento de deveres inerentes ao poder familiar, ou demais institutos de proteção da criança e do adolescente no contexto familiar. A ausência da legislação, a compreensão de que a família possui deveres educacionais e o fato de pais estarem adotando a modalidade alternativa, implicam a estrutural de modo a facilitar o acesso à educação. (CARDOSO, 2018, p. 147)

Por isso, é importante entender que a educação é ampla, não pode ser reduzida à instrução ou ensino. Os pais ou responsáveis por crianças e adolescentes têm o dever de educar, no sentido amplo, envolve tanto a educação moral, quanto a formal. A questão é que as escolas são extensões da educação. A visão de que a prioridade da escolha da modalidade de ensino é das famílias e não do Estado ou outra instituição da sociedade, guarda coerência com a valorização do núcleo familiar como base da sociedade.

2 O HOMESCHOOLING NO BRASIL

A Educação Domiciliar não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de previsão legal, foi apontada pelo recente julgamento do STF (RE n. 888.815/RS) em 2018, como empecilho para a possibilidade de realização do homeschooling. A maioria dos ministros compreendeu que a prática não é inconstitucional, mas que para ser realizado precisa de regulação estatal, além de que

³“Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

deve ser na modalidade de *homeschooling* utilitarista⁴ (CARDOSO, 2018, p. 168). Deste julgamento, teve-se o Tema 882: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

Desde 1994 existem projetos de legislação no âmbito federal. Diante da demora para aprovação das legislações propostas, diversas câmaras e assembleias legislativas por municípios e estados do Brasil estão elaborando projetos, existindo, inclusive, legislações aprovadas em Vitória (Espírito Santo) e Cascavel (Paraná).

Todas as propostas não confrontam com a disposição das legislações federais, ou mesmo da Constituição, haja vista que dispõem sobre a necessidade de comunicação às autoridades competentes e vinculação da criança às escolas, por intermédio da matrícula. A fiscalização estatal, supera a necessidade da frequência, que tem como escopo, exatamente, observar se ocorre a evasão escolar, que significa sobretudo a ausência da realização da educação na perspectiva técnica. Nesse sentido, ressalta-se a necessidade da regulamentação:

[...] é imperativo perceber que a regulamentação da educação domiciliar no Brasil é imprescindível, sendo também indispensável a intervenção de um órgão estatal legalmente constituído para verificar se realmente as crianças educadas em casa não estão sofrendo qualquer forma de reprimenda intelectual, social, e, principalmente, física ou psicológica, visto que nunca é demais lembrar que esta modalidade de ensino deve ser aplicada como uma forma de beneficiar o desenvolvimento da criança ou do adolescente em todos os âmbitos de sua vida (SÃO JOSÉ, 2014, p. 176)

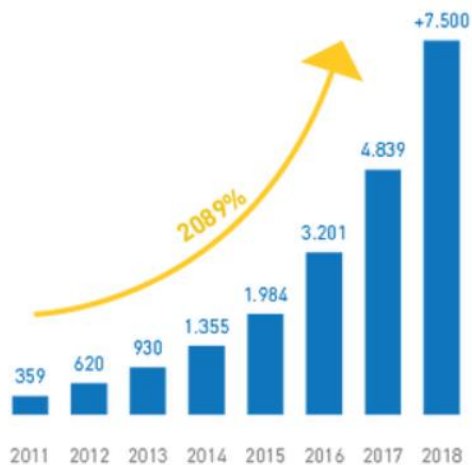
A importância da legislação que preveja a educação domiciliar parte tanto da segurança jurídica para as famílias educadoras, como da fiscalização compatível com os princípios do melhor interesse da criança e proteção integral, presentes na Constituição de 1988 e no ECA. Independente da escolha da modalidade de ensino, os direitos da criança e do adolescente são os mesmos, e violações à dignidade devem ser erradicadas. Isso não significa, todavia, impor requisitos e restrições ao *homeschooling*, que possam desnaturar seu significado, isso porque:

⁴O voto do redator, Min. Alexandre de Moraes, reforçou que a educação domiciliar não pode ser escolhida sem justificativa pelos pais ou responsáveis pela criança. Eles consideram que a desescolarização radical e moderada, bem como o *homeschooling* puro seriam inconstitucionais.

A educação domiciliar é uma modalidade de ensino que não obedece a uma lógica única, massificada para todas as famílias, por basear-se no princípio da soberania educacional da família, ou seja, seu fundamento é a liberdade de cada família determinar como será realizada a educação de seus filhos. [...] (MOREIRA, 2017, p. 61)

De acordo com a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) existiam mais de 7.500 (sete mil e quinhentas) famílias realizando o *homeschooling* em 2018. Um número expressivo, que mais que dobrou, se comparado com a quantidade de famílias mapeadas em 2016 (certa de 3.201 famílias *homeschoolers*).

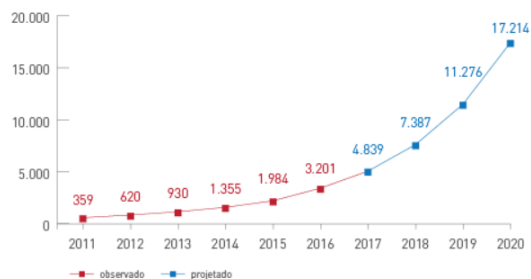
Figura 1. Crescimento real da Educação Domiciliar no Brasil



Fonte: (ANED, 2018, *online*)

A ANED faz projeções que talvez, neste ano de 2020, somem mais de 17.000 (dezesete mil) famílias, no Brasil, optantes pela educação domiciliar. Há uma certa dificuldade em precisar o número de famílias, haja vista o receio quanto à possibilidade de perseguição por realizar um método alternativo ao sistema escolar. Ainda assim, são dados que indicam uma necessidade de segurança jurídica aos pais e responsáveis que decidem optar pela Educação Domiciliar. Sobretudo, porque envolve a formação de crianças e adolescentes.

Figura 2. Gráfico de crescimento da educação domiciliar no Brasil



Fonte: (ANED, 2018, *online*)

Falar em Educação domiciliar não significa o fim da escola. Conforme explica Olivier Reboul (2017, p. 46) tanto a família, quanto a escola são instituições educativas, com tarefas diferentes e complementares, para o filósofo da educação, não pode haver monopólio da escolarização, pois, “[...] O monopólio da escola, ou onde ele tende a impor-se, é patológico; prova que a sociedade se tornou antieducativa”

Destarte, é importante ressaltar que a defesa de uma opção não significa a erradicação de outra. A pluralidade de modalidades de educação é um indicativo de respeito à pluralidade de ideias presente na legislação educacional como pluralismo de concepções pedagógicas. Além, do respeito à dignidade da criança e do adolescente.

Há perspectiva negativa de que a socialização da criança *homeschooler* restaria prejudicada diante da ausência da vivência escolar rotineira. Contudo, as afirmações, bem exemplificadas por Adna Souza Barbosa (2019, p. 16): “Criança precisa aprender com outras crianças da sua idade”; “A criança precisa ter contato com outras visões de mundo [...]”; ou, “importante os conflitos entre as crianças para que elas aprendam a resolver seus problemas [...]” são falaciosas e não se sustentam.

Isso não significa que a escola seja uma instituição fadada ao fracasso ou que vá desaparecer. Por vezes, a emergência do *homeschooling* pode significar a necessidade de revisão do sistema escolar, que pode ser aprimorado. E isso tem relação com o escopo da escola, afinal, definir o sentido de uma instituição tão complexa é saber que impacto ela pode causar na vida das pessoas. A escola não pode ser instrumento de alienação, mas de proporcionar a educação complementar e coerente com os valores sociais e familiares.

3 A NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Se o ECA contém norma que obriga a matrícula de forma compulsória, com o descumprimento que configura infração administrativa de violação aos deveres do poder familiar, pode-se afirmar que precisa, necessariamente, de modificação para permitir-se a Educação Domiciliar no Brasil?

Atualmente, existem projetos de lei no âmbito do Congresso Nacional, que visam a modificação do ECA. O Projeto de Lei do Senado n. 490 de 2017 (de autoria do Senador Fernando Bezerra Coelho – PMDB/PE) aponta tanto a modificação do ECA, quanto a LDB, no sentido de dispor que a educação domiciliar seria uma exceção⁵.

Na LDB acrescenta-se o artigo 6^a-A: “Mediante **manifesto interesse dos pais ou responsáveis, o dever de que trata o art. 6º poderá ser efetivado por meio da oferta de educação domiciliar**, nos termos do art. 23, §§ 3º e 4º desta Lei” (grifou-se). Já no ECA, as mudanças ocorrem no artigo 23, que recebe mais dois parágrafos – 3º e 4º⁶; e, o artigo 55, que passa a ter um parágrafo único: “Mediante manifesto interesse dos pais ou responsáveis, o dever de que trata o caput poderá ser efetivado por meio da oferta de educação domiciliar, nos termos da lei e do regulamento próprio”

Na justificativa do projeto ressalta-se a questão da insatisfação com o sistema educativo brasileiro, bem como a difusão da prática ao redor do mundo. Ressaltou também, que há uma perseguição infundada às famílias *homeschoolers* no Brasil, como se estivessem cometendo o crime de abandono intelectual. Isso aconteceria pela falta de previsão legal, coerente com o próprio texto constitucional, que em nenhum

⁵“Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica.”

⁶“§ 3º A educação básica obrigatória poderá ser desenvolvida na modalidade domiciliar, sob a orientação dos pais ou responsáveis, mediante autorização específica e supervisão do respectivo sistema de ensino, nos termos do regulamento.

§ 4º A oferta de educação básica domiciliar observará as seguintes condições: I – respeito integral aos direitos da criança e do adolescente; II – cumprimento da base nacional comum curricular; III – garantia de padrão de qualidade; IV – avaliação de rendimento periódica, por meio de exames nacionais e do respectivo sistema de ensino; V – acompanhamento e fiscalização pelo Poder Público.”

ponto exclui a educação domiciliar. A ideia da proposta é conferir amparo legal às famílias.

O Projeto de Lei n. 3.179/2012 pretende, também, a regulamentação da Educação Domiciliar no âmbito nacional, com a alteração da LDB, para acrescentar parágrafo no artigo 237, que possibilitaria o *homeschool*, como alternativa para pais e tutores. E no mesmo sentido que outros projetos, prevê a necessidade de fiscalização, avaliações periódicas pelo sistema educacional.

Neste projeto estão apensos outros, por exemplo, o enviado pela Presidência da República em 2019, o Projeto de Lei n. 2401/2019, que prevê também a alteração do ECA, e indica a possibilidade de perda do direito à opção pelo *homeschooling* nos casos em que se verificar negligência. Além disso, o art. 15, do PL 2401/2019⁸, apresenta a mudança do artigo 55, possibilitando que ao invés de matricular os filhos na rede escolar de ensino, os pais declarem a opção pela educação domiciliar.

CONCLUSÃO

A educação é direito de todos, especialmente, das crianças e adolescentes, pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento. À educação no Brasil deve ser conferido um conceito amplo, e não a limitar ao conceito de instrução, de ensino, ou, de escola. Por ser direito fundamental, deve ser garantida a todos, sem qualquer discriminação, e o dever estatal não é de proibir modalidades diversas de educação, mas de fomentar o acesso e participação da família, inclusive, as possibilidades de protagonismo dos pais e responsáveis.

Nesse contexto, o trabalho, desenvolve um panorama da situação atual do *homeschooling* no Brasil a partir da legislação existente. Em 2018, o STF entendeu que seria necessária a regulamentação, muito embora a educação domiciliar fosse constitucional. Ao analisar o ordenamento, percebe-se que a finalidade da legislação é

⁷“§3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais”

⁸“ Art. 15. A Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 55. Os pais ou os responsáveis têm a obrigação de: I - matricular seus filhos ou seus pupilos na rede regular de ensino; ou II - **declarar a opção pela educação domiciliar**, nos termos da lei.’” (grifo nosso)

evitar a evasão no sentido de que nenhuma criança ou adolescente sofra negligência. Não há vedação expressa aos pais educarem seus filhos diretamente.

Por fim, conclui-se que a modificação do ECA e LDB, por intermédio dos projetos de legislação em trâmite são importantes, mas os dispositivos legais não proíbem a prática do *homeschooling*. Haja vista que ao se realizar interpretação sistemática do Estatuto, observa-se a prioridade na educação e formação dos filhos, que é conferida aos pais, por meio do poder familiar, e que, portanto, é direito da família a transmissão dos saberes, cultura e a escolha pelo modelo de educação.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED. **Dados sobre a educação domiciliar no Brasil**, 2018. Disponível em: <https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-brasil>. Acesso em: 07 out. 2020.

BARBOSA, Adna Souza. **Socialização escolar**: a socialização que não deu certo. São Paulo: Amazon, 2019.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular**, 2018. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3179**, de 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2401**, de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198615>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 490**, de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131857>. Acesso em: 09 out. 2020.

CARDOSO, Nardejane Martins. **O direito de optar pela educação domiciliar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de pesquisa**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Objetivos de desenvolvimento sustentável 4: educação de qualidade, 2020**. Disponível em: <https://brasil.un.org/index.php/pt-br/sdgs/4>. Acesso em: 07 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.

SÃO JOSÉ, Fernanda. **O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

REBOUL, Olivier. **Filosofia da educação**. Tradução de António Rocha e Artur Morão. Portugal: Edições 70, 2017.

5. POLÍTICA JUDICIÁRIA VOLTADA PARA DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-5>

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante¹

INTRODUÇÃO

A proteção da criança e do adolescente em âmbito judicial ganhou maior relevância no Brasil a partir da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 (CF/88) e das disposições estabelecidas pela Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), especialmente por ter sido consagrada a doutrina da proteção integral envolvendo família - sociedade - Estado, e por ter sido reconhecido o status da criança como sujeito de direitos.

Um dos mais importantes impactos do ECA diz respeito ao estabelecimento de direitos e deveres para todas as crianças e adolescentes, visando modificar o tratamento diferenciado a 'menores carentes ou infratores', enquanto a legislação anterior, o Código de Menores, continha medidas que eram aplicadas somente aos 'menores em situação irregular'. O ECA estendeu a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, considerados 'pessoas em desenvolvimento e condição peculiar' com 'prioridade absoluta' (SILVA, 2001, p. 68).

Tal reconhecimento deve nortear políticas públicas e a atuação das autoridades acerca da matéria de infância e adolescência. Isso importa na intervenção de diversos órgãos e profissionais para que haja a efetivação dos direitos dos infantes. Embora tais agentes possam dispor de atribuições específicas, sua responsabilidade encontra-se na apuração e busca pela solução dos problemas existentes no meio infanto-juvenil.

De acordo com informações da Secretaria de Direitos Humanos da República do Brasil, no ano de 2016, 17,5 mil casos de violência envolvendo menores foram denunciados por meio do canal de atendimento Disque 100, do Ministério dos Direitos Humanos. A maior parte das denúncias referia-se aos crimes de abuso sexual (72%) e

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Pós-graduada em Direito e Processo Constitucionais. Integrou como pesquisadora o projeto 'A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017', classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Advogada.

exploração sexual (20%), e as demais estavam relacionadas a outras violações (BRASIL, 2017).

Dados da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, do ano de 2019, demonstram que a violência mais atendida nas unidades de saúde brasileiras, contra crianças e adolescentes de 0 a 13 anos, foi o estupro, que ocorre na própria casa da vítima em 58% dos casos. Entre aqueles com 10 a 19 anos, a violência sexual é igualmente a mais sofrida, e, em grande parte contra as meninas. Os agressores são, na maioria dos casos, os próprios pais, padrastos, familiares, namorados ou pessoas conhecidas das vítimas. Dados mundiais assemelham-se: 90% das adolescentes de diversas nacionalidades, vítimas de violência sexual, denunciam que o autor da primeira violação era alguém próximo ou conhecido. Infelizmente, apenas 1% delas procura ajuda profissional após o estupro pelo medo da rejeição social e familiar, e pelas ameaças sofridas pelo agressor².

Além disso, são comumente detectadas práticas de ódio e intolerância contra meninas e mulheres, pobres, pretos e pardos, indígenas, pessoas em situação de rua, homossexuais e LGBTs, pessoas com deficiência e pessoas com diferentes formatos de corpos, diferentes pensamentos, religiões, hábitos ou culturas.

Dia após dia, milhares de crianças se tornam vítimas e testemunhas dos mais diversos tipos de violência, e, diante desse fato, verificou-se a importância da criação de serviços especializados para escuta desses menores no sentido de trazer subsídios aos processos judiciais, o que provocou, conseqüentemente, a necessidade de se firmar uma ação mais coordenada no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o CNJ, na busca por estabelecer uma política para a oitiva especial de crianças que integrasse instituições jurídicas às políticas e organizações da sociedade civil, estabeleceu diretrizes por meio da Recomendação n. 33/2010, e, em razão disso, posteriormente, foi sancionada a Lei n. 13.431/2017, corroborando com seus direcionamentos.

Diante da relevância do tema, é necessário averiguar, a partir do foco de ações desenvolvidas pelos Tribunais e pelo CNJ, quais as estratégias da política judiciária para melhorar a atuação jurisdicional e contribuir com a eficácia dos objetivos da Lei

² Flaeschen, Hara. Sobre a violência contra crianças, adolescentes e jovens brasileiros. ABRASCO (Associação Brasileira de Saúde Coletiva), 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2HF718T>. Acesso em: 01 set. 2020.

n. 13.431/2017, analisando, para tanto, a importância do trabalho integrado com a atuação do MP.

I POLÍTICAS DESENVOLVIDAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA OITIVA DE CRIANÇAS

Nos últimos anos, o CNJ tem trabalhado no sentido de estimular a atuação do Poder Judiciário, buscando estabelecer, de modo mais sistemático, uma política para a oitiva especial de crianças, definindo diretrizes para aprimoramento e implementação de um sistema eficaz de proteção à infância e à juventude.

A primeira experiência com a escuta humanizada da criança e do adolescente, no Brasil, ocorreu em 2003, com o nome de “Depoimento sem Dano”. Em julho de 2008 houve a primeira audiência pública com a participação do Dr. José Antônio Daltoé Cezar, à época, magistrado e idealizador do projeto de Lei 35/2007, no Senado Federal, que propunha acrescentar a Seção VIII ao Capítulo III - Dos Procedimentos - do Título VI - Do Acesso à Justiça, da Parte Especial da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA), dispondo sobre a forma de inquirição de testemunhas e produção antecipada de prova no tratamento dos delitos tipificados no Capítulo I, do Título VI, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal, com vítima ou testemunha criança ou adolescente, além de acrescentar o art. 469-A ao Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal -CPP).

Uma importante iniciativa do referido Órgão foi a instituição oficial do Fórum Nacional da Infância e da Juventude (Foninj), que se deu por meio da Resolução n. 231/2016 e Portaria n. 16/2017, do CNJ. O evento ocorreu em 06/04/2017 e suas finalidades principais foram:

- (A) Apresentar orientação de trabalhos desenvolvidos pelas Coordenadorias da Infância e da Juventude dos estados e do Distrito Federal;
- (B) Facilitar a interlocução entre os órgãos da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça da Infância e da Juventude, as Coordenadorias da Infância e da Juventude e o CNJ;
- (C) Viabilizar soluções mais rápidas e eficientes das demandas relacionadas à implementação de políticas públicas, no âmbito do Poder Judiciário, para crianças e adolescentes (CNJ, 2017).

A Recomendação n. 33/2010 do CNJ surgiu em razão da existência de um grande número de processos judiciais envolvendo menores e da problemática de como o próprio Judiciário poderia intervir da melhor forma para dirimi-los. Vale destacar que o objetivo principal da Recomendação foi orientar os Tribunais brasileiros acerca do modo de coleta de depoimento apontando para a necessidade de implementação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

Em razão disso, a Lei Federal de n. 13.431 foi sancionada em abril de 2017 com o desiderato de corroborar com os direcionamentos pontuados pelo CNJ e instituir um sistema de garantia de direitos. Com a Lei, surgiram os mecanismos do Depoimento Especial (DE) e da Escuta Especializada (EE), fundamentais à proteção infanto-juvenil no momento de produção de provas processuais.

Tais métodos de oitiva se diferem tanto em âmbito de conceituação quanto na forma de aplicação. Por um lado, a “escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade” (art. 7º da Lei n. 13.431/2017). Por outro lado, “o depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária” (art. 8º da Lei n. 13.431/2017).

O DE se difere da inquirição processual tradicional por apresentar características mais humanizadas, sob um viés de proteção dos direitos infanto-juvenis, ao passo que a EE apresenta apenas um caráter investigativo acerca da ocorrência em caso concreto. No DE, “o objetivo a ser atingido é, não somente a produção de prova, mas, e, sobretudo, a valorização da palavra da criança quando ouvida em audiência, sendo esta respeitada em sua condição de sujeito de direitos” (HOFFMEISTER, 2012, p. 56).

Portanto, as políticas delineadas pelo CNJ têm propiciado discussões e mudanças no modo de condução das audiências envolvendo crianças, tendo em vista que as disposições da Lei são obrigatórias e que foram lançadas estratégias por meio do Foninj, da Recomendação e principalmente da Lei, o que estimula o desenvolvimento de políticas judiciais que direcionem e facilitem a própria atuação judicial.

II POLÍTICA JUDICIÁRIA PARA VIABILIZAÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL (DE)

Em virtude da necessidade de garantir os direitos dos menores, torna-se relevante verificar a forma como eles têm sido tratados pelos órgãos da Justiça. “É fundamental compreender que no âmbito do Judiciário, questões relativas à escuta da criança e do adolescente vêm possibilitando mudanças nos paradigmas dos operadores do Direito na perspectiva de dar voz às crianças, que anteriormente eram alijadas deste processo.” (HOFFMEISTER, 2012, pp. 34-35).

Primeiramente, é necessário compreender que as políticas judiciárias possuem especificidades que as diferem das políticas públicas governamentais tradicionais, tendo em vista que buscam a efetividade do gerenciamento dos Tribunais. De acordo com Silva, Abreu e Florêncio (2011, p.126), o conceito de política judiciária pode ser classificado como:

O conjunto de ações formuladas e implementadas pelo Poder Judiciário em sua própria esfera para o aprimoramento de sua atuação e efetivo exercício de suas atribuições. As políticas judiciárias ocorrem a partir da identificação, análise e diagnóstico dos problemas que afetam a função jurisdicional do Estado, podendo abranger, entre outros aspectos: a definição de normas; a articulação de recursos humanos, financeiros e tecnológicos; a fixação de metas, diretrizes e estratégias para o tratamento da litigiosidade; a implementação de soluções e filtros pré-processuais; a modernização da gestão judicial; a coleta sistemática de dados estatísticos; a avaliação permanente do desempenho judicial; a efetivação racional do acesso à justiça; e a análise e o estudo de propostas de reformas e modificações processuais para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Importa salientar que a iniciativa de DE no Brasil partiu do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e que bem antes da existência da Lei n. 13.431/2017, já havia implantação de sala para o expediente nesse tribunal, contando com profissionais da psicologia e do serviço social.

A organização administrativa para recebimento dos casos que dão ensejo a processos judiciais ocorre da seguinte forma: a) a partir da denúncia, a demanda é direcionada ou ao Conselho Tutelar ou à Delegacia Especializada; b) o Conselho notifica o Ministério Público e aplica as medidas de proteção à criança e ao

adolescente, realizando acompanhamento temporário ao passo que a Delegacia deve iniciar a investigação e apresentar relatório ao c) membro do Ministério Público, que por sua vez, oferecerá a denúncia e qualificará o crime, encaminhando ao d) Poder Judiciário para instrução e julgamento do caso.

De acordo com os artigos 13 e 245 do ECA, os casos envolvendo suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente devem ser obrigatoriamente notificados ao Conselho Tutelar da cidade.³

Para os casos onde o adolescente incorrer em ato infracional, assumindo, portanto, a figura de agente do crime e não de vítima, há necessidade de realização de escuta especializada visando coibir possíveis agressões institucionais que o jovem possa vir a sofrer durante a condução até a delegacia, situação comum em nosso país.

No procedimento de DE, o principal foco é retirar o menor do ambiente hostil que muitas vezes pode parecer a audiência, empregando, para isso, protocolos específicos de entrevistas, de modo a evitar maiores traumas na vida da criança. A Lei n. 13.431/2017 dispõe que esse procedimento deverá ser realizado em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da vítima ou testemunha de violência, regendo-se por protocolos (arts. 10 e 11).

Portanto, os Fóruns precisam, obrigatoriamente, dispor de espaços estruturados e adaptados para a realização de entrevistas reservadas com os menores. Além disso, é necessário que profissionais especializados, como psicólogos e assistentes sociais atuem no campo sócio-jurídico no sentido de esclarecer os procedimentos a serem adotados adequando-se à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente e conduzirem as entrevistas forenses.

De acordo com dados do CNJ, no ano de 2018, 24 dos tribunais estaduais do país (89%) haviam instalado local para o depoimento especial. Então, o CNJ elaborou a Resolução CNJ n. 299/2019, que determinou que os tribunais de todo o país teriam

³ **Art. 13 (ECA).** Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 245 (ECA). Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

180 dias, a contar de dezembro de 2019, para apresentar ao Conselho estudos para criar varas especializadas destinadas a receber processos que envolvam crianças.

Assim, Paraíba e Ceará instalaram sala adaptada no ano passado. No Ceará a aplicação do procedimento do DE se iniciou somente em 2019. A 12^a Vara Criminal do Fórum Clóvis Beviláqua, na Comarca de Fortaleza, é a responsável pelo processamento de casos que envolvem crianças vítimas de violência sexual. Já o Tribunal do Rio Grande do Sul desenvolveu antes dos demais estados uma metodologia paradigmática a partir do olhar de diferentes profissionais qualificados.

O TJRS se empenhou por meio de iniciativa do desembargador José Antônio Daltoé Cezar, a viabilizar políticas judiciárias, em parceria com o governo gaúcho, promovendo, inclusive, cursos de capacitação para servidores, de modo a apresentar a técnica mais humanizada das oitivas, preservando a dignidade dos menores nos expedientes praticados pelo Judiciário. Um projeto-piloto foi implantado no ano de 2003, (antes da Recomendação do CNJ e da instituição da Lei), no 2^o Juizado da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, que utilizava um método especial de tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas e/ou testemunhas de violência⁴.

Contudo, essa ainda não é uma realidade percebida em todos os tribunais, seja por escassez de recursos, por falta de equipamentos, falta de capacitação de funcionários etc. Alagoas, Rondônia e Tocantins passaram por problemáticas orçamentárias no ano de 2017 (CNJ, 2018), motivo pelo qual se tornou inviável a implantação de salas especializadas naquele ano.

Em abril de 2019, a Secretaria Nacional de Justiça, juntamente com o CNJ, promoveu uma reunião para discutir a efetivação plena das previsões legais que previnam a revitimização de crianças e adolescentes, Nesse diapasão foram debatidas questões referentes à determinação de que seja realizado um reordenamento do Sistema de Garantia de Direitos para essas vítimas.

No Ceará constatou-se que, no setor da 12^a Vara há uma sala destinada à realização do expediente do DE, que até o ano de 2019, era inutilizada por falta de capacitação do pessoal. Um atendimento multidisciplinar era oferecido às vítimas desde o momento de formalização da denúncia.

⁴ TJRS, Depoimento Especial, Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ). Disponível em: <http://jij.tjrs.jus.br/cij.php?pagina=cij-depoimento-especial>. Acesso em 11 set. 2020.

Antes de 2019, por mais que o expediente do DE ainda não fosse efetivamente realizado na Comarca de Fortaleza/CE, houve um avanço no que pertine às políticas judiciárias do TJCE, tendo em vista que foram disponibilizadas: sala de acolhimento, sala de espera, sala de DE, sala de audiência, e equipamentos. Hoje, o DE foi implementado.

Além disso, o Judiciário cearense desenvolveu parceria com a prefeitura de Fortaleza para garantir o tratamento psicológico adequado nos casos de vítimas de violência por meio da atuação dos profissionais da Rede Aquarela e do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas):

(...) uma equipe de psicólogos, assistentes, advogados e pedagogos que acompanha as vítimas nos depoimentos (tanto na delegacia, como no juizado), promovem orientações em grupos, e também trabalham a prevenção da violência, levando a temática para diversos públicos, como escolas, associações e redes comunitárias. Nos demais municípios cearenses, as crianças vítimas somente têm acesso aos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (Creas), administrados pelo município, que não atendem apenas violência sexual infantil, mas todo tipo de violação de direitos (IBDFAM, 2017).

Por mais que as políticas judiciárias em matéria de oitiva de crianças não atinjam plenitude em todos os estados da Federação, importa acentuar que o fato de existirem profissionais capacitados e salas especializadas nos Fóruns para diminuir a revitimização dos entrevistados, significa um avanço extremamente relevante para a matéria. Além disso, os Tribunais têm executado estratégias de integração entre Estado, família e sociedade civil, a partir de uma visão mais humana do Direito, no intuito de viabilizar as melhores condições para que os menores possam crescer e desenvolver suas potencialidades.

III ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM ÂMBITO JUDICIÁRIO

Alguns anos antes de a Lei n. 13.431/2017 entrar em vigor, em razão dos debates instigados pelo CNJ e da implementação das técnicas do DE em alguns tribunais brasileiros, os Conselhos Federal de Psicologia e de Serviço Social se posicionaram

contra a participação de psicólogos e assistentes sociais na condução dos depoimentos especiais, que, à época, eram conhecidos como depoimentos “sem danos”.

Nesse sentido, os Conselhos, que não compreendiam a competência profissional de sua classe para o auxílio do andamento de processos judiciais, assinalaram as Resoluções CFP n. 010/2010 e CFESS n. 554/2009 para vetar qualquer participação de seus representados, motivo pelo qual o Estado do Rio Grande do Sul ajuizou mandado de segurança em face dessas autoridades, em âmbito Federal, objetivando suspender a aplicação de tais resoluções.

Após uma série de instrumentos processuais, e com o apoio do Ministério Público Federal, que se posicionou favorável à concessão da segurança, foi reconhecida a nulidade da Resolução no ano de 2011. O MP desenvolveu argumentos principais que foram levados em consideração para a fundamentação da decisão:

- a) ao Conselho não competia, por meio de resolução, criar restrição ao exercício profissional do psicólogo, dentro da respectiva área de conhecimento, sem que tal restrição estivesse prevista em lei, afrontando, assim, o direito ao livre exercício profissional dos psicólogos jurídicos ou forenses;
- B) afronta aos direitos das crianças e dos adolescentes à proteção integral (art. 100, II, ECA) e à garantia processual de serem ouvidos pelo juiz nos processos criminais que apuram atos de que foram vítimas (art. 111, V, ECA);
- C) afronta ao direito da sociedade em geral e dos réus da busca da verdade material nos processos criminais.⁵

A juíza responsável pela análise do caso em questão entendeu que não havia dispositivo legal vedando a atividade desenvolvida, e que a regra a se observar seria a própria Liberdade do exercício profissional dos psicólogos. Desse modo, sua atuação seria importante no sentido de interpretar a linguagem da criança e do adolescente:

Não parece, da mesma forma, que o projeto 'Depoimento sem Dano' imponha a transferência ao técnico facilitador Psicólogo Judiciário das atribuições privativas da magistratura. Isso porque o técnico facilitador atuaria como intérprete da linguagem da criança e do adolescente, dada a sua especial formação, de modo que a sua função é de auxiliar o juiz na inquirição das testemunhas, especialmente as

⁵ TJRS. Mandado de Segurança n. 5017910-94.2010.404.7100/RS. Porto Alegre. Julgamento 11/05/2011. Publicação 12/05/2011. Disponível em: <https://bit.ly/2NenWgw>. Acesso em 20 ago. 2020.

vítimas de violência sexual. Com razão o impetrante quando sustenta a compatibilidade das atividades exercidas pelo profissional e o Código de Ética Profissional.⁶

Os processos judiciais apresentam fases distintas, e após o início da ação penal, instaurada pelo MP, cabe ao magistrado designar audiência de instrução e julgamento para que as partes possam produzir provas. A declaração da vítima consiste em uma das etapas mais importantes para a demonstração dos argumentos articulados pelo procurador, e durante a fase do inquérito, o DE pode ser obtido como antecipação de prova.

Conforme a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a criança tem o direito de ser ouvida em processos judiciais ou administrativos que lhe dizem respeito. Além disso, tem o direito de ser protegida de sofrimentos durante o processo de audiência (BRASIL, 2017).

A Lei assegura a livre narrativa do menor com o aparato de um profissional especializado em técnicas que permitam a elucidação dos fatos durante o procedimento de DE. Findo tal procedimento, “o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco” (art. 12. inc. IV, da Lei n. 13.431/2017).

A Constituição confirma a importância do Ministério Público como instituição que busca a tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como assume um papel de agente de transformação social, razão pela qual vemos o MP intervir em diversos segmentos, postulando políticas e cobrando dos órgãos governamentais a concretização dos direitos reputados constitucionais.

Nos casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual de menores, o Promotor de Justiça deve fundamentar a acusação reconhecendo a procedência da ação penal e baseando-se nas provas obtidas, especialmente, por meio das declarações testemunhais. Para tanto, seu trabalho deve acontecer em conjunto com o dos demais servidores envolvidos no processo, tomando conhecimento acerca do tipo de perguntas permitidas, quais as referências de pesquisa científica sobre o tema, e, no

⁶ _____. Mandado de Segurança n. 5017910-94.2010.404.7100/RS. Porto Alegre. Julgamento 11/05/2011. Publicação 12/05/2011. Disponível em: <https://bit.ly/2NenWgw>. Acesso em 20 ago. 2020.

mínimo, investindo em uma qualificação profissional para evitar a revitimização da criança.

Nesse sentido, o funcionamento das salas especiais exige dos técnicos e dos profissionais designados preparação e formação continuada, sobretudo pela forma diversa da atuação integrada, sempre com o acompanhamento real das defesas (SOUZA, 2012, p.7). A Lei surgiu para normatizar mecanismos de tomada de depoimentos de crianças e adolescentes e estabelecer medidas de proteção e prevenção contra a violência. Ela só fará sentido se houver uma interlocução dos agentes e a capacitação adequada deles. A partir de então, as finalidades trazidas pelo texto legal serão concretizadas.

CONCLUSÃO

A Lei n. 13.431 de 2017 foi criada com o desiderato de instituir um sistema de garantia de direitos a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Desse modo, o texto legal apresenta instrumentos e estabelece determinadas medidas para superação da situação de violação enfrentada hodiernamente por esses menores.

No sentido de fazer com que os órgãos públicos voltassem os olhos à proteção de crianças envolvidas em processos judiciais, o CNJ assumiu, ao longo dos anos, um papel de formulação e implementação de políticas coordenando ações no Judiciário brasileiro. Resultado de seu trabalho refletiu-se, principalmente, no Fórum Nacional da Infância e da Juventude (Foninj), na Recomendação n. 33/2010, e posteriormente, na Lei Federal de n. 13.431/2017, que por sua vez, estipulou os mecanismos do Depoimento Especial e da Escuta Especializada, fundamentais à proteção infanto-juvenil no momento de produção de provas processuais – oitiva.

A Constituição confirma a importância do MP como instituição que busca a tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis. Para se atingir o aprimoramento de sua atuação e o exercício efetivo de suas atribuições com relação a processos envolvendo crimes de violência sexual contra menores, deve haver, no mínimo, a capacitação profissional para evitar a revitimização da criança.

De acordo com dados do CNJ, no ano de 2018, 24 dos tribunais estaduais do país (89%) haviam instalado local para o depoimento especial. Então, o CNJ elaborou a Resolução CNJ n. 299/2019, que determinou que os tribunais de todo o país teriam

180 dias, a contar de dezembro de 2019, para apresentar ao Conselho estudos para criar varas especializadas destinadas a receber processos que envolvam crianças. Assim, Paraíba e Ceará instalaram sala adaptada no ano passado. No Ceará a aplicação do procedimento do DE se iniciou somente em 2019. Contudo, para que os objetivos da Lei sejam efetivados, muitos desafios ainda precisam ser superados, como problemáticas orçamentárias, necessidade de consolidação de mais políticas judiciárias nos tribunais e falta de qualificação dos servidores acerca do tema.

A pluralidade dessa sistemática envolve a necessidade de aprofundamento do diálogo entre diversos segmentos e atores do sistema judicial, pois, para que seja concretizado o expediente de DE, é necessário contar, com psicólogos, assistentes sociais e membros do Ministério Público para que haja melhoria na qualidade da prestação jurisdicional. Todos devem cooperar entre si em prol da proteção do menor e da consolidação de políticas judiciárias capazes de potencializar transformações na justiça e no meio social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Dia Nacional Contra Abuso Sexual de Crianças e Jovens é celebrado nesta quinta (18). **Portal Brasil**, com informações da Secretaria de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2qw6Dyv>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 28 de setembro de 1990. Disponível em: <https://bit.ly/2vonUmR>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 05 de abril de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2gnGT4T>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência**. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Cármen Lúcia instala Fórum Nacional da Infância e Juventude.** 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2MGFxRp>. Acesso em: 23 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Depoimento especial: salas dedicadas chegam a tribunais de 24 estados.** 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2NgKopv>. Acesso em: 23 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. CNJ Serviço: mitos e verdades do depoimento especial de crianças. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2LnMVwo>. Acesso em: 23 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Portaria n. 16 de 08/03/2017.** Designa os integrantes do Fórum Nacional da Infância e da Juventude (FONINJ). Disponível em: <https://bit.ly/2o63l2U>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Recomendação n. 33,** de 23 de novembro de 2010. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Disponível em: <https://bit.ly/1NHbpOC>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Flaeschen, Hara. Sobre a violência contra crianças, adolescentes e jovens brasileiros. ABRASCO (Associação Brasileira de Saúde Coletiva), 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2HF718T>. Acesso em: 01 set. 2020.

IBDFAM, **No Ceará, avanços no acolhimento de crianças vítimas de violência sexual.** 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2NcyBZc>. Acesso em: 21 ago. 2020.

HOFFMEISTER, Marleci V. Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes em Situação de Abuso Sexual: Desafios à Intervenção Profissional do Assistente Social na Perspectiva da Garantia de Direitos. **PUCRS.** Porto Alegre, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2Px56t>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SILVA, Jeovan Assis da; ABREU, Pedro de; FLORENCIO, Lima. Políticas Judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas. **Revista do Serviço Público.** v. 2: 119-136, Brasília, 2011.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. A Implantação do Depoimento sem dano no Sistema Judicial Brasileiro. **Biblioteca Virtual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais,** 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/1055>. Acesso em: 23 ago. 2020.

TJRS. **Mandado de Segurança n. 5017910-94.2010.404.7100/RS.** Porto Alegre. Julgamento 11/05/2011. Publicação 12/05/2011. Disponível em: <https://bit.ly/2NenWgw>. Acesso em 20 ago. 2020.

6. ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA REALIZAÇÃO DE ESCUTA ESPECIAL E DE DEPOIMENTO ESPECIAL



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-6>

Antonio Jorge Pereira Júnior¹

Thiago Pessoa Colares²

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, a partir do qual se recomendaram diretrizes para elaboração de políticas públicas nas áreas de saúde, assistência social e segurança pública, além de fixar regras para a comunicação com as vítimas sob as formas de escuta especializada (EE) e de depoimento especial (DE).

A lei teve por objetivo, ao estabelecer normas para a aplicação de oitiva infanto-juvenil, viabilizar de forma harmônica: (i) a produção de provas em processos que envolvam casos de violência praticada contra criança ou adolescente, ou em hipóteses nas quais atuem como testemunhas, e (ii) a proteção de seus direitos quando da oitiva. A EE e o DE, portanto, surgem como meios de equilibrar os direitos fundamentais do réu à produção de provas e a proteção integral infanto-juvenil, visando, neste último aspecto, a preservação da saúde física e mental, bem como o desenvolvimento moral, intelectual e social de crianças e adolescentes, previstos como direitos fundamentais no art. 2º da Lei n. 13.431/2017 (HEERDT, 2016, p. 87).

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com a obra “Direitos da criança e do adolescente em face da TV” (Saraiva: 2011). Coordenador do Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF), da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Membro da Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE. Advogado. Árbitro. E-mail: antoniojorge2000@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Integrou o Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). E-mail: thiago_colares@hotmail.com.

No âmbito do processo judicial, não era incomum que crianças e adolescentes vítimas de violência fossem vistos como "provocadores" do crime, principalmente quando praticado no ambiente intrafamiliar. Passavam, então, a ser tratados com menor cuidado, desrespeitando-se sua condição de sujeitos prioritários em condição peculiar de desenvolvimento. Eram tratados durante a apuração dos fatos como adultos pelos agentes judiciais e os auxiliares da Justiça que tinham por escopo a elucidação da maneira como se deu o fato delituoso (POTTER, 2016, p. 107).

Assim, a condição de sujeito em desenvolvimento, e prioritário, inerente à população infanto-juvenil, muitas vezes não é preservada durante a tradicional inquirição, sendo usual que defensor do réu, promotor de justiça, magistrado e outros atores utilizem abordagem inadequada ao realizarem questionamentos acerca da situação de violência, gerando prejuízos à criança ou ao adolescente (POTTER, 2016, p. 107-108). Dessa forma, criaram-se os institutos da EE e do DE, os quais, no âmbito da Lei n. 13.431/2017, importam na oitiva especial de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas dos diversos tipos de violência, tais como física, psicológica, sexual e institucional, conforme disposto no art. 4º daquela legislação.

A oitiva infanto-juvenil sob a forma de EE ou de DE pode ser realizada por uma série de profissionais, conforme se verá, e tem como parâmetro a utilização de protocolos, conforme determinado pelo art. 11 da Lei n. 13.431/2017, com o objetivo de realizar abordagem adequada em relação à criança ou ao adolescente, evitando ao máximo a ocorrência de revitimização³.

Esclareça-se que os protocolos de oitiva constituem modelos de procedimento cujas técnicas, baseadas em padrões éticos, norteiam a realização da escuta ou do depoimento de forma a garantir os direitos infanto-juvenis. Cada protocolo traz diretrizes como, por exemplo, utilização de linguagem apropriada à criança, permitir que o infante narre livremente os fatos sem interrupções e vedação de perguntas sugestivas, coercitivas ou intimidadoras (PEREIRA JÚNIOR; REBOUÇAS; PEREIRA, p. 5-6, 2018).

A presente pesquisa pretende, portanto, analisar como devem os diversos atores que compõem o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA) realizar os procedimentos de EE e de DE, sob o binômio "produção de

³ A revitimização, no escopo deste estudo, pode ser entendida como dano psicológico provocado pelo uso de abordagem inadequada de fatos que causaram sofrimento à criança ou ao adolescente pelo profissional que realizou a oitiva (SANTOS, 2010, p. 48-50).

provas/preservação dos direitos infanto-juvenis", expondo, ainda, o fluxo de atendimento da criança ou do adolescente vítima de violência.

Em um primeiro momento, será realizada análise do conjunto de agentes que podem vir a participar dos procedimentos de EE e de DE e dos dispositivos legais que determinam a obrigatoriedade de capacitação daqueles e de estruturação de ambiente adequado para realização da oitiva. Após, serão conceituadas a EE e o DE com as respectivas explanações acerca do modo como cada profissional deve agir ao atender crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Para alcançar seus fins, o estudo teve como abordagem a realização de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental.

2 SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (SGDCA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a partir de seu art. 86⁴, dispõe acerca da política de atendimento dos direitos infanto-juvenis, a qual deve ser viabilizada por uma série de atores. Esses atores compõem o chamado Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), cujas atribuições estão presentes na Resolução n. 133, de 19 de abril de 2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

De acordo com o art. 2º da Resolução n. 133 do CONANDA, compete ao SGDCA dar efetividade aos direitos infanto-juvenis, estabelecidos três eixos estratégicos de ação, em conformidade com o art. 5º: (i) **defesa** de direitos, (ii) **promoção** de direitos e (iii) **controle** da efetivação de direitos. Neste sentido, o eixo de defesa dos direitos infanto-juvenis corresponde à busca pelo acesso à justiça, ou seja, pela utilização dos devidos instrumentos jurídicos para consolidação de direitos, conforme disposto no art. 6º da Resolução n. 133 do CONANDA. A promoção dos direitos infanto-juvenis, por sua vez, está pautada na articulação de políticas públicas infraestruturantes, institucionais, econômicas e sociais, de acordo com o art. 14, § 1º, da Resolução n. 133 do CONANDA. Por fim, o eixo do controle da efetivação dos direitos deve ser exercido, dentre outros, pelos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, conforme

⁴ Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

previsto no no art. 21 e seguintes da Resolução n. 133 do CONANDA, sendo dever destes órgãos deliberar e monitorar as políticas de promoção e de defesa dos direitos infanto-juvenis.

Tratando o presente estudo da realização dos procedimentos de EE e de DE em conformidade com a Lei n. 13.431/2017, importa comentar a atuação do eixo de defesa, tendo em vista a utilização destes instrumentos jurídicos (EE e DE) para consolidação de direitos.

No âmbito do eixo de defesa, o art. 7º da Resolução n. 133 do CONANDA estabelece uma série de atores:

Art. 7º Neste eixo, situa-se a atuação dos seguintes agentes públicos:

I - judiciais, especialmente as varas da infância e da juventude e suas equipes multiprofissionais, as varas criminais especializadas, os tribunais do júri, as comissões judiciais de adoção, os tribunais de justiça, as corregedorias gerais de Justiça;

II - público-ministeriais, especialmente as promotorias de justiça, os centros de apoio operacional, as procuradorias de justiça, as procuradorias gerais de justiça, as corregedorias gerais do Ministério Público;

III - defensorias públicas, serviços de assessoramento jurídico e assistência judiciária;

IV - advocacia geral da união e as procuradorias gerais dos estados

V - polícia civil judiciária, inclusive a polícia técnica;

VI - polícia militar;

VII - conselhos tutelares; e

VIII - ouvidorias.

Dentre os agentes públicos acima mencionados, participam dos procedimentos de EE e de DE: juízes; servidores das varas da infância e juventude; psicólogos, assistentes sociais e pedagogos que compõem as equipes multiprofissionais das varas criminais e da infância; membros do Ministério Público; membros da Defensoria Pública; policiais vinculados às delegacias especializadas da infância e juventude e conselheiros tutelares.

Existem, porém, outros profissionais de extrema importância ao SGDCA que não estão previstos no rol do art. 7º da Resolução n. 133 do CONANDA e que, eventualmente, podem participar do procedimento de EE. São eles: pedagogos,

psicólogos e assistentes sociais no âmbito das escolas e dos Centros de Referência Especial de Assistência Social (CREAS); profissionais de saúde vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS) e profissionais que fazem parte dos Núcleos e Postos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (BRASIL, p. 22-23, 2017).

Além disso, pode haver atuação por parte de atores vinculados a outros órgãos do governo⁵ e mesmo por entidades componentes da sociedade civil organizada⁶, uma vez que o ECA (art. 86) e a Resolução n. 133 (art. 1º) preveem a possibilidade de participação de agentes não governamentais na política de atendimento.

Todos os profissionais mencionados, portanto, ainda que detenham outras funções, podem se deparar com situações de atendimento a crianças ou a adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, fazendo-se necessária a realização de EE ou de DE.

Pois bem, tendo em vista a existência do direito infanto-juvenil de ser assistido por profissional capacitado, presente no art. 5º, XI, da Lei n. 13.431/2017, todos os agentes que fazem parte do SGDCA devem receber capacitação periódica para atendimento de crianças e adolescentes. Esta imposição, além disso, decorre do dever dos entes federados de implementar políticas de “capacitação interdisciplinar continuada, preferencialmente conjunta, dos profissionais” estabelecido pelo art. 14, § 1º, II, da Lei n. 13.431/2017.

O imperativo de realização de cursos de capacitação voltados aos atores do SGDCA que lidam com crianças e adolescentes vítimas de violência constitui mecanismo viabilizador dos direitos previstos na Lei n. 13.431/2017, afinal a preparação dos profissionais que realizarão a oitiva é o meio prioritário de evitar a revitimização. Assim, o constante aprimoramento técnico dos atores do SGDCA corresponde tanto a um dever de promoção de políticas públicas para viabilização de institutos jurídicos pelos entes federados quanto a um direito infanto-juvenil de ser

⁵ No Município de Fortaleza-CE, por exemplo, a Prefeitura criou, por meio da Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Desenvolvimento Social, a Fundação da Criança e da Família Cidadã (FUNCI), a qual desenvolve, dentre outros, o programa Rede Aquarela, tendo como atribuição a realização de acolhida e do primeiro atendimento psicossocial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual (FORTALEZA, online, 2018).

⁶ No âmbito do Estado do Ceará, o Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA) atua “no acompanhamento de casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, de forma articulada com os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos”, assim como recebe “denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes, sobretudo quando são cometidas por agentes do Estado ou dentro de equipamentos públicos” e atende “de forma articulada com os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos, casos de tortura, violência sexual, divulgação ilegal de imagem e outros crimes cometidos contra crianças e adolescentes” (CEDECA, online, 2018).

atendido adequadamente quando de sua oitiva, com o escopo de evitar a revitimização por recolocação da vítima em situação que provoque a renovação de seu sofrimento. De maneira complementar, constitui ainda dever do Poder Público fornecer local adequado para realização dos procedimentos de EE e de DE, em conformidade com o art. 10⁷ da Lei n. 13.431/2017, garantindo a privacidade das crianças e dos adolescentes e ambiente apropriado e acolhedor para realização da oitiva.

Vê-se, portanto, que a lei impõe ao Poder Público o dever de promover políticas públicas no sentido de fornecer continuamente capacitação aos atores do SGDCA e de entregar estrutura adequada para a realização da EE e do DE por meio da criação de salas, não podendo os mandamentos legais serem desrespeitados como se fossem meras recomendações sem caráter impositivo. Tais disposições, na verdade, refletem aspectos de concretização de direitos infanto-juvenis. Deixando o gestor público de promover tais ações, estará o mesmo contrariando direitos fundamentais previstos na Lei n. 13.431/2017, os quais se relacionam ao princípio da proteção integral e da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, presentes no art. 227 da Constituição Federal (CF), dando ensejo ao ajuizamento de ação civil pública com o objetivo de obrigar o ente federado a cumprir os preceitos constitucionais e legais.

3 PROCEDIMENTO DE REALIZAÇÃO DE ESCUTA ESPECIALIZADA (EE)

De acordo com o art. 7º da Lei n. 13.431/2017, a “escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”. A EE tem, portanto, objetivo único de aferir qual medida protetiva melhor se adequa ao caso concreto, inexistindo, até então, interesse em investigar a ocorrência (BRASIL, 2017, p. 27-28). Inexistindo finalidade investigativa, a EE poderá ser realizada por todos aqueles agentes que não estejam vinculados ao Poder Judiciário ou às delegacias de polícia; estas últimas no que diz respeito à sua função de investigação.

São, portanto, aptos à realização de EE: conselheiros tutelares; policiais militares (uma vez que somente prestam serviço de policiamento ostensivo, e não

⁷ Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

investigativo); pedagogos, psicólogos e assistentes sociais no âmbito das escolas e dos CREAS; profissionais de saúde vinculados ao SUS; profissionais que fazem parte dos Núcleos e Postos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e, caso exista na localidade, agentes que compunham outros órgãos da Administração Pública encarregados de prestar atendimento a crianças e a adolescentes vítimas de violência e componentes de entidades da sociedade civil organizada.

A constatação de violência infanto-juvenil pode se dar de diversas maneiras. Em alguns casos, os sinais de violência, ao se manifestarem no corpo ou no comportamento da criança ou do adolescente, chamam a atenção de professores, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos ou médicos. Diante de tal hipótese, deve o profissional comunicar o Conselho Tutelar competente, nos termos do art. 13 do ECA, fornecendo o relato da violência prestado espontaneamente pela criança ou pelo adolescente (BRASIL, 2017, p. 21). Não deve o agente que constatou a agressão, portanto, realizar questionamentos para verificação do ocorrido, limitando-se a transcrever o que foi narrado e a encaminhar a vítima ao Conselho Tutelar.

Encaminhado o caso ao Conselho Tutelar ou sendo prestada comunicação dos fatos por populares diretamente a este, cabe ao conselheiro analisar o relato e, se necessário, aplicar medida protetiva, nos termos do art. 15, parágrafo único, II, da Lei n. 13.431/2017. A depender da gravidade da violência, medidas protetivas de colocação em família substituta, por meio de guarda, ou de acolhimento institucional ou familiar podem ser determinadas pelo Conselho Tutelar, no uso de suas atribuições legais (art. 136, I, ECA⁸), desde que haja comunicação do fato ao Ministério Público⁹. Antes de determinar o acolhimento, entretanto, o conselheiro terá que elaborar diagnóstico com o escopo de fundamentar a decisão de afastamento familiar¹⁰, abordando em seu relato

⁸ Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII; [...].

⁹ Art. 136. [...] Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família.

¹⁰ Tal imposição está contida no documento Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes, aprovado por meio da Resolução Conjunta CNAS/CONANDA n° 1/2009. Em casos, porém, nos quais a situação de violação de direitos tenha que ser impedida com urgência, o diagnóstico deve ser elaborado posteriormente, tendo em vista a prioridade de promover o bem-estar da criança ou do adolescente (BRASIL, 2009, p. 30-31). Esclareça-se que os conselhos de direitos da criança e do adolescente, em níveis federal, estadual, distrital e municipal, possuem atribuição de deliberar políticas públicas voltadas à população infanto-juvenil, conforme disposto no art. 88, II, do ECA, motivo pelo qual devem os atores do SGD seguir os parâmetros estabelecidos pelas resoluções dos conselhos.

pelo menos os seguintes aspectos (BRASIL, 2009, p. 31): "[...] composição familiar, história e dinâmica de relacionamento entre seus membros; valores e crenças da família; demandas e estratégias desenvolvidas para o enfrentamento de situações adversas; e situações de vulnerabilidade e risco às quais estão expostos os integrantes do grupo familiar".

Diante da imposição de elaboração de tal estudo e da colhida de relato de possíveis situações de vulnerabilidade do grupo familiar, pode-se fazer necessária a realização de entrevista à criança ou ao adolescente submetido a violação de direitos, cabendo ao conselheiro tutelar competente proceder, então, à realização de EE. Esclareça-se que, durante a averiguação da violência ocorrida (a qual se limita aos fatos necessários para aplicação de medida protetiva), o conselheiro tutelar deve envidar esforços para buscar as informações apenas com os membros da família. Somente quando não obtiver sucesso nessa empreitada deverá ouvir a criança ou o adolescente (BRASIL, 2017, p. 22).

Fazendo-se necessária a entrevista infanto-juvenil, o conselheiro deverá zelar por respeitar determinados direitos das crianças e adolescentes estabelecidos pelo art. 5º da Lei n. 13.431/2017, tais como: ter sua intimidade preservada (inciso III), receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento (inciso V) e ser ouvido e expressar desejos e opiniões, podendo, inclusive, permanecer em silêncio (inciso VI). Dessa forma, a entrevista sob o formato de EE deve priorizar a livre narrativa da criança ou do adolescente, a partir da qual o conselheiro elaborará relatório para futuro uso de outros agentes (como o delegado de polícia, servindo como início de embasamento fático para realização de investigação), bem como para justificar a aplicação de medidas protetivas.

O procedimento, portanto, deve ser realizado em sala isolada, na qual a criança ou o adolescente possam se sentir seguros para relatar os fatos. No decorrer da entrevista, o conselheiro deve utilizar linguagem adequada à etapa de desenvolvimento da vítima, e prestar informações acerca de seus direitos, incluindo o de permanecer em silêncio, e de receber atendimento pelos serviços disponíveis. Feita a entrevista e elaborado o diagnóstico acerca da situação da criança ou do adolescente, cabe ao conselheiro encaminhá-la ao serviço adequado. Em caso de abuso sexual, por exemplo, a vítima será encaminhada ao Instituto Médico Legal (IML) para realização de prova pericial (SANTOS; IPPOLITO, 2014, p. 186). Além disso, será conduzida ao

serviço de saúde local, a fim de realizar profilaxias necessárias (BRASIL, 2017, p. 28). O encaminhamento pode se dar, ainda, aos CREAS, diante da necessidade de usufruir de serviço socioassistencial, a outros órgãos do governo, a depender dos serviços oferecidos na localidade, ou mesmo a entidades da sociedade civil.

Em todos esses casos, o atendimento será realizado sob a forma de EE, limitando-se o relato apenas ao que for necessário para o cumprimento da finalidade do serviço prestado, sempre se observando os direitos previstos no art. 5º da legislação referida. Nota-se, portanto, que são muitos os serviços oferecidos, sendo que cada um deles, em geral, corresponde a atribuições próprias de diferentes órgãos. Isto refletirá no percurso da criança ou do adolescente por várias instituições, nas quais terá que relatar, ainda que de maneira restrita, a situação de violência pela qual passou, gerando maior chance de revitimização pela repetição de lembranças. A Lei n. 13.431/2017 oferece, então, a possibilidade de que o poder público crie centros de atendimento integrado, nos termos do art. 16:

Art. 16. O poder público poderá criar programas, serviços ou equipamentos que proporcionem atenção e atendimento integral e interinstitucional às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, compostos por equipes multidisciplinares especializadas.

Parágrafo único. Os programas, serviços ou equipamentos públicos poderão contar com delegacias especializadas, serviços de saúde, perícia médico-legal, serviços socioassistenciais, varas especializadas, Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros possíveis de integração, e deverão estabelecer parcerias em caso de indisponibilidade de serviços de atendimento.

A criação, portanto, de um centro de atendimento integrado envolvendo a disponibilização dos serviços de saúde, de perícia médico-legal, socioassistencial, de segurança pública e de justiça poderia apresentar resultados mais satisfatórios em termos de proteção infanto-juvenil. Ressalte-se, entretanto, que o dispositivo acima transcrito estabelece apenas uma "possibilidade", e não um "dever" aos entes federados, motivo pelo qual merece crítica o legislador, que preferiu deixar a critério do gestor público a promoção de maior garantia aos direitos infanto-juvenis. A criação de centros de atendimento integrado, ao promoverem a centralização do fluxo de atendimento, diminuiria as distâncias percorridas por crianças e adolescentes, assim

como garantiria maior chance de passagem por todos os serviços necessários à proteção infanto-juvenil.

4 PROCEDIMENTO DE REALIZAÇÃO DE DEPOIMENTO ESPECIAL (DE)

O DE é definido como “procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”, conforme preceitua o art. 8º da Lei n. 13.431/2017. É, portanto, um instituto de viés investigativo e de produção de provas, cujo diferencial diz respeito à preservação dos direitos infanto-juvenis, não se confundindo com a tradicional inquirição em que a vítima ou a testemunha são vistas e tratadas primordialmente como partes de uma investigação processual, sem outros cuidados especiais, não existindo protocolos para evitar ou atenuar sua revitimização durante o processo. Participam do DE os seguintes agentes, cada um à sua maneira: delegado de polícia; psicólogo, assistente social ou pedagogo vinculado à vara competente para realização da oitiva; promotor de justiça; defensor público; advogado e juiz.

Em geral, os casos de violência infanto-juvenil são encaminhados à delegacia de polícia, seja por meio do Conselho Tutelar ou por iniciativa própria da vítima ou de terceiros. O delegado deve, então, diligenciar para que os elementos probatórios que integrarão eventual inquérito sejam colhidos de outra maneira que não pela oitiva da criança ou do adolescente (BRASIL, 2017, p. 24). Ao mesmo tempo, deve encaminhar a vítima ao IML, a fim de viabilizar a produção de prova pericial e, se necessário, a outros serviços de saúde ou de assistência psicossocial, caso tais providências não tenham sido tomadas anteriormente pelo Conselho Tutelar. Não tendo sido, porém, capaz de produzir provas suficientes acerca dos fatos narrados, cabe ao delegado realizar a oitiva da criança ou do adolescente sob a forma de DE, ou seja, respeitando os direitos infanto-juvenis já comentados e que compõem a Lei n. 13.431/2017.

Em caso de violência sexual, por exemplo, nem sempre é possível identificar vestígios físicos, assim como dificilmente existem testemunhas. Dessa forma, a oitiva da criança ou do adolescente costuma ser requisitada pelo delegado, uma vez que seria a única prova apta a revelar os fatos, fazendo-se imprescindível a realização desta sob a forma de DE (MELO, 2014, p. 220). É preciso, porém, observar que, antes mesmo da realização de DE em âmbito policial e logo que comunicado acerca da situação de violência infanto-juvenil, compete à autoridade policial, bem como ao Conselho

Tutelar, cientificar imediatamente o Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 13.431/2017.

Sabendo desde já da prática de violência contra criança ou adolescente e levando em consideração os fatos relatados, o promotor de justiça poderá requerer, caso entenda necessário, a produção antecipada de prova judicial, nos termos do art. 11 da Lei n. 13.431/2017, propiciando que a vítima seja ouvida apenas uma vez por meio de DE. Dessa forma, evita-se que a criança ou o adolescente tenham que relatar a situação de violência duas vezes, uma ao delegado e outra em juízo, minimizando a possibilidade de ocorrência de revitimização. A diminuição do número de oitivas, aliás, é uma das justificativas para a implementação da Lei n. 13.431/2017 (BRASIL, 2017, p. 24).

Além disso, a antecipação de prova permite que os fatos sejam abordados com maior precisão pela vítima, tendo em vista a proximidade temporal entre o acontecimento da violência e a data da oitiva, evitando o perecimento da prova (MEDEIROS, 2014, p. 232). Pois bem, em sede de antecipação de prova ou de audiência designada no decorrer do processo, o DE deve ocorrer com a participação de psicólogo, assistente social ou pedagogo, profissional este que terá a responsabilidade de promover a entrevista diretamente com a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência.

Em um primeiro momento, a criança ou o adolescente será levado a uma "sala de acolhimento", na qual o profissional especializado esclarecerá os motivos e efeitos da realização do depoimento, em consonância com o item III da Recomendação n. 33/2010 do CNJ. Após, a criança ou o adolescente será encaminhado à sala de DE, onde permanecerá apenas com o profissional especializado, enquanto juiz, promotor de justiça, defensor público ou advogado e réu ficam em outro ambiente, a partir do qual terão acesso à videogravação em tempo real da sala em que a vítima ou testemunha infanto-juvenil está sendo entrevistada (HADDAD NETO, 2014, p. 5).

A comunicação entre uma sala e outra deve se dar por meio de ponto eletrônico de ouvido ou por telefone a ser utilizado pelo profissional capacitado, o qual repassará os questionamentos realizados pelo magistrado, pelo promotor de justiça e pelo defensor público ou advogado à criança ou ao adolescente de forma adaptada. O entrevistador deve realizar as perguntas de forma adaptada à capacidade de entendimento da criança ou adolescente, após identificar seu nível de

desenvolvimento, e utilizar estratégias que possibilitem o maior resgate possível de lembranças (MELO; SANTOS, 2014, p. 99). Dessa forma, busca-se evitar o contato direto da criança ou do adolescente com os demais agentes, que normalmente carecem de preparação para realizar a oitiva, resguardando-a ainda de possível constrangimento ou receio em ficar na mesma sala do réu.

Vê-se, portanto, que as medidas adotadas no decorrer do procedimento de DE visam, ao mesmo tempo, garantir os direitos infanto-juvenis, sob o viés principal de evitar a revitimização, e possibilitar que o réu possa produzir adequadamente provas acerca dos fatos.

Há, entretanto, que se fazer crítica à edição do art. 12, § 1º, da Lei n. 13.431/2017, o qual permite que a criança ou adolescente preste depoimento diretamente ao magistrado, caso queira. A criança ou o adolescente, diante de sua condição de pessoa ainda em desenvolvimento pode não entender as consequências de submissão a uma inquirição judicial tradicional, sem o intermédio de profissional capacitado, cujo potencial de prejuízo psicológico é considerável. Assim, por mais que o dispositivo citado tenha a boa intenção de promover o desenvolvimento da autonomia infanto-juvenil, a possibilidade de permitir que a criança ou o adolescente seja entrevistado diretamente pelo juiz e questionado pelo promotor de justiça e pelo defensor público ou advogado merece críticas, uma vez que graves danos psicológicos podem ser gerados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, nota-se que a edição da Lei n. 13.431/2017, com enfoque no estabelecimento de um sistema de garantia de direitos infanto-juvenis, buscou conciliar a proteção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência com os direitos do réu à produção de provas, bem como com o interesse da Justiça estatal em aferir a verdade dos fatos. Sob esta perspectiva, a participação dos diversos agentes que compõem o SGDCA se faz imprescindível na realização dos procedimentos de EE e de DE, tendo como objetivo evitar a revitimização de crianças e de adolescentes expostos a situação de violência, motivo pelo qual devem tais profissionais ser capacitados continuamente e de forma interdisciplinar.

Além disso, os locais de realização da oitiva infanto-juvenil devem possuir estrutura adequada de acolhimento e de isolamento, propiciando o bem-estar da

criança ou do adolescente e a garantia de seus direitos, tais como o de narrar livremente os fatos sem interrupções e de preservação da intimidade.

No que diz respeito ao fluxo de atendimento, devem os agentes do SGDCA encaminhar a criança ou o adolescente vítima ou testemunha de violência aos devidos serviços públicos, tais como de saúde, de assistência social, de segurança pública e de justiça. No mais, os agentes do SGDCA têm, ainda, o dever de realizar as oitivas em conformidade com a Lei n. 13.431/2017, limitando-se a questionar a criança ou o adolescente somente acerca daquilo que for estritamente necessário para a aplicação da medida adequada, em caso de EE, e adaptando os questionamentos judiciais ao nível de entendimento da vítima ou testemunha infanto-juvenil, quando da realização de DE.

Não se pode, entretanto, deixar de criticar determinadas atitudes do legislador, a exemplo da postura passiva em permitir que os entes federados criem centros de atendimento integrado apenas se quiserem, ao invés de prever um dever neste sentido, e de permitir que a criança ou o adolescente, caso queira, seja inquirido pelo juiz, quando a medida mais pertinente seria tornar sempre obrigatória a participação de profissional especializado como intermediário entre a vítima ou testemunha e o magistrado durante a realização de DE.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social; Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Aprova o documento Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1, de 18 de junho de 2009. **Diário Oficial da União**: 02/07/2009, Brasília, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Recomendação n. 33, de 23 de novembro de 2010. **Diário Oficial da União**: 23/11/2010, Brasília, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução CONANDA nº 113, de 19 de abril de 2006. **Diário Oficial da União**: 20/04/2006, Brasília, 2006.

BRASIL. Constituição Federal (1988), de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência**. Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2017.

CEDECA (Ceará). **Direito à Proteção**. Disponível em: <<http://www.cedecaceara.org.br/o-que-fazemos/direito-a-protecao/>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

FORTALEZA. Prefeitura de Fortaleza. Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Desenvolvimento Social. **Programa Rede Aquarela**. Disponível em: <<https://catalogodeservicos.fortaleza.ce.gov.br/categoria/social/servico/146>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

HADDAD NETO, Orlando. Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. **Revista de Direito da Infância e Juventude**, São Paulo, v. 3, p. 173-187, jan. – jun. 2014.

HEERDT, Fábio Vieira. A escuta protegida e a ponderação entre os bens jusfundamentais do acusado e do ofendido no Processo Penal: adoção do depoimento especial para suprimento da insuficiência. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marcell V. (Org.). **Depoimento especial de crianças e adolescentes: Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 81-89.

MEDEIROS, Diego Vale de. O papel da defensoria pública no atendimento extrajudicial e judicial às crianças e aos adolescentes em situações de violência sexual. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al (Org.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: aspectos teóricos e metodológicos: guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes**. Brasília: Educub, 2014. p. 225-234.

MELO, Sandra Gomes. A atenção à criança e ao adolescente nos órgãos de investigação policial (polícia e instituto de medicina legal). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al (Org.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: aspectos teóricos e metodológicos: guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes**. Brasília: Educub, 2014. p. 211-224.

MELO, Simony Freitas de; SANTOS, Gidair Lopes dos. A atuação do pedagogo jurídico na escuta especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al (Org.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: aspectos teóricos e metodológicos: guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes**. Brasília: Educub, 2014. p. 91-103.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; REBOUÇAS, Marília Bitencourt Calou; PEREIRA, Marynna Laís Quirino. Protocolos de oitiva especial de criança segundo a

Recomendação 33 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei 13.431, de 5 de abril de 2017. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 993, n. 1, p.403-420, jul. 2018.

POTTER, Luciane. O depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crime sexual e a conscientização ética da tutela processual. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marcell V. (Org.). **Depoimento especial de crianças e adolescentes**: Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 107-130.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; IPPOLITO, Rita. O percurso da notificação de suspeitas ou de ocorrências de violência sexual contra crianças e adolescentes no Sistema de Garantia de Direitos (SGD). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al (Org.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual**: aspectos teóricos e metodológicos: guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes. Brasília: Educab, 2014. p. 183-189.

SANTOS, Cristiane Andreotti. **O enfrentamento da revitimização de crianças vítimas de violência sexual**: o caso da inquirição judicial de crianças. 2010. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

7. APLICAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS DA LEI 13.431/2017 ÀS CRIANÇAS MIGRANTES NO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-7>

Rafaela Gomes Viana¹

Introdução

Nas últimas décadas, a presença de crianças² vivendo no contexto da migração vem se tornando cada vez mais frequente. Em 2016, havia 50 milhões de pessoas com até 18 anos de idade vivendo fora de seu local de nascimento (UNICEF, 2016, p. 14), das quais, 28 milhões se encontravam em situação de migração forçada, sendo 17 milhões deslocadas internas, 1 (um) milhão requerentes de asilo e 10 milhões refugiadas (UNICEF, 2016, p. 18). Ainda, dados fornecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) indicam que 51% do contingente de refugiados no mundo é composto por crianças com até 18 anos de idade (ACNUR, 2017b, p. 2).

A par dessas estatísticas, os organismos, as agências internacionais, os governos e as organizações da sociedade civil, cada vez mais, têm voltado sua atenção para a situação das crianças afetadas pela migração. Órgãos internacionais como a Organização Internacional das Migrações (OIM), o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) vêm promovendo a proteção de crianças migrantes por meio de ações como a de prevenção da exploração sexual e do recrutamento por unidades militares, bem como por meio de programas de reunificação das crianças separadas de suas famílias³.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Ceará (Brasil). Pesquisadora na área de Direito Humanos, Direito Internacional e Direito da Criança e do Adolescente. Integrou como pesquisadora o projeto 'A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017', classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

E-mail: rgvmagalhaes@gmail.com.

² Neste trabalho, acompanhando a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (ONU, 2017), o termo *criança* será utilizado para se referir a todo ser humano menor de 18 anos, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069/90 (BRASIL, 2017a) definir criança como todo ser humano até doze anos incompletos, e adolescente como todo ser humano entre doze e dezoito anos de idade, incompletos..

³ Importante esclarecer que o ACNUR e o UNICEF são órgãos executivos da ONU, portanto a proteção que se refere é aquela conferida por meio de ações, não é a proteção jurídica.

Infelizmente, as crianças que vivem no contexto da migração, principalmente no contexto da migração forçada, deixam de se desenvolver para enfrentar uma gama de problemas que podem provocar danos irreparáveis em suas vidas. Portanto, a proteção dos direitos dessas crianças, tanto pelos países de origem, como de trânsito e destino, faz-se imprescindível.

Apesar dos avanços alcançados em matéria de direito dos migrantes, verifica-se que o arcabouço de proteção nacional e internacional tem sido construído somente a partir das experiências do migrante adulto, sem, contudo, adotar uma perspectiva da infância. Diante das necessidades próprias de seu estágio de desenvolvimento humano e da maior exposição à violência e às situações de risco, os documentos tradicionais sobre migração se mostram, muitas vezes, inadequados e/ou insuficientes para a proteção dessas crianças.

No plano nacional, as principais legislações brasileiras sobre a temática migratória – Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), e Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 (Estatuto dos Refugiados) –, dispõem timidamente sobre o tratamento jurídico a ser dispensado às crianças migrantes. Sendo assim, tais leis dependem que sua interpretação seja feita à luz de documentos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Convenção dos Direitos das Crianças (CDC) para que as peculiares necessidades das crianças sejam levadas em consideração e os seus direitos, respeitados.

Recentemente, foi adotada a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, por meio da escuta especializada e do depoimento especial (art. 4, §1º). Por ser uma lei específica sobre infância, amparada pela doutrina da proteção integral, mostra-se de grande valia para as crianças desacompanhadas e separadas, principalmente porque versa sobre um direito que é especialmente caro à essas crianças: o direito de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem e ter suas opiniões respeitadas.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a viabilidade da aplicação da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017 às crianças migrantes que ingressam no Brasil, em particular, às crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias, a fim de lhes assegurar o direito de oitiva em seus processos migratórios.

Para tal, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental na doutrina e legislações nacionais e estrangeiras.

1 A migração forçada de crianças desacompanhadas e separadas de suas famílias

Embora grande parte do deslocamento de crianças ocorra na companhia dos pais, observa-se, atualmente, um número crescente e expressivo de crianças que migram de maneira independente, que se apresentam desacompanhas ou separadas de seus genitores. Destarte, o Comitê dos Direitos das Crianças, da ONU caracterizou como *criança desacompanhada* aquela que se encontra fora de seu país de origem, sem estar na companhia de ambos os pais ou outro responsável legal e, ainda, sem estar sob o cuidado de qualquer adulto. Por sua vez, conceituou como *criança separada* aquela que se encontra fora de seu país de origem, separada de ambos os pais ou representante legal, mas não necessariamente de outros parentes (CRCH, 2005).

No âmbito do continente americano, em especial, verifica-se a complexidade dos problemas enfrentados pelas crianças, que migram pelas mesmas razões de uma pessoa adulta, o que inclui, principalmente, o anseio pela reunificação familiar, a busca por uma melhor qualidade de vida, por melhores condições de educação e de trabalho, bem como o desejo de fugir de situações de violações de direitos humanos, acirrados pela pobreza e a desigualdade extremas provocadas, muitas vezes, pelos regimes ditatoriais de governo, os conflitos internos, a violência causada pelos grupos de crime organizado, a violência doméstica e as catástrofes naturais.

Até o final de 2015, as Américas contavam com um número de 6,3 milhões de crianças migrantes (21% do total de migrantes no continente), estando a maioria concentrada em apenas três países: Estados Unidos, México e Canadá. Segundo o UNICEF, apenas nos Estados Unidos, havia cerca de 3,7 milhões de crianças imigrantes, ao final daquele ano – mais do que em qualquer outro país do mundo (UNICEF, 2016, p. 67). Por sua vez, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Colômbia, Venezuela e Haiti estão dentre os países da região que mais originam emigrantes.

Vale destacar a crise alarmante sobre infância migrante que afeta os países de El Salvador, Guatemala, Honduras, México e Estados Unidos das Américas. A

principal e mais preocupante característica da migração infantil nesses países é a presença de crianças desacompanhadas e/ou separadas de suas famílias, chegando a ser considerada a região com a maior ocorrência desse fenômeno no mundo.

A migração de crianças desde El Salvador, Guatemala e Honduras (países que formam o Triângulo Norte da América Central) tem por destinos principais os Estados Unidos e o México, podendo, este último, apresentar-se como país de trânsito ou de destino daquelas crianças imigrantes. Por outro lado, verifica-se um intenso fluxo de crianças mexicanas em direção aos Estados Unidos. Muitos imigrantes que saem de Guatemala, Honduras, El Salvador também procuram destinos como México, Panamá, Nicarágua, Costa Rica e Belize, todavia, os Estados Unidos ainda apresentam o maior número de imigrantes ilegais e de solicitantes de refúgio provenientes daqueles países (ACNUR, 2017, p. 2).

Os países do Triângulo Norte da América Central e o México, enfrentam os mesmos problemas: além das dificuldades socioeconômicas, os países sofrem com a violência generalizada provocada pelos grupos de crime organizado, sobretudo de tráfico de drogas, e pelas gangues armadas (“*las maras*” ou “*las pandillas*”), os quais promovem o assassinato, desaparecimento, a violência sexual e o recrutamento forçado de milhares de pessoas, sobretudo de crianças.

O UNICEF, em um relatório publicado em 2016, *Uprooted: the growing crisis for refugee and migrant children*, revelou que, entre outubro de 2008 e julho de 2009, apenas 3.300 crianças desacompanhadas ou separadas procedentes de Honduras, Guatemala e El Salvador foram apreendidas pelas autoridades de imigração, na fronteira dos Estados Unidos. Entre outubro de 2013 e julho de 2014, as apreensões de crianças imigrantes desacompanhadas chegaram a perto de 52.000 (UNICEF, 2016, p. 70).

No México, foram registradas 40.542 detenções de crianças (acompanhadas e desacompanhadas) nas estações do *Instituto Nacional de Migración (INM)*, durante o ano de 2016, sendo a maioria oriunda, principalmente, de Guatemala (41%), Honduras (29%) e El Salvador (25%). O Instituto também registrou 13.746 eventos de repatriação de crianças mexicanas que foram enviadas de volta ao país pelos Estados Unidos (UNICEF, 2017).

No ano de 2015, o ACNUR realizou um estudo (*Children on the Run: Unaccompanied children leaving Central America and Mexico and the Need for*

international Protection) com base nos depoimentos individuais de 404 crianças desacompanhadas e separadas provenientes de El Salvador, Honduras, Guatemala e México, no qual revelou que 58% das crianças entrevistadas apresentaram respostas que claramente indicavam a ocorrência de violações de direitos a merecer proteção internacional. Registrou-se, ainda, que 192 crianças informaram ter sido submetidas a alguma forma de violência fora de casa, enquanto 85 crianças haviam sofrido violência doméstica, incluindo estupros (ACNUR, 2015, p. 25).

O referido estudo apontou que as motivações das crianças incluem, principalmente, violência na sociedade, abuso em casa, reunificação familiar e a busca por melhores oportunidades, e, na maioria dos casos, essas crianças compartilhavam mais de uma razão para deixar seus países de origem. No entanto, a violência provocada pelas gangues constitui a principal ameaça e motivação central do deslocamento de crianças (ACNUR, 2015, p. 26).

As gangues⁴ fazem parte não só da realidade desses quatro países (El Salvador, Honduras, Guatemala e México), como também de outros, na América Central, tais como Panamá, Costa Rica, Nicarágua e Belize. Na maioria das vezes, esses grupos estão ligados a uma rede complexa de crime organizado transnacional, notadamente o tráfico internacional de drogas, atuando em cooperação com os grandes cartéis da região.

Nas principais cidades desses países, a pluralidade de gangues controlando diferentes bairros contribui, ainda mais, para o aumento da violência nas cidades, tendo em vista a rivalidade existente entre os membros das gangues. Nesse contexto, as crianças sofrem tanto com o perigo de serem identificadas erroneamente como membros de uma gangue enquanto estiverem em território rival de outra gangue, quanto com os assédios e ameaças para se unirem às gangues (através do recrutamento pelo “*el sicariato*”) (ACNUR, 2015, p. 26). A maior parte das ocorrências de recrutamento de crianças para trabalhar na indústria do contrabando está no México, de onde as crianças partem como “mulas”, em direção aos Estados Unidos, a serviço das organizações criminosas (ACNUR, 2015, p. 47).

Na Colômbia, a emigração de crianças também é bastante marcante, sobretudo de crianças que buscam a proteção internacional através do instituto do refúgio. O

⁴ As gangues *MS-13* e *M-18* são as principais da América Central, tendo atuação no México, El Salvador, Guatemala e Honduras (ACNUR, 2015).

maior contingente de refugiados e deslocados internos na América provém da Colômbia, e estima-se que a metade dos refugiados colombianos é composta por crianças, o que equivale a cifra de 170 mil menores, aproximadamente. O UNICEF registrou que o destino principal dos emigrantes colombianos é o Equador (UNICEF, 2016, p. 68).

Além das mencionadas violações de direitos sofridas em seus países de origem, as crianças se deparam com as mesmas situações de risco no percurso do deslocamento, principalmente quando realizam o trajeto desacompanhadas, pois, quando não são recrutadas por membros de outras organizações criminosas nos países de trânsito – como redes de narcotráfico ou redes de tráfico de pessoas para a prostituição infantil e para o trabalho escravo –, são exploradas pelos agentes de travessia ilegal de imigrantes (chamados “coiotes”), que oferecem um traslado extremamente perigoso ao país de destino por um alto custo.

Ao chegarem no país de destino, as crianças desacompanhadas se deparam, não raro, com uma realidade de discriminação e desproteção. Logo nas primeiras tentativas de regularizar sua situação no país (já que muitos chegam de forma ilegal), as crianças encontram óbices à emissão de documentos de identidade, ao registro da sua própria solicitação de refúgio ou asilo, ao acesso aos sistemas de tutela ou assessoramento jurídico, à tramitação de um processo migratório que leve em consideração sua idade e/ou gênero, ao processo de reunificação de sua família, no caso das crianças separadas etc (CRCH, 2005, p. 4).

Merece destaque um outro problema enfrentado pelos menores tanto nos países de trânsito como de destino: as detenções pelas autoridades migratórias. Embora tal prática seja claramente contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos demais tratados de direitos humanos, muitos países ainda adotam essa prática com os menores que chegam desacompanhados em seus territórios, os quais são levados para campos de detenção de imigrantes, próximos às fronteiras. A título de exemplo, no ano de 2014, os Estados Unidos realizaram 52.539 detenções de crianças não acompanhadas, conforme dados fornecidos pelo *Global Detention Project* (GDP, 2016, p. 9).

Em relação às crianças mexicanas, por exemplo, a CorteIDH revelou – em um relatório produzido com base em sua visita à fronteira sul dos Estados Unidos (entre 29 de setembro e 02 de outubro de 2014) – que o departamento de segurança norte-

americano, *Department of Homeland Security (DHS)*, vinha aplicando uma presunção de ausência de necessidade de proteção internacional daqueles menores. A CorteIDH concluiu que cerca de 95,5% das crianças mexicanas que chegam sozinhas nos EUA são devolvidas sem nunca lhes ser dada a oportunidade de audiência em um processo de imigração (CORTEIDH, 2015, p. 83-84). E isso sob governos, em tese, mais favoráveis aos imigrantes que o atual (janeiro de 2017 a janeiro de 2021).

Pavez Soto (2013, p. 191), assevera que a realidade de discriminação e exclusão é vivida não apenas pelas crianças que realizam o deslocamento, mas também pelos filhos e filhas de imigrantes que nascem no país de destino. Apesar de não ser efetivamente um imigrante, pois não vivenciou um processo de mobilidade, essas crianças são estigmatizadas pela sua origem, possuindo uma “condição de imigrante”, como ficou evidenciado no caso acima citado das devoluções de crianças mexicanas pelos EUA.

2 A proteção jurídica da criança migrante e o seu direito a ser ouvida

No plano internacional, a proteção jurídica da criança migrante tem sua base na Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 (CDC), que é o principal instrumento internacional de proteção da infância e um dos documentos de direitos humanos mais ratificados do mundo. A CDC adota a doutrina da proteção integral, da qual derivam várias obrigações específicas que devem ser cumpridas pelos Estados-parte, a fim de concretizar os direitos de todas as crianças. Tal doutrina foi consagrada na CDC por quatro princípios reitores: o princípio da não discriminação, o princípio do interesse superior da criança, o princípio do respeito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e o princípio do respeito à opinião e à participação da criança em todo procedimento que a envolva (ONU, 1990).

O princípio da não discriminação é extraído do teor do artigo 2 da CDC, o qual prevê que os Estados-parte devem garantir os direitos previstos na Convenção a todas as crianças sujeitas à sua jurisdição, sem distinção de qualquer natureza, o que implica na obrigação do Estado de tomar medidas positivas para proteger as crianças contra todas as formas de discriminação.

Por sua vez, o princípio do interesse superior da criança, disposto no parágrafo 1º do artigo 3 (três) da Convenção, estabelece que todas as decisões que envolvam crianças devem priorizar a proteção de seus interesses, em detrimento do interesse de

seus pais ou outros responsáveis; isto é, deve-se buscar a melhor solução para as crianças nos casos em que os pais ou tutores não sejam capazes de o fazer.

O artigo 6 (seis) da CDC reconhece o princípio do respeito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento de modo que os Estados-parte devem não só garantir a sobrevivência, mas também o pleno desenvolvimento das crianças em seu território.

Por fim, o artigo 12 da CDC assegura que toda criança tem o direito de expressar sua opinião e formar sua vontade livremente, bem como o direito a ter a sua opinião levada em conta em qualquer processo judicial ou administrativo, diretamente ou por meio de representante legal. Ressalte-se que o tema da oitiva das crianças migrantes em questão irá se apoiar, particularmente, nesse princípio do respeito à opinião e à participação da criança em todo procedimento que a envolva.

No tocante à situação migratória de crianças, a CDC, em seu art. 22, apresenta linhas gerais sobre os direitos das crianças solicitantes de refúgio e/ou refugiadas e as obrigações dos Estados-parte de protegê-las, destacando o dever de o Estado dispensar-lhes a adequada proteção e assistência humanitária, de modo a permitir o gozo dos direitos reconhecidos pela Convenção e outros documentos internacionais de que os Estados sejam partes. Asseverou, ainda, que os Estados devem cooperar com a ONU adotando medidas para a reunificação familiar e, caso não seja possível, devem beneficiá-las com as mesmas medidas protetivas destinadas as crianças nacionais que se encontrem privadas temporária ou definitivamente do convívio familiar (ONU, 1990).

A CDC também instituiu o Comitê dos Direitos da Criança, através de seu artigo 43, que possui a competência para elaborar observações gerais sobre temáticas diversas relacionadas à infância, interpretando-as segundo o conteúdo de direitos humanos da Convenção. Em relação ao tema das crianças migrantes, o Comitê se pronunciou, por meio do Comentário Geral nº 6, de 2005, sobre o tratamento a ser conferido às crianças desacompanhadas e separadas que se encontram fora de seu país de origem (CRCH, 2005).

No Comentário Geral nº 6 (item “e”, título IV), o Comitê se preocupou em analisar o direito da criança migrante de expressar seu ponto de vista livremente, de acordo com o art. 12 da CDC. É certo que a observância do princípio do respeito à opinião é devida à toda e qualquer criança, no entanto, ao se tratar de criança

desacompanhada ou separada de sua família, tal direito deve ser especialmente garantido, tendo em vista sua vulnerabilidade é presumida exposição às situações de violência.

O Comitê asseverou que ao determinar as medidas a serem adotadas em relação a crianças desacompanhadas ou separadas, as autoridades devem levar em consideração as opiniões e os desejos da criança. Para permitir uma expressão bem formada de tais pontos de vista e desejos, é imperativo que essas crianças recebam todas as informações relevantes sobre, por exemplo, seus direitos, serviços disponíveis, incluindo meios de comunicação, processo de asilo, localização de familiares e a situação em seus países de origem. Nos procedimentos de tutela, as opiniões acerca do cuidado, acomodação e representação legal das crianças também devem ser levadas em consideração. Essas informações devem ser fornecidas de maneira adequada à maturidade e ao nível de compreensão de cada criança. Como a participação depende de comunicação fidedigna, intérpretes devem ser disponibilizados, quando necessário, em todas as fases do procedimento.

No título VIII do Comentário Geral nº6, o Comitê destacou a importância e necessidade do treinamento do pessoal que lida com crianças desacompanhadas e separadas. Deve-se prestar atenção especial ao treinamento de funcionários que trabalham com crianças separadas e não acompanhadas e que lidam com seus casos. O treinamento especializado é igualmente importante para representantes legais, tutores, intérpretes e outros que lidam com crianças separadas e desacompanhadas. Esse treinamento deve ser especificamente adaptado às necessidades e direitos dos grupos envolvidos. No entanto, certos elementos-chave devem ser incluídos em todos os programas de treinamento, incluindo: princípios e disposições da Convenção; conhecimento do país de origem das crianças separadas e desacompanhadas, técnicas de entrevista apropriadas, desenvolvimento infantil e psicologia, sensibilidade cultural e comunicação intercultural. Os programas de treinamento inicial também devem ser acompanhados regularmente, inclusive por meio de aprendizagem no trabalho e redes profissionais.

No plano regional, destaca-se a Opinião Consultiva nº 21/2014 (OC nº 21/14), elaborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH)⁵, órgão

⁵ Vale lembrar que, em face de suas jurisdições consultiva e contenciosa, a CorteIDH tem a competência para emitir pareceres (“opiniões”) sobre a compatibilidade entre as leis internas dos Estados-membros e os dispositivos da Convenção, para julgar casos concretos acerca de uma violação de direitos humanos

jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em 19 de agosto de 2014, por solicitação de 4 países da América Latina: a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. A Opinião é um documento que estabelece princípios e obrigações específicas que os Estados devem adotar em seus ordenamentos jurídicos acerca dos direitos das crianças migrantes.

Vale frisar que, apesar de não terem natureza de tratado internacional, as opiniões consultivas da CorteIDH vinculam todos os Estados que reconhecem a competência desse órgão, na medida que constituem parâmetros jurídicos para a compatibilização das legislações internas dos Estados-parte. Provavelmente em razão da existência de divergências doutrinárias em relação ao caráter vinculante das opiniões consultivas, a CorteIDH cuidou de confirmar, expressamente, no parágrafo 31 da OC nº 21/14, a necessidade de que os órgãos internos dos Estados-parte realizem o devido controle de convencionalidade também em relação às interpretações provenientes da competência consultiva, “a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de ‘proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos’” (CORTEIDH, 2014, p. 12-13).

Desse modo, tendo em conta que o referido documento representa uma importante fonte de direito das crianças migrantes para os países da OEA (que ratificaram a Declaração Americana e a CADH e reconhecem a jurisdição da CorteIDH), faz-se necessária a análise, em particular, do direito de oitiva abordado neste documento e as medidas mais relevantes que devem ser adotadas pelos Estados para assegurar a efetividade desse direito às crianças migrantes.

No capítulo VIII, a CorteIDH (2017, p. 43-44) orienta como as garantias do devido processo previstas na CADH (artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XXV) devem ser aplicadas nos processos que envolvem crianças migrantes. Segundo a CorteIDH, tais garantias do devido processo interpretadas à luz do art. 19⁶ A Convenção Americana implica que a participação das crianças em um processo migratório não se dá nas mesmas condições que um adulto; é imprescindível que esteja adaptado e acessível a elas.

porventura cometida por um Estado-parte e para adotar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas.

⁶ Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Dessa forma, a Corte elencou garantias mínimas que devem reger todo o processo migratório: a) o direito de ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; b) o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; c) o direito da criança a ser ouvida e a participar nas diferentes etapas processuais; d) o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; e) o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; f) o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; g) o dever de designar um tutor no caso de criança desacompanhada ou separada; h) o direito a que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; i) o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e j) o prazo razoável de duração do processo.

No plano nacional, a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, chamada *Lei de Migração* trouxe um enfoque de direitos humanos às questões migratórias no Brasil, rompendo com a realidade burocrática da regularização migratória do antigo diploma (Estatuto do Estrangeiro). No texto da nova Lei, há tímidas, porém importantes, normativas que trazem a perspectiva da infância à legislação migratória, como o art. 3º, VIII, que estabelece como princípios da política migratória brasileira a garantia do direito à reunião familiar⁷ (art. 3º, VIII) e a proteção integral e superior interesse da criança migrante (art. 3º, XVII) (BRASIL, 2017b). A consagração daqueles princípios na Lei implica na interpretação de seus dispositivos à luz da doutrina da proteção integral, estabelecida pela Convenção dos Direitos das Crianças e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990).

Em relação às crianças desacompanhadas e separadas, a Lei n. 13.431/2017, na medida que estabelece a garantia do direito de oitiva da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, mostra-se de fundamental importância para a efetivação de outros vários direitos das crianças inseridas no contexto da migração, o que será verificado no tópico a seguir.

⁷ A Lei de Migração também dispõe no mesmo sentido: “Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: [...] III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes”. (BRASIL, 2017).

3 Oitiva de crianças migrantes em face da Lei n. 13.431/2017

A Lei n. 13.431/2017 estipulou direitos e garantias e instituiu diversas medidas para a superação da situação de violência sofrida pelas crianças. Além disso, tratou de classificar, em seu art. 4º, as formas de violência como: (i) física, (ii) psicológica, (iii) sexual e (iv) institucional, para abarcar de maneira mais completa os diferentes tipos de violência que uma criança pode experimentar.

No § 1º do art. 4, também estabeleceu que as crianças serão ouvidas sobre a situação de violência por meio da escuta especializada (EE) e do depoimento especial (DE). Conforme o art. 7º da Lei n. 13.431/2017, a “escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitando o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”. Assim, a EE tem o objetivo específico de identificar qual medida protetiva seria mais adequada ao caso concreto, sem qualquer conotação investigativa (BRASIL, 2017, p. 27-28).

Por sua vez, o “depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”, de acordo com o art. 8º da Lei n. 13.431/2017. Verifica-se, em contrapartida, o caráter investigativo e de produção de provas deste instituto, que agora se realiza sob a perspectiva de proteção dos direitos das crianças, ao contrário do que se configurava na tradicional inquirição processual.

Assim, a EE e o DE surgem como instrumentos capazes de promover o equilíbrio entre o direito fundamental do réu à produção de provas e a proteção integral da criança. A aplicação desses mecanismos visa preservar a integridade física e psíquica da criança, bem como minimizar o prejuízo do seu desenvolvimento moral, intelectual e social, em concordância com o disposto no art. 2º da Lei n. 13.431/2017 (CNJ, 2019, p. 27). A ideia principal da escuta especializada e do depoimento especial é garantir que haja procedimentos que assegurem a dignidade do depoente em situações que seja imprescindível a oitiva da criança ou do adolescente para a consecução da justiça (CNJ, 2019, p. 34).

Como visto no primeiro tópico, crianças que cruzam fronteiras desacompanhadas e separadas de suas famílias, são, em sua maioria, vítimas de violência em seu país de origem e/ou nos países de trânsito e destino. O UNICEF (2016) aponta que crianças que migram desacompanhadas podem sofrer inúmeras

violações de direitos humanos, como envolvimento em redes de crime organizado, tráfico de pessoas, trabalho forçado (muitas vezes em benefício de suas famílias de adoção), exploração sexual, abusos por parte das autoridades migratórias no momento da repatriação, privação de liberdade, dentre outras. Tal migração tem um grande impacto sob o desenvolvimento das crianças, que são privadas de seus estudos, do convívio familiar e da segurança e estão expostas às diversas espécies de violência

A par disso, é prudente que qualquer autoridade ou instituição que se depare com uma criança desacompanhada ou separada de sua família presuma a exposição à alguma forma de violência, tendo em vista que a própria migração independente, por si só, afeta sua integridade moral e psíquica. E, por se tratar de criança vítima de violência, os procedimentos de EE e DE devem ser realizados para que o exercício de seu direito de oitiva e de participação nas diferentes etapas do processo não provoquem uma revitimização da criança.

O art. 5º da Lei n. 13.431/2017 prevê vários direitos das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, destacando-se o “direito de receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, representação jurídica, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido”. Sobre esse direito, há uma aproximação da legislação nacional com a Opinião Consultiva n. 21/2014, que podem ser utilizadas de maneira combinada e complementar.

No ponto 128 da OC n. 21/2014, a Corte aduz o seguinte:

Devido à especial vulnerabilidade das crianças que se encontram fora de seu país de origem e, em especial, daquelas desacompanhadas ou separadas, o acesso à comunicação e assistência consular se converte em um direito que possui uma especial relevância e que deve ser garantido e tratado de maneira prioritária por todos os Estados, em especial pelas implicações que pode ter no processo de recolher informação e documentação no país de origem, assim como para velar para que a repatriação voluntária unicamente seja ordenada se assim recomendar o resultado de um procedimento de determinação do interesse superior da criança, de acordo com as devidas garantias e uma vez que tenha sido verificado que a mesma possa realizar-se em condições seguras, de tal modo que a criança receba atenção e cuidado no seu regresso (CORTEIDH, 2014, p. 47).

Ademais, a Corte (2014, p. 48-49) estipula, nos pontos 132 a 136, o dever de designar um tutor em caso de criança desacompanhada ou separada, determinando que os processos administrativos e judiciais somente poderão ser iniciados se um tutor for nomeado. que envolvam essa categoria de pessoas. Não poderão exercer a função de tutor os organismos ou indivíduos cujos interesses possam entrar em conflito com os da criança. Em relação à criança separada, normalmente será nomeado tutor o adulto acompanhante, exceto quando existam indícios de que esse arranjo não está de acordo com o maior interesse da criança.

No art. 5º, inciso VI, a Lei prevê o direito de “ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio”. Esse direito converge com o disposto no ponto 123 da OC n. 21/2014, em que se estipulou o seguinte:

No caso das crianças migrantes e, particularmente, no caso daquelas desacompanhadas ou separadas de suas famílias, o direito a ser ouvido possui especial relevância. Outrossim, qualquer declaração de uma criança deve sujeitar-se às medidas de proteção processual correspondentes, entre elas, a possibilidade de não declarar, a assistência do representante legal e a emissão da declaração perante a autoridade legalmente autorizada a recebê-la. 224 Nesta ordem de ideias, a fim de assegurar efetivamente o direito a ser ouvido, os Estados devem garantir que o processo se desenvolva em um entorno que não seja intimidatório, hostil, insensível ou inadequado à idade da criança e que o pessoal encarregado de receber o relato esteja devidamente capacitado, de modo que a criança se sinta respeitada e segura no momento de expressar sua opinião em um entorno físico, psíquico e emocional adequado (CORTEIDH, 2014, p. 46).

Já o art. 12 da Lei n. 13.431/2017 dispõe sobre o procedimento a ser seguido pelos profissionais que lidam com a EE e o DE, a fim de viabilizar a realização desses institutos conforme as garantias acima apresentadas.

Em primeiro lugar, o procedimento legal destaca a relevância da informação. Os profissionais especializados esclareceram à criança ou adolescente sobre a tomada do depoimento especial, mencionando seus direitos e os procedimentos a serem adotados, sendo proibida a leitura da denúncia ou de outras peças processuais. Tal medida visa evitar a utilização de expressões que causem desconforto ou qualquer prejuízo ao desenvolvimento da criança e a produção de memórias falsas (BRASIL, 2017a).

A assegura à vítima ou testemunha de violência o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender. Também o magistrado tem o poder de adotar todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha (BRASIL, 2017a).

Cabe mencionar ainda que o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente e que o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo. O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença do autor da violência na sala de audiência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado. Por fim, cabe destacar que as condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, com vistas à garantia do direito à intimidade e à privacidade, tanto da vítima quanto da testemunha (BRASIL, 2017a).

Vale destacar que a Lei n. 13.431/2017 não adota protocolo específico, deixando a critério do profissional especializado na tomada de depoimento a escolha da técnica e do protocolo a ser aplicado ao caso concreto. A Recomendação n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça, por outro lado, é categórica ao informar que os profissionais capacitados a realizar a EE e o DE deverão seguir os princípios básicos da entrevista cognitiva; no entanto, não trouxe uma definição precisa do que viria a ser o protocolo de entrevista cognitiva e também não deixou expresso se sua aplicação é obrigatória ou facultativa (CNJ, 2019, p. 46).

São muitos os benefícios da aplicação do DE, dentre eles, Heerdt (2016, p. 88) aponta a:

[...] maximização da fidedignidade das informações colhidas no depoimento de crianças e adolescentes; proteção à integridade física e moral da vítima, ao não manter contato visual e físico com o abusador, e não ficar sujeito ao ambiente inóspito das salas de audiências, evitando-se a chamada revitimização; menor risco de memórias falsas, ou respostas induzidas; possibilidade de participação das partes e imediação do juiz com prova; redução do número de entrevistas e rapidez na colheita probatória; melhor compreensão do conflito e do contexto familiar etc (HEERDT, 2016, p. 88).

Tanto a EE como o DE são procedimentos que respeitam o sujeito em desenvolvimento e levam em consideração as circunstâncias da violência sofrida, o contexto em que estão inseridas e o grau de cognição e maturidade da criança. Em consequência, o emprego das técnicas adequadas por entrevistadores capacitados permite que as informações colhidas sejam mais fidedignas, possibilitando uma precisa identificação do tipo de violência sofrida pela criança migrante.

A identificação da espécie de violência vivenciada por uma criança desacompanhada ou separada de sua família possibilita que as autoridades responsáveis tomem as devidas providências para sua proteção, seja aplicando medidas prioritárias de proteção integral dos direitos das crianças migrantes, seja promovendo a reunificação familiar, dentre outras. Isto é, a aplicação da Lei n. 13.431/2017 às crianças desacompanhadas ou separadas contribui para a efetivação de outros vários direitos dessas crianças.

Considerações finais

Segundo análise dos dados e estatísticas fornecidos por importantes órgãos internacionais, como o Fundo das Nações Unidas para Crianças (UNICEF) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), depreende-se que o número de crianças que migram desacompanhadas e separadas de suas famílias vem aumentando significativamente nos últimos anos, principalmente no contexto do continente americano.

Crianças podem ser vítimas, nos países de origem, trânsito e destino, de diversas situações que colocam em risco sua vida e segurança, como violência doméstica, tráfico e prostituição infantil, violência generalizada causada pelos grupos de crime organizado, catástrofes naturais que retiram a condição de vida digna, conflitos internos, dentre outras.

No âmbito internacional, a proteção jurídica das crianças migrantes tem suas bases principiológicas na Convenção dos Direitos das Crianças, a qual foi objeto do Comentário Geral nº6 do Comitê de Direitos das Crianças, que se destina a analisar a situação específica das crianças desacompanhadas e separadas de suas famílias, em especial o direito de oitiva dessas crianças e a necessidade de treinamento do pessoal que lida com crianças que realizam migração independente.

Na perspectiva regional, a Opinião Consultiva nº 21/2014, criada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceu várias medidas que devem ser adotadas pelos Estados-membros em matéria de direitos e garantias da infância migrante, em especial o direito da criança de ser ouvida e a participar das distintas etapas processuais.

A legislação brasileira, a Lei n. 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, por meio da escuta especializada (EE) e do depoimento especial (DE) (art. 4, §1º), mostrou-se de bastante relevância para as crianças desacompanhadas e separadas, principalmente porque versa sobre direito especialmente caro à elas: o direito de serem ouvidas em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem e terem suas opiniões respeitadas.

Tal direito, quando observado, possibilita que os profissionais competentes, por meio da EE ou do DE, identifiquem a violência sofrida pela criança e tomem a providência necessária, capaz de conferir a proteção específica para cada caso concreto. Assim, a aplicação da Lei n. 13.431/2017 às crianças desacompanhadas ou separadas acaba por promover a efetivação de outros vários direitos dessas crianças, como a aplicação de medidas prioritárias de proteção integral dos direitos das crianças migrantes, a reunificação familiar, direito ao asilo ou refúgio, dentre outros.

REFERÊNCIAS

ACNUR – ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Children on the run**: unaccompanied children leaving Central America and Mexico and the Need for international Protection, 2015. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/about-us/background/56fc266f4/children-on-the-run-full-report.html>>. Acesso em: 10 set. 2020.

ACNUR – ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Global trends**: forced displacement in 2016. Genebra, 2017. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016.html>>. Acesso em: 05 out. 2020.

ACNUR – ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS PARA REFUGIADOS. **Situación del triangulo norte de centroamérica**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/1104>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.431**, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445**, de 2017. Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.815**, 19 de agosto de 1980. Estatuto do estrangeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1.951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A oitiva de crianças no poder judiciário brasileiro** com foco na implementação da recomendação n.33/2010 no CNJ e da Lei n. 13.431/2017. Brasília, 2019.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Human Rights situation of refugee and migrant families and unaccompanied children in the United States of America**. OAS official records, 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Refugees-Migrants-US.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2020.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva nº 21/2014**, de 19 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CRCH – COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. **Observação Geral nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem**, 2005. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GLOBAL DETENTION PROJECT. **United States immigration detention**. Country detention reports, 2016. Disponível em: <https://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/united-states#_ftn57>. Acesso em: 1 out. 2020.

HEERDT, Fábio Vieira. A escuta protegida e a ponderação entre os bens jusfundamentais do acusado e do ofendido no processo penal: adoção do depoimento especial para suprimimento da insuficiência. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER,

Marceli V. (Org.). Depoimento especial de crianças e adolescentes: Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 81-89.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos das crianças**, de 14 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PAVEZ SOTO, Iskra. Los significados de "ser niña y niño migrante": conceptualizaciones desde la infancia peruana en Chile. **Polis**, Santiago, v. 12, n. 35, p. 183-210, ago. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-65682013000200009&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 1 jul. 2020.

UNICEF – UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND. **Situación de la infancia en México**. Disponível em: <<https://www.donaunicef.org.mx/informe-anual/>>. Acesso em: 3 ago. 2020.

UNICEF – UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND. **Uprooted**: the growing crisis for refugee and migrant children. New York, 2016. Disponível em: <<https://www.unicef.org/videoaudio/PDFs/Uprooted.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

8. APOIO AOS ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NO PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE FORTALEZA/CE: PESQUISA DE CAMPO SOBRE EFETIVAÇÃO DE ESTRATÉGIAS



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-8>

Luana Adriano Araújo¹

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o contido no art. 24, parágrafo 2º, alínea ‘d’ da CIDPCD (Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência), os Estados-partes estão obrigados a assegurar que as pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação. Para cumprir este preceptivo, a Observação Geral Nº 4 do Comitê da ONU de Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) aponta que os alunos com deficiência devem ter o direito de receber o apoio necessário que facilite sua formação efetiva e que permita que eles se desenvolvam em pé de igualdade com os demais, sem deficiência.

Em considerando o texto convencional, adotado nacionalmente com *status* constitucional, o município deve observar, na elaboração e na execução da política educacional, as concepções esposadas na CIDPCD, de forma que a política local deve atender às obrigações fixadas no texto convencionada – dentre as quais, a obrigação de fornecimento de apoios gerais. O principal instrumento da política educacional local consiste no Plano de Educação, que será Nacional, Estadual ou Municipal, a depender do sistema de ensino que abordam. Em Fortaleza, o PME 2015-2025 de restou instituído pela Lei Nº 10.371 de 24 de junho de 2015, contendo diagnósticos, concepções pedagógicas, diretrizes, objetivos, metas e estratégias para educação do Município a serem implementadas em seu interregno de dez anos de vigência.

Tendo em vista essa necessidade de alinhamento, compara-se, nesse artigo, os comandos convencionais relativos a apoios gerais com as estratégias contidas na Meta 1 do Plano Municipal de Educação 2015/2025 de Fortaleza/CE. Metodologicamente,

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Bolsista Faperj. Pesquisadora do Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos. Email: luana.adriano88@gmail.com

utilizamos pesquisa de campo, que contemplou 5 escolas² com maior número de estudantes com deficiência matriculados em cada um dos seis distritos educacionais da cidade. Juntas, tais escolas atendem um total 1.077 estudantes com deficiências (dentre os 4.175 matriculados no momento do recorte). A pesquisa empírica foi realizada no bojo de uma investigação maior efetivada no âmbito do Grupo de Trabalho em Educação Inclusiva (GTEI), junto ao Ministério Público do Ceará. Considerou-se a técnica de entrevista estruturada, com a aplicação de formulários no interregno entre 01^o de fevereiro de 2017 e 28 de junho de 2017, tendo como respondentes, em cada uma das 30 escolas, uma equipe formada pelos seguintes sujeitos: Diretor ou Diretora, Coordenadores ou Coordenadoras e Professores lotado na SRM da escola. Como indicadores, chamamos de “desafios” os fatores que devem ser endereçados para que se caminhe na realização do conteúdo das metas e da estratégia do PME 2015-2025, segundo uma interpretação destas balizada pela CIDPCD.

2 APOIOS NECESSÁRIOS: MEDIDAS GENERALIZADAS

O apoio à disponibilidade geral de serviços e instalações no sistema educacional deve garantir que os alunos com deficiência possam realizar todo seu potencial, fornecendo, por exemplo, pessoal docente, conselheiros escolares, psicólogos e outros profissionais relevantes aos serviços sociais e de saúde formados de maneira apta a fornecer os apoios necessários (ONU, 2016, par. 32). Portanto, referido apoio necessário no âmbito do sistema educacional geral refere-se tanto a fatores intrínsecos ao ambiente escolar – como profissionais educacionais aptos e conselheiros escolares – como elementos extrínsecos ao que se considera pertinente, em sentido estrito, à atividade educacional, mas que com esta se relacionam em uma relação de suporte – como psicólogos, assistentes sociais e profissionais de saúde.

Para entender o significado deste preceptivo, é preciso, de acordo com De Beco, compreender a história por detrás de sua redação. Conforme apontado pelo autor, a proposta original continha o comando de que em circunstâncias excepcionais, nas quais em o sistema educacional geral não pudesse satisfazer adequadamente as

² Para identificação, cada distrito educacional foi nomeado como A, B, C, D, E e F, sendo cada uma das cinco escolas selecionadas em cada distrito classificadas em 1, 2, 3, 4 e 5. A combinação de cada letra e o número identifica as instituições perscrutadas.

necessidades de todas as pessoas com deficiência, os Estados Partes deveriam assegurar que fossem fornecidas medidas de apoio alternativas efetivas, consistentes com o objetivo de inclusão completa. Neste contexto, a obrigação de fornecimento de medidas de apoio efetivas, subsidiárias ao sistema educacional geral face à sua ineficiência, era compreendida como uma abertura para que os Estados-partes regulamentassem as possibilidades de realização da educação especializada ou mista. Esta redação foi, no entanto, modificada para a noção de “medidas de apoio individualizadas”, a serem adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, constante na alínea ‘e’ do mesmo parágrafo (DE BECO, 2014, p. 281-282).

Desta maneira, as possíveis interpretações do preceptivo analisado – art. 24, parágrafo 2, alínea ‘d’ da CIDPCD – deixam de conter a educação especializada como uma alternativa em face da insuficiência do sistema educacional geral. É dizer: a constatação da insuficiência do sistema educacional geral não mais possibilita a manutenção de um sistema segregado, comandado, por outro lado, a reformulação do próprio sistema avaliado como insuficiente. O sistema de apoios vem a substituir, portanto, a noção da ineficácia do sistema educacional como justificativa para instauração de sistemas especializados paralelos, cuja função consistiria em substituir o ensino regular, subsidiariamente, após comprovação de inoperância deste.

3 MEDIDAS DE APOIO NAS ESTRATÉGIAS 10, 13, 19 E 20 DO PME 2015-2025

No contexto do PME 2015-2025, é possível identificar quatro estratégias alinháveis com a obrigação de fornecimento de apoios no sistema educacional geral. A primeira é a de número 10, relacionando-se com a ampliação de convênios com os centros de atendimento especializado. Os termos segundo os quais estes convênios são firmados devem atender aos ditames segundo os quais os serviços prestados nestas entidades configuram-se por serem complementares ou suplementares ao ensino regular, em conformidade com a Resolução Nº 4 de 2009 CEB/CNE. Ademais os centros especializados podem funcionar como centros de formação de professores e de fornecimentos de recursos, sempre em articulação com as escolas regulares às quais os estudantes com deficiência estão vinculados.

Ainda, pode-se associar à obrigação de fornecimento de apoios no sistema educacional geral a estratégia 13 do PME, referente a firmar convênios com instituições públicas que possam oferecer apoio psicológico aos profissionais da educação e familiares dos estudantes da Educação Especial. Veja-se que o estabelecimento de convênios, neste caso, não visa especificamente o fornecimento de um serviço aos estudantes com deficiência, referindo um apoio psicológico a ser prestado à comunidade escolar, mormente considerando a família e os profissionais da educação. Outrossim, ressalte-se que referidos convênios têm por desiderato possibilitar o apoio psicológico aos sujeitos de citados grupos, o que não demanda especificamente a presença do profissional de psicologia no contexto escolar.

Por isto, pode-se entender que os convênios mencionados nessa estratégia visam possibilitar um serviço aos familiares e aos profissionais da educação. Referido serviço de apoio psicológico, no caso do acolhimento de familiares, refere-se à orientação do primeiro grupamento no qual a pessoa com deficiência encontrar-se-á envolvida. De acordo com Glat e Pletsch, “quando ocorre a constatação (no nascimento, ou posteriormente) que um dos filhos tem características distintas do padrão culturalmente reconhecido como ‘normal’, a estrutura de funcionamento dessa família, inevitavelmente, se rompe” (2004, p. 33). Esta ruptura demanda um olhar focado nas estruturas familiares - que não raro passam por uma pressão diferenciada em face das barreiras que impedem o membro familiar com deficiência de participar em igualdade de condições com os demais. Neste processo, ressalte-se que os fatores de estresse recaem majoritariamente sobre as mães dos estudantes com deficiência, devido ao papel que lhes é imposto socialmente de cuidadoras dos filhos com deficiência (cf. MATSUKURA, 2007; NOBRE et al, 2008). Desta forma, é preciso garantir que estas possam gozar dos apoios que necessitem, favorecendo-se, neste processo, a própria inclusão da criança com deficiência.

Por outro lado, o apoio psicológico prestado aos profissionais da educação correlaciona-se com o suporte àqueles encarregados de enfrentar as dificuldades pertinentes à promoção da inclusão em uma sociedade permeada por barreiras organizacionais. Veja-se que o apoio psicológico focado não se refere à formação dos professores – função desempenhada por psicólogos educacionais -, mas sim ao estabelecimento de suporte psicológico. Ainda, é preciso reconhecer que os trabalhadores da educação são, no geral, reconhecidamente vulnerabilizados pelas

condições às quais estão submetidos, gerando situações de sofrimento psíquico e emocional (CARVALHO, 2014, p. 54). Referido panorama claramente afeta as possibilidades de promoção do paradigma inclusivo, na medida em que sofrimentos de ordem psicológica experimentados por estes profissionais, quando não endereçados, prejudicam o fazer pedagógico. Por este motivo, as políticas de inclusão devem considerar o papel de articulações cujo objetivo constitua-se em garantir o bem-estar físico e mental dos profissionais da educação.

Ainda, veja-se que a estratégia 19 articula-se com a obrigação de fornecimento de apoios, fixando a garantia da presença de profissionais da área de Psicologia e Assistência Social com vistas ao atendimento educacional nas unidades escolares. A presença destes profissionais nas próprias unidades escolares, com vistas a compor o atendimento educacional, soma-se à ideia de que a atenção educativa dispensada aos estudantes com deficiência deve considerar um olhar multiprofissional. De acordo com Silva, a alocação destes profissionais no contexto escolar deve ser objeto de uma estruturação bastante consciente do paradigma da inclusão, na medida em que o papel de tais agentes o “deve centrar-se na escola e nas estratégias de sala de aula, a parceria entre eles deve ser cuidadosamente planejada para que contribua com o processo educacional e não se crie serviços paralelos dentro da escola” (2016, p. 35).

Com relação à garantia da presença de psicólogos no contexto escolar, ressalte-se, primeiramente, que o papel desempenhado pelo profissional focado nesta estratégia diferencia-se daquele envolvido na realização da estratégia 13. Portanto, enquanto a estratégia 13 volta-se para o fornecimento de apoio psicológico aos familiares e profissionais da educação, a estratégia 19 visa garantir a presença do profissional de psicologia no próprio contexto escolar, enquanto trabalhador oficialmente vinculado à instituição educacional. De acordo com Zanella, o psicólogo, ao procurar conhecer a realidade escolar, “pode contribuir no repensar da escola, na medida em que redimensiona sua própria atuação e contribui para que os demais integrantes desta reflitam também sobre a forma como agem/interagem frente ao real”, contribuindo efetivamente para a transformação social (2013).

Acrescente-se a isto o defendido por Silva, no sentido de que a atuação da psicologia escolar “deve fundamentar sua ação numa dimensão institucional na qual as demandas apresentadas na escola devem ser analisadas dentro de um contexto amplo, tanto para avaliação quanto para encaminhamento” (SILVA, 2016, p. 36). Para

que tal perspectiva ampla seja promanada, é preciso que o psicólogo envolvido no atendimento educacional não se restrinja às práticas de avaliação e prestação de serviços ao estudante com deficiência, o que o qualificaria apenas como mais um profissional técnico da educação (cf. DAZZANI, 2010). Neste sentido, o psicólogo cuja presença deve ser garantida é aquele que entende e concretiza o papel da equipe multidisciplinar, possibilitando um olhar integral sobre a deficiência.

A realização desta estratégia garante, ainda, a presença de assistentes sociais nas unidades escolares, igualmente compondo a equipe multiprofissional responsável pelo atendimento educacional. Da mesma forma que o psicólogo, o assistente social não deve configurar-se como meramente mais um profissional técnico da escola – em vez disso, o profissional de serviço social cuja presença no contexto escolar esteja garantida deve ser um dos fatores de formação da mencionada visão integral e holística da vida do estudante.

Neste sentido, Silva entende que o trabalho deste profissional deve buscar “uma educação emancipadora, não se restringindo apenas às abordagens individuais. Deve, portanto, envolver também os demais membros do coletivo que se caracteriza na comunidade escolar, provendo ações junto às famílias, aos professores, aos gestores e aos funcionários da escola” (SILVA, 2016, p. 96). A autora acrescenta ainda que o papel do assistente social na educação deve priorizar a garantia do acesso e permanência de todos os alunos na escola (2016, p. 96).

Por fim, como última estratégia passível de associação com a obrigação de fornecimento de apoios no âmbito educacional geral, têm-se a fixada em número 20, que estabelece a realização sistemática de parcerias com a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) para diagnosticar com laudo, quando necessário, os estudantes-público da educação especial. Sublinhe-se que, caso se entenda o mero diagnóstico como direito, esta estratégia pode ser identificada como instrumentalização do objetivo do PME 2015-2025 de favorecer a intersectorialidade entre as Secretarias e os órgãos governamentais e não governamentais no intuito de assegurar os direitos dos estudantes da Educação Especial.

O papel do diagnóstico médico na realização da educação inclusiva tem gerado debates infundáveis, relacionados sobretudo à indefinição de seu real papel no contexto escolar e à manutenção de estereótipos fomentadores da noção de anormalidade educacional. Neste sentido, Werner Junior adverte para a possibilidade de o

diagnóstico coisificar a deficiência, orientando o atendimento educacional segundo uma percepção pautada unicamente na falta ou na ausência de habilidades, tidas necessárias para um desenvolvimento considerado “normal”. Em vez disso, aponta o autor, a avaliação diagnóstica deveria propiciar o conhecimento, reverter as metas minimalistas e construir condições de superação e a co-construção de novos conhecimentos e habilidades (2007, p. 71). Portanto, a busca pelo diagnóstico, não raro considerada prioritária no contexto do atendimento educacional de estudantes com deficiência, deve ser reavaliada sobre o viés de sua função no paradigma da inclusão, de sorte que devem ser considerados desejáveis apenas aqueles diagnósticos alinhados com o ideal de promoção do conhecimento e de derrocada das barreiras sociais, atitudinais e ambientais.

Por fim, ressalte-se que estes apoios devem ser considerados como parte do projeto de reestruturação das escolas. Nesta perspectiva, as escolas deixam de localizar-se em uma posição periférica no que diz respeito à vida do estudante com deficiência, passando a ocupar um papel central na promoção do paradigma da inclusão. É por esta perspectiva que Karagianis, Stainback e Stainback entendem que os benefícios do ensino inclusivo podem atingir a todos os alunos e professores e a sociedade em geral, na medida em que a inclusão é mais do que um modelo de prestação de serviços; é, em verdade, um “novo paradigma de pensamento e de ação, no sentido de incluir todos os indivíduos” (1999, p. 30-31).

4 ANÁLISE DE RESULTADOS ACERCA DE MEDIDAS DE APOIO NO SISTEMA EDUCACIONAL GERAL (ESTRATÉGIAS 10, 13, 19 E 20)

A noção de que não apenas as questões estritamente educacionais e limitadas à figura do estudante com deficiência devem ser endereçadas no âmbito escolar apresenta-se ainda mais pertinente quando se compreende o contexto de vulnerabilidade social das escolas públicas visitadas. Em geral, as entidades educacionais funcionam não apenas como prestadoras de ensino, mas também como centros de apoio às famílias e aos próprios profissionais da escola em questões de diversas ordens – educacionais, sociais, culturais e, inclusive, econômicas. Neste sentido, a escola opera, não raro, as vezes de aglutinador de demandas, papel este que não pode ser olvidado pela gestão educacional, em face do entendimento de que o

paradigma da inclusão deve considerar o entorno da pessoa com deficiência. Para analisar a existência de apoios no contexto desses sistema escolar mais amplo que a própria entidade institucional, analisamos, a partir do campo, a efetivação das estratégias 10, 13, 19 e 20 do PME 2015-2025.

No que diz respeito à estratégia 10, que se refere à ampliação de convênios com os centros de atendimento especializado, deve-se, primeiramente, ter em mente que referidas instituições prestam-se não a fornecer um serviço de substituição do ensino regular, possuindo competência complementar ou suplementar à escolarização. Neste sentido, cumpre salientar o teor do constante na Nota Técnica Nº 055/2013/MEC/SECADI/DPEE ao delimitar as orientações para a atuação dos Centros de AEE, determinando que o Atendimento Educacional Especializado deve ser “realizado em interface com os professores do ensino regular, promovendo os apoios necessários à participação e aprendizagem destes estudantes”, sendo o Professor do AEE qualificado como o profissional responsável pela “articulação com os professores do ensino comum, visando à disponibilização de recursos e de apoio necessários à participação e aprendizagem dos estudantes”.

Tendo isto em vista, veja-se que, dentre as 30 escolas investigadas, apenas em 4 se relatou a existência de convênios com centros de atendimento especializado, enquanto em 26 se reportou que tais convênios não estavam firmados ao tempo da coleta dos dados. Apesar do alto quantitativo de relatos de inexistência de convênio, reportou-se, na maioria das escolas (25 do total), que há o encaminhamento para instituições de apoio educacional, mesmo que não seja dentro do contexto de um convênio ou uma parceria com objetivos claros e específicos. Observe-se que das 26 escolas que reportaram a inexistência de convênio, 21 relataram que, mesmo sem este, encaminham para instituições especializadas, sendo que em apenas 5 relatou-se tanto a ausência de convênio quanto de encaminhamento.

A inexistência de convênios combinada com a persistência de um alto número de encaminhamentos pode gerar diversos problemas. O primeiro deles diz respeito à ausência de qualquer controle do quantitativo e da identificação dos estudantes encaminhados. Sem este controle, é inviabilizada qualquer estimativa quanto ao número de alunos que frequentam ou não as instituições especializadas para as quais foram encaminhados. Referido cenário impossibilita, assim, não só a geração de dados acerca dos atendimentos direcionados à deficiência, como também um planejamento

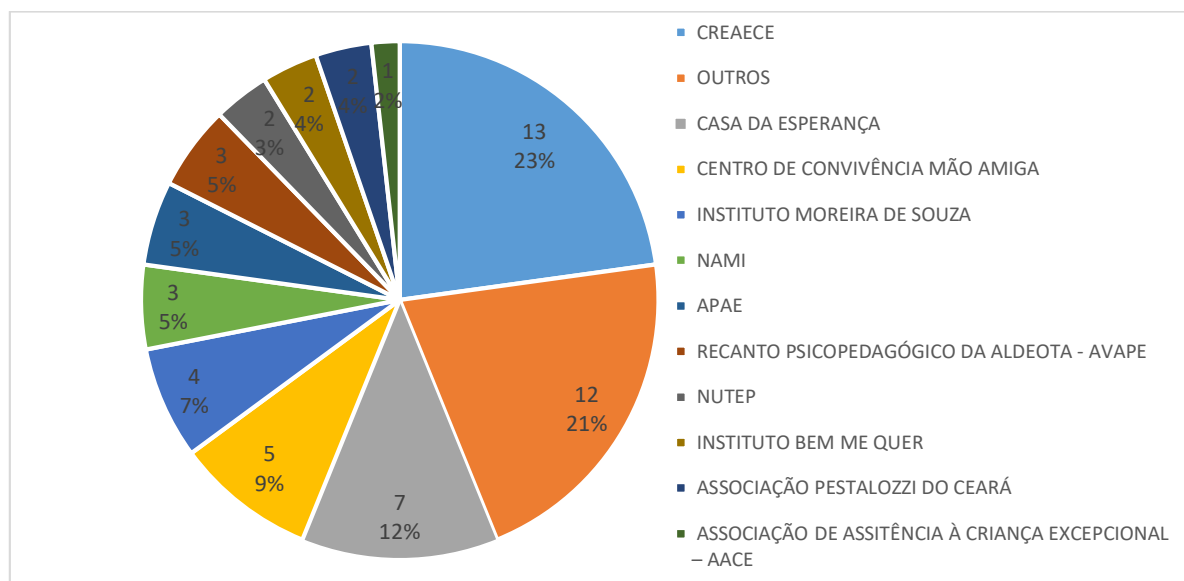
integrado que considere a articulação com entidades qualificadas como mais relevantes.

Outra problemática é a impossibilidade de controle da qualidade deste serviço especializado, dado que inexistente um convênio delineando tanto os serviços prestados quanto as concepções dentro das quais estes se qualificam, o que pode gerar a submissão de um estudante a modelos educacionais divergentes. Ademais, como terceiro problema passível de identificação, percebe-se que a inexistência de uma parceria mais estrita entre instituição educacional e instituição especializada mina as possibilidades de uma articulação direta entre tais entidades, que deveriam estar dinamicamente alinhadas no acompanhamento do desenvolvimento dos estudantes contemplados em seus serviços.

Anteriormente à análise de para quais instituições especializadas os estudantes com deficiência são encaminhados, cabe um destaque inicial para o fato de que as equipes entrevistadas ficaram livres para mencionar as instituições, sem qualquer apontamento predefinido de quantidade ou de identidade das entidades. Buscava-se averiguar, com isto, tanto o conhecimento acerca da existência de convênios quanto a recorrência das instituições reportadas, sendo estas conveniadas ou não com a gestão educacional. Com base nas respostas, percebe-se que os encaminhamentos são feitos, com maior frequência, para um total de dez instituições, e diversas outras com frequências mais espaçadas, de forma que foram aglomeradas na categoria “outros”, como pode se observar em gráfico 1.

A instituição que recebe o maior de número de encaminhamentos é o Centro de Referência em Educação e Atendimento Especializado do Ceará (CREAECE), uma instituição vinculada à Secretaria de Educação do Ceará referenciada em 13 escolas. A segunda instituição mais reportada é a Casa da Esperança, instituição privada, localizada no bairro Engenheiro Cavalcante, território do Distrito de Educação 2, tendo sido mencionada em 7 escolas. Dois núcleos universitários somam 8% dos encaminhamentos, o Núcleo de Atenção Médica Integrada (NAMI), vinculado à Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e o Núcleo de Terapia e Estimulação Precoce (NUTEP), vinculado à Universidade Federal do Ceará. Por último, dois institutos dividem 6% das indicações, o Instituto Bem-me-quer e o Instituto Moreira Campos.

Gráfico 1 – Inst. de apoio educacional para as quais as escolas encaminham alunos



Fonte: GTEI, 2017.

Por outro lado, em resposta fornecida pela CEDESP da COEF no âmbito do PA Nº 2016/364556, informou-se que a Prefeitura de Fortaleza possui convênios com oito centros de atendimento especializados para a crianças com deficiência, são eles: Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE; Associação Pestalozzi do Ceará; Recanto Psicopedagógico da Aldeota – AVAPE; Centro de Integração Psicossocial do Ceará – Instituto Bem-me-quer; Instituto Fillippo Smaldone; Centro de Convivência Mão Amiga (Jóquei/Messejana); Instituto Moreira de Souza; e Associação de Assistência à Criança Excepcional – AACE.

A distribuição dos encaminhamentos por instituição conveniada é liderada pelo Centro de Convivência Mão Amiga, seguido pelo Instituto Moreira de Souza. É digno de nota que as instituições com maior número de encaminhamento não são conveniadas com a rede municipal de ensino. Dentre estas, cite-se a Casa da Esperança, instituição que, apesar de privada, recebe um alto quantitativo de encaminhamentos sem um convênio correspondente. Por outro lado, chama atenção o fato de que instituições como a AACE e a Associação Pestalozzi do Ceará foram, a despeito da existência de convênios, mencionadas apenas 1 e 2 vezes, respectivamente. Das instituições conveniadas, apenas o Instituto Fillippo Smaldone não foi citado pelas escolas.

Dentre os maiores desafios na realização da estratégia 10 estão: a promoção de um esclarecimento amplo acerca dos convênios já existentes, disseminando seus

termos, objetivos e metas; a manutenção de um controle sobre os encaminhamentos realizados, de forma a possibilitar uma gestão de qualidade dos serviços prestados aos estudantes com deficiência; a manutenção de uma interação entre as instituições especializadas e as escolas regulares, possibilitando um alinhamento de esforços e perspectivas educacionais; e a reavaliação, por parte da gestão, da existência de convênios com entidades que não recebem estudantes com deficiência, averiguando-se os motivos da má-distribuição de tais encaminhamentos.

Quanto ao cumprimento da estratégia 13, relativa à realização de convênios com instituições de apoio psicológico, apenas em 2 das escolas investigadas reportou-se existência de convênios neste sentido. O gozo de atendimento psicológico pelos membros da comunidade escolar apresenta-se como essencial, dado que a saúde psíquica e mental destes influencia diretamente na manutenção de um ambiente propício ao paradigma da inclusão. Assim, veja-se que, das escolas que relataram resistência ou falta de apoio familiar (20 do total), nenhuma afirmou possuir convênios com instituições públicas de apoio psicológico, o que pode ser um indicativo dos prejuízos causados pela falta de suporte psicológico.

Referido cenário de inexistência de apoio a ser realizado por profissionais essenciais na promoção do paradigma da inclusão educacional é comprovada ainda pela análise do cumprimento da estratégia 19 nas escolas investigadas, referente à garantia da presença de profissionais da área de Psicologia e Assistência Social com vistas ao atendimento educacional nas unidades escolares. O texto desta estratégia refere-se diretamente à garantia de que as escolas contem com equipes multidisciplinares em seus quadros funcionais. Nada obstante, veja-se que em nenhuma das escolas se relatou a garantia de profissionais da área de psicologia e assistência social, indicando uma total ausência de efetivação desta estratégia no contexto das escolas investigadas. Cumpre destacar que esta é uma das duas únicas estratégias do PME 2015-2025 no que se refere à educação especial na qual resta fixado um termo temporal específico para realização, qual seja o interregno de 5 anos, iniciando-se a contagem a partir da vigência, de sorte que na data de finalização deste trabalho, em dezembro de 2017, aproximadamente metade do lapso temporal destinado à realização desta estratégia já havia transcorrido.

Em resposta fornecida pela CEDESP da COEF no âmbito do PA Nº 2016/364556, foi reportado exatamente o mesmo conteúdo no que diz respeito à

realização das estratégias 13 e 19, consistente em “ação a ser realizada a partir de 2017”, sem que se explicitasse planejamentos ou metas. Em resposta complementar posterior, afirmou-se – também considerando a mesma resposta para ambas as estratégias 13 e 19 – que reuniões com IES seriam promovidas nos meses de agosto e setembro de 2017 para promover referidos convênios. É preciso destacar que esta resposta, além de não informar com quais IES a gestão iria se reunir, explicita um entendimento de que o termo “instituições públicas que possam fornecer apoio psicológico” refere-se apenas as instituições de ensino superior, deixando de mencionar qualquer expectativa de parceria com entidades não universitárias. A previsão de que a realização da estratégia 19 só venha a se efetivar por meio de parcerias dessa natureza denota a inexistência de previsão de contratação de assistentes sociais e psicólogos, o que fragiliza a perspectiva de garantia da presença destes profissionais nas unidades escolares.

Tendo em vistas os resultados obtidos, é possível afirmar que inexiste, atualmente, atendimento psicológico satisfatório. Do mesmo modo, não estão garantidas a presença dos profissionais da psicologia e do serviço social nos contextos escolares, com vistas à formação de equipes multidisciplinares. Ademais, o teor das respostas oficiais fornecidas denota uma ausência de ações consistentes no sentido de promover tais estratégias. Por estes motivos, pode-se entender que os maiores desafios identificados na realização das estratégias 13 e 19 são os seguintes: levantamento das entidades aptas a prestar apoio psicológico aos familiares dos estudantes com deficiência e profissionais da educação; e estruturação de um planejamento claro quanto ao processo de fornecimento de encaminhamento para referidas instituições, com garantia de resguardo da saúde mental dos membros da comunidade escolar.

Por fim, na análise dos apoios fornecidos do âmbito da educação geral, é possível mencionar a estratégia 20, referente à realização sistemática de parcerias com a SMS para diagnosticar com laudo, quando necessário, os estudantes-público da educação especial. A presença de estudantes não-laudados é uma realidade existente em quase todas as instituições de ensino municipais com estudantes com deficiência, tendo sido identificada em 29 das 30 escolas averiguadas. Nestas, reportou-se que os motivos para ausência de laudo são a dificuldade de acesso à saúde e a resistência ou a falta de apoio da família, sendo que 9 escolas relataram exclusivamente o primeiro,

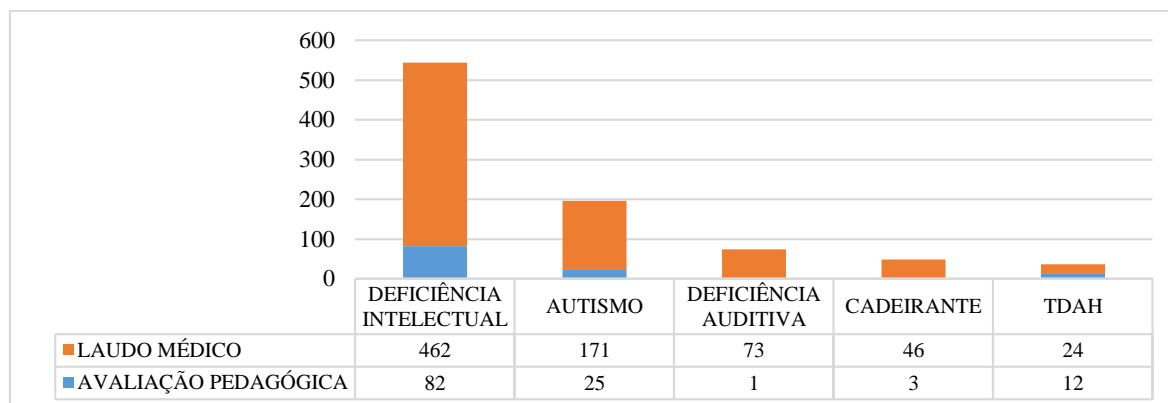
enquanto 6 relataram apenas o segundo. A conjunção dos dois como fatores de influência na ausência do laudo foi reportada em 14 escolas.

Sobre isto, veja-se que em 23 das escolas mencionou-se a falta de acesso à saúde como motivo determinante para a ausência de laudo. Destas, em 3 houve avaliação do modo como o processo de diagnóstico está estruturado atualmente como influência positiva na qualidade de ensino. Em 2 respondeu-se que a estrutura de tal processo é indiferente à qualidade do ensino inclusivo e em 18 entendeu-se que o processo de diagnóstico, tal como está, prejudica a qualidade do ensino inclusivo, sendo uma influência negativa.

Em conformidade com a Nota Técnica Nº 04/2014/MEC/SECADI/DPEE, para fins de AEE, o laudo médico não se faz necessário, “uma vez que o AEE caracteriza-se por atendimento pedagógico e não clínico”. Este documento pode, por outro lado, ser considerado um anexo ao Plano de AEE do estudante com deficiência, sendo mais um dentre os todos instrumentos que auxiliam na composição de tal planejamento. Destarte, não se trata de um documento obrigatório, mas apenas complementar ao rol de informações sobre o aluno e somente quando a escola assim julgar pertinente. Veja-se que os estudantes com deficiência podem ser registrados como tais tanto por meio de avaliação pedagógica como por meio de laudo médico, denotando-se um alto quantitativo (86% dos estudantes no total de escolas investigadas, somando o total de 930) de alunos cujo registro restou obtido por meio de diagnóstico médico. Ressalte-se que o levantamento do número total de estudantes com deficiência reportado como sem laudo médico atingiu o montante de 212 alunos, sendo que em duas escolas reportou-se a impossibilidade de se identificar com precisão o quantitativo total de alunos não laudados.

Um fator que chama atenção é o fato de que as avaliações pedagógicas referenciam, em seu parecer oficial, um diagnóstico típico do saber médico, mesmo quanto realizadas por pedagogos ou psicopedagogos. Veja-se em gráfico 2, que, das deficiências mais recorrentes, 82 estudantes qualificados como com deficiência intelectual e 25 estudantes qualificados como com autismo tiveram tal diagnóstico obtido por meio de avaliação pedagógica.

Gráfico 2 – Forma de diagnóstico nas cinco deficiências mais recorrentes



Fonte: GTEI, 2017.

Apesar de o laudo médico não ser obrigatório e de a realização do AEE não estar a ele condicionada, notou-se uma priorização dos estudantes com laudo – o que foi afirmado explicitamente nas escolas E1 e C1. Observe-se que, na escola E4, se apontou que há alunos que, por não terem laudo, não estão registrados no SGE (Sistema de Gestão da Educação) como alunos com necessidades educacionais especiais. Ademais, em sete das escolas entrevistadas apontou-se que o laudo médico é essencial para o AEE, em contradição com a Nota Técnica Nº 04/2014/MEC/SECADI/DPEE, que aponta justamente a inexistência de obrigatoriedade de diagnóstico médico para que o estudante possa estar inserido no AEE. Veja-se, por fim, que em uma das escolas em que se respondeu que o fornecimento do AEE se dá apenas na presença do laudo - D2 -, afirmou-se esta é uma diretriz do distrito ao qual está vinculada – Distrito 4.

Apesar de não existir a exigência legal do laudo para o recebimento do AEE, o laudo é frequentemente apontado como um fator de influência na qualidade do ensino. Neste cenário, em 21 escolas identificou-se o processo deficitário de diagnósticos médicos como uma influência negativa, o que qualifica este fator como o terceiro mais citado neste quesito. Em 5 escolas relatou-se como fator de influência positiva o estado do processo de diagnóstico, enquanto em 4 se entendeu este fator como indiferente. A quantidade de escolas que consideram o laudo como uma influência na qualidade do ensino inclusivo – 26 – denota a relevância que este desempenha no entender dos profissionais de educação entrevistados. Nada obstante, nem todas as escolas reconhecem o processo de laudar os estudantes com deficiência como vantajoso para a promoção do paradigma educacional inclusivo. É o caso da escola F3, na qual se

relatou que a aquisição do laudo gera, não raro, a resignação da família na ideia de que o estudante jamais aprenderá e que, portanto, não há necessidade estar inserido em serviços educacionais.

Chamou atenção, ainda, a afirmação realizada em escola C2, no sentido de que as provas externas avaliativas – SPAECE e Prova Brasil – geram pressão pelo laudo. Referida percepção pode se basear no fato de que a prova SPAECE não é aplicada quando se trata de estudante com deficiência, em virtude da Portaria Nº 0998/2013-GAB, na qual consta que não se contabiliza no cálculo da participação e da proficiência os estudantes com deficiência, devidamente comprovada por laudo, parecer, atestado ou declaração, expedidos, exclusivamente, por profissional médico. O não-cômputo dos estudantes com deficiência em tais índices pode se configurar, portanto, como um dos fatores de motivação da busca pelo laudo médico.

Diante deste cenário, cumpre entender a necessidade que condiciona a busca pelo laudo visada nestas parcerias, conforme ressaltado no texto da estratégia, de forma que se deve questionar: no contexto educacional, quando o laudo médico é necessário? Por que e em que medidas as entidades educacionais devem estar vinculadas especificamente ao laudo médico na prestação de um serviço que é educacional? Seria referida busca pelo laudo médico condizente com os pressupostos que animam o paradigma da inclusão? Para garantir o direito das pessoas com deficiência à educação inclusiva, é preciso entender o laudo médico e o acesso à saúde como uma das medidas de apoio no sistema educacional geral e não como condicionantes para o gozo de serviços educacionais pertinentes, como o AEE.

Quanto ao procedimento adotado para a obtenção dos laudos médicos, em metade das escolas investigadas reportou-se que o processo envolve a elaboração de relatório pelo Profissional do AEE da escola com posterior encaminhamento para o Posto de Saúde da localidade. Em 9 das escolas relatou-se encaminhamento para Posto de Saúde da localidade e para o SOPAI (Sociedade de Assistência e Proteção à Infância de Fortaleza) Hospital Infantil. Em 3 IEs, reportou-se encaminhamento exclusivo para o SOPAI, enquanto apenas 1 escola reportou encaminhamento para outras instituições que não as mencionadas. Somente 2 das escolas investigadas reportou não encaminhar diretamente para uma instituição de saúde, promovendo, para a obtenção do laudo, o contato com a SME ou o Distrito Educacional.

Quando interpeladas, contudo, sobre para quais instituições de saúde as equipes das entidades entrevistadas realizavam encaminhamentos de estudantes com deficiência, notou-se uma variedade de entidades. Neste quesito, os profissionais entrevistados ficaram livres para referenciar quaisquer instituições, de sorte que mais de uma pode ter sido reportada em cada entidade investigada. Veja-se que a entidade mais referenciada como de encaminhamento para obtenção de laudo foi o SOPAI, tendo sido mencionado 19 vezes. A segunda entidade mais reportada foi o Posto de Saúde da localidade, tendo sido citado em 14 das escolas investigadas.

A quantidade de encaminhamentos para a entidade chamada SOPAI salta aos olhos, tendo sido mencionada em diversas entrevistas. Neste sentido, na escola F2 apontou-se que há posto de saúde no bairro, que conta com clínico geral, mas não conta com pediatra, de forma que o SOPAI é o ponto principal de encaminhamento para obtenção de laudo. Situação similar restou reportada na escola F5, na qual se apontou que há um posto ao lado da escola com pediatra, mas sem neuropediatra, em virtude do que o encaminhamento geral é para o SOPAI. Ressalte-se ainda que nas escolas C1, C2 e C5, reportou-se a existência de relatos, feitos pelos pais dos estudantes com deficiência de atendimento de baixa qualidade e demorado em referida entidade. Por fim, foram frequentes os relatos de que o atendimento prestado nesta instituição depende da internação do estudante durante o período mínimo de 3 dias, findo o qual o estudante recebe alta com uma requisição para realização de mais exames médicos.

Em virtude da atuação do GTEI, firmou-se o chamado Pacto da Saúde-Educação, constante em páginas 711-713 do PA N° 2016/364556, a partir do qual se estabeleceu um fluxo para marcação de consultas. A partir deste, o encaminhamento direto da escola para as entidades de saúde não está possibilitado, devendo a escola encaminhar para o Distrito Educacional ao qual está vinculada, que se encarrega da articulação com a Coordenação Regional de Saúde. Posteriormente a referida articulação, o assessor do posto de saúde comunicará ao distrito as datas de consulta, ficando este órgão responsável por comunicar às escolas, que, por sua vez, informam às famílias. Apenas após as consultas nos postos de saúde, os estudantes poderão ser encaminhados para o SOPAI, para o Centro de Especialidades Médicas José de Alencar (CEMJA), para os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e para as instituições conveniadas.

Por todo o analisado, são os seguintes os desafios identificados no cumprimento da estratégia 20: o alinhamento do entendimento acerca da necessidade do diagnóstico médico com o promanado dentro do paradigma da inclusão; a disseminação da desnecessidade da existência de laudo médico para que o estudante com deficiência possa ser atendido no AEE; uniformização do procedimento oficial para a obtenção de laudos médicos; e a supervisão do atendimento prestado nas instituições de saúde conveniadas, postos de saúde e demais entidades não-governamentais, com vistas a manter um controle de qualidade.

CONCLUSÃO

A educação de pessoas com deficiência, enquanto modalidade, tem se constituído enquanto um ponto crítico da educação municipal. É neste sentido que o PME 2015-2025 reconhece, em seu diagnóstico que “ainda se tem um grande desafio na ampliação e na promoção da qualidade do atendimento dessa modalidade de ensino”. A consideração da CIDPCD enquanto um documento normativamente norteador do PME justifica-se tanto por sua relevância, enquanto documento de abrangência internacional que inaugura uma nova era de direitos para as pessoas com deficiência, quanto por sua qualificação como instrumento normativo de hierarquia formal e materialmente constitucional.

Neste trabalho, compreendemos que as estratégias fixadas no PME geram as condições de implementação dos preceitos convencionais e de superação de obstáculos para a realização das obrigações genéricas da CIDPCD, que a despeito de terem aplicabilidade imediata, são progressivas em sua operacionalização local. A partir desse pressuposto, consideramos as estratégias 10, 13, 19 e 20 do PME 2015-2025 como possíveis caminhos de efetivação do Art. 24, par. 2, alínea ‘d’ da CIDPCD, que versa sobre medidas de apoio gerais. Como resultados, identificamos os principais desafios para a efetivação dessas estratégias. Chama-se de “desafio” os fatores que devem ser endereçados para que se caminhe na realização do conteúdo das metas e da estratégia do PME 2015-2025. Ressalte-se, por fim, que a transposição desses desafios abre espaço para o surgimento de novos desafios, considerando-se os tipos ideais e utópicos do parágrafo 1, do art. 24 da CIDPCD. Nesse sentido, a empreitada tratou de

evidenciar os desafios à prática dos preceitos planejados, sem olvidar os pressupostos ideais que neles se reinventam.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Rosita Edler. **Escola Inclusiva**. Porto Alegre: Mediação. 2014.

DAZZANI, Maria Virgínia Machado. A psicologia escolar e a educação inclusiva: Uma leitura crítica. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 30, n. 2, p. 362-375, jun. 2010.

DE BECO, Gauthier. The right to inclusive education according to Article 24 of the UN Convention on the rights of persons with disabilities: background, requirements and (remaining) questions. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 32/3, 263–287, 2014.

GLAT, Rosana; PLETSCHE, Mária Denise. **Orientação familiar como estratégia facilitadora do desenvolvimento e inclusão de pessoas com necessidades especiais**. Cadernos de Educação Especial, Santa Maria -RS, v. 2, n.24, p. 33-40, 2004.

KARAGIANNIS, Anastasio et al. Fundamentos do ensino inclusivo. In: STAINBACK, Susan. STAINBACK, Willian. **Inclusão: um guia para educadores**. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Armet. 1999.

MATSUKURA, Thelma Simões et al. Estresse e suporte social em mães de crianças com necessidades especiais. **Rev. bras. educ. espec.**, Marília, v.13, n.3, p.415-428, Dec. 2007.

NOBRE, Maria Inês Rubo de Souza et al. Mães de crianças com deficiência visual: percepções, conduta e contribuição do atendimento em grupo. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 46-52, abr. 2008.

ONU. Observación General N°4. Educación inclusiva. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4. 2016. par. 32.

SILVA, Márcia Altina Bonfá da **A atuação de uma equipe multiprofissional no apoio à educação inclusiva**. Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal de São Carlos, 2016.

WERNER JUNIOR, Jairo. A medicalização da vida do deficiente como barreira para a inclusão social. In: TUNES, Elizabeth. BARTHOLO, Roberto. **Nos limites da ação: preconceito, inclusão e deficiência**. São Carlos: EdUFSCar. 2007.

ZANELLA, Andréa Vieira. Psicologia Social e Escola. In: STREY, Marlene Neves et al. **Psicologia social contemporânea: livro-texto**. Petrópolis: Vozes. 2013.

9. OS 30 COMPROMISSOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: MINISTÉRIO PÚBLICO CEARENSE E A DEFESA DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-9>

Anna Gabriella Pinto da Costa¹

1 INTRODUÇÃO

Em 2020, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) completou 30 (trinta) anos de sua promulgação, tendo sido responsável por mudanças normativas, ao adotar a doutrina da proteção integral e prever o princípio da prioridade absoluta e mudanças jurídicas, com ampliação das atribuições do Ministério Público na efetivação de direitos e garantias processuais a este público.

Em comemoração aos 30 (trinta) anos do ECA e considerando as eleições para prefeitura municipal, o Ministério Público do Estado do Ceará, em parceria com diversos órgãos e sociedade civil que compõem o Sistema de Garantia de Direitos (SGD), desenvolveu um documento prevendo 30 (trinta) ações essenciais à promoção e proteção dos direitos da infância e juventude.

Este documento foi apresentado e assinado aos (às) postulantes à Prefeitura de 5 (cinco) municípios cearenses: Fortaleza, Caucaia, Maracanaú e Juazeiro do Norte e Sobral a Prefeitura Municipal, de forma que, durante o mandato, o(a) candidato(a) eleito(a) cumpra os compromissos assumidos, em obediência ao princípio da prioridade absoluta.

2 DOCTRINA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Com o advento da Constituição de 1988, a partir do seu art. 227 e com a promulgação da Lei nº 8.089/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduanda em Curso de Especialização Interdisciplinar dos Direitos da Criança e do Adolescente pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Tecnológica de Palmas (FTP). Bacharel em Direito pela UniChristus. Servidora do Ministério Público do Estado do Ceará. Fortaleza, Ceará, Brasil. gabi.costa@gmail.com

recepcionada a doutrina da Proteção Integral, a qual traz uma nova concepção o direito da infância e da juventude.

O art. 227 da Constituição Federal prevê que crianças e adolescentes são protagonistas de direitos e garantias, devendo ser protegidos pela família, pelo Estado e pela sociedade, em caráter de prioridade absoluta, devido a sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento.

Crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos de intervenção da família ou de medidas judiciais e procedimentos policiais por parte do Estado e passam a ter respeitada a sua condição de sujeitos de direitos, o que implica no reconhecimento da titularidade à criança e ao adolescente do princípio da dignidade humana e de direitos fundamentais, admitindo a particularidade de cada fase de desenvolvimento até sua plenitude.

A efetivação desses direitos ocorre com prioridade, abrangendo a preferência no recebimento de proteção, no atendimento de serviços públicos, na formulação e execução de políticas sociais públicas e na destinação de recursos públicos relacionados à proteção da infância e da juventude.

O ECA especificou detalhes da execução de políticas públicas, determinando “a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção à infância e à juventude, com o fim de materializar as políticas públicas sociais” (LIBERATI, 2013, p. 115).

3 PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O art. 127 da Constituição Federal de 1988 prevê que o Ministério Público é considerado uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo a incumbência de defender a ordem pública, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 201, inciso V, confere expressa legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública tendo em vista a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos, relativos à infância e à adolescência.

Além da legitimidade processual, o Ministério Público também atua de forma extrajudicial, quando acompanha a elaboração e cumprimento de políticas públicas voltadas para o público infanto-juvenil.

4 OS 30 (TRINTA) COMPROMISSOS PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Em comemoração aos 30 (trinta) anos de promulgação do ECA e considerando as eleições municipais para prefeito(a), o Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE), a partir de uma iniciativa do Centro de Apoio Operacional da Infância, da Juventude e da Educação (CAOPIJE), contando com a participação de diversos órgãos, organizações não- governamentais, universidades e sociedade civil ligadas à proteção e promoção dos direitos de crianças e adolescentes no Ceará², elaborou um documento com 30 (trinta) ações essenciais para efetivar direitos e garantias, de forma prioritária, para o público infanto-juvenil.

O referido documento foi apresentado e assinado pelos(as) candidatos(as) a Prefeitura dos municípios de Fortaleza, Caucaia, Maracanaú e Juazeiro do Norte e Sobral, com o objetivo de que o candidato eleito se comprometa a implementar os compromissos durante o exercício do mandato, dando-lhe ampla publicidade no âmbito do Sistema de Garantia de Direitos e zelando pelo seu pleno cumprimento.

A seguir, passa-se a análise de cada compromisso.

² Contribuíram para a elaboração do documento: Fundação da Criança e da Família Cidadã (FUNCI), Unicef, Instituto Terre des Hommes (TDH), Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDCA-CE), Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPCE), Instituto da Infância – IFAN e Rede Estadual da Primeira Infância (REPI-CE), Núcleo Cearense de Estudos e Pesquisas sobre a Criança (NUCEPEC), Fórum Permanente de Organizações Não Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Ceará (Fórum DCA Ceará), Pró-Inclusão/Faced (UFC), Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Estadual do Ceará (UECE), Movimento Cada Vida Importa, Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente de Fortaleza (COMDICA), Comitê Comunitário Abrace e Centro de Defesa da Criança e do Adolescente – CEDECA/CE.

4.1 Garantir uma educação inclusiva na rede de ensino, promovendo matrícula, condições de permanência e êxito na aprendizagem de crianças e adolescentes com deficiência em escolas regulares, em cumprimento à Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva

A escola regular inclusiva tem como objetivo garantir o acesso à educação como imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa este acesso, devendo adaptar-se às necessidades dos(as) alunos(as), principalmente alunos(as) com deficiência, proporcionando um ambiente adequado para o seu desenvolvimento e promovendo sua autonomia intelectual.

De acordo com a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (PNEEPEI), lançada em 2008, a educação especial é uma modalidade de ensino, que perpassa todos os níveis, etapas e demais modalidades, além de disponibilizar serviços e recursos próprios desse atendimento (BRASIL, 2008), sendo atribuição do Poder Público a responsabilidade de implementar e acompanhar a melhoria dos sistemas educacionais, objetivando garantir oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que promovam a inclusão plena.

4.2 Garantir estrutura plena para funcionamento do(s) Conselho(s) Tutelar(es), ampliando, se for o caso, o número de Conselhos Tutelares em conformidade com o previsto na Resolução nº 170/2014 do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)

O Conselho Tutelar representa uma verdadeira “porta de entrada” para demandas na seara da infância e da juventude, incluindo o recebimento e apuração de denúncias de violação de direitos, e realização de encaminhamentos e requisições essenciais para efetivação de direitos das crianças e dos adolescentes.

No Estado do Ceará, existem 190 (cento e noventa) Conselhos Tutelares nos em 184 (cento e oitenta e quatro) municípios, havendo 100% de cobertura do serviço em todos os municípios do Estado. Especificamente em Fortaleza, existem 8 (oito) Conselhos Tutelares, que atuam de forma regionalizada. Entretanto, de acordo com a população de Fortaleza, que ultrapassa 2 milhões e 500 mil habitantes, deveriam

existir, no mínimo, 26 (vinte e seis) Conselhos Tutelares, conforme orientação da Resolução nº 170/2014 do CONANDA, que recomenda a criação de um Conselho Tutelar para cada 100 (cem) mil habitantes (COSTA, 2019, p. 102).

4.3 Criar, fortalecer e ampliar os serviços voltados para os cuidados da saúde mental de crianças e adolescente, incluindo a implantação de Centros de Atenção Psicossocial Infantis (CAPSi), seguindo a referência de 1 (um) CAPSi a cada 200.000 habitantes, e outros equipamentos e projetos destinados a esse fim

O ECA, nos art. 7º a 11, atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) a função de promover o direito à vida e à saúde, a partir da efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso de crianças e adolescentes.

A promoção de saúde também envolve a saúde mental, considerando as dimensões de ordem psíquica e social dos indivíduos, principalmente crianças e adolescentes, sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento. Estes serviços assumem, ainda, uma função social, incluindo a escuta especializada, o enfrentamento de diversidades e a melhoria na qualidade de vida na construção destes sujeitos.

4.4 Promover formação continuada dos operadores do sistema de garantia de direitos, com destaque para os conselheiros tutelares, em relação à abordagem dos diversos tipos de violação de direitos sofridas pelas crianças e adolescents

A formação continuada dos atores do SGD permite um aprimoramento no atendimento e condução de casos que envolvam violação de direitos sofridas por crianças e adolescentes, levando-se em consideração a complexidade e as especificidades que norteiam esse público, tais como desigualdade social, raça, deficiência, sexo, dentre outros, exigindo-se uma abordagem diferenciada em cada caso.

4.5 Implementar formação com periodicidade, no mínimo, semestral para os operadores do sistema de garantia de direitos que atuam em programas, projetos e serviços que atendam direta ou indiretamente crianças e adolescentes em situação de rua

As ações que envolvem crianças e adolescentes em situação de rua³ visam a diminuição da vulnerabilidade e proteção frente a violação de direitos em que se encontram, exigindo-se uma atuação capacitada e atualizada destes atores, pautada nas “Orientações Técnicas para Educadores Sociais de Rua em Serviços, Programas e Projetos com Crianças e Adolescentes em Situação de Rua”, documento que prevê um conjunto de diretrizes e informações para apoiar os estados e municípios no planejamento, implantação, implementação e funcionamento do trabalho com crianças e adolescentes em situação de rua nas diversas políticas públicas.

4.6 Articular ações de busca ativa de crianças e adolescentes fora da escola, priorizando aqueles em situação de vulnerabilidade e instituindo programas para garantir a permanência destes após o reingresso nas instituições de ensino

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), mais de 2 (dois) milhões de crianças e adolescentes com idades entre 4 (quatro) e 17 (dezessete) anos estão fora da escola no Brasil, sendo mais de 118.000 (cento e dezoito mil) no Estado do Ceará.

Com este cenário, se faz essencial priorizar a Busca Ativa Escolar, criando condições práticas para que cada comunidade se engaje pelo enfrentamento da evasão escolar, rompendo barreiras socioculturais e econômicas, como o “bullying” e o trabalho infantil.

³ Estar em situação de rua significa que vínculos afetivos, de proteção e cuidado com a família e a comunidade foram rompidos ou interrompidos. Estas crianças e adolescentes permanecem de forma permanente ou intermitente sem a proteção e o apoio adequados, em espaços públicos, seja para moradia, trabalho, ou sobrevivência.

4.7 Criar e/ou ampliar espaços públicos de lazer, esporte e cultura para crianças e adolescentes, fortalecendo o convívio familiar e comunitário e priorizando localidades de maior vulnerabilidade social e econômica

As atividades de lazer e a prática de esportes permitem não apenas o desenvolvimento físico e motor e aprendizagem, como também o desenvolvimento social, ao contribuir para a socialização e troca de experiências. De acordo com Vygotsky (1998 apud MAFRA, 2008, p. 15), “a arte de brincar pode ajudar a criança com necessidades educativas a desenvolver-se, a comunicar-se com os que a cercam e consigo mesma.”

4.8 Elaborar, implementar e monitorar Plano Municipal de Enfrentamento à Letalidade na Infância e na Adolescência

De acordo com os dados da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Ceará (SSPDS), o Estado do Ceará registrou, em 2019, o número de 841 (oitocentos e quarenta e um) adolescentes e jovens, com idades entre 12 (doze) e 24 (vinte e quatro) anos, vítimas de violência letal.

Neste contexto de violação de direitos, a partir de uma iniciativa de representantes do SGD, foi elaborado o Plano Municipal de Enfrentamento à Letalidade de Adolescentes apenas no município de Fortaleza, contendo estratégias conjuntas para a proteção integral de adolescentes vulneráveis e expostos ao risco da violência letal, que deve ser implementadas em todos os municípios, com o devido controle social, com vistas a garantir o direito à vida de crianças e adolescentes.

4.9 Fortalecer programas de convivência familiar e comunitária, assegurando, nos casos em que se fizer necessário, acolhimento de crianças e adolescentes mais próximo de seu território, com respeito às condições adequadas dos equipamentos, bem como a contratação de profissionais capacitados e valorizados

A Constituição Federal, em seu art. 227, e o ECA, em seu art. 19, estabelecem como direito de toda criança e adolescente a convivência familiar e comunitária,

prevendo que toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado por sua família e, na falta desta, por família substituta.

As diretrizes para a efetivação deste direito estão previstas no Plano Nacional de Proteção, Defesa e Garantia do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, aprovado pelo (CONANDA) e Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)

4.10 Criar comissões de proteção e prevenção à violência contra crianças e adolescentes nas escolas da rede de ensino, implementando o disposto na Lei Estadual nº 17.253/2020, que altera a Lei nº 13.230/2002

As comissões de maus tratos nas escolas representam uma importante ferramenta na prevenção da violação de direitos de crianças e adolescentes, cabendo à referida comissão desenvolver, em parceria com a comunidade escolar, planos de prevenção às diversas expressões de violência, bem como notificar os casos identificados, realizar encaminhamentos e adotar medidas cabíveis, no âmbito educacional.

4.11 Elaborar, implementar e monitorar Plano Municipal Decenal de Atendimento Socioeducativo, estruturando os programas de Liberdade Assistida (LA) e Prestação de Serviços à Comunidade (PSC)

A Lei Federal nº 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), determina em seu artigo 5º, inciso II, que compete aos municípios a elaboração do Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo (PMAS), em conformidade com o Plano Nacional e o respectivo Plano Estadual.

A Política Municipal Socioeducativa somente pode ser considerada integralmente implementada mediante a elaboração e execução de um PMAS e mediante a estruturação de programas de atendimento em meio aberto (Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade), conforme previsto na Lei nº 12.594/2012.

Em levantamento realizado pelo CAOPIJE, constatou-se que 45 (quarenta e cinco) municípios no Estado do Ceará não possuem PMAS, o que justifica a

necessidade de atuação efetiva do gestor na sua implementação, e de controle social no seu monitoramento.

4.12 Elaborar ou atualizar, implementar e monitorar Plano Municipal de enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes

De acordo com o Balanço Geral⁴ do Disque 100⁵, entre 2011 e 2018 foram mais de 190.000 (cento e noventa mil) denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes. No Estado do Ceará, foram 581 (quinhentos e oitenta e um) denúncias registradas em 2019.

A elaboração e implementação de um Plano Municipal de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes tem como objetivo promover estratégias intersetoriais de prevenção, atendimento e defesa dos direitos sexuais de crianças e adolescentes.

4.13 Fortalecer o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA)

O CMDCA é formado por representantes do Poder Executivo municipal e pela sociedade civil, inaugurando a gestão política a partir de uma democracia participativa, descentralizada e municipalizada.

É responsável pela formulação de políticas públicas básicas de atendimento a crianças e adolescentes, envolvendo efetivação do direito e acesso, à saúde, à educação, à assistência social e a proteção especial à criança e ao adolescente, mediante a elaboração de um Plano de Atendimento à Criança e ao Adolescente, “construído de maneira participativa, segundo diagnóstico municipal, que oriente as ações necessárias à proteção integral de crianças e adolescentes” (BROOCKE; PAMPLONA, 2018, p. 24).

⁴ Balanço Geral do Disque 100. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/ouvidoria/balanco-disque-100> Acesso em 03 nov. 2020.

⁵ O Disque 100 é um serviço telefônico de recebimento, encaminhamento e monitoramento de denúncias de violação de direitos humanos que também engloba denúncias contra crianças e adolescentes.

4.14 Promover a oferta de proteção social básica e especial

A proteção social básica tem como objetivo prevenir situações de risco a partir do desenvolvimento de potencialidades e fortalecimento de vínculos nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), enquanto a proteção social especial exige um acompanhamento especializado, por se tratar de famílias que se encontram em risco, seja por abandono, maus tratos ou uso de entorpecentes, sendo os serviços dessa proteção prestados pelos Centros de Referência Especializada em Assistência Social (CREAS) (MPCE, 2018, p. 23-25).

De acordo com as Orientações Técnicas do Ministério do Desenvolvimento Social, deve existir 1 (um) CRAS para cada 5.000 (cinco mil) famílias, e um CREAS a cada 200.000 (duzentos mil) habitantes, dotando os equipamentos de instalações adequadas e equipes técnicas qualificadas.

4.15 Promover políticas para abrigo e apoio às famílias com crianças e adolescentes em situação de rua

A manutenção e fortalecimento de vínculos familiares de crianças e adolescentes em situação de rua, ainda que sejam relações permeadas por conflitos e vulnerabilidades, favorece o sentimento de pertencimento para esses sujeitos (RIZZINI; COUTO, 2019, p. 4). Assim, havendo acolhimento e investimento nas famílias e comunidades de origem de crianças e adolescentes em situação de rua reflete uma estratégia de fortalecimento das bases de referência e apoio a este público.

4.16 Garantir creches em tempo integral com condições de qualidade e equipe qualificada, realizando busca ativa e registro da demanda por matrículas nessa faixa etária

É dever do Estado assegurar o atendimento em creches e pré-escola a crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, conforme art. 54, IV, do ECA. De acordo com o art. 30 da Lei nº 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a educação infantil deve ser oferecida para crianças até 3 (três) anos de idade em creches ou espaços

equivalentes, sendo o Município responsável na efetivação do direito à educação infantil e fundamental.

Especificamente no município de Fortaleza, a partir de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), no ano de 2018, 62,9% das crianças com até três anos de idade não têm acesso à creche (CEDECA, 2019).

4.17 Ofertar serviços de psicologia e de serviço social para a rede de ensino, conforme previsto na Lei nº 13.935/2019

A partir da promulgação da Lei nº 13.935/2019, as redes públicas de educação básica devem disponibilizar serviços de psicologia e de serviço social para atender as demandas definidas pelas políticas de educação.

Este serviço, prestado por meio de equipes multidisciplinares, permite o desenvolvimento de ações para a melhoria da qualidade do processo de ensino-aprendizagem, principalmente neste contexto de isolamento social decorrente da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

4.18 Promover a busca ativa das crianças sem registro civil para garantia de acesso a todos os serviços na infância

O registro de nascimento, além de comprovar a existência de um novo indivíduo, é o primeiro passo o exercício da cidadania, sendo garantido pela Lei nº 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, devendo ser efetuado em Cartório no prazo de 15 dias do nascimento da criança, conforme art. 50 da referida lei.

O último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁶, realizado em 2010, identificou que, aproximadamente, 600.000 (seiscentas mil) crianças com idades entre 0 (zero) e 10 (dez) anos não possuem o Registro Civil de Nascimento (IBGE), demonstrando essencial esta ação para efetivar o direito à identificação civil de crianças e adolescentes.

⁶ Censo 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html> Acesso em 04 nov. 2020.

4.19 Garantir educação inclusiva na rede de ensino

Ações que promovem a educação inclusiva envolvem a ampliação do número de Salas de Recursos Multifuncionais (SRMs) e manutenção adequada das SRMs existentes no município para oferta do Atendimento Educacional Especializado (AEE), além dos cargos de profissionais de apoio escolar, conforme definido na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

4.20 Desenvolver iniciativas de prevenção à violência sexual contra crianças e adolescentes

Ações de prevenção exigem um planejamento e diagnóstico da demanda municipal, de forma que as estratégias sejam efetivas e articuladas em rede. Com relação à prevenção de violência sexual, estas ações podem ser desenvolvidas na rede de ensino, a partir de projetos curriculares com o suporte do Programa Saúde na Escola (PSE).

4.21 Obrigatoriedade de repasse anual de um percentual mínimo de recursos para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente por parte do Poder Municipal

O ECA prevê a criação de um Fundo da Infância e da Juventude, cuja administração cabe ao CMDCA e tem como objetivo captar mais recursos para a área infanto-juvenil, nas esferas federal, estadual e municipal. Os recursos destinados ao FIA são aplicados levando-se em consideração as demandas e prioridades apuradas pelo CMDCA.

O repasse de percentual mínimo ao FIA em caráter obrigatório, não apenas permite a ampliação de programas e serviços, como promove a melhoria da estrutura de atendimentos e serviços já existentes.

4.22 Garantir instâncias de deliberação e controle das políticas com a participação direta de crianças e adolescentes no ciclo orçamentário, seguindo os princípios da transparência e prioridade absoluta

Crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, também tem a garantia do exercício da cidadania a partir de participação em espaços políticos que deliberam sobre políticas públicas e orçamentos destinados a este público.

Esta participação “rompe com a cultura política tradicional (de apatia), influencia a construção e a educação de uma nova cultura (para a transformação social), e também estimula crianças e adolescentes a conquistarem a sua condição de sujeito de direitos” (CEDECA, 2017, p. 20).

4.23 Executar integralmente o valor aprovado nas leis orçamentárias anuais (LOAs) para as políticas infanto-juvenis

Ao consagrar o princípio da absoluta prioridade, a Constituição abrange a preferência no recebimento de proteção, no atendimento de serviços públicos, na formulação e execução de políticas sociais públicas e na destinação de recursos públicos relacionados à proteção da infância e da juventude.

4.24 Criar e ampliar espaços de participação direta de crianças e adolescentes na formulação e no controle social das políticas públicas voltadas para infância e adolescência.

A participação de crianças e adolescentes na construção e controle de políticas de atendimento do público infanto juvenil é direito integrante do rol dos direitos fundamentais que efetiva o exercício da cidadania e democracia (CEDECA, 2017, p. 7). Iniciativas que oportunizam o lugar de fala de crianças e adolescentes oferece a visibilidade deste público, promovendo autonomia nesta fase de desenvolvimento peculiar.

4.25 Desenvolver programa de profissionalização de adolescentes por meio da aprendizagem (Lei nº 10.097/2000) no âmbito do setor público e privado.

O direito à profissionalização é garantido no art. 227, da Constituição Federal, podendo ser conceituado como todo processo educativo que permite ao indivíduo desenvolver conhecimentos teóricos, técnicos e operacionais, desenvolvido em escolas ou empresas (OLIVEIRA, 2010, p. 210), podendo ser efetivado a partir da Lei nº 10.097/2000, Lei da Aprendizagem, que garante a inclusão social de jovens entre 14 (catorze) e 24 (vinte e quatro) anos em empresas de médio e grande porte, na condição de aprendizes.

4.26 Ampliar as ações de saneamento básico de competência do Poder Público municipal como forma de contribuir com a qualidade de vida e com a saúde de crianças e adolescentes

De acordo com o Painel Saneamento Brasil, plataforma de informações do Instituto Trata Brasil⁷, em 2018, a ausência de saneamento básico foi responsável por mais de 115.000 (cento e quinze mil) internações de crianças de até 14 (catorze) anos devido a doenças decorrentes de veiculação hídrica.

A falta de saneamento tem repercussão direta não apenas na qualidade de vida e saúde de crianças e adolescentes, como também na educação. Ainda segundo dados do referido Painel, a diferença em anos de educação formal de um jovem que habita uma residência com saneamento básico para um sem esses recursos é cerca de 4,1 anos.

⁷ Painel Saneamento Brasil. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/>. Acesso em 04 nov. 2020.

4.27 Promover atendimento especializado na área da saúde para crianças e adolescentes com deficiência, com oferta de psicólogos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, neuropediatras, fonoaudiólogos e demais profissionais qualificados

A criação de núcleos de atendimento especializados a crianças e adolescentes com deficiência garante a integração e articulação de diversas áreas da saúde, promovendo acesso à saúde e desenvolvimento destes sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento.

4.28 Formalizar a pactuação de fluxo intersetorial de atendimento de casos de violação de direitos de crianças e adolescentes no município, registrando os casos atendidos

A construção de fluxos e definição das atribuições de órgão que atua na defesa de direitos de crianças e adolescentes, bem como a formação de uma rede de proteção integrada e articulada contribui para uma melhor comunicação, atuação, garantindo uma proteção integral.

Uma definição clara de protocolos intersetoriais de atendimento é uma das principais atribuições desta rede de proteção, cujo um dos objetivos é evitar a violência institucional, em atenção ao art. 13, parágrafo único, da Lei nº 13.431/2017, que trata da Escuta Especializada e do Depoimento Especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

4.29 Ampliar a oferta de escolas de tempo integral, garantindo, preferencialmente, vagas a crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, notadamente as que se encontrem em situação de rua

Escolas em tempo integral favorecem o aumento do rendimento escolar, além de possibilitar a inclusão de crianças e adolescentes em atividades extracurriculares, oportunizando “uma escolarização formal ampliada por um conjunto de experiências esportivas, artísticas, recreativas ou temáticas, em complementação ao currículo escolar formal” (GUARÁ, 2006, p. 18).

4.30 Elaborar, implementar e monitorar Plano Municipal da Primeira Infância

A Lei nº 13.257/2016, que instituiu o Marco Legal da Primeira Infância, recomenda a elaboração de um plano técnico e político, com a participação dos atores do SGD, cujo objetivo é estabelecer metas e ações que priorizem o atendimento de crianças até os 6 (seis) anos de idade no âmbito municipal.

A elaboração deste plano permite estabelecer parâmetros, a partir de dados fornecidos por diagnóstico do município, e estratégias para mobilização e articulação do SGD na potencialização de desenvolvimento e aprendizagem dos primeiros anos de vida da criança.

Considerações Finais

Os 30 (trinta) compromissos pela criança e pelo adolescente, pensados e elaborados em parceria com órgãos públicos, entidades não governamentais e sociedade civil, legitimam um novo meio de controle social de gestores públicos para efetivação direitos e garantias de crianças e adolescentes nos municípios, de forma que o princípio da prioridade absoluta seja cumprido e evite-se, assim, violações de direitos deste público.

Ao consagrar o princípio da absoluta prioridade, a Constituição abrange a preferência no recebimento de proteção, no atendimento de serviços públicos, na formulação e execução de políticas sociais públicas e na destinação de recursos públicos relacionados à proteção da infância e da juventude.

Neste cenário, cabe ao gestor priorizar a formulação de políticas públicas para crianças e adolescentes, devendo o Ministério Público e a sociedade fiscalizarem a concretização dessas políticas para a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, impedindo o abuso das funções públicas, cobertas pelo manto do princípio da separação dos poderes e da discricionariedade do gestor.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em 01 nov. 2020.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01 nov. 2020.

_____. **Lei nº 10.097 de 19 de dezembro de 2000.** Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Lei da Aprendizagem). Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110097.htm. Acesso em 04 nov. 2020.

_____. **Lei nº 12.594, de 12 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em 3 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm. Acesso em 03 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.431 de 4 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm. Acesso em 04 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.935 de 11 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre a prestação de serviços de psicologia e de serviço social nas redes públicas de educação básica. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13935.htm. Acesso em 3 nov. 2020.

_____. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva.** Brasília, DF: Grupo de Trabalho do Ministério da Educação (MEC), 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

BROOKE, Bianca Schneider van Der; PAMPLONA, Danielle Anne. Os Conselhos de Direitos Municipais, as políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente e a permanência das velhas estruturas de poder: um desafio à consolidação da democracia participativa no Brasil. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, [S.L.], v. 16, n. 22,

p. 13-37, 23 mar. 2018. Instituto para o Desenvolvimento da Educação. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v16i22.p13-37.2018>.

CEARÁ. **Lei nº 13.230/2002 de 27 de junho de 2002**. Dispõe sobre a criação de comissões de atendimento, notificação e prevenção à violência doméstica contra criança e adolescente nas escolas de rede pública e privada do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza, CE: Governo do Estado do Ceará, 2002. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2002/13230.htm>. Acesso em 04 nov 2020.

CEDECA. Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Nota Técnica Análise da educação infantil em Fortaleza: orçamento e direito à creche**. Fortaleza, CE, 2019. Disponível em: <http://cedecaceara.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/Nota-T%C3%A9cnica-Educa%C3%A7%C3%A3o-Infantil-Fortaleza.pdf>. Acesso em 03 nov 2020.

_____. Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Participação política de crianças e adolescentes**. Fortaleza, CE, 2017. Disponível em: <http://cedecaceara.org.br/site/wp-content/uploads/2019/02/Cartilha-direito-a-participa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

COSTA, Anna Gabriella Pinto da. Processo de Escolha dos membros do Conselho Tutelar: Instrumento de democracia participativa. **Revista Diálogo Jurídico**, Vol. 18, n. 2, Jul./Dez. 2019, p. 95/107. Disponível em: <http://dialogojuridico.fbuni.edu.br/index.php/dialogo-juridico/article/view/53/63>. Acesso em 01 nov. 2020.

GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. É imprescindível educar integralmente. **Cadernos Cenpec | Nova série**, [S.l.], v. 1, n. 2, ago. 2006. ISSN 2237-9983. Disponível em: <http://cadernos.cenpec.org.br/cadernos/index.php/cadernos/article/view/168>. Acesso em: 04 nov. 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo, Atlas, 2013.

MAFRA, S. R. C. **O lúdico e o desenvolvimento da criança deficiente intelectual**. [S.l.]: Secretaria de Estado de Educação, 2008. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/2444-6.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **O Ministério Público e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS): uma interlocução necessária**. Fortaleza, Ce, 2018, Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/03/20180095-Cartilha_O-MP-e-o-SUAS-Uma-interlocucao-necessaria.pdf. Acesso em 03 nov. 2020.

OLIVEIRA, Oris de. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 290

RIZZINI, Irene; COUTO, Renata Mena Brasil do. População infantil e adolescente nas ruas: Principais temas de pesquisa no Brasil. **Civitas, Rev. Ciênc. Soc.**, Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 105-122, Apr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892019000100105&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 nov. 2020.

10. O *HABEAS CORPUS* 143.988/ES NA LUTA PELA GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-10>

*Raquel Coelho de Freitas*¹

*Thales Vieira Alcântara*²

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o Brasil adotou um modelo repressivo e institucionalizante de responsabilização de adolescentes pela prática de atos infracionais. A partir da construção do Sistema Socioeducativo previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Lei 12.594/2012, criou-se um sistema de responsabilização no qual o caráter pedagógico se sobressai ao repressivo, de modo que a responsabilização pelo ato infracional deve ser acompanhada de um processo de integração do adolescente à sociedade em que todos os seus direitos individuais e sociais sejam garantidos. Em razão de a adolescência ser uma fase bastante peculiar do desenvolvimento humano, pautada em processos de aprendizagem distintos daqueles vivenciados na fase adulta, o sistema socioeducativo deve funcionar através de uma lógica própria, distanciada do sistema penal adulto.

¹ Professora Associada da Universidade Federal do Ceará, Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro --UERJ, 2004, onde defendeu a primeira tese de doutorado em direito no Brasil sobre as políticas de ação afirmativa no ensino superior; Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Harvard Law School; Especialista em Violência Urbana pela Universidade Federal de Pernambuco. Desenvolveu pesquisa de doutorado na Northeastern University, Boston, EUA, sobre políticas públicas para crianças e adolescentes após a CF/88. Foi também Pesquisadora-visitante da Harvard Law School onde desenvolveu pesquisas sobre imigrantes ilegais e refugiados políticos, e estagiou no Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em Genebra, Suíça. Além de bolsas da CAPES e do CNPq, foi agraciada com a bolsa Paulo Bonavides; recebeu bolsa da Fundação Ford para Coordenar o Projeto Raça & Poder na UNIRIO e o Projeto Políticas da Cor do Laboratório de Políticas Públicas na Uerj; recebeu bolsa da Fulbright de Professora Visitante em Boston; foi bolsista da Fundação Carolina para desenvolver pesquisa sobre a fundamentação constitucional do Direito das Minorias, em Valladolid, Espanha, e teve pesquisa do BID aprovada para estudar questões raciais. Foi também nomeada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro para compor a Câmara Técnica do Governo para elaboração do projeto "Rio sem Homofobia". Atualmente, leciona Direito Constitucional e Direito Municipal na graduação, e Teoria da Cidadania e Relações Internacionais na pós-graduação da UFC. Coordena o Projeto Direito das Minorias e Fortalecimento de Minorias vinculado ao CNPq, e o Núcleo de Estudos Aplicados Direito, Justiça e Infância, NUDI JUS.

² Graduando de Direito do 10º semestre da Universidade Federal do Ceará, bolsista do PIBIC em 2017 e em 2018, desenvolvendo pesquisas na área de Direitos Constitucional e monitor de Direito Constitucional 2 em 2017 e de Direito de Família em 2018 e 2019.

No cenário atual, todavia, situações de superlotação e de violência nos Centros Socioeducativos brasileiros ensejou a impetração do *Habeas Corpus* 143.988/ES, impetrado inicialmente pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, foi logo seguido pelas Defensorias Públicas de cinco outras unidades federativas, Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e Sergipe, que pleitearam o ingresso na ação na condição, também, de impetrantes, uma vez que os Sistemas Socioeducativos desses estados apresentavam superlotação e amplas violações aos direitos humanos semelhantes às que motivaram o HC 143.988/ES.

Neste artigo, nos propomos a analisar as diretrizes e os direitos protegidos pelo ECA e pela Lei nº 12.594/2012, que orientam a aplicação das medidas socioeducativas restritivas de liberdade, assim como dispõem sobre o fundamento da privação de liberdade no Sistema Socioeducativo. Por último, analisamos como as violações aos direitos humanos nesses espaços têm distorcido o sistema idealizado pela legislação, e como o HC 143.988/ES de relatoria do Ministro Edson Fachin representa um avanço na garantia de direitos, em aproximar o sistema socioeducativo da Proteção Integral como princípio condutor na efetivação dos direitos desses adolescentes.

2 A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO POR MEIO DO ECA E DO SINASE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) consolidou um sistema de responsabilização de adolescentes por meio de seis Medidas Socioeducativa, das quais apenas duas são executadas em um contexto de privação de liberdade, a semiliberdade e a internação. Neste sentido, o ECA determina que essas medidas só possam ser aplicadas de modo individualizado e pelo prazo máximo de três anos.³

Os objetivos dessa intervenção socioeducativos são definidos pela Lei 12.594/2012, a qual coloca, no artigo 1º, parágrafo 2º, que a medida socioeducativa visa a desaprovação da conduta infracional do adolescente, a sua responsabilização quanto às consequências lesivas do ato infracional cometido, a sua garantia dos direitos individuais e sociais e a sua integração social. Desse modo, o caráter pedagógico da intervenção socioeducativa se sobrepõe ao caráter retributivo, uma vez que, apesar de

³ Artigo 122 § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. (BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2020).

haver a necessidade de responsabilizar o adolescente, há, também, a necessidade de integrá-lo à sociedade e de levá-lo a traçar um projeto de vida fora de contextos infracionais.

Em razão desse viés pedagógico de proteção integral, o ECA não autoriza a indeterminação do prazo da medida ante a necessidade de se individualizar o acompanhamento do socioeducando.⁴ Destaca-se, ainda, que o ECA não prevê um tempo mínimo para a aplicação da medida, mas, tão somente, um tempo máximo, já que o estado de não liberdade deve durar o mínimo possível, uma vez que o próprio ECA coloca a liberdade como essencial ao processo de desenvolvimento físico, moral, intelectual e espiritual do adolescente.⁵

Além disso, o ECA reafirma limites principiológicos para a aplicação das medidas socioeducativas privativas de liberdade que já haviam sido postos na Constituição, tais como a excepcionalidade, a brevidade e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O primeiro princípio orientador dessas medidas, a excepcionalidade, diz respeito ao fato de a medida socioeducativa só se legitimar em situações nas quais não seja possível se realizar o processo socioeducativo em meio aberto. A brevidade, a seu turno, diz respeito à limitação da aplicação das medidas ao menor tempo possível, de modo que a medida privativa de liberdade deve ser aplicada em um prazo máximo de três anos. Para dar concretude a esse princípio e viabilizá-lo, a Lei 12.594/2012 consagrou a figura do Plano Individual de Atendimento (P.I.A.), ferramenta de planejamento e de monitoramento da execução de cada medida socioeducativa.⁶

Esse instrumento vai determinar os objetivos da medida socioeducativa, estabelecendo condicionalidades que determinarão o encerramento da medida, além de atividades pedagógicas, esportivas, educacionais e profissionalizantes para o

⁴ BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e medidas socioeducativas**: Uma leitura crítica, dogmática e constitucional. Ilhéus: Editora Editus, 2006, p. 191-192.

⁵ “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.” (BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2020).

⁶ 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. (BRASIL. **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2020).

adolescente executar. Como essas medidas não possuem um tempo determinado por sentença, e o cumprimento das suas finalidades é o fator que determina a sua própria extinção, o P.I.A. vem estabelecer as condições de cumprimento da Medida Socioeducativa. Passa, assim, a ser o grande organizador da execução da medida,⁷ uma vez que, atingidos esses objetivos e essas condicionalidades, a medida socioeducativa será extinta.

Por fim, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento considera que crianças e adolescentes estão em fase peculiar do desenvolvimento, razão pela qual merecem maior proteção, o que leva o Sistema Socioeducativo a se distanciar do viés retributivo e punitivo do Sistema Penal adulto. Assim, essa condição peculiar do adolescente em desenvolvimento não deve ser entendida sob uma perspectiva adultocêntrica de se entender a infância e a juventude como um meio para se atingir a fase adulta.⁸

Vigotsky explica que o processo de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes não é inato e natural, mas sim resulta das interações sociais que esses sujeitos estabelecem com sua família, comunidade e amigos.⁹ Há, desse modo, a internalização desses comportamentos e fatores culturais de acordo com a individualidade de cada um.

Tal processo faz com que crianças e adolescentes sejam extremamente influenciados pelos ambientes em que vivem¹⁰, o que acarreta uma forte absorção de significados e fatores culturais externos. Esse funcionamento dialógico da infância e da juventude caracteriza essa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e orienta a aplicação de medidas socioeducativas preferencialmente em meio aberto, já que, em razão da facilidade com que esses sujeitos internalizam comportamentos e valores culturais externos, é mais interessante que o processo ocorra de modo que a convivência familiar e comunitária não seja prejudicada.

É, por isso, que a maioridade penal fixada aos 18 anos de idade torna-se mais

⁷ FRASSETO, Flávio Américo. **Gênese e Desdobramentos da Lei 12.594/2012**: Reflexos na Ação Socioeducativa. Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade, v.6. São Paulo: Editora Kroton, 2012, p. 27. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/186-Texto%20do%20artigo-699-1-10-20150618.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

⁸ MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. 1ª Ed. Barueri: Editora Manole, 2003, p. 118.

⁹ VIGOTSKY, Lev Semenovich. **A construção do pensamento e da linguagem**. Tradução de Paulo Bezerra. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43.

¹⁰ VIGOTSKY, Lev Semenovich. **A construção do pensamento e da linguagem**. Tradução de Paulo Bezerra. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43.

apropriada, pois, como a adolescência é uma fase caracterizada pela forte busca de referências, é fundamental que não se substitua a convivência familiar e comunitária pelo convívio com adultos que estão inseridos em um Sistema Penal e que, muitas vezes, já possuem uma tendência maior a comportamentos delitivos.

Destaca-se, por fim, que a execução de nenhuma medida socioeducativa pode acarretar a restrição de direitos ligados à Proteção Integral do Adolescente, devendo os direitos do artigo 227 da Constituição serem garantidos durante todo o processo socioeducativo.¹¹

2.1 Privação de Liberdade no Sistema Socioeducativo e no Sistema Penal Adulto

Em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a privação de liberdade do Sistema Socioeducativo possui fundamento distinto daquele que orienta o Sistema Prisional Adulto. Enquanto no Direito Penal adulto, a pena de privação da liberdade é considerada cumprida pelo decurso do prazo para ela fixado na sentença, nas medidas socioeducativas de meio fechado, o cumprimento é aferido mediante o atendimento aos objetivos e às condicionalidades disposta no P.I.A.

Conseqüentemente, é importante que o P.I.A. contenha critérios claros e objetivos para que a equipe de execução, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como toda a rede de proteção da infância, tenham condições de concluir se a medida deve ou não ser encerrada. Nesse sentido, no Sistema Socioeducativo, a privação de liberdade, por si só, não possui função pedagógica, configurando uma medida acessória e instrumental, com o objetivo de estabelecer um mínimo necessário para que a equipe técnica possa desenvolver seu trabalho junto ao socioeducando¹², de modo a levá-lo a, a partir daquelas atividades, planejar um projeto de vida pautado em valores culturais não criminógenos.

¹¹ 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.

¹² MELO, Carlos Roberto Cals de. **Por uma hermenêutica restaurativa**: Sistema Socioeducativo, Lacunas Normativas e Crise de Interpretação do ECA. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Fortaleza, 2019, p. 122. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41934/1/2019_dis_crcmeloneto.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

As penas de prisão aplicadas no Direito Penal adulto, por sua vez, na concepção de Foucault, se baseiam no Panoptismo¹³, instituições pensadas sob a égide de um rígido isolamento e vigilância extrema. A partir da lógica panóptica de Foucault, o encarceramento busca, por meio da solidão, do isolamento e da meditação, responsabilizar o prisioneiro que, a partir desses elementos, perceberia a reprovabilidade da sua conduta e, por conseguinte, mudaria seu comportamento, não mais voltando a delinquir.¹⁴ Assim, a lógica do Sistema Socioeducativo, sob diferente viés, não deve visar a esse isolamento por si só, nem à retirada do adolescente do seu espaço familiar e comunitário. Neste caso, a privação de liberdade constitui somente um meio para a realização do processo de socioeducação.

Ferrajoli chama a atenção, também, para o fato de que qualquer tratamento que vise à responsabilização de um sujeito por meio da privação de liberdade e do isolamento radical atinge a dignidade do sujeito que é submetido a essa medida.¹⁵ Nessa perspectiva, o isolamento nos moldes do Sistema Penal adulto deve ser evitado sempre no contexto de execução de medidas socioeducativas, uma vez que, no lugar de criar um ambiente propício para a revisão dos seus erros, tende a promover a quebra dos vínculos familiares e comunitários numa lógica repressiva e uniformizante.

Dessa forma, é importante que, na fase da adolescência, período em que a absorção de fatores culturais externos e a busca por referências externas são marcantes, o modelo de responsabilização que priva o jovem da sua liberdade se distancie, ao máximo, do Direito Penal adulto, e o estado de não liberdade possa ser flexibilizado, de modo a evitar que ocorram processos de internalização de valores típicos da cultura carcerária, bem como desadaptação às condições para a vida em liberdade.

2.2 Hipóteses de cabimento das medidas socioeducativas privativas de liberdade

As medidas socioeducativas são aplicadas de acordo com as características da

¹³ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhete. 20^a ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 219-229.

¹⁴ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhete. 20^a ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 219-229.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. 3^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 220.

infração, as circunstâncias sociofamiliares e a disponibilidade de serviços e programas de execução nos respectivos municípios e estados.¹⁶ A execução dessas medidas deve prever obrigatoriamente a participação da família e da comunidade, mesmo que se trate de medida restritiva de liberdade. Conseqüentemente, a Lei 12.594/2012, em seu artigo 35, inciso IX, positiva como princípio da execução da medida socioeducativa o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo de socioeducação.¹⁷

O ECA prevê apenas duas medidas socioeducativas em meio fechado: a semiliberdade e a internação, que contemplam aspectos bastante coercitivos, pois afastam o adolescente do convívio familiar e comunitário.

2.2.1 Semiliberdade

A primeiras delas, a semiliberdade, encontra-se no artigo 121 do ECA.¹⁸ Há três abordagens distintas para a semiliberdade, podendo ela ser utilizada para o adolescente em fase de transição, como medida a ser executada antes da internação; em fase de regressão para aqueles que estavam internados e serão transferidos para uma medida em meio aberto, o que coloca a semiliberdade como um estágio transitório, e, por fim, como medida socioeducativa única e autônoma.¹⁹

A medida busca a organização do cotidiano do jovem como um espaço de convivência que permita ao jovem se expressar individualmente, ao mesmo tempo em que desenvolve atividades em grupo. O acompanhamento da medida deve visar à inserção do jovem no mercado de trabalho, caso ele já possa trabalhar, à escolarização

¹⁶ Art. 112. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. (BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2020).

¹⁷ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (BRASIL. **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2020).

¹⁸ O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. § 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade. § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. (BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2020).

¹⁹ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005, p. 26.

formal e à profissionalização ²⁰, medidas empreendidas sempre em respeito à autonomia privada do adolescente e aos seus objetivos pessoais.

2.2.2 Internação

A internação, última medida socioeducativa prevista pelo ECA, é a mais coercitiva e privativa de liberdade do Sistema Socioeducativo. As medidas de semiliberdade e de internação diferem-se quanto à realização de atividades externas. Na semiliberdade, as atividades externas não dependem de autorização judicial, ao passo que, na internação, o juiz pode impedir que atividades externas sejam realizadas.

Apesar dessa diferença, ambas implicam o recolhimento do socioeducando a uma instituição socioeducativa para a execução de atividades e condicionalidades previstas do Plano Individual de Atendimento (P.I.A.).

A aplicação da internação, como já abordado, é regida pelos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, devido à necessidade de se respeitar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária positivado no art. 227 da Constituição Federal. O artigo 122 do ECA dispõe taxativamente as hipóteses em que a internação poderá ser legitimada:

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

- 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.

Percebe-se que o dispositivo tem caráter, tão somente, autorizativo e não compulsório, uma vez que utiliza a expressão “poderá”, de maneira que o juiz competente para a aplicação da medida poderá aplicar outra menos restritiva, como a liberdade assistida, mesmo nos casos em que estejam presentes os requisitos do artigo 122.

²⁰ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005, p. 27.

A aplicação de outras medidas, mesmo nessas situações, encontra fundamento na excepcionalidade da privação da liberdade e na necessidade de se preservar os vínculos familiares e comunitários para que o processo de desenvolvimento do adolescente não seja comprometido, em especial naqueles casos em que a família do adolescente queira participar do processo de socioeducação.

É extremamente importante, em razão da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento do adolescente, que o espaço de execução da medida seja um ambiente que possibilite a vivência do direito à sexualidade e à afetividade, bem como preservem a imagem, a identidade, os valores, as ideias e as crenças do jovem.²¹

3 HABEAS CORPUS 143.988/ES COMO MEIO DE IMPEDIR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES EM EXECUÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Em 2018, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (DPE/ES) impetrou um *Habeas Corpus* em favor de todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte (HC 143.988/ Espírito Santo).²² O *Habeas Corpus* relatou a realidade contrária à Constituição e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de centenas de adolescentes que se encontravam custodiados em situação totalmente inaceitável para o padrão civilizatório e legal atual.²³ Entre as violações descritas, destaca-se a superlotação persistente, resultante da negligência do Poder Executivo, que, por mais de uma década, nada fez para mudar o estado de coisas inconstitucionais, além das violências físicas sofridas pelos jovens, como o fato de um adolescente ter sido gravemente ferido no pescoço por um socioeducador da instituição.²⁴

²¹ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005, p. 39.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 01. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

²⁴ BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. **Habeas Corpus Coletivo**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ, 25 de abril de 2017, p. 16. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2018/08/hc-143988-1-petini-17082018.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

A situação exposta no Habeas Corpus referiu-se à Unidade de Internação da Região Norte (Uninorte), em Linhares/ES, a qual tinha capacidade para abrigar 90 adolescentes, e, em 2018, já abrigava 201 internos, número ainda inferior a dados de 2016, quando a unidade chegou a abrigar 251 jovens.²⁵ Os dormitórios, que possuíam capacidade para abrigar quatro jovens, abrigavam entre oito e nove adolescentes, de acordo com imagens levadas aos autos do processo pela Defensoria Pública Estadual/ES. Não havia, ainda, na unidade, nenhuma separação dos jovens por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração²⁶, como exige o ECA.²⁷

A superlotação da Uninorte era, frequentemente, causa de rebeliões contidas, em contrapartida, de modo violento por policiais e funcionários do local, apresentando, sempre, adolescentes gravemente feridos. Em relação à higiene, as inspeções realizadas nos últimos anos na Unidade mostraram excesso de lixo nos quartos (restos de comida, copos e pratos de plástico), bem como grande quantidade de larvas, sapos, baratas, mosquitos juntos ao esgoto exposto.²⁸

O processo socioeducativo era quase inexistente, uma vez que os jovens permaneciam na grande totalidade do tempo dentro dos quartos, saindo apenas para visitas familiares e para a quadra da unidade uma vez na semana, aos sábados, por 30 minutos.²⁹ Essa exacerbada privação de liberdade, somada à ausência de atividades educativas, profissionalizantes e esportivas, tornou a situação dos socioeducandos

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 04. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

²⁶ BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. **Habeas Corpus Coletivo**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ, 25 de abril de 2017, p. 12. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2018/08/hc-143988-1-petini-17082018.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

²⁷ Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. (BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2020.)

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 03. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 03. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

bastante semelhante ao regime disciplinar diferenciado, previsto na Lei de Execução Penal (LEP) ³⁰, comprovando que o Sistema Socioeducativo estava bastante desconectado da proteção integral e dos princípios norteadores da aplicação das medidas privativas de liberdade a adolescentes, praticamente equiparando-se ao Sistema Penal adulto.

A insalubridade do local e a quase ausência de elementos que diferenciam o espaço de uma unidade penitenciária adulta foram agravadas pelos inúmeros relatos de torturas e agressões físicas, e pelo número insuficiente de profissionais na equipe técnica para assegurar algum tipo de socioeducação a esses jovens. Na petição da DPE/ES, havia, também, imagens de adolescentes dormindo em colchões dentro dos banheiros, por ausência de espaço nos dormitórios.³¹

O HC 143.988/ES foi relatado pelo Ministro Edson Fachin, que fundamentou a decisão com base na proteção integral do artigo 227 da Constituição, assim como nos artigos 3º e 37 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989 (CDC), que limitam a intervenção do Estado nas fases da infância e da adolescência, bem como dispõem que os Estados não podem permitir que nenhuma criança ou adolescente sejam submetidos à tortura ou a outros tratamentos e penas cruéis, degradantes e desumanos.³²

Determinou-se, na decisão, liminarmente, a aplicação do princípio *numerus clausus*, limitando o número de socioeducandos que cumprem medida na Uninorte à capacidade máxima de 119% do número máximo de adolescentes que a Unidade pode abrigar.³³ Esse princípio já havia sido aplicado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em

³⁰ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso, ou condenado, (...), ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: IV - direito do preso à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso. (BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2020)

³¹ BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. **Habeas Corpus Coletivo**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ, 25 de abril de 2017, p. 12. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2018/08/hc-143988-1-petini-17082018.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos da Criança**, 1989, Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

casos semelhantes que, também, envolviam a superlotação de unidades socioeducativas no Espírito Santo (Suspensão de Liminar 823/ES).

Nas outras decisões anteriores, o STF definiu o princípio *numerus clausus*, como aquele no qual para cada entrada em uma unidade prisional ou socioeducativa deve haver, no mínimo, uma saída, permitindo, desse modo, a diminuição ou, pelo menos, a estabilização da população reclusa e interna. Uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, o princípio determina que aqueles com melhor adaptabilidade social devem ser postos em regime domiciliar com vigilância eletrônica.³⁴ Há, assim, um nítido intuito de se solucionar o problema da superlotação desses espaços e as violações de direitos humanos e dos direitos fundamentais que decorrem dessa condição.

O percentual de 119%, fixado na decisão, não foi aleatório, mas correspondeu à média de ocupação das unidades de internação brasileiras, índice obtido a partir de Relatório do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de 2015.³⁵ O Ministro Edson Fachin, desse modo, usou o dado como parâmetro para fixar a capacidade máxima que a Uninorte poderia abrigar.

Na decisão, foi determinado, ainda, que os socioeducandos que representassem o excedente desse percentual deveriam ser transferidos para as unidades com capacidade inferior a 119%. Se a transferência não fosse viável, uma vez que havia indícios de excessiva lotação em outras unidades do Espírito Santo, deveria ser aplicado o artigo 49, II, da Lei nº 12.594/2012.³⁶ Há, nesse dispositivo, determinação para que o adolescente cumpra medida socioeducativa em meio aberto em contextos nos quais inexista vaga em unidade socioeducativa privativa de liberdade. A medida liminar dispôs, também, que, nos casos em que houvesse impossibilidade de aplicação

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 03. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Um olhar mais atento nas unidades de internação e semiliberdade para adolescentes** – 2013. Brasília: CNMP, 2013, p. 17. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

³⁶ Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei: II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade (...) (BRASIL. **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2020).

do art. 49, II, o adolescente deveria ser encaminhado para o seu domicílio, a fim de cumprir uma internação domiciliar.

Apesar de bastante sintonizada com a Proteção Integral do artigo 227 e com a posição de sujeitos de direitos desses adolescentes, há nela um ponto problemático que pode implicar violações à proteção integral, na medida em que a determinação da transferência desses socioeducandos para outras unidades de internação no estado do Espírito Santo pode levar o jovem a ser internado em um espaço muito distante do seu domicílio, dificultando a convivência familiar e comunitária deles.

Defensorias Públicas de cinco outras unidades da federação, Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e Sergipe, estados com violações e superlotação semelhantes às do Sistema Socioeducativo do Espírito Santo, pleitearam, então, a extensão dos efeitos da decisão liminarmente tomada pelo Ministro Edson Fachin para os Centros Socioeducativos destes estados. O pedido foi acolhido em decisão monocrática de junho de 2019, e as Defensorias Públicas destes estados passaram a integrar a relação processual na condição de impetrantes.³⁷

Em agosto de 2020, a Segunda Turma do STF proferiu acórdão com julgamento de mérito do HC 143.988. Neste sentido, a ordem foi concedida por unanimidade. O acórdão modificou alguns termos da decisão liminar de 2018, determinando não mais a transferência de adolescentes que representassem o excedente ao percentual de 119%, mas sim a transferência de todos aqueles que representassem excedente ao percentual de 100%³⁸, ou seja, não mais se admite que essas unidades abriguem mais jovens do que a capacidade para a qual elas foram projetadas.

O Relator Edson Fachin entendeu que a Corte não poderia chancelar a superlotação desses estabelecimentos, ao fixar o percentual em 119%³⁹, o que o levou a

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de junho de 2019, p. 01-06. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340358121&ext=.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2020.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020, p. 40-41. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020, p. 40-41. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

reconsiderar o percentual da decisão liminar e fixá-lo em 100%, tendo o percentual de 119% sido fixado à época pela falta de outros parâmetros e por se tratar, tão somente, de uma medida liminar.

Fundamentou seu voto, também, na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento desses adolescentes, de modo que eles precisam receber um tratamento condizente com essa condição, o que não vinha ocorrendo nas unidades socioeducativas alvo dos pedidos das Defensorias Públicas estaduais.⁴⁰ Desse modo, a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas dificulta violações à Proteção Integral do artigo 227 da Constituição, tendo sido expressamente reconhecido que a situação de superlotação desses espaços é incompatível com a Proteção Integral dos socioeducandos.⁴¹

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, citou intervenções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) por meio de Medidas Cautelares como forma de comprovar a necessidade de uma medida vinculante a ser tomada pelo STF, para evitar que as situações de violações de direitos humanos que ensejaram a intervenção da CIDH nesses estados voltasse a ocorrer.⁴²

Além disso, chamou a atenção para o fato de que o Estado precisa respeitar um padrão mínimo de dignidade no cumprimento das medidas socioeducativas de internação, concluindo que a situação dos Centros Socioeducativos dos estados impetrantes distorcem os objetivos do Sistema Socioeducativo criado pelo ECA e pela Lei nº 12.594/2012.⁴³

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020, p. 35. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020, p. 45. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020, p. 59-61. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de

Por fim, o acórdão manteve a aplicação do artigo 49, II, da Lei 12.594/2012, de modo que, caso não haja vagas em outras unidades socioeducativas de internação, o adolescente deverá ser posto para cumprir medida socioeducativa em meio aberto e, não havendo disponibilidade de serviços e programas de execução, deverá o socioeducando ser colocado em internação domiciliar.⁴⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o Sistema Socioeducativo foi estruturado pelo ECA e pela Lei nº 12.594/2012 no sentido de evitar a institucionalização excessiva e de aplicar medidas privativas de liberdade de forma excepcional, e, ainda nesses casos, as restrições ao direito de ir e vir deve ser meramente instrumental, com o objetivo de que atividades sejam executadas junto ao socioeducando para que ele trace um projeto de vida fora do contexto de violência e de criminalidade em que ele se encontra.

No entanto, graves violações aos direitos humanos ocorrem nos Centros Socioeducativos de execução de medidas privativas de liberdade, notadamente a internação. Essas violações, geralmente, estão relacionadas à prática de tortura, à superlotação e à não garantia de direitos fundamentais ligados à Proteção Integral durante a execução da medida.

Para atenuar esse cenário, a Defensoria Pública do Espírito Santo impetrou o HC 143.988/ES, que representou um enorme avanço não só para o estado do Espírito Santo, mas também para as outras unidades que se beneficiaram com a decisão tomada pelo STF. O acórdão que proibiu que os Centros Socioeducativos desses estados ultrapassem a lotação para a qual foram projetados, sem dúvidas, aproxima o Sistema Socioeducativo dos valores constitucionais da Proteção integral e contribui para afastar esse sistema dos ideais de cárcere do Sistema Penal adulto.

2020, p. 61-62. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020, p. 08. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e medidas socioeducativas**: Uma leitura crítica, dogmática e constitucional. Ilhéus: Editora Editus, 2006.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. **Habeas Corpus Coletivo**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ, 25 de abril de 2017. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2018/08/hc-143988-1-petini-17082018.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2020

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de setembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Interlocutória**. HC 143.988/ES. Agravantes: Todos os adolescentes internados na Uninorte. Agravado: STJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 16 de agosto de 2018, p. 01. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143988liminar.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Um olhar mais atento nas unidades de internação e semiliberdade para adolescentes** – 2013. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FRASSETO, Flávio Américo. **Gênese e Desdobramentos da Lei 12.594/2012**: Reflexos na Ação Socioeducativa. Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade,

v.6. São Paulo: Editora Kroton, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/186-Texto%20do%20artigo-699-1-10-20150618.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. 1ª Ed. Barueri: Editora Manole, 2003.

MELO, Carlos Roberto Cals de. **Por uma hermenêutica restaurativa: Sistema Socioeducativo, Lacunas Normativas e Crise de Interpretação do ECA**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Fortaleza, 2019, p. 122. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41934/1/2019_dis_crcmeloneto.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos da Criança**, 1989, Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

VIGOTSKY, Lev Semenovich. **A construção do pensamento e da linguagem**. Tradução de Paulo Bezerra. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43.

11. O CONSELHO TUTELAR E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES INDÍGENAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-11>

Raquel Coelho de Freitas¹

Renan Santos Pinheiro²

Thaynara Andressa Frota Araripe³

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é a lei que cria condições de exigibilidade para os direitos da criança e do adolescente. Segundo o ECA, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. No entanto, ser criança ou adolescente indígena é bem mais que estar situado em uma determinada faixa etária, uma vez que a constituição da criança e do adolescente indígena enquanto sujeitos de direitos está diretamente vinculada ao respeito dos seus valores socioculturais. Mediante tal entendimento, o presente estudo se dedica a investigar a relação da atuação do Conselho Tutelar com a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes indígenas estabelecidos pelo ECA.

De início, observa-se o conceito e os limites da atuação do Conselho Tutelar, de acordo com o que estabelece o ECA. Assim, ao entender o Conselho Tutelar como um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, problematiza-se sua atuação perante as crianças e os adolescentes indígenas.

A seguir, observa-se como os direitos das crianças e dos adolescentes indígenas são tratados no ECA, ao analisar em quais momentos as especificidades destes sujeitos de direitos foram levadas em consideração pelo texto normativo em questão. Desta

¹ Professora da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Harvard Law School.

² Advogado e Assessor Jurídico do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA). Mestrando em Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

³ Advogada. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

feita, compreende-se que a aplicação da legislação pertinente à infância e à adolescência nas questões específicas que envolvam crianças e adolescentes oriundas de povos e comunidades tradicionais deverá considerar as garantias jurídicas presentes na legislação específica dos povos e comunidades tradicionais, assim como a seus costumes e suas formas de organização social. Para isso, através de uma análise legislativa, problematiza-se o teor da Resolução nº 91, de 23 de junho de 2003, do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA) e da Resolução nº 181, de 10 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania.

Por fim, utilizando-se de uma análise documental, problematiza-se a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes pelo Conselho Tutelar, questionando como se dá, na prática, as potencialidades e as dificuldades da atuação dos conselheiros tutelares nas comunidades indígenas, entendendo-os como agentes com o papel de aproximar realidades, ou seja, com a atribuição de ser elo entre a seara jurídica, que, formalmente, garante direitos, e a realidade das vidas das crianças e dos adolescentes indígenas no Brasil. Para isso, será observado um caso concreto da atuação do Conselho Tutelar de Pirajú/MS.

Ao longo do estudo, frisa-se como a questão das terras para os povos indígenas, ou seja, como os constantes esbulhos, por parte de particulares, nas terras indígenas e a demora estatal de décadas na concretização da demarcação territorial do povo indígena brasileiro afeta diretamente a qualidade de vida e a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes indígenas.

2 O CONSELHO TUTELAR NO ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu no seu artigo 131 que o Conselho Tutelar é “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”. Com isso, concedeu-lhes autoridade para proteger as crianças e adolescentes de ações abusivas e violadoras de direitos cometidas pelas autoridades públicas, a família, ou mesmo por outros perpetradores de práticas sociais que sejam uma ameaça à garantia da proteção integral prevista no texto do ECA.

Cada município é legalmente responsável pela criação dos seus Conselhos Tutelares, observando sempre a sua extensão e população adulta e infantil. O Conselho

Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) atua como protagonista no controle das políticas públicas direcionadas às crianças e adolescentes, não apenas conhecendo e supervisionando todas as entidades que trabalham com crianças e adolescentes, como também avaliando se os programas especiais de proteção se adequam ao sentido do ECA. Assim, a sua responsabilidade principal é supervisionar a implementação de políticas públicas a nível local, onde os Conselhos Tutelares são a principal estrutura para a implementação dessa nova política social relacionada às crianças e adolescentes no país.

O município de Fortaleza, por exemplo, possui oito Conselhos Tutelares, compostos, cada um, por cinco conselheiros escolhidos pela comunidade local, com mandato de três anos, e com possibilidade de uma recondução, conforme dispõe o art. 132 do ECA. Estes órgãos são orientados pelo princípio da desjurisdicalização do atendimento, segundo o art.6 da Resolução nº 75/2001 do CONANDA, uma vez que visam evitar a judicialização dos casos que não exigem a priori uma decisão judicial, mas podem ser resolvidos por meio de resoluções pacíficas de conflitos no âmbito das comunidades, ou mesmo, administrativamente. Assim, embora estejam vinculados administrativamente ao Poder Executivo Municipal, não se constituem órgãos de governo, mas pertencem à estrutura do funcionamento do Estado na proteção dos direitos da infância e adolescência.

De qualquer modo, os Conselhos Tutelares compõem o Sistema de Garantia de Direitos na defesa dos direitos das crianças e adolescentes, juntamente com a Defensoria Pública e o Ministério Público estaduais. Sua singularidade pode ser observada em algumas de suas competências, como, por exemplo, o fato de supervisionarem crianças de 0 a 12 anos incompletos, autoras de ato infracional, mesmo não se tratando de um órgão de segurança pública, e ainda representar crianças e adolescentes perante as agências com responsabilidade em providenciar os serviços garantidos pelo ECA (segurança pública, educação, saúde, moradia e alimentação), sem ser um órgão de assistência social.

De fato, qualquer pessoa, até mesmo as próprias crianças, as famílias, os professores, os assistentes sociais, a polícia e outros oficiais públicos, podem requerer a intervenção do Conselho Tutelar. Em resumo, essa nova política trouxe a descentralização das instituições e dos serviços para a criança, o controle e a

participação popular e programas especiais para atender as diferentes necessidades da população infanto-juvenil.

Todos os esforços possíveis estão sendo direcionados para uma implementação bem sucedida dessas novas políticas. Embora se possa pensar que a criação desse sistema social, legal e institucional foi o principal passo para o aprimoramento da condição das crianças e o fortalecimento do programa democrático de bem-estar no país, as principais reformas práticas ainda não vieram. Ao revés de ser bem sucedido, o Conselho Tutelar mostra o grande desafio de construir uma nova estrutura organizacional, capaz de atender com efetividade às necessidades mais prementes das crianças e dos adolescentes, afirmando sua eficiência em prover a nova geração, o que, nunca, foi efetivado pelas políticas governamentais anteriormente instituídas seja por simples desinteresse, seja por questões diretamente relacionadas à nossa realidade econômico-social.

Muitos Conselhos Tutelares passam ao largo da realidade da criança, quando se fala de criança e adolescente indígena tal realidade se agrava. Essa circunstância, contudo, não pode ser atribuída à mera negligência de seus funcionários. De fato, não é raro defrontar com Conselheiros que reclamam da falta de apoio dos Poderes Públicos. Citam os casos em que os prefeitos veem neles a diminuição do seu poder ou a ameaça de trazerem mais problemas. Reclamam, ainda, da falta de estrutura e apoio para encaminhar crianças envolvidas em atividade de prostituição, pois não se tem um ambiente para acomodá-las. Argumentam por fim que, quando buscam a autoridade policial para auxiliá-los, abrindo inquérito ou autuando corruptores, na maioria das vezes não encontram respaldo.

Outra constatação é a de que muitos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente não desenvolve políticas no sentido de solucionar a atividade de prostituição infanto juvenil, não dão suficiente apoio aos Conselheiros Tutelares e nem atuam no sentido de exigir recurso, reivindicar providências, apoio logístico, operacional e jurídico junto às autoridades municipais.

Dessa forma, apesar das inúmeras queixas perpetradas por aqueles que trabalham nos Conselhos Tutelares e das inúmeras limitações dos conselheiros tutelares em atuar com o povo indígena, sejam as limitações de formação e preparo ou as dificuldades logísticas, tais como a distância física das aldeias; é necessário pontuar que, ainda assim, essa instituição desenvolve importante trabalho junto ao seu público

alvo, bem como oferecendo creche, educação, assistência médica às crianças e supervisionando o processo de adoção, sendo, muitas vezes, o único olhar institucional que chega, em anos, até uma comunidade indígena.

Diante do conceito legal e dos limites da atuação do Conselho Tutelar nas comunidades indígenas no Brasil, observa-se, a seguir, como os direitos das crianças e dos adolescentes indígenas são tratados no ECA e como isso influencia na atuação do Conselho Tutelar.

3 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES INDÍGENAS NO ECA

O artigo 2º do ECA considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Ocorre que quando o texto normativo do ECA determina quem é criança ou adolescente através de uma divisão etária, ele desconsidera outras lógicas culturais de passagem para a vida adulta, como a dos povos indígenas (OLIVEIRA, 2008). Assim, tendo em vista que há “diversas imagens de infância, as quais são socialmente interpretadas e reconstruídas no seio dos grupos e dos processos sociais que lhes dão origem” (COELHO, 2007, p. 5), os direitos das crianças e dos adolescentes indígenas devem ser efetivados levando em consideração seus costumes e suas formas de organização.

Em seu inteiro teor, o ECA menciona as crianças e os adolescentes indígenas apenas em duas situações específicas. A primeira menção está na seção dedicada ao trato jurídico da família substituta. O parágrafo 6º do artigo 28 do ECA, incluído pela Lei nº 12.010 de 2009, determina que em se tratando de criança ou adolescente indígena é obrigatório, além das demais disposições, que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia e que a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. Veja-se:

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.

(...)

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

(grifou-se)

A segunda menção está na seção “Da Perda e da Suspensão do poder familiar”. O parágrafo 2º do artigo 157 do ECA, incluído pela Lei nº 13.509, de 2017, estabelece que caso os pais sejam oriundos de comunidades indígenas, é obrigatória a intervenção junto a uma equipe interprofissional ou multidisciplinar, além de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista. Veja-se:

Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

(...)

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

§ 1º Recebida a petição inicial, a autoridade judiciária determinará, concomitantemente ao despacho de citação e independentemente de requerimento do interessado, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar para comprovar a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar, ressalvado o disposto no §

10 do art. 101 desta Lei, e observada a Lei n^o 13.431, de 4 de abril de 2017 .

§ 2 o Em sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, é ainda obrigatória a intervenção, junto à equipe interprofissional ou multidisciplinar referida no § 1 o deste artigo, de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, observado o disposto no § 6 o do art. 28 desta Lei. (grifou-se)

No entanto, a Resolução n^o 91, de 23 de junho de 2003, do CONANDA, dispõe sobre a aplicação das disposições constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente à família, à comunidade, à sociedade, e especialmente à criança e ao adolescente indígenas e a Resolução n^o 181, de 10 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania, dispõe sobre os parâmetros para interpretação dos direitos e adequação dos serviços relacionados ao atendimento de crianças e adolescentes pertencentes a Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil. Assim, a aplicação da legislação pertinente à infância e à adolescência nas questões específicas que envolvam crianças e adolescentes oriundas de povos indígenas deverá considerar as garantias jurídicas presentes na legislação específica destes, além dos seus costumes, suas formas de organização social e as suas tradições.

Assis Costa Oliveira (2010, p.8527), para além da consideração sobre o aspecto temporal definidor do que é ser criança ou adolescente, pontua que:

a pluralidade das lógicas culturais de concepção do “ser criança” implica na relativização dos conceitos – como brincadeira, educação, trabalho, ato infracional e tratamento desumano, entre outros, recepcionado pela pergunta: como cada etnia indígena os significa?

Assim, fica evidenciada a necessidade de considerar as formas de organização dos povos indígenas, assim como seus direitos garantidos constitucionalmente, para que se efetive, de fato, uma proteção integral à criança e ao adolescente indígena no âmbito do ECA. Apesar da insuficiência do ECA que apenas em dois momentos menciona expressamente as crianças e os adolescentes indígenas, a Resolução n^o 91, de 23 de junho de 2003, do CONANDA e a Resolução n^o 181, de 10 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania reiteram que a aplicação da legislação pertinente à infância e à adolescência nas questões específicas que envolvam crianças

e adolescentes oriundas de povos indígenas devem considerar as garantias jurídicas presentes na legislação específica destes.

Diante de tal arcabouço legal, observa-se, no próximo tópico, como se dá, no plano concreto, a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes indígenas, voltando o olhar para as potencialidades e as dificuldades da atuação dos conselheiros tutelares nas comunidades indígenas, entendendo-os como agentes com o papel de aproximar o que está garantido nos textos legais e o que é realmente vivenciado nas comunidades indígenas brasileiras.

4 A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES INDÍGENAS PELO CONSELHO TUTELAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente completa, em 2020, 30 anos. Os povos indígenas brasileiros cuidam das suas crianças e adolescentes, independente de qualquer intervenção estatal, há milhares de anos. Portanto, ao debater a proteção das crianças e dos adolescentes indígenas pelo Conselho Tutelar, é preciso reconhecer e valorizar o conhecimento tradicional dos povos indígenas, entendendo-os não apenas como destinatários da aplicação de tais direitos, mas também como atores que compõem a rede de apoio em prol da concretização dos direitos das suas crianças e adolescentes.

As crianças e os adolescentes indígenas requerem uma proteção jurídica dupla, qual seja: precisam ser reconhecidos enquanto criança e adolescentes, mas também enquanto sujeitos que gozam de uma identidade étnica diferenciada. Ademais, as próprias etnias indígenas brasileiras são marcadas pelas diferenças entre elas, o que deve ser levado em conta ao se estabelecer legislações e políticas públicas específicas, principalmente para as crianças e adolescentes indígenas.

As crianças e os adolescente indígenas acabam por ter sua vulnerabilidade reforçada, tanto pela faixa etária quanto pelas sucessivas violações de direitos ao indígena no Brasil e, por isso, requerem um tratamento jurídico diferenciado. Ademais, a proteção integral das crianças e adolescentes indígenas está diretamente ligada a proteção e a demarcação territorial das terras tradicionais de seu povo, um direito omitido no Estatuto da Criança e do Adolescente e que é fundamental para a garantia dos demais direitos. Enquanto, para os não índios, terra costuma ser um suporte de especulação imobiliária, para os povos indígenas, as terras

tradicionalmente ocupadas por eles representam um complexo vital de conexão com a natureza e seres espirituais (BARBOSA, 2001).

O cenário de vulnerabilidade das crianças e os adolescentes indígenas fica evidenciado, quando se observa alguns dados básicos. Na seara educacional, em 2018, foram registrados 41 casos de desassistência na área da educação escolar indígena: 6 no Acre, 2 em Alagoas, 1 no Amapá, 5 em Amazonas, 1 no Espírito Santo, 3 no Maranhão, 4 em Mato Grosso, 2 em Mato Grosso do Sul, 3 no Pará, 4 no Rio Grande do Sul, 6 em Rondônia, 2 em Roraima, 1 em Santa Catarina e 1 em Tocantins (CIMI, 2018, p.108). Há um déficit dos indígenas à educação escolar, especialmente no ensino fundamental e médio, além de reiterados casos de desnutrição infantil, violência sexual e suicídio de adolescentes, principalmente nas regiões dominadas pelo agronegócio. Na saúde, o número de crianças indígenas de 0 a 5 anos mortas em 2018, no Brasil, foi de 591 (CIMI, 2018). Frisa-se que no Mato Grosso do Sul, em 70,5% dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), a taxa de mortalidade infantil é maior que a média brasileira de 27,5 mortos a cada mil nascidos vivos (UNICEF, 2005).

Nesse contexto, aplicam-se à criança e ao adolescente indígena as disposições do ECA, desde que observadas as peculiaridades socioculturais de suas comunidades, honrando a determinação normativa do artigo 231 da Constituição Federal de 1988 que garante aos povos indígenas o direito de ter respeitadas suas características particulares quanto à organização social, costumes, crenças, valores e tradições. Assim, o Conselho Tutelar enquanto “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990) tem o papel de aproximar o texto jurídico da realidade concreta das crianças e adolescentes indígenas, levando em conta suas diferenças.

De acordo com o artigo 2º, inciso II da Instrução Normativa nº 1, de 13 de maio de 2016, da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Conselho Tutelar integra o conceito de “rede de proteção” que, por sua vez, é definido como o conjunto de instituições que elaboram, promovem e executam as políticas de atendimento aos direitos humanos de crianças e jovens, composto pelo Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS), Defensoria Pública Estadual e Federal, Ministério Público Estadual e

Federal, Conselho Municipal e Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente, demais instituições cuja atuação seja afeta à defesa e promoção dos direitos humanos de crianças e jovens, além do próprio Conselho Tutelar.

A atuação do Conselho Tutelar, enquanto membro de uma rede apoio, deve provocar os demais integrantes da rede a articularem suas ações, acompanhando o fato até a restituição dos direitos das crianças e adolescentes indígenas que foram violados (NASCIMENTO et al, 2009). Os Conselhos Tutelares devem estimular a presença dos representantes indígenas nos espaços deliberativos, assim como garantir a participação dos povos indígenas nos processos de escolhas dos conselheiros. Uma atuação tutelar etnicamente referenciada e em conformidade com o que dispõe a Resolução nº 181, de 10 de novembro de 2016, a Resolução CONANDA nº 91, de 23 de junho de 2003, anteriormente mencionadas, precisa considerar as garantias jurídicas presentes na legislação específica dos povos indígenas, assim como a autodeterminação, as culturas, os costumes, os valores, as formas de organização social, as línguas e as tradições.

A pesquisa “Bons Conselhos” (CEATS; FIA, 2007), sobre a diversidade de grupos sociais atendidos nos conselhos tutelares do Brasil, avaliou que, apesar de apenas 18% dos conselhos tutelares reconheçam crianças indígenas em sua área de atuação, em todas as unidades da federação há tribos indígenas. A invisibilidade da identidade indígena acaba por favorecer a produção de violências contra crianças e adolescentes indígenas. Dessa forma, surgem duas violências institucionais: a primeira, de negação da identidade; a segunda, da realização de um atendimento que não leva em consideração as diferenças culturais e que, assim, reitera a produção de novas violações de direitos.

Para a efetivação da proteção das crianças e dos adolescentes indígenas pelo Conselho Tutelar, é preciso coadunar as atribuições legais do órgão, que tem o papel de fazer o elo entre a realidade jurídica e o contexto fático, com as peculiaridades socioculturais das comunidades indígenas, respeitadas suas características particulares quanto à organização social, costumes, crenças, valores e tradições.

O Relatório de mapeamento qualificado de todos os casos de crianças e jovens indígenas em situação de acolhimento institucional e familiar da região de Dourados/MS, em novembro de 2017, sobre a atuação do Conselho Tutelar, relata:

Ouvimos que quando o Conselho Tutelar entra em uma casa indígena e retira de lá um ou mais de seus membros, ainda em processo de formação da pessoa, não tem dimensão do que está fazendo naquele grupo. Também ouvimos denúncias de retiradas sem qualquer explicação: retirar sem aviso, sem apresentar motivação, sem tempo pra despedidas, sem falar com a criança na língua materna. Levar uma criança indígena para um lugar totalmente desconhecido dela, onde não tem ninguém de seu grupo de referência, ninguém parecido com ela, que fale e entenda seu idioma, que oferte os mesmos cuidados de higiene e alimentação de seu povo é apontado pelas famílias com as quais conversamos como uma violência gigantesca. (COORDENAÇÃO REGIONAL DA FUNAI DE DOURADOS/MS, 2017, p.15)

O atual despreparo dos conselheiros tutelares para lidar com as populações indígenas tem acarretado graves problemas no atendimento a estas prestado, o que pode gerar mais malefícios do que benefícios aos destinatários das medidas aplicadas. A seguir, o relatório elaborado pela Coordenação Regional da FUNAI de Dourados/MS comenta sobre a retirada de uma criança indígena de sua família:

Observamos nos relatos que a retirada de uma criança de sua família é um momento muito traumático, mesmo que se trate de medida de proteção. A retirada de uma criança indígena, então, é algo muito mais impactante para ela e seu povo, devido as diferenças culturais, de visão e entendimento do mundo não-indígena, dos modos próprios de organização, das leis e das instituições que agem de fora para dentro das comunidades, tantas vezes sem se preocuparem com as consequências de tais procedimentos. (COORDENAÇÃO REGIONAL DA FUNAI DE DOURADOS/MS, 2017, p.15)

Os povos indígenas possuem lideranças internas que têm legitimidade para atender as demandas ligadas a crianças e adolescentes. Assim, reconhecer essas pessoas como atores integrantes da rede de proteção é salutar para fomentar um atendimento que se pretenda intercultural. O próprio número de conselheiros e conselheiras tutelares indígenas ainda é bastante reduzido, o que demonstra a distância desse espaço, que deve ter uma atuação voltada para garantia de direitos, da realidade das crianças e adolescentes indígenas no Brasil.

4.1 As crianças indígenas e a atuação do Conselho Tutelar de Pirajú/MS

Pirajú, município do Mato Grosso do Sul, tem, aproximadamente, 12 mil indígenas, divididos entre as etnias Kaiowa, Nandeva e Terena. Os povos indígenas do município de Pirajú vivem divididos entre suas reservas, uma de 3.539 hectares e a outra com 1.240 hectares, além de dois acampamentos nas margens de rodovias da cidade. A questão das terras para os indígenas de Pirajú se apresenta como questão central para a garantia direitos das crianças e adolescentes indígenas da região.

O caso concreto problematizado a seguir é narrado no livro Teoria e Prática dos Conselhos Tutelares e Conselhos dos Direitos das Crianças e do Adolescente. O livro conta a história vivida por Ava Poty (de 6 anos) e Kuña Vera (de 7 anos), quando sua mãe e seu padrasto foram viajar para visitar a família do padrasto no Natal.

Explica-se: Ava Poty e Kuña Vera vivem com a mãe e o padrasto em uma casa construída ao lado da do irmão da mãe, o tio materno das crianças. Na casa do irmão da mãe vivem também os primos de Ava e Kuña. As famílias dividem o mesmo quintal. No natal de 2007, o padrasto de Ava e Kuña levou a esposa para visitar os seus parentes na reserva indígena de Samambai, cerca de 130 quilômetros de distância da reserva de Pirajú. Para conter gastos, o padrasto e a mãe das crianças resolveram deixar as crianças com o tio materno, já que é costume entre os Kaiowa que as crianças circulem entre as casas das famílias que compõem a mesma família extensa. Dessa maneira, o casal viajou com a certeza de que as crianças seriam bem cuidadas, já que estavam em família.

Ocorre que um agente indígena da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), em visita de rotina, ao passar pela casa das crianças, os encontrou brincando no quintal. Na oportunidade, perguntou se as crianças estavam sozinhas em casa. Elas responderam que sim. Na sequência, o agente perguntou onde os pais das crianças estavam. Elas responderam que eles tinham viajado. Assim, o agente, sem conversar com mais ninguém para averiguar a situação, comunicou a situação para os superiores da Funasa, que comunicaram ao Conselho Tutelar da região.

O agente de saúde, portanto, não considerou a organização da família extensa indígena e suas formas de sociabilidade, realizando apenas o controle formal do número dos ocupantes da casa. Na reserva de Pirajú, o agente de saúde até era indígena, mas era de uma outra região. Segundo o relato, é corriqueiro que o agente de

saúde pertença a uma etnia e atue junto a famílias de outra etnia, sem ao menos ter o domínio da língua nativa.

Em consequência do que o agente de saúde informou, o conselheiro tutelar de plantão, acompanhado de uma viatura da polícia municipal de Pirajú, foi até a casa de Ava Poty e Kuña Vera. O conselheiro, mesmo com a resistência do tio materno, ao encontrar as duas crianças brincando sozinhas em casa, os levou para um abrigo na cidade.

Os conselheiros tutelares de Pirajú não gostam de atuar na reserva; consideram que é difícil e até perigoso trabalhar entre os índios, devido ao fato de terem organização social e política diferenciada e pelas dificuldades de comunicação. Por outro lado, as notícias veiculadas na imprensa local a respeito das situações de risco enfrentadas pelas crianças na reserva de Pirajú, especialmente a desnutrição infantil, geram grande comoção entre os agentes que atuam na rede de proteção à criança no município. Há um sentimento compartilhado de que algo deve ser feito para proteger as crianças indígenas. Nesse contexto, a medida de abrigamento das crianças foi considerada a mais apropriada pelo conselheiro, que tomou a decisão sem maior hesitação (ASSIS et al, 2009, p.142,143).

Sendo assim, iniciou-se uma grande movimentação da família indígena pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), FUNASA e Conselho Tutelar, buscando retomar as crianças e demonstrar a inadequação da medida tomada pelo conselheiro tutelar que abrigou as crianças. Após 15 dias, as crianças foram desabrigadas.

“A experiência de abrigamento para as crianças indígenas é geralmente traumática. Muitas vezes ela gera a recusa da identidade indígena. Depois de meses ou anos abrigadas, algumas crianças chegam a dizer que não são índias” (ASSIS et al, 2009, p.145). Ademais, “o caso ilustra, também, o quanto a atuação desconsiderou a organização social dos Kaiowa. A visita do agente de saúde deveria estar a serviço da proteção e do bem-estar das crianças” (ASSIS et al, 2009, p.145).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças e os adolescentes indígenas precisam ser reconhecidos enquanto criança e adolescentes, mas também enquanto sujeitos que gozam de uma identidade étnica diferenciada. A aplicação do ECA nas questões específicas que envolvam crianças e adolescentes oriundas de povos indígenas considerando os seus direitos

constitucionalmente garantidos, é premissa fundamental da proteção integral das crianças e dos adolescentes indígenas.

Apesar das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas brasileiros, no plano formal, estarem garantidas pela Constituição Federal de 1988; no plano prático, as terras indígenas sofrem constantes esbulhos, por parte de particulares, e uma longa demora estatal na finalização do processo de demarcação territorial. Enquanto isso, não tendo sequer um território garantido para viver, a criança indígena é afetada duplamente: por ser criança e por ser indígena.

Assim, a partir da Resolução nº 91, de 23 de junho de 2003, do CONANDA e da Resolução nº 181, de 10 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania, tem-se que a aplicação da legislação pertinente à infância e à adolescência nas questões específicas que envolvam crianças e adolescentes oriundas de povos e comunidades tradicionais deverá considerar as garantias jurídicas presentes na legislação específica dos povos e comunidades tradicionais, assim como a autodeterminação, as culturas, os costumes, os valores, as formas de organização social, as línguas e as tradições.

Nesse contexto, os Conselhos Tutelares, diante da sua atuação estabelecida em lei, devem cumprir o papel de aproximar realidades, ou seja, devem ser elo entre a seara jurídica, que, formalmente, garante direitos, e a realidade das vidas das crianças e dos adolescentes indígenas no Brasil. Entretanto, o deficiente preparo dos conselheiros tutelares para lidar com as populações indígenas tem acarretado graves problemas no atendimento a estas prestado, conforme ficou evidenciado nos casos de retirada de crianças indígena de suas famílias documentados no relatório elaborado pela Coordenação Regional da FUNAI de Dourados/MS analisados no estudo.

Portanto, a presença dos representantes indígenas nos espaços deliberativos do Conselho Tutelar, assim como uma formação voltada para o preparo dos conselheiros para oferecer o melhor atendimento aos povos indígenas e a garantia da participação dos próprios povos indígenas nos processos de escolhas dos conselheiros tutelares mostram-se como medidas que se impõem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Simone Gonçalves de (Org.); et al. **Teoria e práticas dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente**. Rio de

Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Educação a distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 2009.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

CENTRO DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO EM TERCEIRO SETOR; FUNDAÇÃO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. **Os bons conselhos: pesquisa “conhecendo a realidade”**. São Paulo: Ceats/FIA, 2007.

COELHO, Ana. **Repensar o campo da educação de infância**. In: Revista Iberoamericana de Educación, n. 44/3. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI): 2007.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**. 2018.

COORDENAÇÃO REGIONAL DA FUNAI DE DOURADOS. **Relatório de mapeamento qualificado de todos os casos de crianças e jovens indígenas em situação de acolhimento institucional e familiar da região de Dourados/MS**. Mato Grosso do Sul, 2017.

NASCIMENTO, Alexandre Ferreira do et al. Conselhos tutelares. In: ASSIS, Simone Gonçalves de (Org.) et al. **Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz; Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2009.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Implicações da doutrina da proteção integral na consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento**. In: CONPEDI. Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008.

_____. **Crianças indígenas, infância e direitos humanos: novos usos da diversidade cultural**. In: CONPEDI. Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. 2010

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Relatório das desigualdades raciais e de gênero entre criança, adolescentes e mulheres no Brasil: contexto dos objetivos de desenvolvimento do milênio**. 2005.

12. A EXPERIÊNCIA DO PRIMEIRO NÚCLEO JUDICIAL DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DO CEARÁ (NUJUR) E OS DESAFIOS COINCIDENTES ÀQUELES ENFRENTADOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-12>

Isabela Barbosa Ferreira¹

“Existe uma dificuldade central do jovem que é de ser respeitado, ter sua voz não só escutada, mas compreendida. Quando era criança, nem sabia que existiam direitos da criança. A partir dos meus 12 anos é que descobri o ECA. Para mim, o que mudou foi a cobrança. Agora, vejo mais pessoas cobrando coisas que são básicas. Onde eu moro, não mudou nada. Continua o mesmo local largado, em que as crianças têm que ficar em casa até a noite com medo de receber bala perdida. Dá para ver que as políticas públicas não atingiram esses lugares” (BRASIL, 2019b, p.33).

Gabriel Genivaldo dos Santos, de 17 anos, participou do Dia do Debate Geral do Comitê dos Direitos da Criança, em Genebra, em 2018.

INTRODUÇÃO

É cediço que conceitos cada vez mais recrudescedores de exclusão e de castigo vêm assolando e alimentando a ideia de violência para combater violência no Brasil. De outro ponto, é relevante desconstruir essa reação de vindita generalizada e atuar no conflito através das relações humanas e não somente aplicando sanções mecanizadas e decorrentes da transgressão da norma jurídica.

O contexto social do Município de Fortaleza e do Estado do Ceará é repleto de violência, que perpassa pelo domínio de facções criminosas, de disputas territoriais de poder, machismo etc. Fortaleza é a capital mais violenta do país, segundo o Atlas da

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UFC; Especialista em Direito Ambiental pela Escola do Ministério Público/UECE; Instrutora e Facilitadora em Justiça Restaurativa; Pesquisadora do Grupo e Pesquisa Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário – Linha 1 – Políticas Públicas, Sociedade e Sistema de Justiça; Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Violência dos municípios brasileiros divulgado em 2019 pelo Instituto de Pesquisa Econômica aplicada-IPEA. Segundo o Ipea:

O Ceará foi o estado com maior crescimento na taxa de homicídio em 2017, ano em que se atingiu recorde histórico nesse índice. Não apenas aumentou de forma acentuada a taxa de homicídio contra jovens e adolescentes 17, mas também contra mulheres, num quadro em que Barreiras sintetizou como uma “simbiose entre arma de fogo, droga ilícita e resolução violenta dos conflitos interpessoais, [onde] tem ganhado cada vez mais evidência e relevância a presença forte das facções criminosas no estado, não só no interior dos presídios, mas também nos bairros populares, principalmente de Fortaleza”. De fato, esse ciclo de violência ao invés de ser interrompido por políticas públicas efetivas calcadas no trabalho de inteligência policial, mediação de conflitos e na prevenção social ao crime foi alimentado por apostas retóricas no inútil e perigoso mecanismo da violência para conter a violência (BRASIL, 2019a).

Segundo dados da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social- SSPDS/CE, entre janeiro de 2017 a outubro de 2019, 19.261 adolescentes foram apreendidos em decorrência da prática de atos infracionais no Ceará, sendo o tráfico de drogas e roubo os atos infracionais mais comuns. Destaca-se, também, uma redução nas internações e apreensões, passando de 7.532 em 2017 a 4.789 em 2019, e 6.756 em 2017 a 4.789 em 2019, respectivamente. Em contrapartida, o número de adolescentes vítimas de homicídio aumentou em 149%, foram 409 adolescentes com idades entre 10 a 19 anos, em comparação com o mesmo período de 2019, com 164 mortes, segundo levantamento da SSPDS/CE (MELO, 2019).

O Brasil é um país com dimensões continentais, de modo que questões relacionadas à territorialidade e as desigualdades sociais existem e dificultam a implantação de políticas públicas eficientes no atendimento de crianças e adolescentes em todas as regiões, sejam elas na área de saúde, educação, lazer, desporto ou especialmente quando dizem respeito à segurança pública e ação social.

A Justiça Restaurativa na seara juvenil abre espaço para um ambiente mais humanizado, oportuniza espaço de fala para o adolescente em conflito com a lei, ao passo que amplia a participação da vítima e inclui a comunidade. Referida abordagem é baseada no diálogo, na escuta qualificada e nos reais interesses dos envolvidos, com foco nas relações interpessoais e não só na transgressão da norma jurídica.

Não obstante, na condição de novo modelo de Justiça, assim como o ECA, enfrenta diversos desafios, principalmente em tornar-se conhecida e resistir aos ataques por sua desconstrução.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa, na visão de Zehr (2008, p. 257), pode ser entendida como aquela que tem foco nos danos e consequentes necessidades não só da vítima, mas também da comunidade e do ofensor, tratando das obrigações resultantes desses danos, na intenção de corrigir os males através de processos inclusivos e cooperativos que envolvem todos os que têm um interesse na situação.

Seria apropriado dizer que Justiça Restaurativa tem o olhar voltado para o futuro e a Justiça adversarial (retributiva) ocupa-se em olhar para trás. A primeira entende que o conflito rompe relações, a segunda, que o conflito rompe normas. Assim, quando uma norma é infringida é necessário apurar o fato em si, suas circunstâncias fáticas, quem é o culpado e por fim, que sanção o autor do dano receberá. Sabe-se que, em nenhum momento do processo tradicional, se discute as necessidades envolvidas, especialmente porque, cuidar dos sentimentos envolvidos não integra o rito processual.

O horizonte da Justiça restaurativa é o restabelecimento da relação, o reconhecimento, e centra-se, para isso, no confronto entre autor e vítima, a fim de possibilitar que, no frente-a-frente, haja reparação de uma relação interrompida, bem como a responsabilização do ofensor, que se depara com vítima de carne e osso, e não mais com uma vítima abstrata (ANGELO; BOLDT; CARVALHO, 2019, p.131).

Para Garapon:

Ao fazer do confronto entre autor e a vítima e sua cena principal, ao centrar-se num dizer de justiça que pode levar-se mais importante que as consequências, ao procurar mais a reparação que a punição e, finalmente, ao fazer da ligação a própria matéria da sanção. Se de futuro o crime for entendido como um desprezo do outro, uma perversão da relação, o horizonte desta nova filosofia jurídica é, a partir de um pensamento de ligação, garantir a continuidade do mundo (ANGELO; BOLDT; CARVALHO, 2019, p.130).

Nesse aspecto, a Justiça restaurativa, aplicada no processo de conhecimento, como forma de resolução do conflito judicializado, apresenta um ganho para as partes envolvidas. De alguma forma, a aplicação desse modelo afasta o rosto impessoal da Justiça e traz em si um conceito que devolve às partes a possibilidade e o direito de discutir, no caso concreto, o que melhor se apresenta como solução. O conflito desloca-se da esfera do Estado e integra o seu plano primário e, portanto, mais legítimo de interesses.

Oportunizar que a vítima seja ouvida, preocupar-se com suas necessidades, proporcionar que ela possa externar sentimentos diante do real causador do dano (o adolescente em conflito com a lei), também tem o condão de proporcionar ao jovem a compreensão e a dimensão dos danos advindos de sua conduta. A escuta ativa em relação a abrangência do dano causado e as possibilidades diversas de reparação do dano materializam uma resposta efetiva que a aplicação da medida socioeducativa jamais alcançaria faticamente.

No Brasil, a Justiça Restaurativa é uma política pública judicial, coordenada por um órgão Nacional, denominado Conselho Nacional de Justiça. Recomendações expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12 da Organização das Nações Unidas -ONU (2002) inspiraram o Conselho Nacional de Justiça a publicar a Resolução 225/16. O que se objetiva com a aplicação da Justiça Restaurativa é a abordagem do conflito sob a ótica relacional, atuando no conflito de forma concreta, entre as partes envolvidas, diferente do que ocorre no processo judicial onde o Estado toma o lugar da vítima para impor ao autor do dano uma punição. A Justiça restaurativa visa, pois, a conscientização sobre fatores institucionais e sociais motivadores do conflito e da violência (BRASIL, 2016, s.p.).

A Justiça Restaurativa, definida no art 1º da Resolução 225/16 do Conselho Nacional de Justiça, constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que busca conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado, tendo como princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o

empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (BRASIL, 2016, s.p.).

O NÚCLEO JUDICIAL DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ- NUJUR

O Núcleo Judicial de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará- NUJUR foi idealizado no ano de 2016, quando o CNJ publicou a Resolução 225/16 e instituiu a META 08/16 recomendando que todos os Tribunais do país disponibilizassem uma equipe especializada para cuidar e atuar no tema. A partir dessa diretriz, o TJCE disponibilizou espaço físico satisfatório, mobiliário, nomeou um magistrado Coordenador e contou com a colaboração de uma servidora voluntária para organizarem a difusão da Justiça Restaurativa na esfera judicial. Em fevereiro de 2017 foi, então, publicada a Resolução 01/2017 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará-TJCE onde o setor foi oficialmente instituído para atuar nos processos oriundos das Varas da Infância e Juventude da capital.

A partir disso, o NUJUR promoveu editais para selecionar facilitadores para estruturar sua equipe de voluntariado, contando com apoio técnico de instituições parceiras como o Instituto *Terre des Hommes* - TdH Brasil e a Vice governadoria do Estado do Ceará, que, àquela época, também iniciava projetos no Poder Executivo que conferiu ao NUJUR suporte técnico para a realização dos planejamentos administrativos e discussões dos casos.

O sistema atual não viabiliza, dentro do processo de apuração de ato infracional, a livre expressão do adolescente em conflito com a lei, sendo suas oportunidades de manifestação guiadas por um conjunto de perguntas sobre os fatos narrados na representação.

Para a publicação da Resolução 01/2017, considerou-se a necessidade de se fortalecer, no Estado do Ceará, o atendimento ao adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional, ainda em fase de apuração, bem como do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa; a necessidade de minimizar a litigiosidade e fomentar a construção de uma cultura de paz em benefício de toda a sociedade; considerou-se, ainda, os resultados positivos apresentados pelas iniciativas da Justiça Restaurativa desenvolvidas no Brasil desde 2005, bem como sua contribuição para a redução da violência juvenil; reafirma-se a necessidade de fomentar o enfoque

restaurativo na abordagem de situações de conflito e violência ou dos contextos a elas relacionadas, promovendo a participação dos envolvidos, suas famílias e comunidades, a atenção às necessidades de autores e receptores, a reparação dos danos sofridos e o compartilhamento de responsabilidades e obrigações.

Marcos legislativos como a Lei Federal n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que orientou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo em todo o território nacional e, em especial, seu artigo 35, II e III, que institui como princípios do atendimento socioeducativo, respectivamente, são diretrizes para a aplicação do novo referencial de justiça bem como são primordiais para se garantir o enfoque restaurativo durante o cumprimento de medidas socioeducativas (BRASIL, 2012, s.p.).

De outro modo, primar pela excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos e prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que atendam às necessidades das vítimas também estabelece o contraponto da excepcionalidade de aplicação de uma medida àqueles que ainda se encontram em fase de formação e desenvolvimento.

O NUJUR atua como uma das possibilidades do exercício do diálogo e da formulação de soluções autocompositivas dentro do Poder Judiciário. O trabalho de inclusão, escuta especializada e acolhimento às vítimas promovido pela aplicação da Justiça restaurativa, aliado à participação da comunidade para se chegar a um consenso sobre a reparação dos danos causados, promovem não só uma responsabilização mais efetiva do autor do dano como repara os danos de maneira específica e diferenciada, reintegrando aquele agente na sua comunidade. Esfera que a Justiça retributiva, tradicional, não alcança.

Após o recebimento do caso no NUJUR, que se dá por decisão do magistrado, que poderá fazê-lo de ofício ou por solicitação do Ministério Público, da Defensoria Pública, do advogado, por sugestão do Setor Técnico interdisciplinar, da própria vítima ou mesmo da Autoridade Policial; nomeia-se um facilitador e um cofacilitador para acompanhá-lo. Em seguida, referidos profissionais agendarão os pré-círculos com a vítima e depois com o autor do dano. A partir desses encontros, serão indicados pelas partes os seus apoiadores, que também serão ouvidos pelos facilitadores que verificarão também como se dará a participação da comunidade, caso o círculo venha a se realizar.

Embora existam outros métodos de aplicação de justiça restaurativa (conferências familiares e encontro vítima-ofensor-comunidade-VOC) no Ceará utilizam-se, como metodologia, os círculos restaurativos de construção de paz, difundidos pela ativista americana Kay Pranis (2010, s.p.).

No período que antecede o encontro entre as partes, são realizados os denominados pre-círculos, onde os facilitadores (facilitador e cofacilitador) explicarão como se dá todo o processo, ressaltando todos os princípios da Justiça restaurativa, especialmente quanto à voluntariedade de participação. Neste período também é primordial aferir a segurança do encontro e se o autor do fato realmente reconhece a existência de dano causado e admite sua responsabilidade em relação ao fato, bem como as consequências dele advindas (princípio da responsabilização) a fim de posteriormente serem discutidas e atendidas as necessidades expressadas pela vítima.

Sendo viável a realização do encontro circular, poderá ser construído um plano de ação, o acordo restaurativo, construído pelos participantes. Neste documento, haverá a descrição de ações acordadas e dos agentes responsáveis por cada compromisso assumido, com o estabelecimento de prazos. O acordo é submetido ao MP, à Defesa e, não havendo ofensa a nenhum direito ou garantia, será homologado pelo Juiz. No caso do NUJUR, processos de conhecimento oriundos das varas da Infância, o juiz concede uma remissão suspensiva condicionada ao cumprimento do acordo. Só então, o processo retorna ao NUJUR e passa-se ao monitoramento do plano de ação, através dos servidores do Núcleo.

O Monitoramento se dá conforme o que for estabelecido no plano de ação. Geralmente a equipe do NUJUR recebe das partes documentação que comprove o cumprimento das ações acordadas no círculo. Quando há algum tipo de atraso no cumprimento dos prazos, a equipe do NUJUR estabelece contato telefônico ou pode o facilitador do caso designar um novo encontro (pós-círculo) para verificar quais as dificuldades ou empecilhos que estão a ocorrer e se for o caso, reunir o grupo para tentar de saná-las.

Caso o acordo seja realmente descumprido, o facilitador deverá encaminhar um relatório ao Juízo com a informação do descumprimento ou da impossibilidade de resolução daquele conflito na via restaurativa, ocasião em que o processo retoma o curso normal previsto pelo ECA.

A Equipe do NUJUR procura, através de supervisões e intervenções, aprofundar a discussão e os estudos dos casos. Também promove algumas capacitações para seus facilitadores, por iniciativa própria, como o fez em parceria com a Pastoral Carcerária no ano de 2020 (fevereiro), workshop sobre comunicação não violenta em 2019, temática importante para o exercício da cultura de paz.

Durante a pandemia, a equipe do NUJUR buscou intensificar o aprofundamento dos estudos em Justiça Restaurativa com reuniões entre equipe, facilitadores, submetendo-se a curso de capacitação *online* no tema, onde participam equipes de 11 estados da federação. Com a restrição de atividades presenciais, a equipe se concentrou em realizar os monitoramentos dos casos e fazer alguns encaminhamentos de adolescentes em conflito com a lei para cursos profissionalizantes oferecidos por entidades parceiras. O principal desafio é sensibilizar a sociedade moderna para o aspecto compositivo das práticas restaurativas e de sua efetividade diante do conflito, dando notoriedade ao tema dentro do Poder Judiciário para que sejam abordados os sentimentos envolvidos em determinado conflito e não apenas cuidar das consequências jurídicas advindas da transgressão da norma jurídica.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS 30 ANOS DE VIGÊNCIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a Doutrina da Proteção Integral, tendo como antecedente direto a Declaração dos Direitos da Criança (1959), condensando-se em quatro documentos internacionais fundamentais: a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil, as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (COLPANI, 2003, s.p.).

Nessas diretrizes normativas dissertou-se sobre a necessidade de atenção e assistência especial aos jovens, vez que se encontram numa etapa inicial da vida, em desenvolvimento, abandonando o caráter punitivo das regras anteriores e focando na ressocialização do indivíduo.

Um dos princípios importantes e presentes em diversos dispositivos da Convenção Direitos da Criança é o direito de ser ouvida e de ter suas opiniões respeitadas em assuntos que lhe dizem respeito (BRASIL, 2019b, p. 9).

Antes mesmo da Convenção ser aprovada a Constituição Brasileira colocou a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e o conceito de corresponsabilidade de que cuidar deles é responsabilidade não apenas da família, mas do Estado e da sociedade. Segundo o art. 227 da CF/88:

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 (BRASIL, 1988, s.p.).

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA foi uma das primeiras legislações do mundo completamente sintonizadas com a Convenção. A experiência brasileira em incorporar os princípios da Convenção em uma legislação nacional fez com que o país se tornasse um líder internacional na sua adaptação. Segundo Benedito Rodrigues dos Santos, o Estatuto inspirou a reforma de pelo menos 15 legislações na América Latina (BRASIL, 2019b, p.14).

O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA) surgiu para garantir a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, integrando os órgãos públicos governamentais e a sociedade civil na aplicação das leis e no cumprimento dos programas e políticas intersetoriais, articulados com os sistemas existentes, como o SUS e o Sistema Único de Assistência Social (Suas). Faz parte do SGDCA a estruturação e implementação de uma rede de proteção social, com políticas de referência como o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. Apesar dos avanços, é na área de proteção que o País enfrenta os maiores desafios. O principal é conseguir reduzir a violência armada, que eleva as taxas de homicídios de adolescentes. Milhões de meninas e meninos nascem e crescem em territórios diretamente afetados pela violência armada, com pouco acesso a serviços públicos, sujeitos a uma superposição de violências e privações de direitos. Em 10 capitais

brasileiras, há 2,6 milhões de meninas e meninos vivendo nessa situação (BRASIL, 2019b, p.25/26)

As práticas restaurativas são integradoras, na medida que o comportamento desviante do adolescente se apresenta como uma possibilidade de exclusão da vida socialmente aceita, elas acolhem, integram, trazem a família, a comunidade, a vítima e as pessoas que verdadeiramente importam na resolução do conflito para uma dinâmica de corresponsabilidade.

Um modelo de Justiça que se contraponha ao modelo retributivo ou se estabeleça como uma alternativa de coexistência, representaria empoderar as partes e conceder ao jovem em conflito com a lei a opção de se expressar e ocupar seu espaço social e familiar, responsabilizando-se efetivamente e diretamente em relação à vítima direta. Sobre os efeitos da restrição de liberdade desses jovens pertinentes as considerações de Marcos Rolim (2006, p. 179):

Sabemos que encarcerar adolescentes não funciona, ainda mais se isso for feito em instituições que reproduzem – como no sistema Febem, no Brasil – todas as características penitenciárias. Nesse quadro, o debate sobre a redução da idade penal no Brasil adquire a condição de extraordinária perda de tempo, quando não de ameaça.

Uma interessante e perturbadora pesquisa de Klein, nos EUA, com verbas do Instituto Nacional de Saúde Mental, selecionou 306 adolescentes com atos infracionais moderadamente sérios. Eles receberam mandados de soltura em vez de três outras disposições judiciais de repressão. O surpreendente nessa análise foi que o grupo teve taxas de reincidência bem mais baixas do que aqueles submetidos às medidas judiciais mais fortes de aprisionamento. Essa experiência de Minneapolis foi reproduzida em 6 outras cidades e os resultados obtidos confirmaram a experiência original. Especialmente para os casos de detenção, adolescentes punidos parecem evoluir no crime em vez de se recuperarem.

Conforme se depreende do trecho acima, recrudescer o sistema socioeducativo ou mesmo alterar a legislação não fará com que o adolescente em conflito com a Lei faça as reflexões necessárias sobre seus atos ou a resignificação de suas condutas. As unidades de privação de liberdade devem regrar-se com os limites e conteúdos

previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e não se tornarem extensão do sistema carcerário.

Nesse aspecto a Justiça Restaurativa pode trazer a humanização necessária para as relações intramuros e estabelecer o ambiente acolhedor necessário a essa transformação.

Ainda na visão de Rolim (2006, p. 179):

sabe-se que os adolescentes em conflito com a lei com perfil mais agravado enfrentam, como regra, um déficit extraordinário de afeto. Para a maior parte deles, possivelmente, a própria idéia de “família” soa como uma abstração. Nem por isso seus vínculos com esse ou aquele parente – normalmente com as mães – são pouco importantes. Pelo contrário, tudo indica que sejam ainda mais decisivos. O ponto a que desejo chegar poderia ser resumido pela idéia de que uma instituição de privação de liberdade para adolescentes com os mais sérios e persistentes conflitos com a lei deveria ser pensada, tanto quanto possível, como uma estrutura familiar em que a norma e a regra expressem a função paterna e o cuidado e a atenção insinuem a presença da mãe. Dito de uma forma mais simples – e, se quiserem, em termos cristãos –, uma instituição vocacionada para o amor.

Por contraste, o que temos hoje, no Brasil, é uma estrutura na qual a regra é um largo estranhamento entre trabalhadores e internos. Um estranhamento concebido pelos dois pólos como uma relação necessariamente beligerante, em que os interesses de cada grupo se definem na medida de sua oposição. Uma estrutura, enfim, na qual o encontro com a humanidade do interno não deve ser produzido. Se, porventura, ele ocorrer, a cultura institucional tratará de registrar o resultado como uma relação “suspeita”. As instituições totais, afinal, são espaços onde a própria idéia de humanidade é suspeita.

Portanto, promover um ambiente acolhedor, cercado da família, da comunidade, de inclusão da vítima, onde se exerça o diálogo e a cooperação, num espaço seguro e humanizado são primordiais para bons resultados, não só para a vítima, mas também na vida do adolescente a quem se imputa a prática do ato infracional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Coincidentes são alguns dos desafios enfrentados pela Justiça Restaurativa e o

Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA. Referido estatuto, após 30 anos de vigência, ainda suscita muitas reflexões. Tantas são ainda as ideias distorcidas a seu respeito.

O Estatuto constitui-se num sistema de normas-princípios dotado de força coercitiva e natureza normativa. No entanto, na ausência de ações estatais, na implementação de políticas públicas que garantam a sua efetividade transferiram ao ECA uma desconfiança e até uma rejeição social infundada.

Nesse sentido, infere-se a necessidade de ampla divulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, não só entre os atores do Direito, pois para ser posta em prática precisa ser conhecida.

A presidente do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Paraná, Angela Mendonça, concorda e diz que esse conhecimento sobre a lei precisa chegar às comunidades. “Não basta que técnicos, operadores do Direito e profissionais que atuam no mundo acadêmico defendam o ECA. É preciso que o povo compreenda o que o ECA representa e se torne também um grande defensor dele, pois, do contrário, corremos o risco de perder o que construímos nesses 30 anos.” Angela afirma ainda que é preciso resistir aos ataques ao ECA, que, nos últimos anos, tornaram-se mais frequentes. “Existem muitas propostas, discursos e debates retrógrados em relação ao que propõe o Estatuto. Então, o primeiro passo é defender a própria lei, que é garantista. Hoje, infelizmente, vivemos mais com a missão de resistir, de evitar retrocessos, do que de avançar em novos debates (PARANÁ, 2020, s.p.).

O Estatuto rompeu com diversos estigmas e inaugurou uma visão do adolescente como sujeito de direitos, um paradigma completamente diferente do anterior Código de Menores.

Tratando-se também de um novo paradigma, a Justiça Restaurativa, destoa do modelo consolidado retributivo. O desconhecimento do tema e a sua deturpação são também desafios a serem superados.

O NUJUR tem uma demanda incipiente quando considerada a quantidade mensal de processos recebidos pelas Varas da Infância e da Juventude. Em estudo realizado em 2017/2018, apresentado na 10ª Conferência Internacional realizada pelo *European Forum for Restorative Justice* em Tirana, capital da Albânia, concluiu-se que o desconhecimento por parte dos operadores do Direito e da comunidade em

relação ao tema é um dos fatores que reduzem as possibilidades de envio dos casos para serem trabalhados através de práticas restaurativas:

Besides the analysis of each case's procedure, a questionnaire was applied among workers, judges and the community, leading to the conclusion that the lack of knowledge and abilities on RJ were the main factors to difficult the functioning of NUJUR. (FREITAS; FERREIRA; ARAÚJO DA SILVA, 2018, s.p.)

Outro fator a ser superado é o fato de lidar-se com a insuficiência de recursos humanos e financeiros, ausência de equipe técnica multidisciplinar de apoio. Baixos investimentos em formações ou capacitações continuadas e pouca visibilidade do tema dentro da Instituição.

Igualmente importante é promover a articulação com outros órgãos públicos e organizações comunitárias para expandir a Justiça Restaurativa e o trabalho do Núcleo. Entende-se que não se faz Justiça Restaurativa sem colaboração. A rede de garantias de direitos, prevista no ECA, é uma grande teia, entrelaçada e coesa, que deve ser fortalecida. Quanto mais próximos, fortes e conectados, mais chances teremos de executar com responsabilidade o trabalho proposto por esse novo modelo de Justiça (Justiça Restaurativa) e também pelo ECA, pois ambos necessitam trabalhar em rede. Esse modelo de Justiça vai de encontro a uma cultura predominantemente punitiva, vingativa, cruel e excludente, que muitas vezes se expressa através do modelo de tolerância zero. Falar de Justiça Restaurativa é necessariamente falar de inclusão e promoção da integração entre instituições civis, públicas e comunitárias.

Nesse contexto, percebe-se que para todos aqueles envolvidos na promoção da Doutrina da Proteção Integral, pedra de toque do Estatuto da Criança e do Adolescente e da construção de um novo paradigma de justiça, a Justiça Restaurativa, também tem a primordial missão de resistir, evitar retrocessos, tornando a legislação e os conceitos relacionados aos temas cada vez mais conhecidos e compreendidos pela sociedade e não apenas para aqueles que estão envolvidos na área jurídica e operacional.

Vive-se no Brasil a realidade de um país com dimensões continentais e com profundas desigualdades sociais e regionais, dificultando a implantação de políticas públicas eficientes e voltadas para cada região. Impõe-se a construção de um consciente coletivo sobre a importância de uma convivência baseada em solidariedade, na convicção de igualdade, de brasilidade, devendo-se lutar pela diminuição das

desigualdades, na participação dos envolvidos e na efetivação da justiça como valor, sobretudo para as crianças e adolescentes brasileiras.

Portanto, podemos afirmar que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto a Justiça Restaurativa são modelos vanguardistas de Justiça e, para tanto, devem ser tão mais conhecidos quanto utilizados.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Natieli Giorisatto de.; BOLDT, Raphaes; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 maio 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Atlas da violência**. CERQUEIRA, Daniel *et al* (orgs.). Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, jul. 2019a. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190802_atlas_da_violencia_2019_municipios.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. UNICEF. **30 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança: avanços e desafios para meninas e meninos no Brasil**. REIS, Elisa Meirelles *et al*. (Coord.). São Paulo: UNICEF, 2019b. Disponível em

<https://www.unicef.org/brazil/media/6276/file/30-anos-da-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

COLPANI, Carla Fornari. A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4600>. Acesso em: 26 out. 2020.

FREITAS, Raquel Coelho de.; FERREIRA, Isabela Barbosa; ARAÚJO DA SILVA, Jessica. *Models and practices of restorative juvenile justice in Brazil: the case of NUJUR in Ceará*. In: BIFFI, Emanuela et al. (Orgs.). **European Forum for Restorative Justice. Expanding the restorative imagination. Tirana/ Albania**, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://www.eufo-rumrj.org/sites/default/files/2019-12/final-booklet-merged-online1.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MELO, Emanoela Campelo de. Em três anos, 19.261 adolescentes infratores foram apreendidos no CE. **Diário do Nordeste**. Ceará, dez. 2019. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/em-tres-anos-19-261-adolescentes-infratores-foram-apreendidos-no-ce-1.2184809>. Acesso em: 04 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e social. **Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002**. Trad. Pinto. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. 37º reunião Plenária. Organização das Nações Unidas: Agência da ONU para refugiados. [s.l.], 2002. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. Aos 30 anos, ECA enfrenta desafios para sua efetiva implementação. **MPPR**. Paraná, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2020/07/22769,10/Aos-30-anos-ECA-enfrenta-desafios-para-sua-efetiva-implementacao.html#:~:text=A%20presidente%20do%20Conselho%20Estadual,mundo%20acad%C3%AAmico%20defendam%20o%20ECA>. Acesso em: 05 nov. 2020.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares: teoria e prática**. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

ROLIM, Marcos, **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

13. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E JANELA ADOTIVA NO ESTADO DO CEARÁ: OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES SOB A ÓTICA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-13>

Carla Marques Diógenes¹

Vyctoria Carolinne Barros Rodrigues²

1 Introdução

Os trinta anos decorridos com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro trazem motivos de celebração, mas não só isso, impulsionam também a necessária e relevante reflexão sobre os problemas não resolvidos, as violações ainda existentes e os reflexos hodiernos da doutrina menorista que perdurou, no direito brasileiro, até promulgação da Constituição Federal de 1988. A pesquisa aqui apresentada se faz motivada por essa necessidade.

Dentre os direitos fundamentais titularizados pelas crianças e pelos adolescentes, está o direito à convivência familiar, o qual, muitas vezes, é posto em xeque quando se vivenciam contextos destituição do poder familiar com a necessidade de aplicação à criança ou ao adolescente da medida protetiva do acolhimento institucional. Assim, o objetivo deste estudo é investigar os desafios para a efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos sob a perspectiva da janela adotiva do Estado do Ceará.

Para tanto, realiza-se pesquisa bibliográfica e documental. Em uma perspectiva de análise da doutrina e da legislação, trabalha-se com o direito à convivência familiar, o instituto do poder familiar e a medida protetiva de acolhimento institucional. Na análise mais acurada sobre o recorte espacial elegido, são apresentados dados

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. E-mail: carlamdiogenes@gmail.com.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus. E-mail: vyctoriacarolinne12@hotmail.com.

coletados em setembro de 2020 junto ao Projeto Promotores Acadêmicos da Infância³ e ao Sistema Nacional de Adoção. A escolha pelo estudo da realidade cearense se deu em virtude da proximidade das pesquisadoras com esse recorte, possibilitando, inclusive, o acesso aos dados analisados na última seção do artigo.

2 A titularização do direito fundamental à convivência familiar no paradigma da doutrina da proteção integral

Durante a vigência do Código de Menores de 1979, bem como das legislações anteriores, as crianças e os adolescentes só eram passíveis da tutela do Estado quando se encontravam em uma situação irregular, ou seja, de carência ou de delinquência. A superação da doutrina da situação irregular só se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, logo em seguida, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em 1990. A nova ordem constitucional consagrou a doutrina da proteção integral, que passou a tratar os indivíduos em questão não mais como seres tuteláveis, mas sim como sujeitos de direitos. (AMIN, 2019)

Dentre esses direitos titularizados pelas crianças e pelos adolescentes, encontra-se a convivência familiar, que, expressamente alçada à qualidade de direito fundamental, preconiza o seu direito de serem criados e educados no seio de suas famílias, sejam naturais ou afetivas. (OLIVEIRA, 2014) É o direito “que agasalha o convívio, as relações íntimas, a vivência com outrem, em familiaridade e intimidade”. (LOPES, 2012, p. 112)

Tal direito não se restringe à convivência no interior seio familiar, mas pressupõe também uma atmosfera de afeto⁴ e de cuidado, a qual se faz de suma relevância pois o afeto aparece como a primeira estrutura da mente. (SILVA, 2012)

³ Consiste em um projeto piloto de serviço voluntário no âmbito das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Estado do Ceará, instituído pelo Provimento nº 36/2017 da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará.

⁴ No âmbito dos documentos internacionais, visualiza-se a relevância desse ambiente de afeto para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, por meio da redação do Princípio 6 da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.”

No ordenamento brasileiro, o direito à convivência familiar encontra previsão nos artigos 227 da Constituição e 4º do ECA. A legislação estatutária, além de expor o direito à convivência familiar em dispositivos esparsos, confere um Capítulo, inserto no Título II – Dos Direitos Fundamentais, especificamente para disciplinar tal direito.

Em 2006, foi lançado pelo Governo Federal o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária com o objetivo de “[...] fazer valer o direito fundamental de crianças e adolescentes crescerem e serem educados em uma família e em uma comunidade.” (MORAIS; PALUDO; KOLLER, 2010, p. 192)

Três anos depois, a sistemática do direito à convivência familiar foi aperfeiçoada pela Lei nº 12.010 de 2009. Tal aperfeiçoamento enfatizou a necessidade de implementação de políticas públicas que tenham a finalidade de garantir orientação, apoio e promoção social da família de origem. Nesse sentido, a norma estabelece a prevalência da família, determinando que deve ser dada prioridade à manutenção ou à reintegração dos filhos menores na sua família natural ou extensa. Apenas em não sendo possível sustentar essa prevalência na prática, dar-se-á a colocação em família substituta. (MACIEL, 2019)

A família natural compreende pais e filhos ou qualquer dos genitores e sua prole, sendo, neste último caso, uma família monoparental. A Lei n. 12.010/2009 ampliou a abrangência do conceito de família natural do ECA, pois a denominada família extensa ou ampliada, composta por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente possui convivência e mantém vínculos de afinidade e de afetividade⁵, passa a integrar também a família natural. É no seio da família natural, portanto, que deve ser efetivado o direito à convivência familiar. Na falta dos pais, ou quando eles não podem garantir a concretização de tal direito, deve-se buscar a família extensa com esteio na afinidade e no afeto. Não sendo a busca pautada nesses dois aspectos, poder-se-á impor à criança e/ou ao adolescente o convívio com pessoas estranhas. (MACIEL, 2019)

As famílias substitutas, conforme redação do artigo 28 de ECA, podem-se constituir mediante guarda, tutela ou adoção. Quando provisórias, elas se apresentam

⁵ Vide redação do artigo 25, parágrafo único do ECA: “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

sob as modalidades de guarda e de tutela, cujos exercícios, se houver afinidade e afeto, deve-se dar prioritariamente pela família extensa. Quando definitivas, as famílias substitutas são oriundas da adoção. Por meio da adoção, supre-se de forma mais completa e irrevogável o vínculo de parentesco biológico, havendo a recepção integral de todos os atributos do poder familiar, em sendo o adotando criança ou adolescente. Frisa-se, ainda, que, uma vez formada a família socioafetiva por meio da adoção, os avós, primos, tios que a compõem constituirão família socioafetiva ampliada. (MACIEL, 2019)

3 O instituto do poder familiar e a medida de proteção do acolhimento institucional: uma intersecção existente

Embora o poder familiar tenha sido precedido pelo instituto do pátrio poder, com o decorrer do tempo, a ideia de concentração de poder na mão de um dos genitores foi sendo desfeita. Os princípios da igualdade familiar e da dignidade da pessoa humana passam a ser incorporados na ordem constitucional, sendo preconizada a igualdade entre ambos os genitores e garantida a igualdade de direitos entre filhos, sejam legítimos ou não. (RODRIGUES, 2019)

O artigo 226, §5º, da Constituição Federal viabiliza o desdobramento do princípio da isonomia. Por este princípio, o exercício do poder familiar se dará em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, de forma que ambos os genitores possam gerir a vida de seus filhos, sendo superada a concepção de subordinação da mulher e dos filhos ao pai dentro do ambiente familiar. Passa, assim, a ser desenvolvido o interesse jurídico de proteção das crianças e dos adolescentes. (PEREIRA, 2017) Percebe-se que tal mudança de paradigmas se dá, no Brasil, concomitantemente à emergência da doutrina da proteção integral da qual se tratou na seção anterior.

Embora o Código de Menores ou Código de Melo Matos tenha trazido alguns conceitos a respeito da assistência e da proteção aos “menores”, o advento do ECA reformulou alguns conceitos já trazidos pelo Código anteriormente vigente, reconhecendo a importância de ambos os genitores e a igualdade de direitos na criação de seus filhos.⁶

⁶ Vide redação do artigo 21 do ECA: “Art. 21. O pátrio poder e o poder familiar serão exercidos, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer

Não obstante os ideais adotados pela Constituição já estivessem postos no ECA, até o ano de 2002, ainda se podia observar a existência de perspectivas distintas entre os referidos documentos e o então vigente Código Civil de 1916. Tais divergências foram sanadas apenas com o advento do Código Civil de 2002, quando o termo pátrio poder foi substituído pela expressão poder familiar. (RODRIGUES, 2019) Assim, a expressão que anteriormente trazia à tona a ideia de um poder exercido pelo pai sobre seus filhos, foi superada.

O poder familiar compreende direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, logo se apresenta como instituto que possui um viés protetivo, não refletindo a ideia meramente de um poder, mas sim de um “poder-dever”. Assim, pode-se afirmar que o poder familiar consiste, na verdade, mais em um múnus legal e menos em um poder, pois, além das prerrogativas sobre a pessoa e os bens dos filhos, esse instituto abrange, prioritariamente, os deveres de criação, educação e sustento. Tal múnus confiado aos pais deve ser exercido no interesse dos filhos, da concepção à idade adulta⁷ (RAMOS, 2016). Salienta-se que esses deveres têm guarida na Constituição, conforme se visualiza em seu artigo 229.⁸

O Código Civil, em seu artigo 1.631⁹, estabeleceu o referido poder-dever para ambos os genitores, ambos possuindo direitos e poderes na criação de seus filhos, podendo agir conforme o estabelecido em lei e respeitando os limites a eles atribuídos, seja por limitação judicial que diminua ou extinga tais poderes ou por determinação legal. (PEREIRA JÚNIOR, 2002)

Uma série de obrigações estão previstas no artigo 1.634¹⁰ do Código Civil, em rol exemplificativo, uma vez que existem vários outros tipos de deveres advindos da relação parental, sendo responsáveis pela titularidade e o exercício do poder familiar.

deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

⁷ Vide redação do artigo 1.630 do Código Civil: “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

⁸ Vide redação do dispositivo constitucional: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁹ “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”

¹⁰ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e

Ocorre que o descumprimento dos deveres regulamentados pela Constituição, pelo Código Civil e pelo ECA¹¹, pode acarretar em situações que comprometem o desenvolvimento e o bem-estar dos filhos que estão sob a égide do poder familiar, podendo afetar sua integridade física e psíquica e ocasionar ofensas às garantias estabelecidas.

Diante dessas situações, é incoerente que seja permitida a continuidade do exercício do poder familiar por parte de seus detentores, tendo em vista a afronta aos princípios da prioridade absoluta e do superior interesse da criança e do adolescente. Há, portanto, a necessidade da destituição do poder familiar, para que a família extensa assumira essa responsabilidade ou que haja a colocação em família substituta.

De acordo com as determinações do artigo 1.638¹² do Código Civil, o cometimento de faltas graves pelos detentores do poder familiar ocasiona a perda desse poder, dando ensejo ao ingresso da Ação de Destituição do Poder Familiar por parte do Ministério Público ou demais interessados, sejam genitores ou membros da família extensa.¹³

A destituição do poder familiar corresponde a uma resposta diante de uma infringência do dever de cuidado, sendo considerada uma sanção por meio de sentença judicial, ocorrendo de modo imperativo, devido à exigência de proteção de crianças e adolescentes. Tem a finalidade de assegurar a proteção dos direitos garantidos, pois crianças e adolescentes são sujeitos de direitos.

A simples suspensão do poder familiar ou sua destituição pode acarretar na necessidade do acolhimento de crianças e adolescentes que vieram a perder ou a ter enfraquecidas as relações com suas famílias. Tal acolhimento se trata de medida específica de proteção, prevista no artigo 100, inciso VII, do ECA, devendo que deve

extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

¹¹ Vide redação do artigo 22 do ECA: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

¹² “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)”

¹³ Vide redação do artigo 155 do ECA: “Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do ~~pátrio~~ poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.”

ser aplicada de forma breve e excepcional, jamais importando em privação de liberdade. (SILVA, 2014) A sua finalidade, em última análise, é colocar a criança ou a salvo da violação dos seus direitos fundamentais.

No decorrer dos séculos XIX e XX, as crianças eram encaminhadas a instituições, sob o estigma de órfãs ou abandonadas, e passavam boa parte de suas infâncias nesses locais, não usufruindo de contato com o mundo externo. Até o final da década de 1980, esses locais eram denominados internatos de menores ou orfanatos e funcionavam como asilos, embora parte das crianças ali deixadas ainda possuíssem famílias, gerando em território brasileiro uma verdadeira cultura da institucionalização. (RIZZINI; RIZZINI, 2004)

Muito embora a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente tenha impossibilitado a ocorrência de orfanatos nos moldes estabelecidos anteriormente, ainda é possível observar resistência na mudança de certos comportamentos, tais como a permanência por tempo indeterminado de crianças e adolescentes dentro de unidades de acolhimento, havendo mudanças significativas na estrutura desses locais e do contato dos infantes com o ambiente externo.¹⁴

Acolhimentos, casas-lares, casas de passagem, programa de família acolhedora, programa de apadrinhamento, dentre outros, são consideradas formas de garantir a integridade física e emocional de crianças e adolescentes vítimas de violações de direitos durante determinado período de sua vida.

O acolhimento institucional, assim, funciona como medida de proteção com o intuito de zelar pelo desenvolvimento de crianças e adolescentes quando perpetrados casos grave de violência, abandono, negligência, de forma que devam ser mantidos longe do convívio familiar até que possam ser reestabelecidas as condições favoráveis de convivência e de bem-estar para crianças e adolescentes.

Nesse processo, buscam-se esgotar todas as possibilidades de manutenção do vínculo com a família biológica e realizar a busca pela família extensiva. Essas tentativas, contudo, não se podem estender por tempo indeterminado, devendo ser

¹⁴ Nesse sentido, vale observar essa reflexão de Diniz, Camurça e Melo Neto (2018, p. 359): “O ideário menorista, apesar de ultrapassado em termos simbólicos, está de tal forma entranhado em nossa história que, em que pese os quase 30 anos de vigência da atual Constituição, parece permanecer frustrada a intenção de se introduzir no país, o conceito de infância da Convenção de 1989, baseada nos princípios da Proteção Integral, do Sujeito de Direitos e da Condição Peculiar de Desenvolvimento.”

respeitado o tempo de permanência da criança dentro da unidade de acolhimento¹⁵, bem como o tempo para a realização da destituição do poder familiar¹⁶.

Esgotando-se, sem sucesso, todas as tentativas descritas acima, sendo destituídos ambos os genitores do poder familiar, pode ser determinada a colocação em família substituta, por meio da adoção e inscrição da criança ou do adolescente no Sistema Nacional da Adoção (SNA).

A adoção compreende a atribuição ao adotado da condição de filho, tendo este os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais¹⁷, sendo recebido no seio familiar independentemente da relação sanguínea existente.

Apesar de a conceituação de parentesco ainda ser tida por muitos como uma relação de ascendência e descendência¹⁸, esta já pode ser observada sob a ótica de uma relação vinculatoria existente não só entre as pessoas que descendem uma das outras, advindas de um mesmo tronco familiar, mas também nas relações existentes entre pai institucional e filho socioafetivo, adotante e adotado, cônjuge e companheiro. (DINIZ, 2016)

Embora o instituto da adoção tenha sido aprimorado ao longo do tempo, o tempo de espera no SNA não diminui conforme o esperado. A Constituição e o ECA romperam com a ideia anteriormente trazida pelo Código de Menores no que diz respeito à situação irregular, colocando em perspectiva a relevância da proteção integral de crianças e adolescentes, não devendo ser permitida a sua permanência em abrigos por tempo indeterminado, tendo em vista que deve ser assegurado o direito à vida, à educação, profissionalização, a saúde, bem como a necessidade de convivência familiar.

¹⁵ Vide redação do artigo 19 do ECA: “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...] § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.”

¹⁶ Vide redação do artigo 163 do ECA: “Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias, e caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.”

¹⁷ Vide redação do artigo 41 do ECA: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

¹⁸ Vide redação do artigo 1.591 do Código Civil: “Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.”

O que se percebe na prática, contudo, é que a demora no processo de destituição do poder familiar implica em diversas consequências tanto para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, como para o andamento da fila de adoção no Sistema Nacional de Adoção.

4 A janela adotiva na realidade do Estado do Ceará: observação necessária para a efetivação do direito à convivência familiar de crianças acolhidas

Na presente seção deste artigo, faz-se uma análise da realidade do estado do Ceará com base em informações coletadas, no mês de setembro de 2020, junto ao Projeto Promotores Acadêmicos¹⁹ bem como nos dados do SNA.

O número de crianças e adolescentes acolhidos no Estado do Ceará é inferior ao número de pretendentes habilitados no sistema, existindo um total de 853 crianças e adolescentes submetidos ao processo de acolhimento durante o ano de 2020 e uma lista de 914 pretendentes habilitados à adoção. Diante desse cenário, questiona-se: por que ainda existe fila para adoção?

Uma das possíveis respostas está na disponibilidade dessas crianças e desses adolescentes para a adoção, tendo em vista que a maior parte deles ainda não passou pelo processo de destituição do poder familiar. Apenas uma entre cada dez crianças e adolescentes acolhidos no Estado do Ceará está disponível para a adoção. Essa situação contraria a recorrente ideia de que a permanência por tempo indeterminado na fila de adoção se dá em decorrência do perfil estabelecido pelos pretendentes.

No Estado do Ceará, apenas 102 (12%) das crianças e dos adolescentes acolhidos se encontram disponíveis para adoção, enquanto os 751 (88%) restantes estão indisponíveis, aguardando a tomada de providências por parte do Judiciário, como a resolução de seus processos de destituição em meio, muitas vezes, à busca pela manutenção de vínculos com a família biológica.

Além da disponibilidade, os dados mostram que as cidades de Fortaleza (260), Eusébio (47), Aquiraz (34), Caucaia (34), Maracanaú (32), Sobral (25), Itapipoca (20), Juazeiro (20), São Gonçalo do Amarante (17) e Ipueiras (16) se apresentam como as 10 cidades do Estado do Ceará com o maior índice de crianças acolhidas, estando

¹⁹ Para maiores informações, consultar provimento nº 036/2017 do Ministério Público do Ceará. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, 2017)

Fortaleza em situação preocupante em decorrência do alto número de procedimentos não resolvidos totalizando 80%.

Os dados apresentados no SNA mostram que 260 crianças estão acolhidas na cidade de Fortaleza, estando sob a responsabilidade do juízo local, no entanto, apenas 108 crianças estão dentro do que se chama janela adotiva, ou seja, possuem grande oportunidade de serem imediatamente adotadas, tendo em vista que estão dentro da faixa etária de 0 a 7 anos.

A janela adotiva compreende o intervalo de idade em que ocorre a maior probabilidade de vinculação entre crianças e pretendentes, ou seja, a existência de muitos interessados em serem pais e um número reduzido de crianças dentro deste perfil. Assim, pondera-se ser necessária agilidade na resolução dos processos para que as adoções ocorram antes da ultrapassagem para 8 anos de idade, tendo em vista o desenvolvimento biológico, psicológico e social de crianças e adolescentes, dentro das unidades de acolhimento.

Dos 260 processos existentes no município de Fortaleza, apenas 52 estão resolvidos de fato, e apenas 2 destes resolvidos são de crianças que se inserem na janela adotiva. Surge, assim, a preocupação acerca do tempo de acolhimento dessas crianças que possuem chances maiores de adotabilidade, tendo em vista que 7 crianças já se encontram no limite etário estabelecido pela Janela Adotiva, estando próximas de completar 8 anos de idade, enquanto 12 crianças estão dentro da faixa etária de 6 anos de idade.

Importa ressaltar que bebês compõem o maior número absoluto da janela adotiva, sendo vinculados de forma mais rápida, tendo em vista inclusive o auxílio do Programa Anjos da Adoção²⁰, acelerando os processos dessas crianças.

Embora, no mês de maio de 2020, tenha-se registrado alto índice no número de adoções, observa-se que esse índice decorreu da retomada de processos que haviam sido paralisados pelo recesso natalino, estendendo-se a paralização até depois do carnaval e prorrogada pela chegada da pandemia causada pela COVID-19. Apenas com a implementação das audiências virtuais a partir do final de abril, o número de adoções restou elevado, ocasionando um total de 23 adoções durante o mês. Diante disso, observa-se que a crescente, durante o mês de maio no número de adoções decorre do

²⁰ Trata-se de programa desenvolvido desde 2016 pela 2ª Promotoria de Infância e Juventude do Município de Fortaleza. Tem o objetivo de fornecer uma alternativa legal às mulheres que não desejam prosseguir com a maternidade. (ANJOS, 2018)

aumento da resolução de processos de destituição familiar, entretanto, o número de adoções realizadas nos meses posteriores volta a cair em decorrência de uma queda no número de procedimentos de destituição do poder familiar realizados.

Por meio dos dados coletados, observa-se que, em decorrência da tomada de ações vagarosas por parte do Judiciário, a maioria das crianças acaba por superar as idades nas quais encontrariam famílias com facilidade, muitas vezes superando também o prazo de permanência dentro do acolhimento. Constatou-se o descumprimento dos prazos processuais de destituição do poder familiar estipulados pela legislação²¹, o que causa a permanência das crianças por tempo indeterminado, levando à dificuldade no seu desligamento do sistema. Não merece destaque, assim, a responsabilização exclusiva de casais habilitados no SNA pelo insucesso adotivo, tendo em vista que eles também são considerados uma das faces vulneráveis do plano adotivo.

Em estudos realizados pelo Projeto Promotores Acadêmicos, indica-se que o insucesso adotivo decorre de falhas na condução do procedimento de vinculação afetiva, como a falta de sensibilidade e do melhor acompanhamento das equipes técnicas responsáveis pelo processo vinculatorio. Não cabe a responsabilização dos pretendentes, tendo em vista que o Sistema de Justiça e Proteção detém, ou deveria deter o domínio de fato de todas as etapas do processo.

No Estado do Ceará, cerca de 40,4% dos pretendentes não apresentam preferência em relação à etnia das crianças a serem adotadas, estando 28,4% dispostos a adotar crianças pardas. Pode-se observar que a preferência da maior parte dos pretendentes está dentro da faixa etária compreendida 0 a 6 anos, logo, reforça-se a necessidade do respeito aos prazos processuais para que crianças não permaneçam dentro do acolhimento até que completem a maioridade.

Vale ponderar que se está tratando aqui de um aspecto específico, concernente a um dos problemas identificados que aponta uma das possíveis soluções no contexto da interseção entre destituição do poder familiar, acolhimento institucional e janela adotiva no Ceará. Sabe-se que diversos outros desafios são enfrentados, de modo que,

²¹ Tendo em vista ser situação extrema, gravosa e definitiva, a perda do poder familiar deve ocorrer por meio de decisão judicial precedida de cuidadosa análise de todas as questões imbricadas na complexidade de cada caso. No entanto, esse cuidado não pode culminar em lentidão excessiva e em descumprimento dos prazos legais, posto que o filho se encontra, muitas vezes, institucionalizado, e, conseqüentemente, privado do direito à convivência familiar. (DIÓGENES, 2018)

em outro estudo de uma das pesquisadoras, propôs-se sugestões como a instalação de varas especializadas em todas as comarcas do País, o aparelhamento dessas varas com quantidade suficiente de profissionais para atender à demanda, o estabelecimento de um sistema eletrônico de comunicação entre as varas da infância e da juventude para compartilhamento de experiências, a capacitação dos profissionais que lidam com o direito infantojuvenil e a efetivação do acolhimento familiar. (DIÓGENES, 2018)

Considerações finais

Com base no objetivo proposto, no recorte elegido e no percurso metodológico seguido para a realização da pesquisa, conclui-se a urgente necessidade de que os dados acerca da janela adotiva sejam observados, não no sentido de impedir uma análise cuidadosa no que tange à destituição do poder familiar, mas apenas no sentido de evitar demoras excessivas, corroborando, assim, para um maior sucesso adotivo e, em última análise, para a efetivação do direito à convivência familiar das crianças e dos adolescentes.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ANJOS da Adoção garantem a entrega legal de crianças ao processo. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/metro/anjos-da-adocao-garantem-a-entrega-legal-de-criancas-ao-processo-1.2030066>. Acesso em: 24 set. 2020.

DINIZ, Juliana Campos; CAMURÇA, Eulália Emília Pinho; MELO NETO, Carlos Roberto Cals. A palavra na interpretação da infância: uma análise do legado hermenêutico a partir da Constituição Federal. **Nomos**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 38.2, p. 345-361, jul./dez. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5.

DIÓGENES, Carla Marques. **A destituição do poder familiar no Brasil: um diagnóstico de impasses e desafios sob a égide da doutrina da proteção integral**. 2018.

97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

LOPES, Emília. **A institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária**: uma análise sociojurídica da implementação do acolhimento institucional no município de Fortaleza. 2012. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Regras gerais sobre a colocação em família substituta. In: MACIEL, Kátia Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Provimento nº 036/2017**. Institui o Projeto Promotores Acadêmicos. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/08/20170259-Provimento-036-2017-Institui-projeto-Promotores-Academicos-da-Infancia.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

MORAIS, Normanda Araújo de; PALUDO, Simone; KOLLER, Sílvia. Famílias de Crianças e Adolescentes em Situação de Rua. In: MORAIS, Normanda Araújo de; NEIVA-SILVA, Lucas; KOLLER, Sílvia Helena. **Endereço desconhecido**: crianças e adolescentes em situação de rua. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

OLIVEIRA, Dairton Costa de. Adoção & Devolução: a culpa não é do pretendente. **Jornal o Estado CE**. Fortaleza, 21 set. 2020. Disponível em: https://www.oestadoce.com.br/opiniao/adocao-devolucao-a-culpa-nao-e-do-pretendente/?fbclid=IwAR3li34KtEYwsfT4gBI_OiqYNS2EfT12IMAPaNhBkJWPKDOAAozseoHAKcU. Acesso em: 21 set. 2020.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. Papel do Ministério Público na Defesa do Direito à Convivência Familiar de Crianças e Adolescentes. In: LADVOCAT, Cynthia, DIUANA, Solange. **Guia da Adoção**: No Jurídico, no Social, no Psicológicos e na Família. São Paulo: Roca, 2014.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade se São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 139-179, jan. 2002, p. 151.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZINI, Irene; RIZZINI Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: Percurso Histórico e Desafios do Presente. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

RODRIGUES, Vyctoria Carolinne Barros. **Entre a Destituição do Poder Familiar e o Acolhimento Institucional: Efetivação ou Violação dos Direitos Fundamentais das Crianças e dos Adolescentes?** 2019. 141 f. Monografia (Graduação em direito) – Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2019.

SILVA, Heleno Florindo da. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. **Nomos**, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.32.2, p. 205-221, jul./dez. 2012.

SILVA, José Carlos Alves. **Efetividade dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente nas Instituições de Acolhimento: Cooperação entre Estado e Sociedade Civil.** 2014. 88 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2014.

14. SER SUJEITOS DE DIREITOS EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-14>

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa¹

Raquel Coelho de Freitas²

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes em situação de rua e as correlações entre sua efetivação (ou não) e a ida para as ruas. Far-se-á uso dos métodos bibliográfico, exploratório, quantitativo e qualitativo, a partir de dados obtidos no “Relatório Final do Projeto Conhecer para Cuidar” (2020) e de literatura especializada. Percebe-se que, apesar dos trinta anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990, há uma ausência de coordenação política no que diz respeito à efetivação de direitos dessa população e de suas famílias, o que os afasta da concepção de sujeitos de direitos.

Palavras-chave: Sujeito de Direitos. Convivência familiar. Crianças e adolescentes em situação de rua.

Abstract

This article aims to analyze the fundamental right to family life for street children and adolescents and the correlations between their effectiveness (or not) and going to the streets. Bibliographic, exploratory, quantitative and qualitative methods will be used, based on data obtained in the “Final Report of the Knowing to Care Project” (2020) and specialized literature. It is noticed that, despite the thirty years of Statute for Children and Adolescents, Law No. 8,069, of 1990, there is an absence of political

¹Mestre e Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora Universitária. Membro do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça (NUDIJUS-UFC). Integra o grupo de professores orientadores da linha de Direitos Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI-UFC).

²Professora Titular da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES-UC). Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre pela Harvard Law School. Coordenadora do Grupo Internacional de Pesquisa sobre Direito das Minorias e Fortalecimento de Cidadanias. Coordenadora do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça (NUDIJUS-UFC).

coordination regarding the realization of the rights of this population and their families, which distances them from the concept of subjects of rights.

Keywords: Subject of Rights. Family living. Street children and adolescents.

Em Belém está acontecendo muitas coisas que é a falta de emprego, trabalho, também a falta de respeito pelo menor abandonado. Está acontecendo muita violência de vários tipos e é todos os dias e em toda Belém e não só em Belém está acontecendo isto, é em todo lugar que tem gente (Comissão de Garotos do MNMMR).

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina, em seu artigo 227, caber à família, ao Estado e à sociedade em geral garantir, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças, adolescentes, e, também, dos jovens.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, que completou trinta anos, a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos e aos quais se deve atribuir tratamento prioritário e assegurar proteção contra qualquer tipo de violência ou negligência, considerando sua condição peculiar de desenvolvimento.

Apesar dos avanços em relação ao período legislativo anterior, o contexto histórico e social brasileiro fez emergir representações de crianças e adolescentes que não incluem a totalidade de infâncias, considerando o contexto de desigualdade e exclusão que vivenciamos, dentre os quais estão as crianças e adolescentes em situação de rua.

Dentro da multiplicidade de direitos fundamentais não efetivados para esta parte da população brasileira, diga-se, desconhecida parcela da população brasileira, dada a inexistência de dados oficiais a respeito de suas características (e quantitativo), está a não efetivação do direito à convivência familiar, considerada fundamental para concretização da perspectiva de sujeitos de direitos atribuída pelo Estatuto às crianças, aos adolescentes e aos jovens.

Desse modo, fazendo uso dos métodos bibliográfico, exploratório, quantitativo e qualitativo, a partir de dados obtidos no “Relatório Final do Projeto Conhecer para

Cuidar” (2020), elaborado pela Associação Beneficente O Pequeno Nazareno (OPN) em parceria com o Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (CIESPI/PUC-Rio), e de literatura especializada, este artigo tem como objetivo analisar o direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes em situação de rua e as correlações entre sua efetivação (ou não) e a ida para as ruas.

A partir do diagnóstico apresentado é possível identificar que as relações familiares são entrecortadas, e, muitas vezes, permeadas por carências materiais e violação de direitos, algumas das motivações para crianças e adolescentes saírem de casa em busca das ruas, lugar de diversão e liberdade, mas também de violência e privação.

Sendo assim, para estas crianças e adolescentes em situação de rua, as tensões entre os espaços casa-rua-comunidade parecem agigantar-se, produzindo grave prejuízo ao seu completo desenvolvimento e exigindo providências imediatas no sentido de alcançar solução para estas questões complexas e efetivação de direitos fundamentais como preconizados pela ordem constitucional vigente.

1 REPRESENTAÇÕES SOCIAIS E CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA: À GUIA DE DEFINIÇÕES

As representações sociais³ são, em essência, construções sociais e surgem a partir de pontos duradouros de um conflito dentro das estruturas da própria cultura, a exemplo da: “Tensão entre o reconhecimento formal da universalidade dos “direitos do homem”, e sua negação a grupos específicos dentro da sociedade” (DUVEEN, 2015,

³Apesar da resistência por parte das correntes de pensamento psicológico em relação à associação ao “social”, Moscovici procura abrir espaço para as representações sociais como elemento central à psicologia social do conhecimento, considerando as representações como fenômeno, ao invés de conceito. Moscovici reconhece as contribuições ambíguas de Durkheim para a teoria: o esforço em defender a separação entre representações individuais e coletivas e a sugestão de que as primeiras deveriam ser do campo da psicologia, ao passo que as segundas, da sociologia (DUVEEN, 2015, p. 14). Nesse sentido, Durkheim faz uso indistinto dos termos “social” e “coletivo”, ao passo que Moscovici prefere o termo “social”, numa ênfase à qualidade dinâmica que as representações assumem em sua teoria, em relação ao caráter mais fixo ou estático que elas tinham na teoria de Durkheim. A sociologia de Durkheim é orientada àquilo que permite a coesão social, ou seja, às forças e às estruturas que podem conservar ou preservar o todo contra qualquer fragmentação (DUVEEN, 2015, p. 14). As representações coletivas ganham, na teoria de Durkheim, aspectos de formas estáveis de compreensão coletiva, com o poder de obrigar que pode servir para integrar a sociedade (DUVEEN, 2015, p. 15). Ao passo em que, Moscovici está interessado em explorar a variação e a diversidade de ideias coletivas nas sociedades modernas, o que reflete sua [das sociedades] falta de homogeneidade, a distribuição desigual de poder e a heterogeneidade de representações. (DUVEEN, 2015, p. 15).

p. 16), relacionando-se aos processos sociais implicados com diferenças.

Mais do que isso, as representações não surgem como simples modo de compreender um objeto particular, mas como forma em que o sujeito, tanto na perspectiva do indivíduo, quanto do grupo, “adquire uma capacidade de definição, uma função de identidade, que é uma das maneiras como as representações expressam um valor simbólico.” (DUVEEN, 2015, p. 21).

Como balizadoras da construção do conhecimento, as representações atribuem sentidos orientadores do comportamento social, construindo uma dimensão da própria realidade (PINHEIRO, 2006, p. 38). Convencionalizando objetos, pessoas ou acontecimentos que encontram, “elas lhes dão uma forma definitiva, as localizam em uma determinada categoria e gradualmente as colocam como um modelo de determinado tipo, distinto e partilhado por um grupo de pessoas.” (MOSCOVICI, 2015, p. 34).

Por isso, as representações são produto da interação e da comunicação: “A criação coletiva está organizada e estruturada em termos de representações, mas que essa estrutura é tanto conformada pelas influências comunicativas em ação na sociedade, como, ao mesmo tempo, serve para tornar a comunicação possível.” (DUVEEN, 2015, p. 22).

Moscovici (2015, p. 54) indica que as representações devem ser vistas como uma “atmosfera” em relação ao indivíduo ou ao grupo, ao mesmo tempo em que são específicas de nossa sociedade⁴. Sua finalidade seria, precipuamente, “tornar familiar algo não familiar⁵, ou a própria não familiaridade” (MOSCOVICI, 2015, p. 54).

O ato de rerepresentação é, pois, o modo de transferir o que nos perturba e

⁴Para Moscovici as representações sociais seriam um conjunto de valores, ideias e práticas com dupla funcionalidade: por um lado, o estabelecimento de uma ordem que possibilita, às pessoas, orientar-se e controlar seu mundo material e social; por outro lado, possibilita a comunicação entre os membros de uma comunidade, fornecendo-lhes um código para nomear e classificar, sem ambiguidade, os diversos aspectos de seu mundo e de sua história individual e social (DUVEEN, 2015, p. 21).

⁵Segundo Moscovici (2015, p. 60-61), a transformação do não familiar em familiar estaria relacionada a dois mecanismos: a ancoragem e a objetivação. A ancoragem, como o próprio termo sugere, é o ato de transformar algo estranho e perturbador em nosso sistema particular de categorias, comparando ao paradigma de uma categoria que acreditamos ser apropriada. Ancorar é, portanto, classificar e dar nome a alguma coisa. Objetivar, por sua vez, é descobrir a qualidade icônica de uma ideia, é reproduzir um conceito em uma imagem (MOSCOVICI, 2015, p. 71-72). Dentro da perspectiva de tornar o não familiar em familiar, o autor conclui que as representações dependem da memória, sendo a ancoragem e a objetivação, então, maneiras de lidar com a memória: i) a ancoragem mantém a memória em movimento e dirigida para dentro, sempre colocando e retirando objetos, pessoas e acontecimentos que ela classifica e rotula; ii) a objetivação, sendo, mais ou menos, direcionada para fora – para outros, tira daí conceitos e imagens para juntá-los no mundo exterior e fazer conhecidas as coisas a partir do já conhecido (MOSCOVICI, 2015, p. 78).

ameaça, do exterior para o interior, do longínquo para o próximo (MOSCOVICI, 2015, p. 57). As concepções de infância e adolescência, assim, seriam formuladas a partir dos processos sociais de interação: “A partir de significados que lhes são atribuídos pela teia de relações que se engendram na sociedade brasileira.” (PINHEIRO, 2006, p.36).

Dentro da perspectiva da pluralidade de infâncias e adolescências⁶, encontram-se as crianças e os adolescentes em situação de rua: “Suas presenças na rua quebram o aspecto de homogeneização, de universalidade e uniformidade do mundo infantil, apresentando suas diferenças sociais e pessoais” (CARVALHO, 2002, p. 28).

Apesar disso, a convivência social ainda aparece marcada pelo estranhamento, pelo medo, pela culpa e pela invisibilidade da situação de rua:

É comum ouvirmos as pessoas falarem que a rua não é lugar de criança, que criança na rua não é “normal”, que o “normal” é a criança estar aos cuidados da família e na escola. A criança na rua, sua própria aparição, suas formas ousadas de demarcar espaços, sua (in)visibilidade, enfim, provocam confronto com as imagens e a simbologia construída historicamente em torno da infância. (CARVALHO, 2002, p.29).

Esse estranhamento faz com que a situação de rua permaneça invisível e seja resumida a disfunções sociais “produzidas por contingências atribuídas aos próprios sujeitos” (ADAD, 2011, p.62). Deslocada, assim, da construção social e restrita ao âmbito do sujeito, a situação de rua segue oculta, representando uma faceta extrema da desigualdade social vivida em nosso país e um destino/solução para as muitas crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Apesar da invisibilidade, muitas crianças e adolescentes permanecem em situação de rua, solidificando um ciclo de exclusão e violação de seus direitos. Violação que se expressa das mais diversas formas: na negação de direitos fundamentais - saúde, alimentação, educação, lazer, respeito, convivência familiar, por exemplo; na ausência de políticas públicas voltadas para a especificidade desse público; na ausência

⁶O termo pluralidade de infâncias e adolescências faz referência à diversidade de processos culturais e sociais que fazem com que as crianças e os adolescentes tenham uma inserção social distinta. Desse modo, identificam-se estados diversos de infância e adolescência, a exemplo dos que convivem com a família (e as constituições de família também são distintas), dos que estão institucionalizados e dos que estão em situação de rua. Nenhuma dessas crianças ou adolescentes em situação de rua abandona a condição de criança e de adolescente, o que obriga o Estado, a família e a sociedade a zelar pela efetivação de seus direitos, mas, de modo temporário, encontram-se submetidos a espaços de exclusão e invisibilidade.

de dados oficiais a respeito dessa população.

Um primeiro desafio, na apropriação do problema, é conhecer a população infantojuvenil em situação de rua, uma vez que se observa a existência de maneiras distintas de estar na rua, assim como várias modalidades ou tipos de rua, cuja caracterização não está restrita à natureza física, mas ganha espaço no plano simbólico e social.

“A “criança de rua” não pode ser definida unicamente a partir de critérios tais como a presença na rua e a ausência de relações com os membros da família” (LUCCHINI, 2003, p. 46), soma-se a isso a noção de trajetória: “Uma criança não se torna “criança de rua” de um dia para o outro, mesmo quando ela é expulsa da sua casa ou quando ela abandona bruscamente a moradia familiar.” (LUCCHINI, 2003, p.46).

Embora o critério estar na rua por um tempo prolongado seja importante para diferenciação do conceito de crianças e adolescentes em situação de rua, ele não seria suficiente para indicá-los como categoria particular (LUCCHINI, 2003, p.46). Inclusive, Rizzini e Butler (2003, p. 34) sugerem o desvio do foco do “problema da criança” para os múltiplos fatores que contribuem para “produzir” ou “fabricar” meninos e meninas em situação de rua.

Assim, a vida desses meninos e meninas em situação de rua é incerta: “Carregam consigo a inconstância do dia-a-dia, o peso dos rompimentos afetivos e a dificuldade de projeção futura” (LIMA, 2014, p.486). Bem assim, “o caráter conflitante dos diversos campos envolvidos, a ausência de complementaridades e a natureza vaga de seus limites influenciam tanto o ritmo de deslocamento de um campo para o outro, quanto o distanciamento do lar e os retornos.” (ABREU; OLIVEIRA; XAVIER, 2009, p.22).

A definição de crianças e adolescentes em situação de rua deve levar em conta, portanto, não apenas o lugar físico onde se encontram, mas a localização subjetiva deles: “O que existe é um processo de relacionamento entre um ator e a rua, entre um ator e sua família, e a política, etc. A criança não é um elemento a mais no espaço da rua, mas é o espaço da rua que faz parte do mundo da criança” (SOARES *et al.*, 2003, p. 258). De fato, “não se pode negar o processo de identidade gerado pelo contexto em que vivem, as experiências, os sonhos e ideias construídas nos espaços da rua.” (LIMA, 2014, p.486).

O uso do termo “situação” representa, pois, a possível transitoriedade e

efemeridade dos perfis desta população. As crianças e adolescentes em situação de rua podem mudar por completo - de modo repentino ou gradativo - seu perfil em razão de um novo fato. Assim como é possível a identificação de uma correlação entre os vários perfis, fazendo com que uma situação leve à outra, o que torna o exercício da categorização mais complexo (COMITÊ NACIONAL DE ATENÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RUA, 2014, p. 18).

Desse modo, a expressão “criança em situação de rua” aparenta ser mais fidedigna ao princípio de que as crianças e os adolescentes em situação de rua são sujeitos de direitos, atores de sua própria saída das ruas e das relações de interação entre indivíduos e grupos sociais. Afinal, o problema não é a criança, mas as situações nas quais ela pode se encontrar (STOECKLIN, 2003, p. 93).

Tanto que o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA) adotaram a seguinte definição na Resolução Conjunta nº 01, de 15 de dezembro de 2016:

Os sujeitos em desenvolvimento com direitos violados, que utilizam logradouros públicos, áreas degradadas como espaço de moradia ou sobrevivência, de forma permanente e/ou intermitente, em situação de vulnerabilidade e/ou risco pessoal e social pelo rompimento ou fragilidade do cuidado e dos vínculos familiares e comunitários, prioritariamente em situação de pobreza e/ou pobreza extrema, dificuldade de acesso e/ou permanência nas políticas públicas, sendo caracterizados por sua heterogeneidade, como gênero, orientação sexual, identidade de gênero, diversidade étnico-racial, religiosa, geracional, territorial, de nacionalidade, de posição política, deficiência, entre outros. (CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL; CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2016, p. 02).

Esta definição busca reconhecer crianças e adolescentes em situação de rua como sujeitos em desenvolvimento que vivem em pobreza extrema e partilham da ausência ou fragilidade dos vínculos familiares e comunitários, sem acesso às políticas públicas que garantam seus direitos fundamentais.

2 ENTRE AS RUAS DE EXCLUSÃO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: SER SUJEITOS DE DIREITOS

A partir dos anos 80, o momento de abertura democrática e a percepção da ineficácia da proposta apresentada pelo Código de Menores de 1979 (e seu antecessor, o Código de Menores de 1927) produziram modificações na forma de tratamento dispensada às crianças e aos adolescentes brasileiros: “a “era do menorismo” deveria ceder lugar à “era dos direitos” (RIZZINI, 2019, p. 23).

Nos anos posteriores, a “questão da rua” (RIZZINI, 2019, p. 17) assumiu dimensões preocupantes: além do aumento do contingente de crianças e adolescentes nas ruas dos grandes centros, avultaram-se os casos de violência contra esse grupo (IMPELIZIERI, 1995, p.15), a exemplo da Chacina da Candelária⁷, ocorrida no Rio de Janeiro, em julho de 1993 (RIZZINI, 2019, p. 26).

Essas crianças e adolescentes marginalizados, que viviam seu cotidiano nas ruas, foram identificadas como “meninos de rua”, expressão que passou a integrar o léxico governamental para identificar crianças que se encontravam em diversas situações perante a rua: “se referia às crianças marginalizadas que não se encontravam internadas em instituições e viviam seu cotidiano nas ruas das grandes cidades, caracterizadas ainda por se encontrarem no limiar da delinquência, pelo abandono dos pais e pela vida nos grupos de rua” (IMPELIZIERI, 1995, p. 26-27).

Nesse contexto, surgiu, em 1983, o Projeto Alternativas de Atendimento a Meninos de Rua (PAAMR), concebido em uma parceria entre a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)⁸, a Secretaria de Assistência Social/Ministério da Previdência e Assistência Social e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), cujos princípios fundamentais eram: considerar a criança e o adolescente como sujeitos da história e desenvolver o trabalho educativo no contexto social em que eles estão inseridos (PINHEIRO, 2006, p. 106).

⁷Realizada em contexto em que predominava a atuação de grupos de extermínio de crianças e adolescentes, a Chacina da Candelária, como ficou conhecida a ação que levou à morte de oito jovens, na madrugada de 23 de julho de 1993, em frente à Igreja da Candelária, localizada no Centro da cidade do Rio de Janeiro, revelava, de forma simbólica, a impotência das autoridades políticas e policiais no combate ao extermínio de jovens, tanto que, no mesmo ano, 1152 crianças e adolescentes cariocas perderam suas vidas (LEITE, 2001, p. 67).

⁸Em 1964, foi estabelecida a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), modelo de política assistencialista. Nesse período, foi criada a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM), que tinha por missão instituir o Anti-SAM e viabilizar a assistência dos “menores” em situação irregular (PINHEIRO, 2006, p. 125).

Em paralelo, no ano de 1985, formou-se o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), cujo objetivo era realizar uma atuação marcadamente política no âmbito dos direitos das crianças e adolescentes, posicionando-se “como importante ferramenta contra as práticas assistencialistas, paternalistas e correccional-repressivas, que a entidade reputa terem sido predominantes no trato da criança e do adolescente no Brasil” (PINHEIRO, 2006, p. 168-169), ao mesmo tempo em que defendia a afirmação de direitos e a cidadania.

Em maio de 1986, realizou-se em Brasília, o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua (I ENMMR)⁹. As crianças e os adolescentes que fizeram parte do Encontro haviam passado por um processo de discussão prévia nos níveis local e estadual¹⁰. Na ocasião, os meninos e as meninas discutiram saúde, família, trabalho, escola, sexualidade, violência e direitos, denunciando, nos dizeres de Costa (1995, p. 27-28), a constante e sistemática violação de seus direitos de cidadãos, como vemos na carta dos meninos de Belém aos meninos e meninas do Brasil, transcrita a seguir:

Esta Carta é para os meninos que nós não conhecemos e nós estamos planejando o jeito de haver oportunidade de nós se conhecer. Mais para nós conseguir, estamos escrevendo para vocês e procurando um jeito de conseguir este encontro nacional com vocês. O motivo do nosso encontro é para falar sobre o que está acontecendo no nosso Brasil. Em Belém está acontecendo muitas coisas que é a falta de emprego, trabalho, também a falta de respeito pelo menor abandonado. Está acontecendo muita violência de vários tipos e é todos os dias e em toda Belém e não só em Belém está acontecendo isto, é em todo lugar que tem gente. Esta carta é convidando vocês para nos reunir junto, para vocês falar se está acontecendo na cidade que vocês moram o mesmo que está acontecendo em Belém. Comissão de Garotos (LEITE, 2001, p. 65).

⁹Conforme Costa (1993, p. 27), o Encontro foi resultado do desenvolvimento de um movimento nacional amplo em favor dos meninos e meninas de rua. Foram organizadas comissões locais, estaduais e uma nacional, eleita em 1985, a partir da união dos grupos de pessoas interessados na temática e que já se articulavam de maneira informal. O objetivo do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) era discutir e sensibilizar a sociedade para a questão das crianças e adolescentes rotuladas como “menores abandonados” ou “meninos de rua” (AMIN, 2010b, p. 8).

¹⁰Cerca de 430 meninos e meninas de rua, de quase todas as unidades da Federação, reuniram-se para discutir questões relacionadas à sua vida. Na ocasião, houve, inclusive, marcha dos participantes ao Congresso Nacional para que pudessem apresentar aos parlamentares as reivindicações relativas aos seus direitos. Tal articulação representou, no Brasil, prática de defesa de direitos inédita: “crianças e adolescentes- representados por meninos e meninas de rua- falam por si mesmos e buscam o reconhecimento de direitos para o universo da infância e adolescência brasileiras” (PINHEIRO, 2006, p. 171).

O MNMMR foi um dos mobilizadores nacionais da participação de diversos segmentos da área da infância e juventude, o que resultou na apresentação de sugestões e reivindicações, muitas das quais foram enviadas à Assembleia Nacional Constituinte (ANC), orientando, nos dizeres de Gohn (1997, p. 122-124), a luta pelo reconhecimento oficial dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse momento social fomenta o surgimento da representação da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Nesse sentido, dois princípios são essenciais para essa representação - a igualdade perante a lei e o respeito à diferença. A igualdade perante a lei é manifestada pela universalização dos direitos – a garantia de todos os direitos a todas as crianças e adolescentes, sem considerar qualquer critério classificatório, como origem socioeconômica, idade ou estrutura familiar. O respeito à diferença emerge na consideração da criança e do adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, a concretizar-se na garantia de todos os direitos básicos reconhecidos para todos os seres humanos e na garantia dos que correspondem à peculiaridade infantojuvenil.

Nessa perspectiva, a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como o outro diferente, mas não inferior, como segmentado nas representações de exclusão que predominavam outrora: “sua concepção como objeto de proteção social; de controle e disciplinamento; e de repressão” (PINHEIRO, 2006, p. 81-82).

No ano de 1990, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)^{11 12} rompeu definitivamente com a aplicação da Doutrina da Situação Irregular, fomentando o surgimento da Doutrina da Proteção Integral.

E, para entrada em vigor do Estatuto, mais uma vez, fundamental a participação

¹¹Objetivando regulamentar e implementar o novo sistema, foi promulgada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, intitulada Estatuto da Criança e do Adolescente, de autoria do Senador Ronan Tito e relatório da Deputada Rita Camata (AMIN, 2010b, p. 9).

¹²O plano interno refletiu a aprovação, no plano internacional, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC), proclamada em 20 de novembro de 1989, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O documento sistematizou a Doutrina da Proteção Integral. Através da Convenção foi fixado um conjunto de princípios, que tinha como escopo a garantia da concretização da implantação de instrumentos capazes de assegurar a promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes (PINHEIRO, 2006, p. 88-89). Dentre os princípios, estão: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação (AMIN, 2010a, p. 11-12). A CNUDC estabeleceu os seguintes fundamentos para a proteção integral: 1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção integral; 2º) crianças e jovens têm direito à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

do MNMMR: durante o II Encontro Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, em Brasília, ocupando as galerias da Câmara dos Deputados, em 28 de setembro de 1989, “cerca de 750 meninos e meninas fizeram uma votação simbólica aprovando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)” (RIZZINI, 2019, p. 23-24).

No sistema jurídico anterior, crianças e adolescentes figuravam como objeto das relações jurídicas e não como sujeitos e eram subdivididos em duas categorias de crianças e adolescentes: “A infância normal (infância família, infância escola, infância protegida e fruindo os bens materiais e culturais socialmente protegidos” (MACHADO, 2003, p. 146), aos quais se aplicavam as regras do direito de família, e a “infância desviante (infância não família, não-escola, infância desassistida, não fruindo desses bens, e fundida num conceito jurídico de carência-delinquência)” (MACHADO, 2003, p. 146), aos quais se aplicavam as regras do direito do menor.

Nesse sentido, o ordenamento anterior à Constituição de 1988 “cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular” (MACHADO, 2003, p. 146), desconhecendo a aplicação do princípio da igualdade a todas as crianças e adolescentes.

Diferentemente, o ordenamento pátrio que entrou em vigor após a promulgação da Constituição de 1988 estabeleceu um sistema de garantias e direitos destinado às crianças e aos adolescentes, fundado em sua condição peculiar de desenvolvimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reconheceu, em seu artigo 3º, a criança e o adolescente como pessoas que gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à humanidade, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por meio desta, todas as oportunidades e facilidades com vistas a permitir seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA: REALIDADES E PERSPECTIVAS

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 227, como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a convivência familiar e comunitária, o é que complementado pelas disposições do artigo 4º, do ECA,

que introduz, como primordial, a relação familiar e comunitária, independentemente do arranjo familiar em questão.

Neste escopo, a aprovação, em 2006, do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, resultou de um processo participativo de elaboração conjunta, envolvendo representantes de todos os poderes e esferas de governo, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais, os quais compuseram a Comissão Intersetorial que elaborou os subsídios apresentados ao Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes - CONANDA e ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

Este Plano constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A manutenção dos vínculos familiares e comunitários – fundamentais para a estruturação das crianças e adolescentes como sujeitos e cidadãos – está diretamente relacionada ao investimento nas políticas públicas de atenção à família.

As histórias dos meninos e meninas em situação de rua refletem uma multiplicidade de vínculos familiares e trajetórias, normalmente entremeados de episódios violentos que aparecem em uma sucessão de perdas e rompimento de laços afetivos.

O desligamento da casa e da família apresenta diversas motivações, embora, na maior parte das vezes, esteja relacionado à contraposição de valores e normas no campo de ação dentro da vida da criança. De fato, o abandono do grupo ocorre quando não há mais satisfação de necessidades.

As necessidades, desde a perspectiva de Gustin (1999, p.24), seriam divididas em quatro suposições teóricas, quais sejam: i) sobrevivência; ii) integração societária; iii) identidade; e iv) maximização das competências coletivas e individuais de atividade criativa.

Assim, mais do que uma concepção negativa, que representa falta ou ausência de algo, o reconhecimento das necessidades importa no sentido de superação ou minimização de danos, devendo ser garantido, aos indivíduos, grupos ou coletividades, oportunidades aptas a permitir “capacidades efetivas de minimização de danos,

privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar a potencialidade de atividade criativa” (GUSTIN, 1999, p. 27).

Logo, a realização ou a não superação das necessidades teria o poder de afetar, positiva ou negativamente, a plenitude do indivíduo ou dos grupamentos humanos (GUSTIN, 2016, p. 33). A superação dessa condição de necessidade seria possível a partir do desenvolvimento da condição de autonomia, indispensável à atuação do ser humano (individual e coletivo) no sentido de: “Criar e recriar condições que permitam a superação de seus sofrimentos graves, sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua libertação dos constrangimentos internos e externos.” (GUSTIN, 1999, p. 27). Vejamos:

A criança está em busca de espaços e ambientes em que possa se sentir segura e confiante. Caso encontre na comunidade suportes que possibilitem seu desenvolvimento e que garantam à sua família igual segurança, a tendência é de que o campo de forças da rua perca intensidade. Entretanto, quando as idas para a rua se tornam mais constantes, significa que este campo ganha força na percepção da criança em sua busca por melhores condições de vida. Dentro desse quadro de constante movimento, suas histórias são marcadas por diversas idas e vindas que compõem o quadro de permanência definitiva nas ruas (SOARES *et al.*, 2003, p. 180).

Nesse sentido, quais as implicações da (não) convivência familiar na vida das crianças e dos adolescentes em situação de rua?

Como ponto de partida, far-se-á uso dos resultados apresentados no Relatório Final do Projeto Conhecer para Cuidar, realizado em parceria entre a Associação Beneficente O Pequeno Nazareno (OPN) e o Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (CIESPI/PUC-Rio), lançado em 2020, que apresenta dados quantitativos e qualitativos sobre crianças e adolescentes, entre sete e dezoito anos de idade, em situação de rua e acolhimento institucional como medida protetiva à situação de rua, permitindo um espelho do perfil dessas crianças e adolescentes, bem como um

levantamento dos serviços públicos e privados destinados a esse público, em 17 cidades brasileiras¹³ com mais de um milhão de habitantes (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 8;11).

De forma geral, de um total de 554 participantes¹⁴, entre crianças e adolescentes em suas trajetórias entre as ruas, suas casas e as instituições de acolhimento, o relatório identificou que: 73% (setenta e três por cento) são do sexo masculino; 73% (setenta e três por cento), adolescentes; 86% (oitenta e seis por cento), negros ou pardos; 8% (oito por cento) tinham filhos; 62% (sessenta e dois por cento) frequentavam a escola; 45% (quarenta e cinco por cento) trabalhavam; 71% (setenta e um por cento) já dormiram nas ruas; 96% (noventa e seis por cento) tinham pelo menos um documento; 62% (sessenta e dois por cento) mantinham contato diário ou semanal com a família; 54% (cinquenta e quatro por cento) tinham um relacionamento bom ou muito bom com os pais; 41% (quarenta e um por cento) recebiam ou sua família recebia algum tipo de benefício social; 85% (oitenta e cinco por cento) afirmaram ter sido vítimas de violência; 62% (sessenta e dois por cento) passaram por instituição de acolhimento; e 32% (trinta e dois por cento) se consideravam em situação de rua (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 8-9).

No que diz respeito à convivência familiar, as crianças e adolescentes em situação de rua, que participaram da pesquisa, indicaram como motivos para não estarem em casa: i) submetido à exploração no trabalho, tráfico de drogas e/ou mendicância (28%); ii) busca por liberdade/diversão (24%); e iii) conflitos familiares (20%) (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 35).

Já entre as crianças e adolescentes que estavam em acolhimento institucional, quando perguntados a respeito dos motivos para terem passado um tempo nas ruas, sobressaíram-se: i) conflitos familiares (44%); ii) negligência (27%) e iii) busca por liberdade/diversão (21%) (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 35).

Nesse mesmo sentido, a pesquisa abriu espaço para que as crianças e os adolescentes em situação de rua respondessem o que os motiva a não voltar para casa: 32% (trinta e dois por cento) responderam que voltam para casa, geralmente, após o trabalho na rua; 9% (nove por cento) indicaram que não voltam para casa em virtude

¹³Quais sejam: São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Brasília, Fortaleza, Belo Horizonte, Manaus, Curitiba, Recife, Porto Alegre, Belém, Goiânia, Guarulhos, Campinas, São Luís, São Gonçalo e Maceió.

¹⁴Dois quais, 283 estavam em situação de rua e 271 estavam em acolhimento institucional e tinham trajetória de vida nas ruas (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 29).

das carências materiais; 8% (oito por cento), em virtude dos conflitos familiares (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 37).

No acolhimento familiar, 25% (vinte e cinco por cento) dos participantes indicaram conflitos familiares e violência física intrafamiliar; 10% (dez por cento), riscos/ameaças; 9% (nove por cento), falta de vontade de voltar; 9% (nove por cento), com pais sem condição de cuidar deles ou pais em situação de rua (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 37).

No que diz respeito à frequência do contato com a família, nas ruas, 66% (sessenta e seis por cento) dos participantes da pesquisa disseram manter contato diário com seus familiares, ao passo que, no acolhimento, apenas 12% (doze por cento) (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 38).

Quanto à qualidade do relacionamento com os pais, nas ruas, 67% (sessenta e sete por cento) dos entrevistados avaliou como um relacionamento bom ou muito bom; no acolhimento institucional, 42% (quarenta e dois por cento) afirmaram ter um relacionamento bom ou muito bom e 33% (trinta e três por cento) afirmaram não manter nenhum tipo de relacionamento (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 38-39).

A significativa ausência de relacionamento entre crianças e adolescentes acolhidos e seus pais pode revelar, dentre outras coisas, a precariedade do acolhimento institucional no Brasil¹⁵: “não existe um atendimento personalizado e, por isso, em nome da padronização do atendimento, alguns acolhidos acabam por ter reduzido contato com seus pais e familiares, o que impacta também na qualidade do vínculo entre eles” (SOUZA; RIZZINI, 2020, p. 39).

A medida de acolhimento institucional, como prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, preocupa-se, por um lado, em “proteger a criança e o adolescente, retirando-os da situação de violação e violência no contexto intrafamiliar” (MOREIRA, 2014, p. 33), e, por outro, restaurar e fortalecer os “vínculos com a família de origem, ou encaminhar as crianças e os adolescentes para a adoção, seja pela família extensa, seja por uma família substituta” (MOREIRA, 2014, p. 33).

Nesse meio tempo, há um rompimento temporário do poder familiar, e, por conseguinte, da convivência familiar, até que se decida pela manutenção ou

¹⁵A despeito do esforço conjunto do CONANDA e do CNAS que, em 2006, aprovaram o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC) e das ações seguintes no sentido de reordenar o acolhimento institucional no Brasil, especialmente, no que diz respeito aos princípios, metodologias, parâmetros de funcionamento, público, recursos, infraestrutura, dentre outros (TORQUATO, 2018, p. 21-22).

rompimento definitivo da relação com a família natural. Importante, portanto, a previsão do artigo 19 do Estatuto, revisada pela Lei nº 13.509/2017, que estabelece que toda criança que esteja em acolhimento institucional ou familiar deve ter sua situação reavaliada a cada três meses.

Inclusive, o acolhimento familiar difere do acolhimento institucional por não estar adstrito ao espaço de uma unidade de acolhimento pública ou privada, mas, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 34, do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei nº 13.257/2016, ser previsto como política pública de acolhimento a ser realizada de modo temporário em residências de famílias selecionadas, capacitadas, acompanhadas e que não estejam no cadastro nacional de adoção.

De todo modo, a efetivação do direito à convivência familiar depende de um sistema aberto de cooperação institucional, ou seja, “depende do esforço de participação dos atores envolvidos, bem como das condições de desenvolvimento das cidades [...], é necessário que uma complexa rede de equipamentos sociais esteja articulada” (MOREIRA, 2014, p. 33).

Sobre os fatores como violência familiar, carências materiais, diversão e liberdade na rua, interessa discutir a própria representação de família. Yunes *et al.* (2001, p. 53), por exemplo, apresentam as distinções entre a família pensada e a família vivida por crianças e adolescentes em situação de rua. A família pensada seria aquela “na qual pai, mãe e filhos vivem um vínculo familiar nuclear, coeso e estável, tanto no aspecto emocional como financeiro”, seria a família perfeita, “referencial de um sistema de crenças e padrões de conduta”. Por outro lado, as autoras apontam que a família vivida representa “a família real, do dia-a-dia. É a que fala das dificuldades, tanto de ordem afetiva como material, que lembra as brigas, os conflitos e a separação dos membros e que, portanto, muitas vezes traz recordações dolorosas”.

Para Melo (2011, p. 91), através dessa cisão entre família pensada e família vivida, crianças e adolescentes em situação de rua criam uma dificuldade de “ancoragem” [permanecer com a família] simbólica e representacional. Em contrapartida, os próprios programas de assistência, tendo como base a ideia de família normal, indicam que a situação dessas crianças e adolescentes em relação à família está pautada nos “processos inadequados de socialização, seja a alguma forma de deficiência ou desestrutura familiar, desconsiderando os amplos fatores estruturais de auto-socialização e negociação nas famílias.” (MELO, 2011, p. 91).

Fica claro, pois, que o apoio comunitário e da família constituem-se em formas de suporte para as crianças e adolescentes, partindo dos laços afetivos e das relações interpessoais estabelecidas, bem como das oportunidades de participação dentro da comunidade. Há uma disputa entre a família, a comunidade e a rua. Assim, quando o espaço da comunidade e da família se torna insustentável, a ida para a rua aparece como solução viável, racional e lógica. A rua passa a ser representada como o lugar onde a criança buscará a segurança, a proteção e a afetividade esvaziadas nos outros ambientes (SOARES *et al.*, 2003, p. 179).

A rua se transforma em ponto de fuga para as situações insuportáveis, em uma espécie de deslocamento da cena traumática: “para esses meninos e meninas, deslocar situações e experiências traumáticas vividas em casa para a rua, mais que um apego aos atrativos que a rua oferece, sua permanência lá se deve a uma necessidade de estrutura” (FERREIRA, 2001, p. 35). Além disso, envolve o indivíduo na ilusão de que está livre: “a rua guarda um certo fascínio, uma pseudoliberalidade, ilusão, prazer, novidade. Na rua, procura-se o que não se tem” (FERREIRA, 2001, p. 117).

A rua é, essencialmente, um lugar de perdas: “perde-se a casa das lembranças, deixando, quando não um vazio de história, uma pobreza de vida; perdem-se os espaços de intimidade, os espaços de solidão, a vivência do silêncio, sendo jogado num mar barulhento (FERREIRA, 2001, p. 35). Perdem-se a casa, os laços familiares e afetivos, os hábitos: “o ser protetor, a maternidade da casa, é perdido. Perdem-se hábitos só possíveis no movimento de habitar... a casa, lugar dos valores de intimidade. O sujeito é expropriado” (FERREIRA, 2001, p. 35).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia do reconhecimento das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, e aos quais se deve atribuir prioridade absoluta de tratamento, perspectiva que entrou em vigor, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, foi adotada tendo por base um movimento organizado de grupos favoráveis à necessidade de reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes em situação de rua, ainda na década de 1980, dentre os quais os próprios meninos e meninas organizados no Movimento Nacional dos

Meninos e Meninas de Rua (MNMRR).

Quarenta anos mais tarde, a situação da população infantojuvenil em situação de rua permanece agravada, inclusive pela ausência de definição e quantitativo, o que dificulta a elaboração e efetivação de políticas públicas adequadas. De fato, apenas em 2016, através de Resolução Conjunta nº 01 CNAS/CONANDA, a Campanha Nacional Criança não é de Rua conseguiu reunir elementos capazes de contribuir para o delineamento do público: sujeitos em desenvolvimento com direitos violados, fazendo uso de logradouros públicos, em situação de vulnerabilidade, rompimento ou fragilidade dos vínculos familiares e comunitários, dentre outros espectros.

Em um diagnóstico apresentado no Relatório Final do Projeto Conhecer para Cuidar, de autoria da Associação Beneficente O Pequeno Nazareno (OPN) em parceria com o Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (CIESPI/PUC-Rio), lançado em 2020, que tratou de investigar a realidade de crianças e adolescentes em situação de rua e em situação de acolhimento institucional como medida protetiva à situação de rua, em 17 cidades brasileiras com mais de um milhão de habitantes, é possível identificar que essa população é composta, majoritariamente, por adolescentes, do sexo masculino, negros ou pardos, que viveram situação de violência ou violação de direitos.

No que diz respeito à convivência familiar, a pesquisa buscou investigar as motivações para a saída de casa e a vida nas ruas, tendo como ensejo, dentre outros, os conflitos familiares e a situação de risco vivenciada, o que reflete, diretamente, a percepção de família vivida e pensada: a família real, do dia a dia, é violadora, ao passo que a família dos sonhos seria aquela onde as crianças e adolescentes poderiam encontrar abrigo, afeto e efetivação de necessidades.

Apesar disso, o desligamento da família não se dá por completo, principalmente, para as crianças e para os adolescentes que se encontram em situação de rua. Já para os que se encontram em acolhimento institucional, a realidade é o afastamento familiar. No primeiro caso, não é possível reduzir a situação de rua das crianças e dos adolescentes ao não efetivo “sucesso” ou “insucesso” da família, ao contrário, é necessário que se compreenda as falhas institucionais, sociais e políticas que fazem com que não haja rede de apoio estruturada e com visão macro de efetivação de direitos. No segundo caso, a política de acolhimento institucional, apesar dos avanços, também depende de uma rede bem estruturada para que sejam minimizados

os efeitos do distanciamento familiar natural ou adotivo.

Por tudo isso, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com as disposições Constitucionais, representa avanço fundamental no reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e o grande desafio que persiste é a articulação entre os atores do Sistema de Garantia de Direitos, a família e a sociedade, com vistas a garantir a implementação de políticas públicas que realizem de forma ótima os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Domingos; OLIVEIRA, Juliana Alves de; XAVIER, Natália Pinheiro. **Censo da exclusão ou falta de inclusão nos censos?** a (in)visibilidade de meninos e meninas em situação de moradia nas ruas nas capitais brasileiras. Fortaleza: Campanha Nacional de Enfretamento à Situação de Moradia nas Ruas de Crianças e Adolescentes, 2009.

ADAD, Shara Jane Holanda Costa. **Corpos de rua:** cartografia de saberes e o sociopoetizar dos desejos dos educadores. Fortaleza: Edições UFC, 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a. p. 11-17.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b. p. 3-10.

CARVALHO, Maria Tereza Simão de. **O lugar da criança de rua:** nem na rua, nem na escola. 2002. 133 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Educação Brasileira, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2002.

COMITÊ NACIONAL DE ATENÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RUA. **Subsídios para a elaboração de uma política nacional de atenção à criança e ao adolescente em situação de rua.** Fortaleza: Campanha nacional de enfrentamento à situação de moradia nas ruas de crianças e adolescentes, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL; CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Resolução Conjunta CNAS/CONANDA nº 1, de 15 de dezembro de 2016:** dispõe sobre o conceito e o atendimento de criança e adolescente em situação de rua e inclui o subitem 4.6, no item 4, do Capítulo III do documento de Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/24788397/do1-2016-12-20-

resolucao-conjunta-n-1-de-15-de-dezembro-de-2016-24788242. Acesso em: 24 ago. 2020.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão:** notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil. Brasília, DF: Editora do Senado, 1993.

DUVEEN, Gerard. Introdução - o poder das ideias. In: MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais:** investigações em psicologia social. Edição de Gerard Duveen; Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 7-28.

FERREIRA, Tania. **Os meninos e a rua:** uma interpelação à psicanálise. Belo Horizonte: Autêntica: FUMEC, 2001.

GOHN, Maria da Glória. Movimento de meninos e meninas de rua no Brasil. In: GOHN, Maria da Glória. **Os Sem-Terra, ONGs e cidadania:** a sociedade civil brasileira na era da globalização. São Paulo: Cortez, 1997. p. 111-133.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Necessidades humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza na interculturalidade e no reconhecimento de uma justiça do bem-estar. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paulo César Vicente de; IENNACO, Rodrigo (Org.). **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 31-50.

IMPELIZIERI, Flávia. **Crianças de rua e ONGs no Rio:** um estudo do atendimento não governamental. Rio de Janeiro: AMAIS Livraria e Editora: IUPERJ, 1995.

LEITE, Ligia Costa Leite. **Meninos de rua:** a infância excluída no Brasil. São Paulo, Atual: 2001.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Crianças e adolescentes em situação de rua: propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao desenvolvimento. In: XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB, 2014, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa, 2012, p.480-501. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3e8b5e0becdbfb1>. Acesso em: 24 ago. 2020.

LUCCHINI, Riccardo. A criança em situação de rua: uma situação complexa. In: RIZZINI, Irene (Coord.). **Vida nas ruas:** crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003. p. 45-86.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003.

MELO, Eduardo Rezende. **Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça** – uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MOREIRA, Maria Ignez Costa. Os impasses entre acolhimento institucional e o direito à convivência familiar. **Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 26, n.spe.2, p.28-31, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822014000600004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 26 ago. 2020.

MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais: investigações em psicologia social**. Edição de Gerard Duveen; Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

PINHEIRO, Ângela. **Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade**. Fortaleza: Ed. UFC, 2006.

RIZZINI, Irene; BUTLER, Mandel Udi. Crianças e adolescentes que vivem e trabalham nas ruas: revisitando a literatura. In: RIZZINI, Irene (Coord.). **Vida nas ruas: crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003. p.17-44.

RIZZINI, Irene. **Crianças e adolescentes em conexão com as ruas: pesquisa e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2019.

SOARES, Alexandre Bárbara; MARTINS, Aline de Carvalho; BUTLER, Udi Mandel; CALDEIRA, Paula; RIZZINI, Irene. Trajetórias de vida de crianças e adolescentes nas ruas do Rio de Janeiro. In: RIZZINI, Irene (Coord.). **Vida nas ruas: crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003. p.125-271.

SOUZA, Manoel Torquato Carvalho de; RIZZINI, Irene (coord.). **Projeto Conhecer para Cuidar** – Relatório final do levantamento de dados quantitativos e qualitativos sobre crianças e adolescentes em situação de rua e em Acolhimento Institucional como medida protetiva à situação de rua. Fortaleza: Associação Beneficente O Pequeno Nazareno; Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a infância em convênio com a PUC-Rio, 2020. Disponível em: https://045977a2-f8b9-44a3-9e12-5c9de5f4d705.filesusr.com/ugd/0344c7_c470e697e260410bb480ae9efa83d1b1.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

STOECKLIN, Daniel. Das potencialidades de crianças e adolescentes em situação de rua ao desenvolvimento social. In: RIZZINI, Irene (Coord.). **Vida nas ruas: crianças e adolescentes nas ruas: trajetórias inevitáveis**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003. p. 87- 122.

TORQUATO, Manoel (org.). **Reconstruindo laços: uma experiência de trabalho com famílias de crianças e adolescentes em situação de rua**. Fortaleza: Associação Beneficente O Pequeno Nazareno, 2018.

YUNES, Maria Ângela Mattar; ARRIECHE, Maria Rosaura de Oliveira; TAVARES, Maria de Fátima Abrantes; FARIA, Lucimeri Coll. Família vivida e pensada na percepção de crianças em situação de rua. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v.11, n. 21, p. 47-56, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v11n21/06.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

15. APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA AO CONTRATO DE APRENDIZAGEM



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-15>

Karyna Batista Sposato¹

João Víctor Pinto Santana²

INTRODUÇÃO

Abordar a temática relacionada à juventude é pensar em mecanismos – jurídicos, políticos e sociais interconectados – que impactam diretamente na sociedade, não somente no desenvolvimento econômico, mas também em questões como: educação, violência e segurança pública. (SPOSATO, 2010, p. 179-187). Trata-se, portanto, de um assunto complexo, mas necessário, tanto para fomentar o debate em relação à efetivação das políticas públicas destinadas à juventude como para discutir a (in)visibilidade dos jovens em mecanismos de intervenção estatal, motivo pelo qual evidencia-se que a presente temática consiste em ser de relevante necessidade na atualidade.

No tocante ao direito à profissionalização da juventude, de acordo com a legislação brasileira, a idade mínima para o exercício do trabalho é de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Sob esta perspectiva, nota-se, portanto, que a aprendizagem é a principal ferramenta jurídico-político-social no combate ao trabalho infantil, bem como contra às violações das garantias do trabalho do adolescente. Trata-se, conseqüentemente, de um instituto jurídico de primordial relevância, na medida em que consiste em ser um efetivo mecanismo de concretização da justiça social.

Diante disso, este capítulo se propõe a refletir se é possível a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem (buscando,

¹ Professora Adjunta do Curso de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Desigualde(s) e Direitos Fundamentais.

² Doutorando em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe (PPGS/UFS). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (Portugal)

além disso, compreender se a hermenêutica constitucional garantista consiste em ser a melhor alternativa para o problema da inefetividade dos direitos e garantias destinados aos jovens aprendizes), visto que “a realidade de violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes não é mais aceita, e, ante seus nefastos efeitos, que chegam a atingir futuras gerações, convém disseminar a cultura da proteção” (SILVA, 2011, p. 19).

Justamente sob esta perspectiva de solucionar a inefetividade de direitos e garantias é que surgem políticas públicas de combate ao trabalho infanto-juvenil, como é o caso do contrato de aprendizagem.

Nesse contexto, abordaremos inicialmente o fenômeno da constitucionalização do direito – com ênfase aos direitos da criança e do adolescente – e a realidade brasileira do contrato de aprendizagem. Em seguida, analisar-se-á quais as possibilidades, e, conseqüentemente, quais os desafios, de ser aplicada uma hermenêutica constitucional garantista ao direito do trabalho do aprendiz.

Com isso, o presente capítulo tem como objetivo geral, fomentar o debate em relação a temas como: constitucionalização, garantismo, constitucionalismo e hermenêutica jurídica. E como objetivo específico – partindo de uma premissa de que a hermenêutica jurídica “refere-se a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução” (CAMARGO, 2003, p. 15) – o presente estudo visa fomentar a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem, na medida em que pretende demonstrar que a profissionalização do jovem é um direito humano fundamental, que possui o contrato de aprendizagem como instrumento para efetivação de direitos, razão pela qual sustentamos no constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli (2011; 2004a; 2008; 2004b; 2002), e, por uma questão lógico-interpretativa, nos afastamos da concepção defendida pelo neoconstitucionalismo.

Em relação à metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, descritiva, com método dedutivo e abordagem qualitativa.

Este trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica por possuir a finalidade de “conhecer as diferentes formas de contribuição científica que se realizam sobre determinado assunto ou fenômeno” (OLIVEIRA, 2002, p. 63). Quanto ao método de abordagem, a pesquisa aplicada utilizou o método dedutivo, pois fora estabelecida uma “cadeia de raciocínio em conexão descendente, isto é, do geral para o particular”

(ANDRADE, 2003, p. 131), até chegar à conclusão. Justifica-se a utilização da pesquisa descritiva, por entender que se faz necessário procurar “abranger aspectos gerais e amplos de um contexto social” (OLIVEIRA, 2002, p. 53) sob diferentes concepções acerca de um mesmo fenômeno científico. E, por fim, uso da abordagem qualitativa³ é justificado pelo fato do capítulo não ter a pretensão de tratar a temática por meio de dados quantitativos.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Torna-se cada vez mais evidente o surgimento de um novo direito, pautado na valorização de papéis sociais e econômicos relevantes, de identidades culturais e dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, é perceptível, por exemplo, que a noção de vulnerabilidade é trazida à baila no discurso jurídico, fomentando a proteção das condições essenciais à pessoa humana, por meio de concepção de valores cogentes, materializando um novo paradigma de interpretação normativa. Enfim, trata-se de uma abrupta mudança interpretativa no ordenamento jurídico.

A concepção de constitucionalização do Direito está atrelada a um consequente efeito expansivo de normas constitucionais, refletindo o seu conteúdo material e axiológico por todo o sistema jurídico, através de uma força normativa à luz da supremacia. E essa conjuntura indica que o advento da Constituição inaugurou um novo paradigma hermenêutico, baseando-se na busca pela efetividade das normas e do fomento à construção de uma dogmática constitucional (SPOSATO, 2014, p. 19-55).

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito está relacionado ao processo de redemocratização política do país e tal relação contribui para uma mudança interpretativa em diversas legislações infraconstitucionais, baseando-se na centralidade constitucional.

³ Silvio Luiz de Oliveira, ao tratar da abordagem qualitativa, afirma que “o tratamento qualitativo de um problema, que pode até ser uma opção do pesquisador, justifica-se pelo fato de esclarecer a relação de causa e efeito do fenômeno e consequentemente ser adequado para se chegar à sua verdade e razão”. (OLIVEIRA, 2002, p. 60). Além disso, o mencionado jurista afirma que a abordagem qualitativa implica na descrição ou relato o que diferentes autores escrevem sobre o assunto a ser abordado para poder se chegar a uma conclusão. (OLIVEIRA, 2002, p. 59-61)

Assim, é importante que seja considerado que houve, no ordenamento jurídico como um todo – e, conseqüentemente, em relação aos direitos da criança e do adolescente não foi diferente – um evidente deslocamento da Constituição em direção ao centro do sistema jurídico, ainda que por meio de um processo de democratização tardia (SILVA NETO, 2016). E isto conferiu à Constituição, não apenas a supremacia formal, mas também uma “[...] supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente” (BARROSO, 2005, p. 26).

Dentre as conseqüências desse processo de constitucionalização do Direito, pode-se notar o advento de normas relacionadas ao direito infraconstitucional na Constituição Federal. Entretanto, a conseqüência mais importante deste processo é o estabelecimento da interpretação dos institutos infraconstitucionais sob uma concepção constitucional, haja vista a centralidade da Constituição, irradiando a sua força normativa em todo o ordenamento jurídico, conforme já mencionado. Portanto, a Constituição se caracteriza, desde 1988, “não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2005, p. 28).

Em relação à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, até o ano de 1990, o diploma que regia o direito da infância e juventude no Brasil era o Código de Menores, de 1979, que era baseado na doutrina jurídica da situação irregular, destinada apenas aos “menores em situação irregular”⁴.

O fenômeno da constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente – bem como o processo de constituição de novos direitos destes indivíduos, afirmando-os enquanto sujeitos de direito – teve início no I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, em 1984, onde discutiu-se a situação dos indivíduos taxados de “menores abandonados”. Em conseqüência dessa mobilização, ganhou força o movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que foi apoiado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. O fato é que essa mobilização social em prol da construção de um texto constitucional, em meados da década de 1980, caracterizou-se como uma ampla mobilização de cidadania, que teve dentre seus reflexos diretos, a formação da Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, em 1986, responsável

⁴ Essa doutrina fazia referência àqueles indivíduos “menores” classificados como “carentes, abandonados, inadaptados e infratores”.

pela elaboração emblemática da Carta à Nação Brasileira – que visou despertar a atenção da sociedade brasileira às demandas relacionadas à infância – potencializada pela campanha “Criança Constituinte”. E como consequência de toda essa mobilização, os direitos da criança e do adolescente foram inseridos no corpo constitucional com a devida prioridade. (ROMÃO, 2016, p. 61-64).

Verifica-se, assim, a construção de uma nova posição de interpretação jurídica, na medida em que a criança e o adolescente ultrapassam a posição de objeto – havendo, conseqüentemente, o rompimento da incidência da doutrina da situação irregular – e assumem a titularidade de direitos fundamentais, na condição de sujeitos de direito. (SILVA, 2011, p. 22-23). E dentre tais direitos, evidencia-se o direito fundamental ao trabalho e à profissionalização.

Assim, em relação ao direito à profissionalização, a Constituição Federal – CF/88, estabeleceu, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à profissionalização.

Por sua vez, em virtude do reflexo constitucional irradiado, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990, estabeleceu o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, em seu Capítulo V da Parte Geral. E também como consequente desse processo de constitucionalização, verifica-se o advento da Lei 10.097/00, que alterou significativamente as normas relacionadas aos aprendizes.

Nesse contexto, nota-se que, sendo o direito ao trabalho um direito fundamental da criança, do adolescente e do jovem, é crucial compreender quais as possibilidades de exercício deste direito.

E é exatamente nesse contexto que a aprendizagem se insere, na medida em que se materializa como um verdadeiro fruto da conquista dos direitos da criança e do adolescente.

2 CONTRATO DE APRENDIZAGEM À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

O direito ao trabalho já fora considerado o segundo direito social mais desrespeitado no Brasil, conforme a pesquisa nacional relacionada à percepção sobre Direitos Humanos no Brasil, realizada no ano de 2008, pela Secretaria Nacional de

Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Tal realidade indica um cenário, no mínimo, preocupante, principalmente em relação à juventude.

O estabelecimento de uma idade mínima para o exercício da atividade laboral é uma realidade internacional, principalmente numa sociedade globalizada, entretanto, por uma questão metodológica⁵, neste estudo adotar-se-á, como corte científico⁶, a realidade brasileira, na medida em que o estudo sustenta a teoria de que “[...] todo conhecimento científico é socialmente construído” (SANTOS, 2008, p. 9) pelo fato do Brasil ser um país periférico (SANTOS, 2008), o que demonstra a necessidade de aprofundamento acadêmico – em nível de ciências sociais aplicadas – e social, na perspectiva de construção cultural, no tocante à efetividade da legislação.

Além dessas breves considerações no sentido de destacar a importância de analisar a realidade, também é relevante pontuar que:

[...] pensar a juventude e os direitos humanos no Brasil nos impõem uma dupla tarefa: destrinchar as distintas dimensões dos direitos humanos em sua correlação com as peculiaridades da juventude e as subjetividades juvenis; e paralelamente problematizar em que medida um baixo reconhecimento dos direitos leva à invisibilização dos sujeitos juvenis e das reais demandas da juventude brasileira. (SPOSATO, 2010, p. 179)

A aprendizagem é a materialização do reconhecimento dos jovens enquanto sujeitos de direitos. Segundo a recomendação nº 57 da Organização Internacional do Trabalho:

[...] el término *aprendizaje* se aplica a todo sistema en virtud del cual el empleador se obliga, por contrato, a emplear a un joven trabajador y a enseñarle o a hacer que se le enseñe metódicamente un oficio, durante un período previamente

⁵ Adotando o ensinamento de Karl Popper, salienta-se que a “objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica – é objetivo”. (POPPER, 2004, p. 16). Em relação à objetividade científica nas ciências sociais, é importante destacar que “é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista. É um erro acreditar que a atitude do cientista natural é mais objetiva do que a do cientista social.” (POPPER, 2004, p. 22).

⁶ No tocante à concepção de conhecimento científico adotada para o presente estudo, enfatiza-se o posicionamento de Karl Popper, visto que “[...] para que uma nova teoria constitua uma descoberta ou um passo avante, ela deve conflitar com a sua predecessora”. (POPPER, 2004, p. 67). Nesse diapasão, o presente estudo se sustenta no entendimento de que, para haver o verdadeiro e efetivo progresso científico, faz-se necessário, ao menos, que haja o conflito entre o novo entendimento e os resultados da teoria anterior.

fijado, en el transcurso del cual el aprendiz está obligado a trabajar al servicio de dicho empleador.

No ordenamento jurídico brasileiro a relação de aprendizagem está basicamente, prevista nos seguintes instrumentos normativos: Constituição Federal de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho; Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 10.097/00 e o Decreto nº 5.598/05.

Trata-se de uma relação jurídica contratual especial, que “na verdade, representa um instrumento especial no combate ao desemprego, quando aliado à sua função peculiar de formação profissional, numa sociedade em mudança permanente” (STEPHAN, 2002, p. 109).

Tendo em vista os altos índices de desemprego e trabalho infantil⁷, o instituto jurídico da aprendizagem surge como uma alternativa legítima e eficaz para contribuir para a formação profissional da juventude.

Nessa linha de raciocínio, em busca da efetivação do direito à profissionalização da juventude é interessante verificar as possibilidades e desafios de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO DO APRENDIZ: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

A seara jurídica laboral possui as suas especificidades, haja vista a sua autonomia científica, entretanto, é importante salientar que tal área do direito não é tão independente “[...] a tal ponto de isolar esse ramo jurídico do conjunto de conquistas teóricas alcançadas pela Ciência Jurídica no que concerne à dinâmica interpretativa do Direito” (DELGADO, 2014, p. 234-235).

Atrelada a essa interconexão, pondera-se que um eventual inadequado procedimento interpretativo possibilita a produção de efeitos “[...] altamente desastrosos, inclusive no que se relaciona à própria efetivação dos direitos fundamentais, cujos problemas de concretização estão umbilicalmente presos à falta

⁷ Com base nos dados divulgados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) juntamente com a Fundação *Walk Free*, em parceria com a Organização Internacional para as Migrações (OIM), aproximadamente 152 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos foram submetidas ao trabalho infantil em 2016. Disponível em: <http://www.alliance87.org/global_estimates_of_child_labour-results_and_trends_2012-2016.pdf> Acesso em Dez. 2017.

de consciência constitucional” (SILVA NETO, 2016, p. 50). Essa realidade potencializa a importância da discussão da temática relacionada à hermenêutica constitucional, haja vista que o “[...] grande desafio deste início de um novo século, portanto é construir um novo padrão normativo, que permita [...] fazer justiça e evitar que o mundo pereça na instabilidade trazida pela insegurança jurídica” (GEMIGNANI, 2014, p. 31).

Sendo assim, considerando-se que outro grande desafio “do moderno Direito do Trabalho brasileiro é realizar mais plenamente no seu interior a dimensão constitucional construída em 1988” (DELGADO, 2014, p. 236), é necessário compreender que “[...] a aplicação da lei deverá atender, antes de tudo, o indivíduo e a sociedade a quem ela serve ” (CAMARGO, 2003, p. 13).

Compreendido isto, antes de tratar das possibilidades e desafios de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista, faz-se necessário discorrer, ainda que de maneira breve, sobre hermenêutica, mais especificamente sobre a hermenêutica constitucional, haja vista que são temas que tratam de conceitos caros à discussão do constitucionalismo atual.

Percebe-se que há na doutrina a clássica distinção entre interpretação e hermenêutica (MAXIMILIANO, 2011), em que pese tal separação não (REALE, 1992) ser sustentada em todos os estudos desta temática. Neste trabalho, adota-se a premissa de que “a interpretação é essencialmente concreta, reporta-se a uma situação de fato, real ou hipotética” (BASTOS, 2014, p. 21), o que faz com que seja possível diferenciar a hermenêutica da interpretação.⁸

Assim, interpretar consiste em “atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos dentre de determinados parâmetros” (BASTOS, 2014, p. 20) para que se possa “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1). Na atividade interpretativa, portanto, procura-se estabelecer uma vontade ao texto que está sendo objeto de interpretação, com o escopo de incidir no caso concreto. (BASTOS, 2014, p. 21).

Já a hermenêutica consiste em ser a “teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1), sendo, portanto, “a responsável pelo fornecimento de

⁸ Assim, apesar de reconhecer a existência de entendimentos contrários, como é o caso do jurista: Miguel Reale (REALE, 1992), enfatiza-se que, para este estudo, adota-se o posicionamento de possibilidade de separação entre hermenêutica e interpretação, a exemplo dos juristas: Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, 2011, p. 1-7) e Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2014, p. 20).

subsídios e de regras a serem utilizados na atividade interpretativa” (BASTOS, 2014, p. 23). Verifica-se, diante disso, que a hermenêutica não é pragmática, pois não está inserida na dimensão concreta, mas na dimensão abstrata.

Apenas a título de contextualização⁹, destaca-se que a origem do termo Hermenêutica “tem como referência *Hermes*, enviado divino que na Grécia antiga levava a mensagem dos deuses aos homens” (CAMARGO, 2003, p. 24). Assim, o grande território desenvolvimento da hermenêutica foi justamente relacionado ao objetivo de interpretar corretamente os textos sagrados. No direito, a hermenêutica foi fomentada em Roma, em virtude dos avanços na prática jurídica da época. (CAMARGO, 2003).

Realizada essa brevíssima consideração terminológica e histórica, destaca-se que, atualmente, a concretização da norma jurídica se caracteriza em virtude de uma construção interpretativa a partir *da* e em direção à compreensão (CAMARGO, 2003, p. 19), na medida em que compreensão engloba a indagação “sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas” (CAMARGO, 2003, p. 20), logo, tem-se como conclusão o fato de que a norma jurídica somente possui significado no caso concreto, na realidade prática.

Por sua vez, a terminologia “garantismo” é um neologismo do século XIX, que se radicou na linguagem filosófico-jurídica italiana após o período de segunda guerra mundial. O garantismo está associado, também, com a tutela constitucional das liberdades fundamentais e, nos tempos hodiernos, se configura como um componente essencial do constitucionalismo moderno. (IPPOLITO, 2011, p. 34-36).

A expressão “garantias” consiste em ser “una expresión del léxico jurídico com la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (FERRAJOLI, 2008, p. 60) Essa concepção ampla do significado da expressão “garantias” é recente, visto que o entendimento jurídico de “garantia” era costumeiramente associado à noção de cumprimento de obrigações e defesa dos direitos patrimoniais. (FERRAJOLI, 2008, p. 60-61).

Sabe-se que a difusão, em âmbito global, “[...] da doutrina jurídico-política desenhada com o termo ‘garantismo’ se liga – como é sabido – à atividade científica,

⁹ É importante frisar que este artigo não tem a pretensão de esgotar a evolução da concepção hermenêutica, visto que não consiste em ser o objeto central deste artigo, razão pela qual, por uma questão metodológica, optou-se por não aprofundar. (SOBOTA, 1991, p. 251-273).

cultural e civil de Luigi Ferrajoli” (IPPOLITO, 2011, p. 36), autor da obra: *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*¹⁰.

Em virtude dessa “popularização” da teoria do garantismo¹¹, no tocante à seara penal, pouco se discute sobre a sua aplicação em outras áreas, como por exemplo nas relações trabalhistas. Acontece que, em verdade, o garantismo se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, “que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais” (IPPOLITO, 2011, p. 40), ou seja, trata-se de uma teoria aplicável em diversos ramos do direito, pelo fato de ter se constituído como uma teoria geral, que é inerente a um Estado Constitucional de Direito. (ABELLÁN, 2005, p. 21-40).

A referida teoria geral do garantismo possibilita a formação de um terreno fértil no tocante à discussão dos direitos fundamentais nas relações laborais, tanto em relação à implantação quanto à efetividade desses direitos, pois “cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo ese ‘algo’ que se tutela son derechos o bienes individuales”. (ABELLÁN, 2005, p. 21).

E por direitos fundamentais, o garantismo jurídico de Ferrajoli entende que são “[...] *aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuídos directamente por las normas jurídicas a todos em cuanto personas, ciudadanos o caces de obrar*” (FERRAJOLI, 2008, p. 61).

Em relação a um constitucionalismo¹², nota-se que se por um lado o constitucionalismo contemporâneo¹³ sustenta-se na superação do positivismo jurídico e na conseqüente reaproximação¹⁴ entre a moral e o direito, por outro o garantismo¹⁵ se impõe como uma complementação do positivismo jurídico, tratando-se de um “constitucionalismo forte, que busca a vinculação e limitação dos poderes públicos e

¹⁰ Nesta obra, Ferrajoli desenvolve o garantismo como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência no âmbito da sociedade (FERRAJOLI, 2002).

¹¹ A terminologia “garantismo” na concepção de Luigi Ferrajoli possui três dimensões: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica; e, c) filosofia política.

¹² Nesse artigo, entende-se por constitucionalismo o conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, que possui a Constituição como o pilar central no Estado Democrático de Direito. O constitucionalismo, por estas considerações, trata-se de um fenômeno jurídico em evolução.

¹³ Denominado por muitos juristas como: “neoconstitucionalismo”.

¹⁴ Esse parece ser o entendimento de juristas como: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza.

¹⁵ Com esse posicionamento, destaca-se o jurista: Luigi Ferrajoli.

privados, com base nos direitos fundamentais” (COPETTI NETO; FISCHER, 2013, p. 411).

Em que pese a discussão¹⁶ relacionada à presença de um neoconstitucionalismo hodiernamente como uma nova vertente do constitucionalismo, ainda se constata a dificuldade de analisa-lo enquanto fenômeno jurídico supostamente sucessor do constitucionalismo. (LAUTENSCHLAGER; THOMASI, 2017).

Além disso, hodiernamente tem-se forte construção de um posicionamento jurídico no sentido de sustentar que “na verdade, o neoconstitucionalismo é uma doutrina de conteúdo incerto. Ainda não se firmou como uma nova ideia ou nova teoria do fenômeno constitucional” (SILVA, 2014, p. 72), haja vista que as práticas caracterizadoras do fenômeno neoconstitucional consistem em ser práticas constitucionais, a exemplo da constitucionalização do direito. Assim, tem-se que o neoconstitucionalismo trata-se de um “conceito desnecessário, se não equivocado” (SILVA, 2014, p. 74).

Ademais, o neoconstitucionalismo propicia um possível estímulo à insegurança jurídica, visto que se sustenta na onipotência judicial em detrimento da autonomia do legislador, em determinados casos. (CARBONELL; SALAZAR, 2005)

Com o escopo de buscar evitar essa possível instabilidade jurídica, praticada pela maleabilidade desproporcional e/ou excessiva de valores, à luz de uma nebulosa ponderação, é necessário compreender a realidade normativa brasileira à luz de outra teoria constitucional, a exemplo da teoria garantista.

Para o constitucionalismo garantista, a presença de uma Constituição rígida:

[...] não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um robustecimento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito. (FERRAJOLI, 2011, p. 100).

A rigidez constitucional significa o “[...] reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por um lado, de procedimientos especiales para su reforma” (FERRAJOLI,

¹⁶ Para compreender tal discussão, ver Barroso (2005) e Miguel Carbonell (2005).

2008, p. 29), além disso, tem-se a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis por meio da atuação das cortes constitucionais (SILVA, 2012).

Diante de um possível preenchimento das lacunas e conseqüente possibilidade de resolução das antinomias nas quais elas se manifestam, inclusive no tocante ao contrato de aprendizagem – bem como considerando-se a legislação constitucional sustentada no princípio da condição em desenvolvimento da criança e do adolescente atrelada ao reconhecimento jurídico de vulnerabilidade e hipossuficiência – nota-se que para o constitucionalismo garantista, a possibilidade de resolução das antinomias e o preenchimento de lacunas “não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação” (FERRAJOLI, 2011, p. 102), razão pela qual entende-se que a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nas relações de aprendizagem seja razoável, principalmente em um período de sucessivas reformas¹⁷ contrárias aos direitos trabalhistas, como é o cenário atual.

O reconhecimento da existência de um cenário normativo de rigidez constitucional, proporciona um paradigma hermenêutico totalmente inovador, onde toda e qualquer lei se encontra subordinada à Constituição. Trata-se de um verdadeiro ruptura revolucionária “[...] *del paradigma del derecho y, conjuntamente, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y la misma democracia*” (FERRAJOLI, 2008, p. 31), que confere ao magistrado a real possibilidade de assumir uma postura crítica, e não meramente positivista literal, em relação à aplicabilidade das leis no caso concreto.

No âmbito trabalhista, o garantismo tem potencial de concretização quando refere-se aos limites de exercício do poder diretivo e ao poder disciplinar dos empregadores (SILVA, 2011, p. 284). Mais especificamente no tocante à forma de contrato especial de trabalho do aprendiz, nota-se que o garantismo se verifica, por exemplo: na efetivação da ação afirmativa de cota obrigatória, prevista no artigo 429, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; e no estabelecimento de complexidade progressiva para as tarefas desenvolvidas no ambiente de trabalho para a formação técnico-profissional do jovem, conforme o artigo 428, § 4º, da CLT, na medida em que fomenta o exercício de direitos fundamentais, por meio de técnicas de controle em caso de violações.

¹⁷ Em que pese a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, não ter afetado diretamente o contrato de aprendizagem, é evidente que trouxe alterações significativas para as relações de trabalho, o que, ainda que indiretamente, sem dúvida, interfere em todas as formas contratuais laborais.

Diante dessas considerações, evidencia-se que há, no atual ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista em relação ao contrato de aprendizagem, mas, para tanto, é crucial admitir que “assim como o constitucionalismo se afirmou em face do Estado absolutista, o constitucionalismo garantista deve se afirmar em face do absolutismo do mercado” (SILVA, 2011, p. 282).

Nessa perspectiva, entretanto sob uma concepção antagônica, os possíveis desafios¹⁸ para a aplicação de dessa hermenêutica constitucional garantista aos contratos de aprendizagem seriam: primeiro, o surgimento de leis inconstitucionais, disfarçadas sob o manto da flexibilização de direitos trabalhistas;¹⁹ e, segundo, a flexibilização jurisprudencial, que ocorre quando as próprios Tribunais trabalhistas não reconhecem consolidados direitos do trabalhador.

Sendo assim, num cenário em que o direito do trabalho vem sofrendo flexibilizações *in pejus* para o trabalhador hipossuficiente, seja em âmbito legislativo seja em âmbito jurisprudencial, em detrimento dos direitos fundamentais sociais já consolidados – o que caracteriza, ao menos, um desrespeito à principiologia da proibição do retrocesso e à condição mais benéfica do trabalhador, as Cortes Superiores possuem a importante tarefa de realizar a reconstrução hermenêutica de um direito do trabalho à luz de uma teoria constitucional garantista, visto que:

[...] no âmbito do Direito ao/do Trabalho a Teoria do Garantismo “representa um instrumental teórico-jurídico capaz de, sem agredir o sistema, revitalizar o Direito para a busca da dignidade da pessoa humana e da igualdade social. Trata-se, assim, de uma proposta de Direito do Trabalho regulamentador da inescapável conflituosidade entre capital e trabalho, inclusive com novas tutelas/proteções para o trabalhador,

¹⁸ O fato é que “posições liberais em matéria constitucional podem provocar uma erosão na interpretação da constituição do trabalho e um retrocesso na concretização dos direitos.” (SILVA, 2011, p. 287-288)

¹⁹ Um contemporâneo exemplo seria a recente modificação na legislação trabalhista ocasionada pelo advento da Lei nº13.467/2017(popularmente conhecida como “Reforma Trabalhista de 2017”), observa-se o surgimento de novos institutos jurídicos, a exemplo do contrato intermitente, que parecem indicar o advento de uma nova concepção interpretativa das relações trabalhistas no ordenamento jurídico brasileiro. Sem a pretensão de esgotar o tema, é necessário esclarecer que o contrato intermitente consiste em ser aquela forma contratual, nos termos do art. 443, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Este cenário desperta vários questionamentos em relação a aplicabilidade, ou não, desta norma em todos os tipos de contrato de trabalho. Para o presente estudo, é suficiente despertar a seguinte reflexão: Com o advento da Lei nº13.467/2017 estaria o contrato de aprendizagem apto a ser realizado na forma de um contrato intermitente? Desde já, sustenta-se que não, haja vista a natureza jurídica do contrato de aprendizagem sustentada nos pilares de formação educacional e formação profissional. Entretanto, é uma norma que pode possibilitar o surgimento de afronta aos direitos dos jovens aprendizes.

recolocando o trabalho como categoria central da organização social e produtiva contemporânea. (DESZUTA, 2000, p. VI).

Se verifica, portanto que o garantismo confere maior criticidade ao direito, na medida em que se sustenta numa normatividade forte das Constituições rígidas, por esse motivo:

[...] posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de uma normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas. (FERRAJOLI, 2011, p. 113).

Assim, nota-se que a possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista se verifica não somente em face da efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho, como é o caso, por exemplo da previsão do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, mas também em virtude da concretização da justiça social e da proibição dos retrocessos dos direitos sociais adquiridos, bem como em respeito à condição de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontra o jovem aprendiz diante da relação trabalhista, todos estes fatores atrelados ao advento de modificações flexibilizadoras dos direitos laborais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a constitucionalização do direito das crianças, adolescentes e jovens estes indivíduos passaram a ser reconhecidos pela condição de sujeitos de direitos, titulares, portanto, de direitos e garantias fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais garantidos aos jovens está o direito à profissionalização, mais especificamente o instituto jurídico da aprendizagem, que proporciona o combate ao desemprego e ao trabalho infantil. Entretanto, apesar desta previsão constitucional e da legislação infraconstitucional pertinente, nota-se que ainda há desrespeito em relação à efetivação desse direito.

Nesse contexto, evidencia-se que o direito ao/do trabalho é um dos direitos mais desrespeitados hodiernamente. E essa situação resta agravada com o advento de flexibilizações legislativas e jurisprudenciais, no sentido de relativizar direitos fundamentais laborais.

Nessa perspectiva, não restam dúvidas que o garantismo é uma mudança de paradigma na hermenêutica jurídica. E pelo fato de se tratar de um “paradigma inacabado”, é importante fomentar o debate acerca de sua aplicabilidade, inclusive em relação a uma hermenêutica constitucional às relações de trabalho.

Assim, salienta-se que não somente é perfeitamente possível a aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem, mas também destaca-se que esta forma de análise do sistema jurídico-constitucional é uma alternativa satisfatória diante do problema da inefetividade dos direitos e garantias destinados aos aprendizes, em virtude do atual período de flexibilização de direitos vivenciados no universo jurídico-laboral. Ao propor a diferenciação entre direito e moral, como forma de complementação (aperfeiçoamento) do positivismo jurídico, impossibilita o surgimento de possível discricionariedade judicial no tocante à modificações interpretativas de direitos trabalhistas consolidados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, M. G. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-40.

AMARAL, J. R. D. P. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações trabalhistas**. 2^a. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ANDRADE, M. M. D. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 4 Fevereiro 2017.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARBONELL, M.; SALAZAR, P. (Eds.). **Garantismo**: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Ferraz: Trotta, 2005.

CLEMENTE, B. E. Relação de emprego e a hermenêutica constitucional na proteção do direito fundamental. **Revista CEJ**, Brasília, Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 72, p. 34-40, maio/ago. 2017 Ano XXI, maio/ago 2017. p. 34-40.

COPETTI NETO, A.; FISCHER, R. S. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: A evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n.14, p. 409-421, julho/dezembro 2013.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
DESZUTA, J. E. **O direito social ao/do trabalho**: um perspectiva garantista. 2000. Dissertação (Mestrado). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79022/176312.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: Dezembro 2017.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, *et al.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 4. ed. Roma: Trotta, 2004a.

FERRAJOLI, L. **Epistemología jurídica y garantismo**. 1. ed. México: Fonramara, 2004b.

FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba/PR, 2011. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: Novembro 2017.

GEMIGNANI, T. A. A. A constitucionalização dos direitos trabalhistas: novo modelo de normatividade? In: GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D. **Direito Constitucional do Trabalho**: da análise dogmática à concretização de questões polêmicas. São Paulo: LTr, 2014. p. 29-46.

GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: GEMIGNANI, T. A. A.; GEMIGNANI, D. **Direito Constitucional do Trabalho**: da análise da dogmática à concretização de questões polêmicas. São Paulo: LTr, 2014.

IPPOLITO, D. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito - (RECHTD)**, São Leopoldo/RS, 3, n. Tradução: Hermes Zaneti Junior, Jan/Jun 2011. 34-41. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 10 Dez 2017.

LAUTENSCHLAGER, L.; THOMASI, T. Z. Déjà vu no neoconstitucionalismo? **REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA**, Brasília, 19, Out 2017. Disponível em: <<http://https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/12>>. Acesso em: 11 Fev 2018.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MESQUITA, S. B. D. A aprendizagem como instrumento concretizador do direito humano fundamental à profissionalização. **Revista Ciências do Trabalho**, São Paulo, Vol. 1. 85-112. Disponível em: <<https://rct.dieese.org.br/index.php/rct/article/view/21/pdf>>. Acesso em: 01 Dezembro 2017.

OLIVEIRA, S. L. D. **Metodologia Científica Aplicada ao Direito**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

PEIXINHO, M. M. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

POPPER, K. R. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, K. R. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins; Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, M. **O direito como experiência**: Introdução à epistemologia jurídica. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROMÃO, L. F. D. F. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SANTOS, B. D. S. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHORR, J. S.; NETO, A. C. Qualificação do Estado Democrático de Direito pelo modelo jurídico garantista. In: BEDIN, G. A.; RODRÍGUEZ, G. B.; MARTÍNEZ, A. R. **Direitos Humanos, Justiça e Multiculturalismo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. p. 75-88.

SILVA NETO, M. J. E. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA, J. A. D. **Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, J. A. D. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, L. A. M. G. D. A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infanto-juvenil. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 141, n. 37, p. 19-44, jan.-mar./2011 2011.

SILVA, S. G. C. L. D. Direitos fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. vol. 77, n. 3, p. 274-292, jul/set 2011.

SOBOTA, K. **Don't Mention the Norm!**. Tradução de João Maurício Adeodato. Recife: UFPE, v. IV/10, 1991. 45-60 p. publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7.

SPOSATO, K. B. Constitucionalização do Direito da Criança no Brasil como barreira à redução da idade penal.. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 80, 2009. 80-118.

SPOSATO, K. B. Juventude: da invisibilidade à redução da maioridade penal. In: REPÚBLICA, B. P. D. **Direitos humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010. p. 179-187.

SPOSATO, K. B. **Direito Penal de adolescentes: Elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SPOSATO, K. B. Criança, democracia e neoconstitucionalismo no Brasil. **Revista Diké - Mestrado em Direito**, São Cristóvão, v. 4, 2015. 157- 180.

STEPHAN, C. C. **Trabalhador adolescente: em face das alterações da Emenda Constitucional n. 20/98**. São Paulo: LTr, 2002.

16. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ADOLESCENTE ACUSADO NO DIREITO BRASILEIRO



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-16>

Karyna Batista Sposato¹

Ao tempo em que vivemos numa sociedade profundamente desigual, nossa cultura é de traço punitivista, pois o clamor pela punição ganha muito mais espaço e ênfase, nublando ou de alguma forma afastando do debate a centralidade das políticas públicas, como deveria ser.

Em face da adoção da lei 12.594/ 2012 e suas recomendações normativas, o Brasil inteiro passa por um processo de reformulação, discussão, e elaboração propriamente dita de sua política socioeducativa. Neste contexto, comumente se escuta que é preciso afastar o direito penal juvenil.

O temor de que chamar de direito penal a intervenção socioeducativa possa piorar o atendimento e com isso afastar a essência da medida, a sua face pedagógica e o seu componente que deve ser estrategicamente educativo está no centro deste debate, que é evidentemente, um debate vivo e não puramente acadêmico. Não se trata de uma disputa de saberes, não estamos diante de uma questão teórica, pois suas implicações práticas são de grande relevância. E vale dizer que no coração das discussões em torno da redução da idade penal, esta questão também se apresenta.

Afasta-se também com isso a discussão em torno das causas que geram e retroalimentam a violência e portanto se perde uma grande oportunidade de mensurar criticamente as políticas públicas de prevenção do delito na adolescência. Para a questão do adolescente em conflito com a lei ou da *delinquência juvenil*, cabe indagar: o que direito penal juvenil nos oferece?

1 Direito penal juvenil como sistema de garantias

Em primeiro lugar é fundamental entender o que se denomina por direito penal

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela UFBA. Mestre em Direito pela USP.

juvenil. Muitos autores, sobretudo estrangeiros, já se debruçaram sobre esta conceituação, compreendendo-o como um direito penal especial. Trata-se de um Direito penal especial, que integra o Direito penal, e orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva² em seu aspecto educativo (HIGUERA GUIMERÁ, 2003).

A primeira destas regras se refere ao critério de legalidade para a imposição da medida, que como tal, a condiciona a um princípio de excepcionalidade, no caso da internação, de brevidade, de respeito à condição de pessoa em desenvolvimento e de proporcionalidade

A regra que deriva da combinação do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira e do artigo 26 do Código Penal está claramente amparada no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente que define o ato infracional e, portanto, insere a intervenção do direito no marco do princípio da legalidade e de todas as garantias jurídico-processuais daí decorrentes.

Basta identificar que no Estatuto da Criança e do Adolescente, há um capítulo inteiro dedicado às garantias processuais, o Capítulo III do Título III que corresponde à prática de ato infracional. Tem início justamente com a obrigatoriedade da observância do devido processo conforme dispõe o artigo 110 da Lei: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.”

Sabemos que o devido processo legal impõe a observância de diversas garantias, que, transportadas ao Direito Penal Juvenil³, podem ser sintetizadas pela letra do artigo 111 do Estatuto:

² Como se sabe, a teoria da prevenção especial se ancora numa concepção de pena contrária àquela da teoria absoluta retributiva, cujo principal porta-voz foi Franz Von Liszt. Para ele, a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a comunidade contra os delinquentes, através do encarceramento destes; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-o da reincidência através de sua correção. Evidentemente que o chamado Programa de Marburgo (1882), de Von Liszt, se aperfeiçoou ao longo dos anos, até alcançar na atualidade uma expressão mais vinculada à ressocialização e à ideia de que se deve levar em conta as consequências que da pena se possam esperar para a vida futura do autor em sociedade. Mais recentemente, desenvolveu-se ainda uma compreensão de que se deve buscar ajudar ao autor, não expulsá-lo nem marcá-lo, mas sim integrá-lo, como exigência do próprio Estado Democrático e Social de Direito (ROXIN, Claus. Derecho penal – Parte general, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. p. 85).

³ Dois artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente versam sobre o procedimento constitucional do devido processo legal. São eles: “Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo desde logo sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no artigo 108 e parágrafo. § 1º - O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado. § 2º - Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente. § 3º - Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação. §

“São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I) Pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional; II) Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III) Defesa Técnica por advogado; III) Assistência judiciária gratuita e integral, aos necessitados, na forma da lei; IV) Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; V) Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.”

Para o adolescente, portanto, valem os mesmos direitos e garantias processuais dos adultos acusados ou condenados, conforme o estágio do processo, especialmente porque a garantia do devido processo legal tem o condão de resumir ou sintetizar todas as prerrogativas processuais decorrentes da ordem constitucional.

É de se ver que em termos de consequências jurídicas, derivadas ou efeitos que derivam da aplicação desse direito, as sanções ou medidas se distinguem das penas criminais comuns em razão do destinatário da norma, enquanto as condutas sancionadas são as mesmas. O que significa que todos os crimes para os adultos também estão tipificados para os adolescentes, as consequências impostas se distinguem, como também se distinguem as regras ou princípios que orientam a aplicação de tais medidas. Assim, o direito penal juvenil, ou o direito penal de adolescentes tem semelhanças com o direito penal de adultos, logo sendo possível traçar um paralelismo entre ambos. Mas com ele não se confunde, uma vez que seu destinatário é outro, é o adolescente.

A medida socioeducativa, embora sancionatória, com conteúdo de retribuição e de reprovação penal, tem uma essência eminentemente educativa em adequação ao estágio de desenvolvimento de seu destinatário. Mais que isso, a condição peculiar de

4º - Estando o adolescente internado, será requisitada sua apresentação sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável” (artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente “Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. § 1º - Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão. § 2º - Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. § 3º - O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas. § 4º - Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão” (artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

desenvolvimento dos adolescentes e jovens abrangidos neste sistema, exige que um genuíno olhar de política criminal seja continuamente favorecido, para fazer sobressair a dimensão preventiva e educativa do próprio sistema.

Há várias outras passagens no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente que indicam que a gravidade do ato infracional deve demarcar o tipo de resposta que vai ser adotada.

No que diz respeito ao direito ao pleno conhecimento da atribuição de ato infracional, o primeiro desdobramento concreto refere-se à garantia de citação, expressa no artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV da Constituição e também prevista no artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o legislador estatutário utilizou a expressão “notificação”, mas devemos ler citação. A igualdade da relação processual consubstancia-se em iguais possibilidades entre as partes (igualdade de armas). Aqui, o dispositivo constitucional decorrente dos princípios do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º, LV da Constituição, adquiriu também uma delimitação na norma infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem deixar de contar com a interpretação complementar do previsto no item 7.1. das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing):

“Em todas as etapas do processo serão respeitadas as garantias processuais básicas, tais como a presunção de inocência, o direito de ser notificado das acusações, o direito de permanecer calado, o direito à assistência, o direito à presença dos pais ou responsáveis, o direito a confrontar-se com testemunhas e provas e o direito a recorrer a instâncias superiores.”

A defesa técnica por advogado representa outra garantia de especial importância para a igualdade da relação processual e diferenciação do Sistema juvenil. O artigo 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim estabelece:

“Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor. § 1º - Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de a todo tempo, constituir outro de sua preferência. § 2º - A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato. § 3º - Será dispensada a outorga

de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sendo constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.”

Apesar de uma aparente contradição com o artigo 186, § 2º que indica a nomeação de advogado ou defensor em se tratando de fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, temos que a regra é sempre a presença do defensor independentemente da natureza e da gravidade do ato. O artigo 186 talvez revele uma herança do sistema tutelar, que o legislador deixou passar despercebida. É importante frisar que as garantias elencadas no artigo 111 são apenas exemplificativas, não se constituindo em *numerus clausus*. Destaquem-se os mandamentos constitucionais relativos ao princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LII), a garantia de respeito à integridade física e moral dos que se encontram privados de liberdade (artigo 5º, XLIX), a garantia ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII), a obrigatoriedade de relaxamento de prisão ilegal (artigo 5º, LXV) entre outros, que se aplicam aos adolescentes em sede de conhecimento da autoria de ato infracional ou de execução de medida socioeducativa. A garantia a um julgamento justo e igualitário também corresponde a uma das recomendações das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing) em seu dispositivo 14.1:

“Todo o menor delinqüente cujo caso não seja objeto de remissão (segundo a regra 11) será apresentado à autoridade competente (Juizados, Tribunais, Cortes, Juntas, Conselhos, etc.) que decidirá de acordo com os princípios de um Juízo imparcial e eqüitativo.”

Todas estas considerações iniciais corroboram a identificação de que o poder punitivo, o *ius puniendi* sobre adolescentes, encontra os mesmos limites que encontraria no Direito Penal tradicional, reforçando que, embora especial, o Direito Penal Juvenil está limitado pelas mesmas regras processuais penais. Neste sentido, estabelece o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.”

Tomando as lições dos mais importantes penalistas da atualidade, Claus Roxin, somos levados a refletir que o que diferencia o Direito Penal Juvenil do Direito Penal

tradicional de adultos não são as normas que o constituem, mas o tipo de sujeito ao qual se destina⁴. Isto se evidencia não só na leitura da Exposição de Motivos de nosso Código Penal, que reconhece razões de política criminal para a adoção de um sistema de justiça diferenciado para os menores de dezoito anos, mas sobretudo, na leitura atenta dos dispositivos constitucionais que abordam o tema e do próprio texto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta direção, podemos identificar com facilidade princípios que condicionam a intervenção do Estado em razão do estágio de desenvolvimento dos adolescentes, que, vale dizer, são considerados sujeitos de direitos e titulares de uma capacidade progressiva para exercê-los. Desta concepção, emergem os Princípios do Respeito à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento e do Melhor Interesse do Adolescente.

2 Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento e Critério Etário como fundamentos para um Direito penal juvenil

O Princípio do Respeito à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento reconhece crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e está descrito no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Seu significado é tremendamente importante na medida em que supera a categoria da menoridade, e, por conseguinte, a desqualificação de crianças e adolescentes como seres inferiores. O conteúdo inovador está no reconhecimento de uma igualdade essencial de toda a pessoa humana, decorrente de sua dignidade. E a dignidade por sua vez, exige a titularidade de direitos e deveres. Este reconhecimento pela nova normativa da criança e do adolescente reforça que toda a pessoa, enquanto viva, está em permanente desenvolvimento de sua personalidade, porém na infância e na adolescência, tal desenvolvimento é mais intenso, e, portanto, peculiar. O estágio

⁴ ROXIN, C. Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito. Civitas Ediciones. Madrid. 1997, pág.43.

especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento e, assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade. Aqui merecem menção as lições de Bustos Ramírez sobre a necessidade de reconhecer-se que níveis de responsabilidade distintos implicam em exigibilidade diferenciada, que em última instância é decorrente de uma opção de política criminal. Esta opção, desde o legislador penal de 1984, reforçada pela Constituição Federal de 1988, e também retomada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a ser definida à luz do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que afasta de modo incisivo qualquer ideia de imperfeição ou inferioridade. Para as crianças, pessoas até doze anos incompletos, o nível de desenvolvimento não permite uma responsabilização⁵. Ou seja, o cometimento de uma infração penal não gera a imposição de nenhuma medida coercitiva propriamente dita, e sim de medidas protetivas que são previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e exigíveis por qualquer cidadão (por meio do direito constitucional de petição), pelo Conselho Tutelar e autoridade judiciária, conforme dispõe o artigo 105 do ECA: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas no artigo 101”

As medidas mencionadas no artigo 101 do texto legal são medidas de proteção, exigíveis sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto forem ameaçados ou violados: por “ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou em razão da conduta da criança ou do adolescente⁶.”

Em se tratando de uma conduta anti-social praticada por uma criança ou adolescente, a imposição de uma medida protetiva parece adquirir conotações pré-delituais, haja vista que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha abandonado por completo a relação casuística da Doutrina da Situação Irregular, sua justificativa assenta-se na constatação de uma situação de risco pessoal ou social da criança ou adolescente, mas tal aspecto seria objeto de um outro estudo ou abordagem.

⁵ Essa regra tem correspondência em recomendações dos instrumentos internacionais, por exemplo o item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, que estabelece: “Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.

⁶ As regras que autorizam a aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente estão Artigo publicado por Alyrio Cavallieri no jornal O Globo, em 13 de março de 2003.

No caso dos adolescentes, a legislação autoriza uma cumulação de medidas socioeducativas com medidas protetivas, quando da comprovação de autoria de ato infracional concomitante à situação de risco social e pessoal. A medida socioeducativa, no entanto, para ser aplicada depende da verificação da prática de ato infracional pelo jovem, conforme elucida o artigo 112 da lei, que já mencionamos. Essa imposição implica uma responsabilização diferente da dos adultos. Significa dizer que a inimputabilidade e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não têm o condão de fazer desaparecer o poder punitivo do Estado, ou ainda de autorizar uma suposta indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico de um adolescente, e sim de estabelecer procedimentos e regras diferenciados àqueles aplicáveis aos adultos.

Sem dúvida, o conceito de inimputabilidade mereceria maior reflexão doutrinária, assim como o princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que seguramente evitaria distorções e mitos bastante recorrentes no debate público de que os adolescentes não respondem nem são punidos por seus delitos. Sobre o tema, Alyrio Cavallieri tem sido enfático desde as 395 objeções que apresentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Seus esforços têm se direcionado no sentido de demonstrar que a presunção de inimputabilidade para os adolescentes é decorrência de um parâmetro fundado na idade, e não na capacidade:

“A capacidade vem depois da idade, sem exceção. É o sistema universal. É lamentável que, em 1940, ao explicar o novo Código Penal, o Ministro Francisco Campos, ou alguém por ele, tenha afirmado que os menores de 18 anos, porque imaturos, ficavam fora da lei criminal. E todos nós, a partir de nossos professores, engolimos e repetimos essa enormidade, a afirmação de que todos os brasileiros abaixo daquela idade eram imaturos (...)”⁷

“Desde 1940, nossos professores botaram na nossa cabeça a ideia de imaturidade dos menores, o que é um absurdo absoluto, formulado de maneira tão genérica pelo Ministro Campos. Segundo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção (...). Os estatutistas merecem todos os encômios pela elevação à Lei Magna de uma aspiração comum, mas poderiam ter aproveitado para destruir um mito prejudicial.

⁷ Artigo publicado por Alyrio Cavallieri no jornal O Globo, em 13 de março de 2003.

Os adolescentes sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para seus crimes.”⁸

Outro aspecto que merece ser sublinhado refere-se à proibição de cumprimento de medidas socioeducativas em estabelecimentos destinados aos adultos. A condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes é o princípio que fundamenta essa distinção acerca dos equipamentos adequados para a execução das sanções quando o sancionado é menor de 18 anos. O texto da Constituição Federal, especificamente o que está disposto no artigo 5º, inciso XLVIII já indica essa preocupação: “A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”

A legislação infraconstitucional é minuciosa ao abordar o tema. Assim o artigo 123 dispõe: “A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.” E, em seguida, o artigo 185 do Estatuto reforça: “A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.”

Para que não nos reste dúvidas sobre as implicações práticas do princípio da condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes em face do poder punitivo do Estado, é importante recuperar o que prescrevem os documentos internacionais. O artigo 37 da Convenção Internacional indica que a consideração da idade é elemento decisivo na execução das medidas de privação de liberdade, recomendando que:

“Toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade.”

Disposições correspondentes também se fazem presentes do texto das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing ⁹ Exemplo contundente é o item 26.3: “Os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em

⁸ Cavallieri, Alyrio (org.). Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente – 395 Objeções. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 55.

⁹ Será utilizada a seguir a denominação Regras de Beijing sempre que se fizer menção a esse documento

estabelecimentos separados ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos.”

O segundo princípio especial do Direito Penal Juvenil é o do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, presente na normativa geral da infância e juventude e que no campo da imposição das medidas socioeducativas tem por escopo atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum, ou ainda evitar que as finalidades de pura intimidação e retribuição se excedam às necessidades preventivo-educativas. Se a medida socioeducativa representa uma resposta penal que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível. A integração do princípio às demais garantias penais e processuais somente pode ser bem sucedida na medida em que ambos funcionem como limitação à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas da liberdade. Como assinala Miguel Cillero:

“A questão das reações ante a delinquência juvenil não é um assunto que se possa resolver exclusivamente a partir da teoria do Direito Penal e seus limites, e sim deve ser abordada numa perspectiva jurídica, social e política ampla (...) A ausência de uma verdadeira política jurídica e social destinada a proteger e favorecer o exercício de direitos das crianças e adolescentes produz uma hipertrofia dos sistemas de controle e reação à delinquência juvenil.”¹⁰

Conforme o artigo 1º da Convenção, considera-se criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

A percepção de que, quanto mais frágeis as políticas sociais e de proteção, mais inflado será o sistema socioeducativo permite-nos refletir sobre a necessidade de introduzir no sistema de justiça juvenil técnicas de descriminalização, de aplicação do princípio da oportunidade e de reconhecimento do princípio da culpabilidade como determinante da escolha da medida adequada. Finalmente, a aplicação de todas as garantias penais, materiais e processuais. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em seu artigo 3º assim declara:

¹⁰ Cillero Bruñol, Miguel. “Los Derechos de los niños y los Limites Del Sistema Penal”. In: *Adolescentes y Justicia Penal*. Op. cit, p. 25.

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

A conjugação dessas regras pode ser o antídoto a um sistema que, em nome da proteção, criminaliza e segrega os adolescentes, muitas vezes pela rotulação do desvio de conduta ou por considerar sua personalidade patológica. As Regras de Beijing contêm diversos dispositivos relativos ao princípio do Melhor Interesse do Adolescente como limite na imposição e execução de sanções. O item 17.1, alínea “d”, vincula a autoridade competente à sua observância na medida em que determina que: “O interesse e o bem-estar do jovem será sempre preponderante no exame dos casos.”

O melhor interesse do adolescente pode e deve restringir medidas que interrompam o processo de socialização dos adolescentes. Não são poucas as situações em que o adolescente é internado provisoriamente, quando trabalha e estuda. Sua privação de liberdade, ainda que provisória, prejudica seus estudos e interrompe sua profissionalização. E, o que é pior, na maioria das vezes o adolescente, ao final do processo, recebe uma medida em meio aberto, já que suas características e condições pessoais assim recomendam. Seu interesse, em situações como esta, foi completamente ignorado em nome da manutenção da ordem pública ou, melhor dizendo, do clamor social pela defesa e segurança pública. O princípio é preponderante e impõe que os operadores do sistema de justiça e execução trabalhem sob sua perspectiva e não mais na lógica do castigo.

A observância do princípio do Melhor Interesse do Adolescente reforça que o Sistema de Justiça Juvenil deve operar a partir de uma interpretação sistemática e abrangente do Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de garantir que o Direito Penal Juvenil seja subsidiário às demais disposições da lei e, sobretudo, reduza-se à menor intervenção possível na vida e desenvolvimento do adolescente. De modo análogo, o princípio também interfere na execução das medidas. O Melhor Interesse do Adolescente implica não só o estrito respeito ao princípio da proporcionalidade quando da imposição da medida socioeducativa, como também, e de forma igualmente importante, a percepção das condições objetivas de cumprimento da medida escolhida para o adolescente. O parágrafo 1º do artigo 112 é claro ao estabelecer que a medida aplicada ao adolescente levará em conta sua capacidade de

cumpri-la. Outro exemplo é o direito de receber visitas de pais ou responsáveis, que no item 26.5 também das Regras de Beijing funda-se no reconhecimento do interesse e bem-estar do jovem institucionalizado.

Considerações Finais

Como observamos, o poder punitivo sobre adolescentes encontra os mesmos limites existentes no Direito Penal tradicional, acrescidos de outros decorrentes da condição peculiar dos adolescentes. Tal reconhecimento reveste-se de imensa repercussão prática que, conforme procuramos discutir, pode configurar um Direito Penal Juvenil Mínimo, de um lado pela observância estrita das garantias processuais penais clássicas e de outro pela construção de princípios específicos sobre a matéria.

A regra do artigo 152 do Estatuto, por exemplo, indica a obrigatoriedade de que outras garantias processuais sejam adotadas de forma complementar no momento de apuração da responsabilidade do adolescente e da imposição das medidas, o que faz sobressair o direito penal juvenil no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente e realça que, quando o Estatuto foi silente em termos de regras processuais, outras podem e devem ser acionadas complementarmente.

Cabe ainda reconhecer que o Direito Penal Juvenil se situa como *Ultima Ratio* no Sistema de Garantias introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Aliás, nesse aspecto repousa a principal polêmica sobre o reconhecimento ou não de um Direito Penal Juvenil no texto estatutário. A nosso ver, é da análise dessa característica que deriva a solução da questão. Os opositores à existência de um Direito Penal Juvenil no Estatuto da Criança e do Adolescente argumentam que a lógica e o espírito da Lei 8.069/90 não são de caráter punitivo nem retributivo. Ao contrário, a Lei constitui-se como um extenso catálogo de direitos e garantias às crianças e adolescentes.

A missão de tutela, vigilância e controle do Código de Menores foi substituída pela proteção integral como princípio norteador de todas as políticas para a Infância e Juventude. Diz-se de todas as políticas, inclusive as socioeducativas. Assim, os que negam o Direito Penal Juvenil indicam que as medidas socioeducativas têm caráter pedagógico e não punitivo e não se aplicam sob os fundamentos do Direito Penal e sim sob o manto da nova normativa da criança e do adolescente. Ora, é inquestionável que a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, conjugado à Constituição Federal de 1988 e outros documentos de proteção dos direitos da criança e do

adolescente, promoveu a revogação da Doutrina da Situação Irregular que se traduzia no exercício de vigilância, tutela, controle e repressão, bem como a correspondente introdução da Doutrina da Proteção Integral como fio condutor de todo o sistema. O equívoco está em confundir todo o Sistema de Garantias e Direitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz, com a matéria pertinente à atribuição de ato infracional e a imposição de medidas socioeducativas. Melhor dizendo, não podemos reduzir o Direito da Criança e do Adolescente à disciplina da prática de atos infracionais. Esta, como já afirmamos, é subsidiária à normativa da Criança e do Adolescente¹¹.

O Direito Penal Juvenil, nesse sentido, situa-se como a *Ultima Ratio* do Sistema de Justiça da Infância e Juventude. Seu caráter fragmentário demonstra-se pela sua incidência restrita à verificação da autoria e materialidade de atos infracionais, que por sua vez, assim como os crimes, objetivam proteger bens jurídicos determinados. Sua feição subsidiária é reforçada pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas. As últimas só têm lugar quando as demais falharam em seus objetivos.

Com efeito, os 30 anos de vigência do ECA não foram suficientes para aclarar a dimensão penal da intervenção que já se encontra contemplada na legislação. A negação da natureza penal das medidas socioeducativas somada à indeterminação do prazo de duração das mesmas definem bem esta convivência distorcida e conflituosa no seio da legislação vigente.

É neste campo que se abre outra frente de reflexão inadiável: a da política criminal, como talvez a única via capaz de trazer a tona do debate aquilo que lhe é efetivamente central.

Referências

CAVALLIERI, Alyrio (org.). Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente – 395 Objções. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES RIVERO, Ma. Carmen. “Algunos aspectos de la Ley Orgânica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”. IN: Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal. Actualidad Penal, Madrid: La Ley, n. 9, 2001.

¹¹ Sobre o tema, ver SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HIGUERA GUIMERÁ, J. Derecho penal juvenil. Barcelona: Bosch, 2003.

MENDEZ, Emilio Garcia. “A responsabilidade penal juvenil na encruzilhada”. IN: Boletim do IBCCrim N°. 271, Ano 23 – Junho de 2015/ São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

ROXIN, Claus. Derecho penal – Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

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

17. IMPOSIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL DA COMARCA DE ARACAJU



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-17>

*Karyna Batista Sposato*¹

*Mélane Ramos Reis*²

Introdução

O presente capítulo sintetiza os resultados de pesquisa empírica sobre os fundamentos jurídicos utilizados nas sentenças de primeiro grau, na Comarca de Aracaju, que determinaram cumprimento de medida socioeducativa de internação a adolescentes acusados. O objetivo foi analisar os fundamentos teóricos justificadores da imposição da medida socioeducativa de internação, bem como retratar um panorama sobre a eficácia das determinações presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente diante da mudança de paradigma a partir do princípio da proteção integral.

Ainda que tenha sido rompida a doutrina da “Situação Irregular”³, pela legislação especial, os operadores do direito ainda aplicam as disposições previstas no ECA de acordo com a visão tutelar menorista. Sendo a existência de lacunas na legislação especial e a confusão quanto a natureza jurídica das medidas, os principais fatores que deixam margem para que os julgadores decidam através de argumentos extrajurídicos e ideológicos perpetuando a segregação e reproduzindo a natureza seletiva e arbitrária do sistema de direito criminal.

O não reconhecimento do caráter punitivo das medidas socioeducativas implica na relativização dos princípios da brevidade e excepcionalidade, além da não aplicação dos princípios processuais penais e do direito penal, muitas vezes, com a justificativa

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela UFBA. Mestre em Direito pela USP.

² Graduada pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

³ A declaração de situação irregular tanto pode derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam (SARAIVA, 2013, p.33).

de defesa do melhor interesse e proteção do jovem em “situação de risco” ou outras falhas, até mesmo técnicas.

1 Considerações Metodológicas

A metodologia adotada inicialmente foi exploratória documental, tendo como fonte os processos da 17ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE, responsável pela atribuição de responsabilidade a adolescentes envolvidos com a prática de atos infracionais, e também pelo acompanhamento da execução das medidas socioeducativas impostas, no período de julho a novembro de 2017. Neste interregno foram identificados 533 processos, dos quais, 54 versavam sobre imposição da medida socioeducativa de internação.

Analisando-se os primeiros resultados obtidos, verificou-se que, no período pesquisado, foi decretado o cumprimento de 17 (dezesete) medidas de internação, correspondendo a 3,190 universo total de processos, e proferidas 37 (trinta e sete) decisões referentes a internação, pelo juiz da execução, o equivalente a 6,94% dos feitos. Ressalte-se que, em média, 4 adolescentes foram submetidos ao cumprimento de internação por mês no intervalo estudado. E do universo de 54 (cinquenta e quatro) processos referentes à medida socioeducativa estudada, todos não conferiram a possibilidade de atividades externas ao adolescente sentenciado.

Do levantamento jurisprudencial, foi possível a padronização dos dados considerados relevantes para a pesquisa. Como inspiração, seguiu-se metodologia próxima a do trabalho de Ana Paula Motta e Marcel di Carlo Osterlund Saldanha (COSTA; SALDANHA, 2016) - “Análise dos critérios do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul para reavaliar a medida socioeducativa de internação” e de outros trabalhos similares.

Os dados foram catalogados de acordo com as seguintes classificações:

- a) número do processo, que indica o cadastramento na 17ª Vara Cível de Aracaju;
- b) data de distribuição e data de julgamento, no sentido de verificar o lapso temporal entre ambos;
- c) defesa técnica, defensor público ou particular;
- d) manifestação des(favorável) à internação pelo representante do Ministério Público;

- e) apreciação do pedido de internação provisória, a fim de verificar se foi deferido ou não;
- f) existência ou não de ato infracional anterior;
- g) espécie de delito ao qual o ato infracional é análogo;
- h) fundamentos que embasaram a determinação de medida socioeducativa de internação em sede de primeiro grau.

Um segundo corte metodológico foi realizado para a etapa de pesquisa qualitativa jurisprudencial que referiu-se à análise da argumentação jurídica utilizada e do padrão decisório predominante nas decisões de imposição da medida privativa de liberdade, observando-se se os parâmetros estabelecidos pela legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram respeitados e sob quais fundamentos optou-se pela modalidade de medida mais severa. A fundamentação de cada processo foi analisada permitindo a criação dos seguintes critérios classificatórios:

- a) Questões objetivas: fundamentações sedimentadas na gravidade do ato praticado e na (in)existência de previsão legal prevista no artigo 122 do ECA;
- b) Questões subjetivas: considerando assim os julgamentos em que as circunstâncias pessoais do adolescente foram analisadas pelo magistrado;
- c) Questões principiológicas: decisões que foram baseadas em princípios da Constituição Federal ou do Estatuto da Criança e Adolescente.

2 Delimitação teórica

No Brasil, o sistema de responsabilização juvenil foi instaurado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, tal sistema foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90⁴. As regulamentações visaram romper com o paradigma “do menor em situação irregular” opondo-se a tal ideologia a Doutrina da Proteção Integral. No novo cenário, as crianças e adolescentes passaram de objetos a sujeitos de direitos. A Constituição de 1988, em

⁴ A Lei 8.069/90, que teve como fontes formais os Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas, introduziu no país os princípios garantistas do chamado Direito Penal Juvenil. Reconheceu o caráter sancionatório das medidas sócio-educativas, sem embargo de enfatizar o seu aspecto predominantemente pedagógico. Também que, tendo traço penal, só podem ser aplicadas excepcionalmente e dentro da estrita legalidade, pelo menor espaço de tempo possível (SILVA, 2001).

seu artigo 227⁵, consolidou uma norma de conteúdo afirmativo a qual dispôs que as crianças e adolescentes possuem prioridade absoluta em ter seus direitos garantidos.

Diante da situação peculiar e prioritária da criança e do adolescente, o artigo 228 do mesmo diploma legal garantiu à pessoa com idade inferior aos 18 anos o direito de não ser responsabilizado penalmente: “[...] São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988). No entanto, a proteção Constitucional concedida aos adolescentes não resulta em uma irresponsabilidade pelos atos praticados, mas sim que crianças e adolescentes não podem ser responsabilizados pelo sistema penal de adultos. Porém, possuem sistema de responsabilização próprio previsto na legislação especial.

O Sistema primário é formado por políticas públicas de atendimento relativas à infância e à juventude no âmbito da educação, da saúde, da habitação etc. (artigos 4º e 86-88 do ECA). No secundário, estão as medidas de proteção destinadas as crianças e adolescentes em risco social ou pessoal (artigos 98 e 101 do ECA), aplicáveis as crianças em todos os casos e ao adolescente supletivamente (art. 112, VI do ECA). Já no nível terciário, estão presentes as medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei (artigos 103 a 112 do ECA) (SARAIVA, 2013, p. 56-57).

A medida de internação é a medida mais severa dentre as disciplinadas no Estatuto da Criança e Adolescente, uma vez que restritiva de liberdade. Diante de sua gravidade, deve ser aplicada em casos extremos e segundo os critérios legais, bem como obedecer aos princípios da brevidade, excepcionalidade e do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Também no âmbito internacional, a Doutrina das Nações Unidas de Direitos da Criança prevê que a medida seja aplicada como *ultima ratio*⁶ (SHECARIA, 2015, p. 121-123).

⁵ 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 (BRASIL, 1988).

⁶ Por ser a mais grave intervenção no destino dos adolescentes infratores, a privação de liberdade deve ser pautada pelos cuidados que três grandes instrumentos internacionais – Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, Regras de Beijing, e Regas Mínimas da ONU para jovens privados de liberdade - preveem quando envolvem aprisionamento de adolescentes: *ultima ratio* da intervenção, caráter excepcional, menor duração possível. Todos aqueles privados de liberdade – e, reafirme-se, devem ser poucos – só o serão como condição para o cumprimento de medida socioeducativa. Isto é, a contenção é o meio para que o fim pedagógico seja cumprido (SHECARIA, 2015, p. 222).

Importante ressaltar que, como objeto da pesquisa, as hipóteses de determinação de medida de internação se restringiram as previstas nos incisos I e II do artigo 122 do ECA, pois a situação descrita no inciso III refere-se à internação por descumprimento de outras medidas, que só pode ser decretada por 90 (noventa) dias, sendo assim a medida imposta na sentença condenatória foi diversa da medida de internação.

3 Análise dos Dados

Dentro da categoria dados processuais, cabe destacar que em 43 processos, o correspondente a 79,63%, a defesa técnica foi exercida através da defensoria pública ou advogados dativos aspecto que evidenciou a vulnerabilidade econômica dos adolescentes acusados. Também se verificou que em 53 processos, 98,15%, foi decretada internação provisória, o que mostra uma banalização do procedimento liminar e a análise sob o viés do perigo abstrato do ato infracional praticado. Os principais fundamentos utilizados para determinação da prisão cautelar são o afastamento do jovem de estímulos que os leve a delinquir novamente, a gravidade do ato praticado e a defesa da segurança pública. Ressalte-se que em apenas um processo não foi possível constatar a imposição da internação provisória, pois não mencionado pelo juiz da execução. Quanto ao parecer ministerial, em 35 processos, 64,81%, o mistério público opinou especificamente pela aplicação da medida socioeducativa de internação. Nos demais 19 processos, 35,19%, opinou que fosse determinada a medida considerada adequada pelo magistrado. Pela análise de dados, observamos que 8 processos foram julgados em até dois meses, 47,06%, 2 processos foram julgados de forma célere, 11,77% e 2 processos foram julgados em quatro meses, 1 processo, 5,88%, em até onze meses e 1 processo, 5,88%, em mais de um ano.

Na categoria aspectos pessoais, foi analisada a alegação do juízo sobre à existência de prática de outros atos infracionais e o gênero da pessoa representada. Em 41 processos, 75,93%, a prática de ato infracional anterior mostrou-se determinante para a aplicação da internação, demonstrando uma espécie de *bis in idem* derivado de uma reincidência ou reiteração delitiva. Quanto ao aspecto gênero, foi possível constatar que os adolescentes internados correspondem em sua maioria ao sexo masculino, somente a uma menina, 1,85%, foi determinado o cumprimento de medida de internação.

Na categoria aspectos meritórios, foi analisada a espécie de ato infracional, supostamente, praticado. Confirmando as expectativas, 50 processos, 92,60%, corresponderam à apuração de ato infracional análogo ao de roubo. Houve ainda condenação por ato infracional análogo ao tráfico, homicídio, homicídio cominado com lesão corporal e estupro cominado com lesão corporal, 1 processo, 1,85%, de cada.

Analisando a fundamentação individualizada dos processo, percebeu-se a existência de padrões na fundamentação que foram agrupados nas categorias questões objetivas, fundamentações sedimentadas na gravidade do ato praticado e na (in)existência de previsão legal de acordo com o art. 122 do ECA. Todos os processos contaram com essa fundamentação; questões subjetivas, considerando assim os julgamentos em que as circunstâncias pessoais do adolescente foram analisadas pelo magistrado, apenas 16 processos, 29,63%, contaram com argumentação neste sentido e questões principiológicas, decisões que foram baseadas em princípios da Constituição Federal ou do Estatuto da Criança e Adolescente, apenas 6 processos, 11,11%, contaram com essa fundamentação.

Após a catalogação dos dados, com o intuito de construir um padrão na fundamentação utilizada nas decisões, bem como de analisar como tem funcionado a responsabilização penal para os adolescentes infratores na cidade de Aracaju, optou-se por selecionar sentenças paradigmáticas, analisando-as detalhadamente.

3.1 Não configuração das hipóteses do art. 122

Em todas as decisões foi analisada a adequação ao rol taxativo presente no artigo 122 do ECA. No entanto, é possível observar equívoco em pelo menos um dos processos. Também será objeto de análise decisão que determinou internação em caso de tráfico de drogas.

O primeiro processo refere-se ao crime de tentativa de estupro cominado com lesão corporal. Inicialmente, cumpre registrar que o menor infrator foi absolvido do suposto ato infracional análogo à tentativa de estupro, pois não houve comprovação de sua materialidade. Porém, foi condenado pelo crime de lesão corporal mesmo sem a existência de laudo pericial atestando a existência ou gravidade das supostas lesões. A fundamentação se deu a partir de prova, exclusivamente, testemunhal.

O delito de lesão corporal leve não autoriza medida de internação, pois tal delito é considerado de menor potencial ofensivo, tramitando pelo rito previsto na lei

9.099/95 que possui como objetivo, art. 62, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não aplicação de medida privativa de liberdade. Dessa forma, vedada a medida socioeducativa extrema, sendo que não houve comprovação do tipo de lesão corporal praticada, ainda que a violência seja elementar do tipo penal.

Fazendo uma leitura isolada do art. 122 do ECA pode parecer possível a condenação à internação com base nas hipóteses ali delimitadas. No entanto, é vedado que o tratamento dado ao adolescente seja mais gravoso do que o dispensado ao adulto conforme o art.54 das Diretrizes de Riad.⁷

Também não é cabível interpretação extensiva em prejuízo do acusado, seja adolescente ou adulto. Em respeito ao princípio da legalidade, dele decorrendo os princípios da taxatividade e reserva legal, só é possível aplicar penas de acordo com a lei em sentido estrito. Nem mesmo os princípios podem ser manejados de forma a abranger rol sancionatório já existente. De acordo com Shecaira (2015, p.143-147), o arbítrio na escolha de critérios interpretativos resulta, na prática, na negação do princípio da legalidade.

O segundo caso analisado refere-se a ato infracional análogo ao tráfico de drogas. O magistrado entendeu que o adolescente deveria responder à medida de internação, pois estaria configurada a reiteração de atos infracionais, inciso II do art. 122.

O STJ definiu que para o preenchimento do conceito de reiteração é necessário a autoria de três atos infracionais precedentes e graves, o que não foi observado nesta decisão. Dessa forma, não estando configurada a reiteração, não poderia ter sido aplicada medida de internação, já que ausente a violência e rechaçada a aplicação de internação baseada na gravidade em abstrato ou em sua natureza hedionda nos crimes de tráfico de drogas.⁸

⁷ Com o objetivo de se impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e a 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 delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem (BRASIL, 1990).

⁸ INFORMATIVO Nº 0445, período de 30 de agosto a 3 de setembro de 2010.

ECA. TRÁFICO. INTERNAÇÃO. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, apesar de sua natureza eminentemente hedionda, não enseja, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação, já que essa conduta não revela violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122 do ECA). No caso, apesar de não estar justificada a internação, nos autos há suficientes elementos para a aplicação da medida de semiliberdade. Precedentes citados: HC 148.791-RJ, DJe 26/4/2010, e HC 136.253-SP, DJe 13/10/2009. HC 165.704-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/9/2010.

SÚMULA n. 492. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 8/8/2012.

Saliento que a fundamentação baseou a escolha da medida extrema nos incisos I e II do artigo 122 do ECA, já o dispositivo citou apenas o inciso I do mesmo artigo. O que configura um erro técnico e confunde as partes sobre a motivação que levou o magistrado a aplicar a internação.

De acordo com o *Habeas Corpus* 54.787 (SHECAIRA, 2015, p. 232), rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 20.11.2006: “III- A reiteração no cometimento de infração capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa da internação, a teor do art. 122, II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves”.

Assim, apesar dos vários processos em andamento, há uma falha na fundamentação disposta na sentença, visto que o magistrado optou por não explicitar a gravidade e precedência das condutas praticadas pelo adolescente com a finalidade de deixar clara a configuração da reiteração, bem como alguns dos crimes ali mencionados não atendem ao critério de gravidade.

Como o conceito de reiteração não está presente na legislação, é necessário explicitar de forma pormenorizada o motivo pelo qual se entendeu sua configuração, assim as partes e a sociedade podem realizar o controle da fundamentação utilizada, bem como impugná-la caso ache necessário.

3.2 Determinação de internação para o “menor em situação de risco”

A decisão escolhida para análise versa sobre ato infracional análogo ao crime de roubo. Ainda que houvesse motivos autorizadores da imposição da medida de internação no caso em análise, a fundamentação baseada na situação de risco é um evidente retrocesso assemelhando-se a “superada” doutrina da situação irregular.

Hodiernamente, registre-se a taxatividade das hipóteses presentes no art. 122, do ECA. Sob essa perspectiva, não é possível abranger as situações em que o adolescente se encontra em situação de risco.⁹ Possuindo um sistema secundário de proteção aos jovens em situação de risco, previsto no art. 101 do Estatuto, não há como

⁹ Se o sistema é protetor. Se todos os atores processuais e administrativos buscam o “melhor interesse” do adolescente. Se as medidas sócio-educativa são um bem para o adolescente. Se ao impor uma medida sócio-educativa está-se realizando um dever relativamente ao direito à educação, não há necessidade de grandes e profundas justificativas. Basta aludir ao “superior interesse” do menino que precisa ser educado. Educação por meio dos benefícios da liberdade assistida, da prestação de serviços à comunidade, da internação é óbvio. (AMARAL E SILVA, 2002, p. 9/11).

justificar a imposição de medida socioeducativa de internação nos casos de envolvimento do adolescente com drogas ou com problemas familiares.

A chamada “doutrina da proteção irregular” persistirá enquanto os magistrados concentrarem a aplicação da lei tão-somente o caráter pedagógico, esquecendo que, substancialmente, sendo respostas a condutas reprovadas, as medidas possuem caráter retributivo, interferindo na liberdade, na autodeterminação e, até, na intimidade das pessoas.

Amaral e Silva (2002, p. 10/11) aduz que quando se utiliza da argumentação de que o sistema é “educacional”, este passa a ser limitador de direitos fundamentais. A “proteção” reveste-se de falácia que abre margem para não observação na certeza da autoria, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

3.3 Presunção de inocência: imediato cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença

Um aspecto bastante relevante da pesquisa foi a decretação, em todos os processos, do imediato cumprimento da internação, conseqüentemente, a negativa de apelar em liberdade. A fundamentação foi idêntica em todos os casos.

Os fundamentos utilizados são sempre a importância do imediato cumprimento da medida a fim de demonstrar eficácia do sistema judiciário e neutralizar a sensação de impunidade da sociedade, a gravidade do ato e sua repercussão social, bem como a garantia da segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública.

Inicialmente, importante ressaltar que a etapa atual do direito da criança é definida como garantista por assegurar aos adolescentes as regras processuais que os adultos gozam, além das previstas em lei específica. (CALDERONI, 2010, p. 21). A partir da doutrina da proteção integral, o dever estatal deve ser, primordialmente, o de atender ao interesse da criança e adolescente e não o de responder aos anseios sociais.

Sobre a suposta proteção ao adolescente, vemos uma confusão entre a função da prisão cautelar e os verdadeiros instrumentos de proteção, quais sejam, as medidas protetivas.¹⁰ O Estatuto prioriza a aplicação de medidas que fortaleçam os vínculos

¹⁰ Assim, absolutamente descabida qualquer tentativa de associar o cumprimento da internação provisória com antecipação de pena. Aliás, diga-se o óbvio, a internação provisória é medida cautelar, aproximando-se da prisão preventiva dos adultos, devendo ser aplicada e durar tão somente nas hipóteses em que “demonstrada a necessidade imperiosa da medida” (art. 108 do ECA), sendo que, em aproximação com a cautelar empregada para os adultos, tal necessidade imperiosa se verifica do

familiares e comunitários, sendo o cumprimento imediato, em todos os processos que decretaram medida de internação, uma ofensa as determinações legais que excepcionam a privação de liberdade.

Ademais, há uma falha a fundamentação das decisões, sendo que todas as sentenças possuem as mesmas considerações ao decretar o cumprimento imediato da internação, não há adequação ao caso concreto. Independentemente, da primariedade e das características do ato praticado ou das condições pessoais do adolescente.

Segundo entendimento de Giancarlo Vay (2015, p.196), em decorrência do princípio do *in dubio pro reo*, é preferível deixar de aplicar medida socioeducativa e resguardar a liberdade do adolescente, a prejudicá-lo com cumprimento antecipado de uma sentença que aplicou medida socioeducativa indevidamente.

Saliente-se que as consequências do cárcere para o adolescente são extremamente gravosas. Assim, a imposição, em todos os casos, de cumprimento imediato da decisão resulta em cumprimento antecipado da sentença afrontando o princípio da presunção de inocência. Sendo assim, além da simples citação dos artigos pertinentes à matéria, o magistrado deve fundamentar a existência de um dos critérios presentes no art. 174 do ECA em relação ao caso concreto, a fim de justificar o cumprimento imediato da medida. É entendimento sedimentado pelo STF¹¹ que a prisão antes do trânsito em julgado possui natureza cautelar e deve cumprir os requisitos presentes no art. 312 do CPP.

A internação provisória, de natureza cautelar, está prevista no art. 108 do Estatuto, decorre de decisão fundamentada e deve estar baseada em indícios suficientes de autoria e materialidade, sendo demonstrada a necessidade imperiosa da medida. Também devem ser respeitados os requisitos da legislação processual penal adulta, pode-se concluir que a intenção do legislador foi de que as hipóteses de privação de liberdade, especialmente a provisória, deveriam caracterizar-se como

preenchimento dos requisitos dos arts. 313 e 312 do CPP, bem como de seu art. 319, sob pena de se conferir tratamento mais severo ao adolescente do que ao adulto. (VAY, 2015, p. 198).

¹¹ [...] A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. [...] A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, [...] O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. (HC 80719, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143).

exceção, prevalecendo como regra que o adolescente tem direito a responder em liberdade ao processo de apuração do ato infracional supostamente cometido. (COSTA, 2005, p. 108-109).

3.4 Internação e “Efeito curativo”

Em quase todos os casos, o juízo afirmou que a internação, funcionando como um tratamento, possui o poder de “curar” o adolescente.¹²

O posicionamento declinado pelo juízo remonta o pensamento criminológico da escola positivista. A doutrina positivista faz parte da escola etiológica que se preocupa em identificar o criminoso distinguindo entre o delinquente e o não delinquente. O homem delinquente era tratado como indivíduo diferenciado dentre os demais da sociedade.

Um dos principais defensores dessa corrente criminológica foi César Lombroso que desenvolveu a teoria do “delinquente nato”. Com base no determinismo biológico, para o autor o delinquente possui estigmas que possibilitam perceber degenerações comportamentais, psíquicas e sociais, as quais são transmissíveis hereditariamente. Essa corrente buscava explicar através da biologia os fatores diferenciais causadores do comportamento delitivo, visto como uma patologia. (YOSHIDA, p.158-159).

Pelas explicitações, observamos uma forte influência da corrente positivista, pois o magistrado ao afirmar que a medida de internação é capaz de “curar o adolescente” assume necessariamente que este sofre de algum tipo de patologia, ainda que não seja física, uma suposta patologia social.

Reginato e Alves (2014, p. 145) afirmam a predominância do positivismo no discurso jurídico-penal, pois ignora-se o delito como conceito jurídico encarando-o como realidade natural, retomando-se a ideia da existência de criminosos natos perigosos: biológica, psíquica ou materialmente determinados.

Também é possível aproximar a fundamentação contida na sentença ao correccionalismo espanhol. Esta corrente doutrinária visa auxiliar o criminoso, pois este estaria “débil de corpo e de espírito, de forma que necessita, não de castigo, mas

¹² Convém salientar que a medida socioeducativa tem a finalidade de proporcionar o tratamento do adolescente, apresentando um efeito curativo, instituído ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar uma assistência reabilitadora.” (Processo nº 201711700784, 17ª Vara Cível de Aracaju, Tribunal de Justiça de Sergipe, julgado em 22/08/2017).

de fortalecimento e de ajuda”. Não seria necessário nem mesmo qualquer aplicação de prazo, persistindo a medida até a cura do indivíduo (MORAIS, 2014, p.n.)

Conforme sustenta Baratta, tudo que acontece dentro do cárcere, como cerimônias de degradação desde o começo da prisão, nas quais o preso é despojado de todos os símbolos exteriores e da própria autonomia, desde o uniforme aos objetos pessoais, se opõe à ideologia de tratamento, pois, além disso, a educação se baseia no sentimento de liberdade e de espontaneidade, enquanto a vida no cárcere, na repressão e na uniformidade.

Segundo a teoria do *labelling approach*, o encarceramento produz etiquetamento social e induz o adolescente a novas formas de desvio perpetuando a etiqueta atribuída, o que impossibilita uma mudança. A carga de estigmatização faz com que as pessoas se distanciem dos “contaminados” pelo contato com o instituto total, formando um círculo vicioso, fomentando a manutenção do sistema.

Evidente que a utilização como fundamento de um suposto “efeito curativo” exercido pela internação não é aceitável e nem suficiente para decretação de restrição de liberdade, principalmente, quando o período recluso traz mais “danos do que benefícios, razão pela não cabe falar em terapêutica penal” (MORAIS, 2014, p.n.). Dependendo do tempo de duração da pena, há uma verdadeira desorganização da personalidade.

3.5 Inaplicabilidade dos princípios presentes na Constituição e no ECA

Apesar da natureza iminente principiológica do Estatuto, estatisticamente, observamos que somente 11,12% das decisões citaram expressamente algum dos princípios disciplinados na Constituição Federal e no ECA. Ainda, quando o fizeram, foi de forma insuficiente considerando a natureza grave da medida socioeducativa de internação.

Ressaltem-se as palavras de Reginato e Alves (2014, p. 144), os quais afirmam que, ainda quando obedecidas as garantias processuais, existe uma violência que transparece nas falas e omissões dos atores do sistema e nas decisões judiciais que acabam por naturalizar a ideia de que há, por parte do Estado, uma obrigação indeclinável de punir, e punir de uma forma exemplar. Frise-se também a ideia de que o subsistema judicial, através de um discurso jurídico-penal, legitima não apenas suas

ações, mas também, em termos políticos, todo o direito criminal. Como já discutido no presente trabalho, é inegável a natureza punitiva da internação.

3.6 Condenação baseada na confissão

A maior parte dos processos analisados, possuem como prova principal a prova testemunhal, a qual se restringe em inúmeros casos a palavra da vítima, a confissão do adolescente e/ou testemunho do policial militar que realizou a condução do adolescente à delegacia e que, muitas vezes, nem presenciou os fatos.

O superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento sobre o assunto através do enunciado de súmula nº 342. Afirmou que, no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente. Pois, não são raras as ocorrências de “confissões” que não traduzem os elementos volitivo e cognoscitivo dos interrogados interrogandos. Respondem, quando interrogados, afirmativamente à imputação, levados muitas vezes pela mais completa ignorância do significado do conteúdo posto na indagação, notadamente o termo “imputação”, que pode parecer obscenidade para o interiorano brasileiro (SIQUEIRA, 2004, p. 23).

O código de processo penal defende a objetividade do relato testemunhal em seu art. 213. No entanto, Aury Lopes Jr. (2016, p. 491-496) se vale do questionamento de que a objetividade ao proferir testemunho não passaria de mera ilusão. Ora, as impressões a respeito dos fatos dependem da estrutura sensorial de cada indivíduo e da reação a estímulos espontâneos e forçados, não sendo possível uma separação completa entre o relato e a apreciação pessoal do autor.

No entanto, ainda que mediante a problemática pertinente a utilização da prova testemunhal, o Ministério Público entendeu como suficiente a prova testemunhal colhida, a qual se restringiu a confissão do adolescente e testemunho de um dos policiais que não presenciou o fato tendo solicitado desistência da oitiva da vítima que foi deferida pelo magistrado.

3.7 Ausência de autoria

Neste caso, ocorreu erro flagrante quanto a comprovação da autoria. O adolescente foi acusado pela prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio

e tentativa de homicídio. As vítimas foram alvejadas por disparos de arma de fogo, vindo uma das vítimas à óbito e outra restando gravemente lesionada.

A vítima sobrevivente não viu quem realizou os disparos. Nenhuma das pessoas que estavam presentes no momento prestaram depoimento. Sendo a seguinte informação a única sobre a autoria: a esposa da vítima que foi a óbito afirmou que o marido apontou o adolescente acusado, em uma fotografia, como autor dos disparos. Entretanto, o mesmo estava muito debilitado e o fez através de sinais. Já a vítima lesionada relatou: “quando os agentes começaram a atirar minha vista escureceu, eu não vi mais nada.”

Ainda que extremamente frágil a comprovação da autoria, frise-se a negativa do adolescente sobre a prática do ato infracional aliado a falta de testemunhas ou outros tipos de provas, o suposto infrator foi condenado a medida extrema pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

Ademais, não houve qualquer menção à princípios estatutários, excepcionalidade e brevidade, a despeito da aplicação da medida privativa de liberdade em seu tempo máximo, 3 (três) anos. Também não houve menção a qualquer característica pessoal do adolescente.¹³

Ainda sobre a comprovação da autoria, o juízo, em algumas decisões, transferiu ao adolescente o ônus de comprovar que não cometeu o ato, situação que não se verifica na justiça penal de adultos, pois na sistemática acusatória cabe ao representante do Ministério Público comprovar que o acusado cometeu o ato a ele imputado (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 43-45).

Vemos que a partir da representação o magistrado tem como certa a participação do adolescente. A “proteção”, o “superior interesse”, o “bem-estar da criança e do adolescente”, a “reeducação”, a “ressocialização” justificam tudo. (SILVA, 2002, p. 8).

¹³ [...] a decisão judicial de um Processo Penal, que tenha como pressuposto a legalidade, deve expressar a humildade e a consciência por parte do juiz de suas limitações. Tais limitações devem buscar suprir-se na verdade processualmente produzida, a partir do método do contraditório, sendo que a única discricionariedade que encontra legitimidade é aquela que diante da dúvida natural de convicção, respeite o princípio *in dubio pro reo*, ou seja, dirija-se a reduzir a intervenção penal em favor do imputado (COSTA, 2005, p, 158).

Considerações Finais

O estudo qualitativo jurisprudencial evidenciou uma propensão do juízo, nos casos de adolescentes envolvidos com drogas ou com famílias estruturadas de formas diversas do socialmente aceito, em relativizar direitos e garantias e aplicar, em nome da proteção, a medida socioeducativa de internação.

A supervalorização do aspecto pedagógico funciona como elemento determinante na fundamentação das sentenças. Incorre-se na ausência de análise criminológica acerca do estigma de infrator e do caráter aflitivo ao qual os adolescentes são impostos e atribui-se à medida efeito extremamente benéfico.

Sobressaem-se nos casos examinados, a situação pessoal do adolescente como fundamento para a restrição de sua liberdade, configurando ofensa ao princípio da estrita legalidade intrínseco às medidas de caráter sancionatório-repressivo.

As conclusões reforçam o argumento levantado por Raupp (2015, p.186) de que as teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, denunciação, ressocialização prisional) funcionam como os “vocabulários de motivos” dominantes nas decisões da justiça criminal sobre a sanção penal e seu uso significa que ele foi escolhido porque ele é o vocabulário “aceito” ou “institucionalizado” na tomada de decisões sobre a pena. O vocabulário de motivos é uma justificativa de conveniência pré-aceita para uma determinada situação. Eles possuem um potencial de legitimação, o que se verifica através da ampla aceitação da opinião pública no tocante ao encarceramento crescente de adolescentes.

Por fim, não é possível observar nas decisões uma análise individualizada para a decretação da medida socioeducativa aos adolescentes. Em geral, a individualização das medidas socioeducativas não segue critérios objetivos mínimos que já são reconhecidos na justiça penal de adultos e também constam da legislação nacional e internacional. Para a maioria dos casos estudados, o envolvimento com drogas e famílias consideradas problemáticas e pouco estruturadas conduziram à certa relativização a direitos e garantias processuais, em nome da proteção atribuída à medida socioeducativa de internação.

Referências

CALDERONI, Vivian. Adolescentes em conflito com a lei: considerações críticas sobre

a medida de internação. Revista Liberdades, São Paulo, n. 5, p. 19-53., set./dez. 2010. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=90722>. Acesso em: 16 abr. 2018.

COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o Direito Penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2016.

MORAIS, Renato Watanabe de. Ressonâncias do discurso de Dorado Montero no direito penal brasileiro. Revista Liberdades, São Paulo, outras edições. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/z/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=215>. Acesso em: 10 de maio 2018.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque; ALVES, Robson Cosme de Jesus. O EMENTÁRIO JURISPRUDENCIAL COMO FONTE DE PESQUISA: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do habeas corpus em Sergipe (1996-2000)”. Revista de Estudos Empíricos em Direito, Brasília, vol. 1, n. 1, p. 140-153, 2014.

RAUPP, Mariana. As Pesquisas sobre "Sentencing: Disparidade, punição e vocabulários de motivos. Revista de Estudos Empíricos em Direito. vol. 2, n. 2, jan 2015, p. 174-191, 2015.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional. 3ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente com conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2013. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22840637/adolescente-em-conflito-com-a-l---saraiva-joao-batista-da-costa--livro-muito-bom>>. Acesso em 25/10/2017, 16h12min.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil. 2ª edição. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. A proteção como pretexto para o controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da situação irregular. Revista do ILANUD, San José de Costa Rica, n. 20, p. 7-15., 2002. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=45892>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de et al. Confissão: objeto e conceito - processo penal na perspectiva do tipo penal. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p. 18-30., jun./jul. 2004. Disponível em:

<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=48542>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista, *Direito Penal de Adolescentes, Elementos para uma teoria garantista*. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2013.

TAGLE, Fernando Tenorio. Exclusión y sistema penal en la condición pós-moderna. *Revista de Ciencias Sociales*. Volume I, núm. 18/19, p. 177-182, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/DelitoYSociedad/article/view/5397/8087>>.

VAY, Giancarlo Silkunas. A regra de tratamento de inocência antes do trânsito em julgado de sentença condenatória na seara da infância e juventude e a execução provisória da medida socioeducativa. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 20, p. 188-203., set./dez. 2015. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/index135148>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

18. JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL: CAMINHOS PARA A TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-18>

Karyna Batista Sposato¹

Marcelo Oliveira do Nascimento²

INTRODUÇÃO

Boa parte do senso comum acredita que apenas o recrudescimento do Direito Penal, bem como a redução da idade penal, para que o adolescente maior de 16 (dezesesseis) anos possa responder como adulto, poderá resolver parte dos problemas da criminalidade no Brasil. Entretanto, algumas correntes mais críticas do Direito Penal, com influência no abolicionismo, defendem com argumentos plausíveis, que essa não é a melhor maneira de resolver o problema. Neste contexto, a justiça restaurativa surge com a difícil missão de ser uma verdadeira alternativa ao modelo penal retributivo, inaugurando um novo paradigma a ser consolidado.

Neste caminho, o presente capítulo tem o fito de analisar a justiça restaurativa como o meio mais adequado ao tratamento de situações envolvendo adolescentes em conflito com a lei no ordenamento jurídico brasileiro, pontuando questões importantes como a condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, a abordagem da racionalidade penal moderna e seu paradigma retributivo, além de problematizar os principais pontos no tocante ao tema, trazendo à baila suas perspectivas e conceitos. Desta forma, cuidaremos de discorrer se a justiça restaurativa é realmente o melhor caminho para solucionar conflitos que envolvam o cometimento de atos infracionais por adolescentes. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica como fonte principal da pesquisa, sustentando-se na

¹ Professora Adjunta do Curso de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Desigualde(s) e Direitos Fundamentais.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe –UFS (2019), Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade de Sergipe (2018), Graduado em Direito pela Faculdade de Sergipe (2015)

revisão do conteúdo doutrinário através dos principais autores que versam sobre o tema.

Na primeira parte do trabalho será possível compreender alguns conceitos acerca do tratamento dado as crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos e como se opera a responsabilização desses indivíduos, explanando-se o conceito de ato infracional e as nuances em torno da sua aplicação. Também será discutido como a doutrina da proteção integral e a constitucionalização do Direito se apresentam frente ao Direito da Criança e do Adolescente e como repercutem na responsabilização penal.

Em relação ao tópico, será debatido o tema da racionalidade moderna e a crise atual do seu paradigma, analisando-se o porquê do modelo de ciência dominante (racionalidade científica moderna) estar em crise e necessitar ser substituído por um outro paradigma para a continuidade da existência humana. Por fim, no terceiro tópico, a problemática abordada percorrerá os conceitos e bases filosóficas da justiça restaurativa, justiça retributiva e quais os caminhos para a transformação de conflitos.

1 CRIANÇA E ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS, RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL E O CONCEITO DE ATO INFRACIONAL

1.1 Criança e adolescente como sujeitos de direitos e a doutrina da proteção integral

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, houve drástica mudança de concepção acerca das crianças e adolescentes no Brasil, que passaram a ser vistas como sujeitos de direitos, sendo protegidas pela doutrina da proteção integral. A criação do ECA representa um novo paradigma para a construção de políticas públicas voltadas para a infância e a adolescência, haja vista a condição peculiar dos indivíduos que percorrem essa fase da vida.

A Constituição Federal de 1988 possui uma atenção especial com criança e com o adolescente em seu artigo 227, destacando que é dever da família, da sociedade e do Estado – tripé de responsabilidades – 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.

Todo o arcabouço de proteções insculpidas no ECA ganham maior importância quando se remete à constitucionalização do direito da criança e do adolescente no Brasil, isto porque esta é operada pela Constituição Federal de 1988, que adota de forma clara e taxativa um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (SPOSATO, 2015, P 167).

Conforme Virgílio Afonso da Silva (2014, p 49), a constitucionalização do Direito “recoloca a Constituição como inegável norma de referência do ordenamento jurídico. Nesse sentido, o eixo essencial da ordem jurídica deixa de ser a lei e passa a ser a Constituição.” Esse fato é capaz de unificar a ordem jurídica, fazendo com que o texto constitucional se torne fundamento comum dos ramos do Direito, relativizando a ideia de Direito Público e Direito Privado, além de, conseqüentemente, ocasionar a simplificação da ordem jurídica (SILVA, 2014).

Sob a luz da constitucionalização do Direito, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece os menores de dezoito anos como sujeitos de direitos próprios e protegidos pelo do Princípio da Proteção Integral, que reconhece direitos da criança e do adolescente como especiais e específicos, além de outros pertinentes a qualquer ser humano.

Acerca desse princípio, Luís Fernando de França Romão destaca uma mudança de paradigma e da forma de pensar o Direito da criança e do adolescente no Brasil, tornando-os sujeitos de direito, e não mais indivíduos em situação irregular:

A inovação característica desse momento, portanto, é a pretensão da proteção ser integral, isto é, não bastam mais medidas protetivas, estas devem ser de ordem integral, buscando contemplar todas as crianças e adolescentes e não destinando uma normativa a um determinado grupo conforme a classe social (“menores em situação irregular). Crianças e adolescentes não são mais objetos de intervenção, mas titulares de direitos, na condição de pessoas em peculiar desenvolvimento integral, tendo, pois, o Estatuto da Criança e do Adolescente sintetizado o pensamento do legislador constitucional, bem como contemplado os preceitos dos diplomas internacionais e de proteção aos direitos humanos de crianças e adolescentes (ROMÃO, 2016, P 89).

Assim, crianças e adolescentes, devido a sua condição peculiar de desenvolvimento, recebem do ordenamento jurídico brasileiro uma proteção integral e são classificados como sujeitos de direitos, que também possuem obrigações.

O Princípio da Proteção Integral constrói uma nova visão acerca do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil e no modo de utilização da hermenêutica constitucional no tocante ao tema, isto porque o fenômeno da constitucionalização do direito confere um status constitucional a esses direitos, fazendo com que a hermenêutica sempre utilize como parâmetro os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio da prioridade absoluta, corolário ao da proteção integral, gera reflexos em todo o ordenamento jurídico, devendo a interpretação jurídica ser pautada no artigo 227 da Constituição Federal, haja vista que a criança e o adolescente têm prioridade absoluta em seus cuidados. O outro princípio, o do melhor interesse da criança e do adolescente, atua como balizador de condutas e decisões normativas, pois garante ao menor de dezoito anos que todas as ações devam ser praticadas levando-se em consideração sempre o que é melhor para a criança e para o adolescente.

Os Direitos das crianças e adolescentes devem sempre coadunar com as normas constitucionais (SPOSATO, 2015) estabelecendo assim uma importante conexão através da constitucionalização do Direito, que reconhece a Proteção Integral como um importante princípio – doutrina – que visa proteger crianças e adolescentes em decorrência de sua condição peculiar de desenvolvimento.

1.2 Perspectivas da responsabilização penal juvenil no Brasil e ato infracional

Ao se analisar a responsabilização penal juvenil no Brasil, deve ser levada em consideração o que preceitua as normas positivadas no ordenamento jurídico. Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto o Código Penal e o Estatuto da Criança e do adolescente preveem que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e estão sujeitos às normas da legislação especial. Neste sentido, observa-se que a inimputabilidade dos menores de dezoito anos no Brasil está baseada em aspectos puramente etários.

A Doutrina da Proteção Integral, salvaguardada pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, inclui a proteção de crianças e adolescentes em conflito com a lei,

dando-lhes responsabilização e tratamento compatíveis com sua condição peculiar de desenvolvimento psíquico e físico³. Por isso, a responsabilização penal no Brasil se inicia aos 12 anos de idade.

Importante esclarecer também que a inimputabilidade penal de menores de dezoito anos de idade não significa falta de responsabilização pessoal ou social, haja vista que o ECA prevê a aplicação de medidas socioeducativas para os indivíduos que praticarem condutas compatíveis com os crimes previstos no Código Penal, a partir dos 12 anos de vida. Ou seja, o fato de o adolescente não ser responsabilizado conforme as sanções elencadas no Código Penal brasileiro não significa que seus atos passem despercebidos, tampouco que não haja responsabilização individual e social. Acerca do tema, destaque-se:

Ora, o adolescente – pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade –, quando autor de conduta contrária à lei penal, deverá responder a um procedimento de apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovadas a autoria e a materialidade do ato, de aplicação de uma medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança (pessoa até doze anos de idade incompletos), ao praticar ato contrário à lei penal, ficará sujeita à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido Estatuto, e conforme a necessidade, porém sem sua submissão a processo de apuração de responsabilidade (SPOSATO, p. 55, 2013).

Entrementes, por mais que as medidas (de proteção ou socioeducativas) impostas à criança e ao adolescente possuam uma finalidade pedagógica, e que considere sua condição peculiar de desenvolvimento, ainda se amoldam ao paradigma retributivo de responsabilização da justiça.

O ECA considera, em seu artigo 103, que o adolescente que pratica conduta descrita como crime ou contravenção penal comete um ato infracional. Apesar de não responder perante o Código Penal, é estendido ao adolescente infrator todas as

³ A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990) define criança como todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade. Contudo, o Brasil decidiu estabelecer uma divisão, puramente etária, entre criança e adolescente. Para o ECA, criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Para a legislação brasileira, conceitualmente, criança e adolescente possuem significados distintos em decorrência de cada fase de desenvolvimento mental e físico que possuem. Neste sentido, o ECA tratou de diferenciar criança e adolescente para melhor resguardar seus direitos e garantias conforme as diferentes etapas de vida do indivíduo.

garantias penais e processuais decorrentes do princípio da legalidade. Ainda, é dado ao adolescente o direito ao contraditório e à ampla defesa, ambos corolários do devido processo legal.

Mário Volpi (2008) destaca a importância de se estabelecer, mesmo que em procedimento especial, a igualdade na relação processual para garantir que o adolescente possa, dentre outros atos processuais, confrontar-se com vítimas e testemunhas, além de poder produzir todas as provas cabais na sustentação da sua defesa, que não pode ser relativizada para prejudicá-lo. Além disso, é assegurado ao adolescente a assistência judiciária gratuita e integral (aos que necessitarem), bem como a necessidade de que a defesa técnica se faça por um advogado habilitado. Tudo isso, para Volpi (2008), representa a garantia de um processo mais justo e imparcial.

Sposato (2013) elucida que o ato infracional se condiciona à existência de hipóteses legais absolutamente aptas a engendrar um procedimento penal contra um adulto. Assim, é possível chegar à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a técnica de tipificação delegada. É dizer, tudo aquilo que é considerado crime ou contravenção penal para um adulto, é considerado ato infracional para um adolescente. Ou seja, o ato praticado pelo adolescente somente pode ser considerado como um ato infracional se possuir os mesmos aspectos conceituais de uma infração penal, seja ela crime ou contravenção. Portanto, não é admitido no Brasil uma imposição de medida socioeducativa sem que haja uma previsão legal de crime ou contravenção penal.

Em seu artigo 112, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a advertência, obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional como medidas socioeducativas para o adolescente que pratica ato infracional, sob o fundamento de que buscam prevenir delitos e corrigir a conduta do adolescente infrator (BARBOSA e SOUZA, 2013).

O caráter dessas medidas denota que elas estão alinhadas tanto aos paradigmas retributivos, como por exemplo, a medida de semiliberdade, quanto aos paradigmas restaurativos, a saber, a obrigação de reparar o dano. Sobre a função das medidas socioeducativas, assim dispõe Mário Volpi:

“A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento coloca os agentes envolvidos na operacionalização das medidas socioeducativas a missão de proteger, no sentido de garantir o conjunto de direitos e educar oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Assim, é responsabilidade do Estado, da sociedade e da família garantir o desenvolvimento integral da criança e do adolescente. As medidas socioeducativas constituem-se em condição especial de acesso a todos os direitos sociais, políticos e civis (VOLPI, p. 14).

É importante que se efetive a real intenção da medida socioeducativa, conforme os ensinamentos de Volpi, pois, por sua condição peculiar, crianças e adolescentes tem sido constantemente expostos aos mais variados tipos de violência, perpetrada por diversos atores, seja pela própria família, pelo Estado ou pela sociedade em geral, que deveriam protegê-los e não violar seus direitos.

2A CRISE DO PARADIGMA DOMINANTE NA MODERNIDADE

Desde os primórdios da humanidade, logo quando o homem tomou consciência de si e do outro, um tema tem intrigado os seres humanos: o conhecimento. Para Karl Popper (2004), o conhecimento humano é um dos maiores milagres do universo graças à linguagem e à forma como o homem passou a encará-lo ao longo dos séculos: como sujeito e objeto científico, e não mais como parte do ser humano.

Conforme Boaventura de Sousa Santos (2008), todo conhecimento científico é socialmente construído através das relações entre o homem e o meio em que vive, sendo, ainda, produzido por poucos e inacessível à maioria. Neste sentido, a Ciência perde força no que deveria ser uma das suas principais funções, que é a redução das desigualdades sociais e a melhoria de vida dos seres vivos enquanto existirem no universo.

Crítico do modo como se propõe ciência na modernidade, Boaventura enxerga a nova racionalidade científica como um modelo global e “totalitário, na medida que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não são pautadas pelos princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas” (SANTOS, 2008, p. 21). É assim que a ciência moderna desconfia sistematicamente das evidências da nossa experiência imediata e propõe soluções através de métodos próprios, desconsiderando aquilo que estiver distante desse padrão científico-metodológico moderno.

Em se tratando da modernidade, Habermas (2000), compreende que a modernidade expressa a ideia de início do esperado futuro, indicando também uma época aberta ao novo que está por vir. Conforme essa concepção, o tempo (passado-futuro) se torna um recurso escasso para resolver os problemas da sociedade. O mundo moderno, neste sentido, é um mundo que se abre ao futuro, distinguindo assim a modernidade dos demais períodos, caracterizados por se fecharem ao futuro. Na modernidade, a história se repete e se reproduz, gerando o novo a partir de si mesma, o que nos faz compreender a sua consciência histórica e a sensação da existência de um tempo mais antigo e mais recente (moderno) a partir dela.

Touraine (1994) acompanha Habermas e define a modernidade com a afirmação de que “o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade regulada pela lei e a vida pessoal” (TOURAINÉ, 1994, p. 9).

O conhecimento científico na modernidade se apresenta através de uma natureza teórica causal, que aspira à formulação de leis, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos. Na ciência moderna, a preocupação é a de saber como funcionam as coisas e qual o agente ou o fim delas, o que leva a um rigor científico matemático que quantifica e desqualifica os objetos de estudo.

Nesta empreitada de criar métodos infalíveis, a ciência ganhou rigor e perdeu capacidade de autorregulação. A industrialização da ciência e seu compromisso com os centros do poder econômico e político levaram a ciência a um caminho diverso do qual ela inicialmente se propôs. Por isso, se faz necessário, que o conhecimento volte a ser uma aventura encantada, e não uma caminhada guiada através de uma única receita (SANTOS, 2008).

Constituído a partir da revolução científica do século XVI, o modelo de ciência dominante representa a racionalidade científica, desenvolvendo-se, em primeiro lugar, com base nas ciências naturais. No tocante à ciência jurídica penal, a racionalidade criminal moderna se impõe como uma nova forma de pensar o Direito Penal após o século XVIII, sendo responsável pelo formato em que se mantém o Direito Penal atual, bem como suas formas de punição. Acerca da racionalidade penal moderna, assim dispõe Álvaro Pires:

La rationalité pénale moderne est une manière de penser et de construire le droit pénal qui prendra une forme systémique autonome entre la seconde moitié du xviii^e siècle et le tournant du xix^e siècle. Elle est un système social d'un genre particulier, c'est-à-dire un réseau de sens ayant une unité propre sur le plan du savoir et influant sur notre façon de construire, voir et justifier une institution spécifique, en l'occurrence le droit pénal moderne. Elle possède la capacité de naturaliser la structure normative des lois pénales et ses pratiques institutionnelles. C'est quand nous essayons de penser le système pénal autrement que nous prenons conscience de l'emprise de ce système sur notre façon de voir les choses (PIRES, 2001).

A partir do final do século XX intensificaram-se as críticas tanto à racionalidade científica moderna no geral, quanto à racionalidade penal moderna. Modelos que antes se apresentavam como caminhos para as soluções dos problemas da humanidade passam a ser duramente contestados em razão do seu fracasso aparente. Assim, Boaventura de Sousa Santos (2008) revela a chamada crise do paradigma dominante, que considera apenas uma forma de conhecimento como verdade, a saber, o que segue os seus princípios e regramentos metodológicos. Acerca da crise do paradigma dominante, assim enxerga Boaventura de Sousa Santos:

Pautada pelas condições teóricas e sociais que acabei de referir, a crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceituais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o otimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural (SANTOS, 2008).

A partir desta compreensão, Boaventura de Sousa Santos (2008) revela que o modelo de ciência dominante (racionalidade científica moderna) está em crise e necessita ser substituído por um novo paradigma de um conhecimento sensato para uma vida decente. Desta maneira, a racionalidade penal moderna precisa seguir o mesmo caminho para que o Direito Penal atual consiga solucionar os problemas que

não conseguiu resolver na modernidade, como por exemplo, as formas de punição, com destaque para o encarceramento em massa.

Boaventura não enxerga essa crise do paradigma dominante como algo negativo, mas sim como uma nova oportunidade de avançar naquilo que não conseguimos em virtude dos bloqueios gerados pela racionalidade moderna.

3 JUSTIÇA RETRIBUTIVA, JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS CAMINHOS PARA A TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS

No Brasil, o papel do menor de 18 (dezoito) anos na prática de atos infracionais vem merecendo especial atenção nas últimas décadas. Atualmente, verifica-se uma preocupação massiva dos meios de comunicação, dos diversos setores da sociedade e dos defensores das crianças e adolescentes com tema.

O cometimento de atos infracionais por adolescentes está ligado, em sua esmagadora maioria, a problemas na ausência do Estado em garantir e efetivar os direitos de crianças e adolescentes previstos em lei. Não menos comum, a prática de atos infracionais também está diretamente ligada à pobreza e à desigualdade social brasileira.

O tratamento dado aos adolescentes em conflito com a lei perpassa por dois caminhos: o retributivo, focado no castigo, e o outro restaurativo, com foco na reparação dos danos.

3.1 O paradigma retributivo

O direito penal brasileiro tem se pautado, principalmente, pelo paradigma da justiça retributiva, com ênfase, ao menos na teoria, na proteção dos direitos e garantias penais e processuais no sistema penal. Assim, é notório que o paradigma retributivo da racionalidade penal moderna se preocupa com a punição, mas também pensa na ressocialização e proteção do indivíduo contra possíveis abusos e arbitrariedades cometidas pelo Estado. No sistema retributivo, a pena tem a função de punir o infrator, de reprimir novos crimes e de promover a ressocialização. Ou seja, pelo paradigma retributivo a pacificação social é promovida utopicamente pela punição dos transgressores da lei penal.

Pelo fracasso categórico do sistema penal retributivo, é presumível que a punição não possui o condão de pacificação social de conflitos, tanto em relação aos delitos, quanto aos atos infracionais cometidos por adolescentes em conflito com a lei. Tal fracasso culmina no conseqüente malogro da ideia de ressocialização dos infratores, a medida que, na imensa maioria dos casos, não há reparação dos danos ou atenção às vítimas.

Eduardo Rezende de Melo (2006), aponta que a fundamentação filosófica que sustenta o modelo retributivo é o pensamento de Kant, que considera o Direito como um conjunto de elementos responsáveis por regulamentar a lei universal da liberdade e equacionar o arbítrio conflitante dos indivíduos. Neste sentido, a punição retributiva age coibindo os excessos do arbítrio humano que fere o arbítrio de outros indivíduos, permitindo assim que a liberdade de um possa coexistir com a liberdade do outro. Portanto, o sentido da pena serve de afirmação da liberdade individual, sendo o castigo uma condição basilar da existência humana.

Contudo, é necessário que seja questionado, através de valoração ético-moral e utilitarista, qual a necessidade de determinados castigos humanos e de que modo isso realmente tem contribuído para a pacificação social e afirmação da liberdade. Haveria outras formas menos torturantes de se resolver os conflitos?

O modelo retributivo nada mais é do que a imposição de castigos e sofrimentos, que fazem com que o infrator fique preso ao passado e não se atente ao presente para vislumbrar uma nova história no futuro, dificultando assim uma reversão de conduta e até mesmo a reparação dos danos causados às vítimas.

A justiça retributiva encara o crime como um ato atentatório contra a sociedade representada pelo Estado, que possui o dever público e indisponível de punir o infrator. Em relação a culpabilização, esta é individual, com uma certa indiferença do Estado para com o interesse da comunidade afetada, vítimas e ofensores. O paradigma retributivo também é baseado estritamente na dogmática penal, utilizando-se de procedimentos formais, com predomínio de penas privativas de liberdade mono-culturais e excludentes, impostas pelo Estado (PINTO, 2005).

Ante o fracasso do modelo retributivo, assim vislumbra Eduardo Rezende de Melo:

Ante estes contornos do modelo retributivo, se pretendemos fazer a revolução do pensar para instituir modos outros de resposta à violência, temos de atentar para as tensões várias que se fazem presentes em nossas vidas, em nossa história e procurar

lidar de um modo diverso com as diferenças, com as singularidades, com a mudança, com a transitoriedade, enfim, com estes conflitos, com o medo que temos destes conflitos. Então sim, no lugar de um sistema alienante, poderíamos pensar outros modos de estruturação política que possa nos conduzir à emancipação (MELO, p 59, 2006).

Sob esse pensamento de Eduardo Rezende de Melo (2006), a justiça restaurativa surge como uma alternativa crítica ao sistema penal retributivo, ganhando espaço justamente por possuir a finalidade de promover uma mudança no modo como se encara os conflitos existentes na sociedade, dando mais atenção as partes envolvidas, a sociedade afetada e prezando pela assunção de responsabilidades, que pode, ou não, ocasionar em uma reciprocidade de perdões.

3.2 O Paradigma restaurativo e suas perspectivas no Brasil

A justiça restaurativa apresenta-se como um novo paradigma no direito penal, visando romper com o tratamento dado aos indivíduos que transgridem a lei, bem como com o modo processual de responsabilização e punição.

Desde o início da década de 60 (sessenta), o modelo de justiça retributiva vem sendo questionado pelo movimento abolicionista, que, em regra⁴, considera o Direito Penal atual ilegítimo para resolver os problemas da criminalidade e, principalmente, para encarcerar infratores. A ideia do movimento é a de justamente substituir o Direito Penal por outras instâncias resolutivas capazes de lidar melhor com os conflitos sociais e apresentar novas soluções (CARVALHO, 2002).

O sistema retributivo tradicional de justiça demonstra um imenso desgaste e não consegue estabelecer a paz social através do combate à criminalidade. O modo repressivo e punitivo como se porta esse modelo de justiça, além do seu caráter seletivo e excludente, não tem conseguido diminuir as taxas de reincidência, nem tampouco garantir, na maioria dos países, os direitos humanos dos infratores encarcerados. A falta de estrutura e as péssimas condições dos presídios acabam transformando as pessoas presas por crimes de menor ou médio potencial ofensivo em pessoas perigosas e possivelmente reincidentes em crimes mais graves.

⁴ Mesmo dentro do movimento abolicionista não há uma concordância unânime acerca do conceito de abolicionismo.

Uma forma cruel de resposta à criminalidade tem sido as prisões, que tem se mostrado um verdadeiro fracasso nas políticas públicas para contenção da criminalidade e pacificação social. Sobre o tema, assim se manifesta Thomas Mathiesen:

Voltemos ao presente e para onde estamos — na dificuldade do primeiro estágio: as pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína. Três “camadas” funcionam como escudos protetores para a prisão, mantendo a irracionalidade da prisão um segredo (MATHIESEN, 2003).

Mathiesen (2003), indica três camadas que funcionam como escudo para a manutenção do segredo da ineficácia das prisões na sociedade: a) os administradores do controle criminal, b) os intelectuais, pesquisadores e cientistas sociais e c) os meios de comunicação de massa. A justiça restaurativa acaba repensando o modo como tratamos os conflitos na sociedade e de que modo podemos agir para encontrar soluções mais eficazes do que as fracassadas penas privativas de liberdade (prisões).

A justiça restaurativa possui elementos próprios que a caracterizam e revelam um imenso contraste com a justiça retributiva, daí um dos motivos para que os principais teóricos afirmem que a justiça restaurativa represente um novo paradigma na justiça penal. No modelo restaurativo o crime, contravenção ou ato infracional é um ato que atenta contra a comunidade, contra a vítima e até mesmo contra o próprio infrator. Já o interesse em punir e reparar os danos não é do Estado, mas sim das pessoas envolvidas no caso.

Além da responsabilização individual, a justiça restaurativa prevê também a responsabilidade social pelo fato delituoso, com predomínio do uso crítico do Direito Penal, e não o puramente dogmático. Os procedimentos são, em regra, informais e mais coerentes com a realidade das pessoas envolvidas, com um foco na reparação do dano e do predomínio de penas proporcionais e humanizadas. A atenção dada as vítimas do crime também representa uma grande diferença da justiça restaurativa em relação à justiça retributiva. (PINTO, 2005).

Howard Zehr (2008) idealiza que deve-se trocar as lentes para que se reconheça o novo paradigma da justiça restaurativa, haja vista que o ser humano foi acostumado durante muitos anos com a lente da justiça retributiva. Acerca da troca de lentes, assim dispara Zehr:

Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e o nosso entendimento do que seja um resultado adequado. Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime (ZEHR, p. 168, 2008).

A justiça restaurativa não apenas muda a perspectiva de enxergar o crime, mas de entender o outro e a si mesmo. Para que a sociedade passe a compreender melhor a justiça restaurativa, e, para que ela efetivamente funcione com excelência, também é importante que as pessoas passem a encarar o próximo como parte de si mesmo, agindo sob o prisma da fraternidade e idealizando o bem comum. Assim, a justiça restaurativa contribui para que o homem reflita sobre si mesmo, sobre o outro e sobre o meio ambiente em que vive, a fim de alcançar a sua própria liberdade e plenitude em ser. Sobre o valor da fraternidade, assim reflete Clara Machado:

Ao lançar o olhar sobre a fraternidade desde suas origens, percebe-se que tal conceito postula a relação do homem consigo mesmo e com o outro a partir da condição da liberdade humana. Por certo, em face dos preceitos iluministas, só os homens livres alcançam a possibilidade da fraternidade, de modo que não se é fraterno apenas porque é humano, mas porque se é livre. Os aspectos tridimensionais (liberdade, igualdade e fraternidade), compreendidos numa perspectiva jurídica, visam ressaltar que, diante da liberdade, o homem reconhece a condição de si mesmo e do outro e realiza a fraternidade (MACHADO, 2017, p. 55).

A fraternidade e a solidariedade são valores impregnados nos procedimentos restaurativos, mas não servem de mote para isentar o ofensor de culpa. Ao contrário dessa ideia de impunidade erroneamente propagada por alguns críticos, a justiça

restaurativa tem como um dos pilares a assunção de responsabilidades de todos os envolvidos, inclusive do ofensor. Para isso, os protagonistas na transformação dos conflitos devem ser as próprias partes, que, empoderadas, buscam elas mesmas a melhor solução para o caso através de um acordo guiado por facilitadores. Vale lembrar que esse acordo jamais poderá violar direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo da história.

No Brasil, alguns elementos da justiça restaurativa começaram a surgir na década de 90 (noventa), sob influência do abolicionismo. A lei 9099/95 e o Estatuto da Criança e do adolescente são exemplos de legislações que incluíram elementos restaurativos em seus escopos, mesmo que criadas sob o paradigma retributivo. O paradigma restaurativo vai além de simples práticas, apresentando-se como um novo caminho no enfrentamento dos problemas da justiça criminal, à medida que trava uma batalha com outros modelos repressores e retrógrados, como por exemplo a tolerância zero. A justiça restaurativa rompe a barreira da superficialidade do conflito e adentra nas suas profundezas, por isso é tão eficaz quando utilizada da forma correta.

Um dos marcos oficiais da justiça restaurativa no Brasil foi o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa (2005), momento em que foi formulada uma carta que enunciava os princípios do modelo restaurativo. A carta foi ratificada dois meses depois pela Carta de Brasília, assinada na Conferência Internacional acesso à justiça por meios alternativos de solução de conflitos, organizada pela Secretaria de reforma do Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

O Brasil implementou, de fato, experiências restaurativas no judiciário a partir do Projeto Promovendo Práticas Restaurativas, com indicação de 3 (três) cidades como sedes para projetos pilotos: São Caetano do Sul-SP, Brasília e Porto Alegre-RS. O objetivo era o de acompanhar e avaliar o impacto da aplicação dos princípios da justiça restaurativa na abordagem das relações entre infrator, vítima e comunidade. Cada cidade possuía um perfil diferenciado.

Brasília e Porto Alegre tiveram as primeiras experiências de justiça restaurativa envolvendo atos infracionais praticados por adolescentes. Após os projetos pilotos, diversas outras cidades do Brasil contam com procedimentos restaurativos ligados diretamente às varas criminais. Todo esse avanço também se

deve à resolução 225 do CNJ, aprovada em 31 de maio de 2016, em sessão plenária, por unanimidade, dispondo sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do poder judiciário e dando outras providências.

3.3 Caminhos para transformação de conflitos envolvendo atos infracionais

A justiça restaurativa promove a construção do acordo pelas próprias partes imersas na transformação de conflitos, o que faz com que o ódio e o apego ao passado na busca pela punição sejam deixados de lado nos procedimentos restaurativos. Construindo seu próprio acordo, ofensor, vítima e a comunidade afetada assumem um compromisso com a mudança de comportamento, minimizando assim o índice de reincidência.

Os procedimentos restaurativos aplicados aos adolescentes em conflito com a lei permitem um diálogo entre as partes, para que estas sejam ouvidas e expressem seus medos, angústias e os problemas que culminaram na transgressão da lei, além de permitir também que os envolvidos declararem o que pretendem da justiça promovida pelo Estado. A imposição de uma medida socioeducativa pelo Estado, muitas vezes, não põe fim ao ciclo de violência em que está inserido o adolescente, já os diálogos restaurativos podem permitir que o jovem possa compreender seus atos e suas condições para que possa assumir responsabilidades, reparar danos causados às vítimas e modificarem suas perspectivas de vida.

O modelo de justiça retributiva mostra-se incapaz de combater de forma efetiva os conflitos envolvendo atos infracionais praticados por adolescentes, prova disso é que cada vez mais insatisfeita, a sociedade brada cada vez mais por punitivismo e redução da idade penal para que os jovens respondam por crime perante o código penal, e não mais ao ECA.

Se o modelo retributivo já é incapaz de atender aos conflitos sociais envolvendo crimes, imagine no que diz respeito aos atos infracionais praticados por adolescentes que se encontram em condição peculiar de desenvolvimento. Assim, A justiça restaurativa, em consonância com a doutrina da proteção integral, com a constitucionalização do direito da criança e do adolescente no Brasil, e com outros dispositivos como o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)

surge então como uma opção incrivelmente viável e eficaz para resolver situações de adolescentes em conflito com a lei.

Mesmo que não seja tão agressiva quanto à pena de reclusão, as medidas socioeducativas não possuem o condão de resolver os problemas profundos dos conflitos envolvendo adolescentes. Aplicadas, muitas das vezes, com um caráter compensatório, elas impõem ao adolescente uma pena que eles mesmos sequer concordam, mesmo tendo consciência do seu ato praticado, tornando mais dificultoso o comprometimento do infrator com a sua punição.

As medidas socioeducativas, aplicadas muitas vezes sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição, as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam, em alguma fase de suas vidas, direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua (SPOSATO, p. 33, 2013).

As medidas socioeducativas nascem de uma imposição do juiz e não contam com a participação do ofensor, fazendo com que seja alimentado no adolescente a sensação de injustiça e a conseqüente rejeição ao seu cumprimento. Também reforçam a exclusão, pois é comum que apenas os mais pobres sofram essas medidas, que deveriam ser aplicadas em caráter excepcional, e não como regra.

A justiça restaurativa permite a leitura individual de cada adolescente envolvido em práticas infracionais, compreendendo cada ser humano em suas particularidades (problemas de família, afeto, etc) para assim permitir que as partes combinem a punição mais justa, com ampla participação do ofensor, da comunidade e da vítima. O modelo restaurativo também retira o estigma de delinquente colocado no adolescente, pois aproxima a vítima, a comunidade e o ofensor, que dialogam para que se compreendam e se reconheçam através do seu relacionamento e interação no processo.

Outro ponto positivo da justiça restaurativa aplicada aos adolescentes infratores é que eles não terão o mesmo tratamento de adultos, e serão tratados em

sua individualidade por profissionais capacitados, pela vítima e pela comunidade, haja vista a necessidade, pois eles se encontram em uma condição peculiar de desenvolvimento.

O conflito é uma realidade humana inegável e a transformação deles é de suma importância para o ser humano. É necessário que os adolescentes e as demais partes envolvidas terminem algo destrutivo e construam algo desejado por todos.

O paradigma restaurativo trabalha com a aplicação da metodologia da transformação de conflitos, criando ambientes mais cooperativos e pacíficos. Sobre método, importante compreender a visão de John Paul Lederach:

“O método da transformação intervém de forma a produzir abordagens que minimizem os efeitos disfuncionais da comunicação e valorizem a compreensão mútua, trabalhando o contexto e os padrões dos relacionamentos que geraram o problema. Isso nos torna conscientes de nossas capacidades e nos prepara positivamente para lidarmos melhor com os problemas futuros (LEDERACH, p 12, 2012).

O modo como a criança e o adolescente são postos para resolver conflitos é determinante na sua formação enquanto futuro adulto. Assim, também, por tratar de forma mais adequada como os adolescentes são postos diante dos conflitos envolvendo atos infracionais, a justiça restaurativa é o procedimento com maior potencial para transformar os conflitos sociais. Portanto, a utilização da justiça restaurativa pode ser uma opção viável na solução de conflitos que envolvem atos infracionais.

Considerações Finais

Frente ao presente fracasso do modelo retributivo de justiça criminal ao longo da história, é necessário que se pense em outros paradigmas de justiça penal que consigam lidar com a complexidade do fenômeno da criminalidade e de todos os problemas que a circundam.

Vislumbrou-se que mesmo com a aplicação de uma justiça especializada para tratar os atos infracionais cometidos por adolescentes, não é possível avançar na transformação de conflitos utilizando-se do velho paradigma retributivo, que se

mostra incapaz de atender uma verdadeira reparação de danos, ao passo que não consegue reinserir socialmente os ofensores.

Diante de todo o exposto, a utilização da justiça restaurativa na solução de conflitos envolvendo adolescentes infratores apresenta-se como a alternativa mais adequada para atender aos fins de pacificação social de conflitos nas suas mais variadas nuances.

O ECA, apesar de ter optado por um modelo diferenciado no tratamento dos adolescentes, que se difere do tratamento dado aos adultos, ainda precisa avançar no que diz respeito ao modo como conduz o processo de apuração de responsabilidade de adolescentes. Mesmo com alguns elementos restaurativos, o ECA ainda precisa sair do paradigma retributivo e mergulhar no paradigma restaurativo.

A utilização da justiça restaurativa nos conflitos envolvendo adolescentes em conflito com a lei será capaz de devolver as partes a possibilidade de decidirem qual a melhor saída para a transformação de conflitos, permitindo que as partes envolvidas acordem qual seria a sanção mais justa para os ofensores, a reparação mais adequada às vítimas e o maior comprometimento com a comunidade afetada, promovendo, ainda, a reflexão sobre si mesmo e o modo como as pessoas estão se comportando perante a sociedade, além de criar um espaço que possibilite a cura interior de todos que participam do procedimento.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Danielle Rinaldi; Souza, Thiago Santos de. **Direito da criança e do adolescente: proteção punição e garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm > Acesso em: 04 dez. 2017.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de;

WUDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Resolução 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no Brasil e dá outras providências.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso em: 04 jan. 2018.

HABERMAS, Jurgen. **O discurso filosófico na modernidade: doze lições.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos.** São Paulo: Palas Athenas, 2012.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível?** 2003. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4964/3512>> Acesso em: 25 dez 2017.

MELO, Eduardo Rezende. **Justiça restaurativa e seus desafios históricos-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva.** 2006. Disponível em <http://www.pucsp.br/nucleodesubjetividade/Textos/justica_restaurativa.pdf> Acesso em: 04 dez. 2017.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil.** In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e PINTO, Renato S. G.(orgs). **Justiça restaurativa.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005.

PIRES, Álvaro. **La rationalité pénale moderne, la société du riche et la juridicisation de l'opinion publique.** In: Sociologie et sociétés. Ottawa, v. 33, n. 1, p. 179-204, 2001. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/001562ar.pdf>> Acesso em 04 jan. 2017.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

ROMÃO, Luís Fernando de França. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Criança, democracia e neoconstitucionalismo no Brasil**. Revista Diké - Mestrado em Direito, v. 4, p. 157, 2015.

_____. **Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Rio de Janeiro, 1994.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

19. PRISÕES CAUTELARES E O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA



<https://doi.org/10.36592/9786587424507-19>

*Karyna Batista Sposato*¹

*Nayara Sthéfany Gonzaga Silva*²

INTRODUÇÃO

Este capítulo visa analisar as prisões cautelares à luz da Lei 13.257/2016 e da noção de eficácia dos direitos fundamentais. Desde a linguagem utilizada pela norma, à concepção de criança que se sobressai do marco legal da primeira infância, ao “conflito” ou aparente colisão entre o *Jus puniendi* estatal e o princípio da prioridade absoluta da criança, cabe à tarefa hermenêutica constitucional propor soluções. Diante da problemática, urge analisar o habeas corpus coletivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) concedendo aplicação ao Estatuto da Primeira Infância nas prisões cautelares de mães gestantes, em estado puerperal e com crianças até 12 anos.

Válido é o estudo do Princípio da prioridade absoluta, tendo em vista tratar-se da primazia em favor das crianças e dos adolescentes, na esfera judicial, extrajudicial, familiar, social ou administrativa de maneira inafastável e inderrogável, conforme preconiza a Constituição Federal em seu art. 273, assim como o artigo 4º do ECA. Sobre o princípio da prioridade absoluta Ferrandin⁴ afirma que:

”A imposição da lei é de que todos desempenham seu papel com eficiência. A família com o dever de apoio psicológico, de formação moral, da facilitação e provimento do exercício de direitos e de priorização do menor em sua esfera de ação(o que significa renunciar coisas que a auto-beneficiariam em prol da criança

¹ Professora Adjunta do Curso de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Desigualde(s) e Direitos Fundamentais

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Graduada pela Universidade Tiradentes (UNIT).

³Art. 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.

⁴ FERRANDIN, Mauro. Ato penal juvenil. Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Editora : Juruá. Curitiba 2009.pg.101.

e do adolescente que de algo essencial necessitarem).[...]. Ao poder público, por sua vez, que abrange o judiciário, o legislativo e o executivo, compete despender atenção prioritária aos assuntos relacionados à infância e à juventude e ter como escopo a gama de direitos que, na teoria, é assegurada.”

Nesse aspecto traçar diagnósticos por meio da hermenêutica ou até mesmo uma possível solução faz-se necessário: “A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processo aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILLIANO, 1957, p. 13).

Propõe-se problematizar sobre a eficácia do direito fundamental da criança e do adolescente à Convivência familiar e comunitária e seus reflexos nas relações sociais a partir do princípio do melhor interesse da criança *versus* o direito de punir do Estado, tomando como base discursiva a análise do que preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, L; XXXIX, 227, o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) , o Estatuto da Criança e Adolescente bem como o artigo 318 Código de Processo Penal, e artigo 1º do Código de Processo Penal.

1 A PRISÃO DOMICILIAR NO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

A problemática da vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais encontra-se estreitamente ligada ao tema da eficácia e aplicabilidade. Esta assertiva está diretamente atrelada ao fato de que os direitos fundamentais se vinculam às dimensões da eficácia. Dada à extrema importância do pleno desenvolvimento do indivíduo na sociedade, a proteção dada à vulnerabilidade da criança faz preponderar a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Assim sendo, aferir a aplicabilidade e eficácia dos Direitos da Criança e do Adolescente em colisão com os Jus puniendi estatal na perspectiva da Lei 13.257/2016 bem como seus reflexos em outros ramos do Direito e nas relações sociais torna-se imprescindível. (SARLET, 2009, p. 365)

Nessa perspectiva, salienta-se a necessidade advinda da crescente onda de constitucionalização do Direito e, sobretudo dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em que a solução parte de uma análise hermenêutica do caso em questão. Desse modo há que se esperar o cumprimento equânime da Lei 13.257/2017, no que diz as hipóteses de cabimento da substituição reguladas no art. 318 do CPP.

Em deliberação inédita, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal conheceu o cabimento de Habeas Corpus coletivo 143.641 S. Por maioria, os ministros concederam HC em nome de todas as presas preventivas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade, estendendo a decisão a adolescentes e responsáveis por pessoas com deficiência.

As mulheres com esse perfil passaram a poder ter substituída a prisão preventiva pela domiciliar. Há exceção àquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionais. A turma fixou prazo de 60 dias para tribunais cumprirem integralmente a decisão. Não há dados precisos de quantas presas se encontram nessas condições.

Tendo em vista o marco legal da primeira infância, poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: "I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Diante deste cenário constitucional dos direitos fundamentais, faz-se necessário afirmar que no âmbito dos direitos da criança e do adolescente que o Estado tem o dever de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância. Exerce a equidade o duplice papel de prover as lacunas dos repositórios de regras, e auxiliar a alcançar a acepção e abrangência das disposições legais. Serve, portanto, à hermenêutica e à aplicação do Direito. (MAXIMILLIANO, 1957,p. 217),

O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação. Pensar na viabilização desse direito é trazer o estudo da Lei 13.257/2016, pois segundo as respectivas competências constitucionais e legais, será alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 8º). A sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância (art. 12).

2 GRÁVIDAS E LACTANTES ENCARCERADAS

Na ótica da aplicabilidade do princípio da prioridade absoluta da criança, faz-se necessário a análise dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que indicou no ano de 2018, a existência de 622 mulheres presas no Brasil grávidas ou lactantes. O Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constatou estas informações inéditas em presídios de todos os estados⁵.

O cadastro possibilita ao Judiciário reconhecer e acompanhar ininterruptamente, a partir de agora, os casos das mulheres submetidas ao sistema prisional brasileiro. Em absoluto, 373 estão grávidas e 249 amamentam seu filho. No banco de dados não consta o número de mulheres em prisão domiciliar. As informações extraídas do Cadastro, até o último dia de 2017, revelam que o maior número de mulheres gestantes ou lactantes estão custodiadas no estado de São Paulo, onde, de 235 mulheres, 139 são gestantes e 96 lactantes. Em segundo lugar vem Minas Gerais, com 22 gestantes e 34 lactantes. Rio de Janeiro está em 3º no ranking, com 28 gestantes e 10 lactantes. Por exemplo, o Estado de Pernambuco vem em seguida, com 22 gestantes e 13 lactantes, depois do Mato Grosso do Sul, com 15 gestantes e 16 lactantes⁶.

Alguns estabelecimentos prisionais femininos possuem espaços, de certo modo, adaptados às gestantes, lactantes e seus filhos. Por exemplo, o caso do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, em Vespasiano, nas proximidades de Belo Horizonte (MG). Lá, 57 mulheres, 23 gestantes e 34 lactantes, vivem com seus filhos até estes completarem um ano.⁷ José Afonso da Silva destaca:

“Participar da vida familiar e comunitária é, assim, mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente, porque é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu aferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF art. 3º IV,

⁵ANDRADE; BANADEIRA, Regina e Paula. Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios. Agência CNJ de notícias. **Dados do infográfico corrigidos às 18h56 de 25 de janeiro de 2018.**

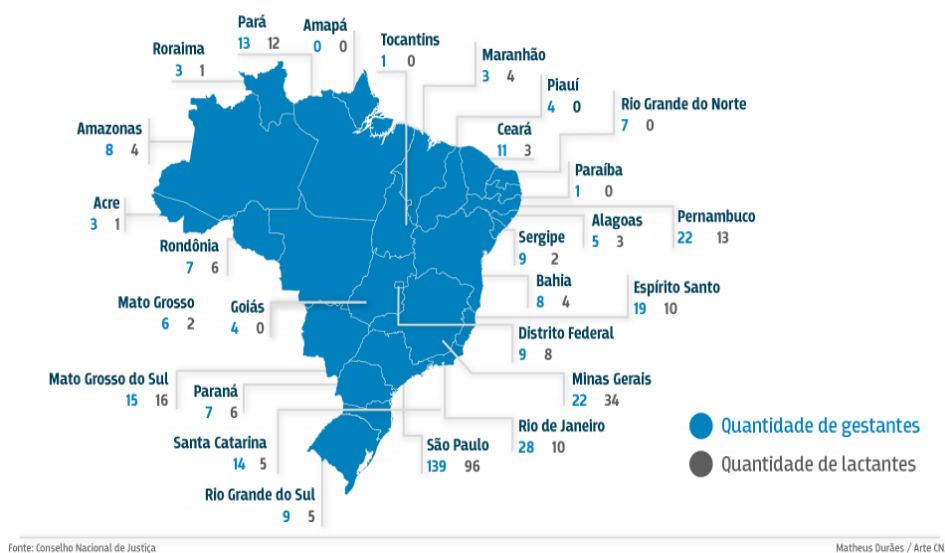
⁶ Idem

⁷ Ibidem

Art. 5º- caput e art. 227) SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993 p. 70 “.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a apenas gestante ou com filho de até 12 anos de idade incompletos possui direito a requerer a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. É o que preceitua a Lei n. 13.257, editada em 8 de março de 2016, que alterou artigos do Código de Processo Penal. Todavia, há situações específicas que inviabilizam a prisão domiciliar, entre elas a própria violação da prisão domiciliar.

Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes



Observe que o quadro traz a disposição de todos os estados em relação ao universo de gestantes e lactantes. Nota-se que o Amapá é a única unidade da federação que, desde outubro de 2017, não tem mulheres presas em qualquer que seja dessas situações.

Quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. Mas essa irradiação é um processo e, como tal, pode se revestir de diversas formas e pode ser levada a cabo por diferentes atores. (SILVA, Virgílio Afonso da; 2014, p. 38)

O direito à convivência familiar, frente à vulnerabilidade da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento de crianças é de relevante interesse, e está intrinsecamente relacionado à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Logo, nenhuma lei ordinária pode afrontar esta perspectiva ao permitir uma leitura

unilateral de primazia ao poder de punir do Estado. Confrontar esse direito, em uma interpretação que não privilegie uma análise sistêmica do ordenamento jurídico é ferir a eficácia dos direitos fundamentais, e incorrer na subversão ao princípio da intranscendência da pena.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PRISÃO CAUTELAR E APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Sabe-se que o Estatuto da Primeira Infância regulou, igualmente, no âmbito da legislação interna, aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, que assim ficou redigido; “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;”

Nesse sentido entendeu o STF que, quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardião dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.

Seguindo o voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, o colegiado determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres nessa situação, em todo o território nacional, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares alternativas. O relator votou no sentido de conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento

Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício⁸. Válido salientar que ficou estendida a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

CONSIDERAÇÃO FINAIS

É inegável a necessidade da convivência familiar do ser humano em sua primeira infância, nesse sentido, foi decidida, pelo Supremo Tribunal Federal a concessão à ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP. A ordem foi concedida a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015).

A decisão também foi estendida, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional. No entanto, foram excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Válido notar, e trazer a baila, que essa exceção encontra similaridade com o texto da Lei 13.769 de 2018, que inclui o 318 A e B no CPP, o qual versa que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

⁸ A decisão na íntegra pode está disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal e está disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em dia 24 de março de 2018.

Nesse sentido, o art. 318-B afirma que a substituição de que tratam os arts. 318 e 318^a poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código, ou seja, medidas diversas da prisão.

A intenção da Suprema Corte quanto à restrição legal feita no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, provavelmente foi no sentido de proteger o interessa da criança, blindando-a em casos de violência e de ameaça. A decisão e sua repercussão geral refletem o respeito e o alcance do princípio do melhor interesse da criança na ordem constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. 2^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3^a edição, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

MAXIMILLIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 6^a edição. Freitas Bastos . Rio de janeiro, 1957.

MIRAGEM, Bruno e MARQUES Claudia Lima, **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**, Ed. Revistas dos Tribunais, 2^o edição 2014. São Paulo. PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente. Uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro RENOVAR 1996.

PIOVESAN Flavia, **Direitos Humanos e direito constitucional internacional**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 4^o Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10^a edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista, **O direito penal juvenil**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOBRE OS AUTORES/AS AUTORAS

Anna Gabriella Pinto da Costa

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduanda em Curso de Especialização Interdisciplinar dos Direitos da Criança e do Adolescente pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Tecnológica de Palmas (FTP). Bacharel em Direito pela UniChristus. Servidora do Ministério Público do Estado do Ceará. Fortaleza, Ceará, Brasil.

E-mail: gabi.costa@gmail.com

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com a obra “Direitos da criança e do adolescente em face da TV” (Saraiva: 2011). Coordenador do Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family (IASJF), da Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas e da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Membro da Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE. Advogado. Árbitro.

E-mail: antoniojorge2000@gmail.com

Carla Marques Diógenes

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC). Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza

(PÓS-UNIFOR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Christus. (UNICHRISTUS). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. E-mail: carlamdiogenes@gmail.com.

Francisco Flávio da Silva Rodrigues

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões (UNIFOR). Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Professor na Faculdade Princesa do Oeste (FPO). Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão Especial de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/CE. Membro da Associação de Direito de Família e Sucessões - ADFAS. Advogado.

Isabela Barbosa Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Ambiental pela Escola do Ministério Público/UECE. Instrutora e Facilitadora em Justiça Restaurativa. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário – Linha 1 – Políticas Públicas, Sociedade e Sistema de Justiça. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

João Vítor Pinto Santana

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bolsista da Fundação de Apoio à Pesquisa e à Inovação Tecnológica do Estado de Sergipe – FAPITEC/SE. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (Portugal).

Juliana Nogueira Loiola

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrou como pesquisadora o projeto 'A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na

implementação da Lei n. 13.431/2017', classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Ceará - OAB/CE.

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Pós-graduada em Direito e Processo Constitucionais. Integrou como pesquisadora o projeto 'A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017', classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Advogada.

Karyna Batista Sposato

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Adjunta do Departamento de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro da Câmara de Assessoramento de Ciências Sociais Aplicadas da Fundação de Apoio à Pesquisa e à Inovação Tecnológica do Estado de Sergipe (FAPITEC/SE)-período 2018-2020. Membro titular no Conselho do Ensino, da Pesquisa e da Extensão (CONEPE) da Universidade Federal de Sergipe. Membro do Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI). Foi Diretora Executiva do Escritório brasileiro do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD). Atua como Consultora do UNICEF (Fundo das Nações Unidas pela Infância) em matéria de justiça da infância e juventude. Líder do Grupo de Pesquisa Desigualdade(s) e Direitos Fundamentais (CNPq).

Luana Adriano Araújo

Doutoranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito das Minorias e Fortalecimento de Cidadanias da Pós-Graduação em Direito

Constitucional da Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC). Pesquisadora do Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos. Bolsista FAPERJ.

Mélane Ramos Reis

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Nardejane Martins Cardoso

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Integrou o Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). Membro da Comissão de Direito de Família da OAB-CE. Professora do Centro Universitário Fanor e do Centro Universitário INTA. Advogada.

Nayara Sthéfany Gonzaga Silva

Mestranda em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bolsista Capes-CNPq. Advogada.

Paulo Afonso Garrido de Paula

Mestre em Direito Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Ex-Corregedor Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Foi Presidente da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP (atual IBDCRIA). Um dos co-autores do Anteprojeto que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Rafaela Gomes Viana

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora na área de Direito Humanos, Direito Internacional e Direito da Criança e do Adolescente. Integrou como pesquisadora o projeto 'A efetividade da política judiciária em matéria

de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017', classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

E-mail: rgvmagalhaes@gmail.com.

Raquel Coelho de Freitas

Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Harvard Law School. Especialista em Violência Urbana pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Desenvolveu pesquisa de doutorado na Northeastern University, Boston, EUA, sobre políticas públicas para crianças e adolescentes após a Constituição Federal de 1988. Pesquisadora-visitante da Harvard Law School. Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Professora Titular da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC). Coordena o Projeto Direito das Minorias e Fortalecimento de Minorias (CNPq) e o Núcleo de Estudos Aplicados Direito, Justiça e Infância, NUDIJUS.

Rebeca Simão Bedê

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza (PÓS-UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq). Vice-Presidente e Advogada da Associação para Consumidores do Estado do Ceará - ACECE. Secretária Geral da Comissão de Direito do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Ceará (Triênio 2018-2020).

Renan Santos Pinheiro

Mestrando em Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará (PPGAPP-UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado e Assessor Jurídico do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA).

Thales Vieira Alcântara

Graduando de Direito do 10º semestre da Universidade Federal do Ceará, bolsista do PIBIC em 2017 e em 2018, desenvolvendo pesquisas na área de Direitos Constitucional e monitor de Direito Constitucional 2 em 2017 e de Direito de Família em 2018 e 2019

Thaynara Andressa Frota Araripe

Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada.

Thiago Pessoa Colares

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrou o Projeto de Pesquisa “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei 13.431/2017”, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça (Edital 002/2017). thiago_colares@hotmail.com.

Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa

Mestre e Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora Universitária. Membro do Núcleo de Estudos Aplicados Direitos, Infância e Justiça (NUDIJUS-UFC). Integra o grupo de professores orientadores da linha de Direitos Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI-UFC).

Vyctoria Carolinne Barros Rodrigues

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Christus. (UNICHRISTUS).
E-mail: vyctoriacarolinne12@hotmail.com.

