UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

FÁBIO MARQUES DE OLIVEIRA NETO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

NATAL/RN
2007

FÁBIO MARQUES DE OLIVEIRA NETO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva

NATAL/RN
2007

FÁBIO MARQUES DE OLIVEIRA NETO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em: ___/___/____.

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva
UFRN

_____
Prof. Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa
UFPE

_____
Prof. Doutor Artur Cortez Bonifácio
UFRN

Dedico esta dissertação à minha orientadora, Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva, pela paciência e inteligência a mim dedicada; à pré-banca, sobretudo ao Doutor Artur Cortez Bonifácio, que, com suas brilhantes observações, conseguiu lapidar a dissertação ora apresentada; à minha esposa, pelo estímulo e a paciência, sempre necessários a todos os que convivem com pesquisadores; e ao meu filho recém nascido, por alegrar as madrugadas nas quais escrevi este trabalho.

A palavra ‘progresso’ nunca terá qualquer sentido, enquanto houver crianças infelizes.

(Albert Einstein)

RESUMO

OLIVEIRA NETO, Fábio Marques de, 2007, **A dignidade da pessoa humana e as medidas sócio-educativas do estatuto da criança e do adolescente**, 191p. Dissertação do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

O principal objetivo do presente trabalho é verificar a presença do Princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no Texto Constitucional de 1988, quando da aplicação prática das medidas sócio-educativas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando o tratamento atribuído menor infrator na cidade do Natal, bem como a intensa dificuldade de coadunação entre os textos legais e sua efetiva transformação em realidade. É sabido que a legislação referente à criança e ao adolescente foi fulcrada no princípio da dignidade humana, posto que seus institutos assim preconizam. Mas o Estatuto estaria coadunado com a aplicação prática das medidas sócio-educativas? Ou seria a lei um exemplo de boas intenções que não se concretizam quando de sua aplicação? Inicialmente, procura-se abordar o princípio da dignidade da pessoa humana, com o escopo de delimitar seu alcance, a partir da construção teórica desenvolvida para o tema. Em seguida, é feita uma abordagem que tem como fim estabelecer a relação entre direitos humanos e dignidade da pessoa humana Levando-se em consideração os aspectos históricos e sociais, por entender que o direito também é reflexo de tais transformações, procura-se configurar as fases distintas no que pertine ao enfrentamento do tratamento dispensado aos menores carentes e infratores em nosso país, desde as antigas rodas dos expostos, passando pela fase da situação irregular, em que crianças eram recolhidas das ruas simplesmente por mendigarem, até que se chegue ao enfoque da situação hodierna. Os aspectos teóricos são ressaltados, em confronto com uma pesquisa empírica realizada junto aos adolescentes e funcionários do CEDUC/Natal, produzindo uma visão crítica acerca do tema e apontando algumas soluções para os problemas detectados. Por fim, é feita uma análise crítica dos problemas detectados na pesquisa empírica, sendo, em alguns casos, apresentadas sugestões para a modificação da realidade encontrada.

Palavras chaves: Criança, Adolescente e dignidade.

ABSTRACT

OLIVEIRA NETO, Fábio Marques de, 2007, **A dignidade da pessoa humana e as medidas sócio-educativas do estatuto da criança e do adolescente**, 191p. Dissertação do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

The main goal of this work is to verify the presence of the principle of human dignity, determined by the Constitution of 1988, when Socio Educational Acts from the Statute of Children and adolescent were put in practice, focusing on the treatment designated to the youth whose acts were against the law in the city of Natal, as well as the difficulties to match the legal texts and its reality. It is common knowledge that the law for children and adolescent was based in the principle of human dignity, for its institutes say so. But would the Law match the practice of Socio Educational Acts? Or this law would be an example of good intentions that never left the paper and became reality? First there is an approach on the human dignity principle, with its definition and limitation, according to a theory about the theme. Afterwards it is made a connection between human rights and the principle of human dignity considering historical and social features, for the law is also a reflect of these transformations, we try to show the different laws the country had until today, concerning the children inflicted by poverty and those whose acts were against the law, since the *rodas dos expostos*, the phase of irregular situation, in which the children were arrested simply because they were beggars, until present time. The theory aspects are shown beside a field research made with the adolescent and staff from CEDUC/Natal, producing a critical view about the subject and showing some solutions for the problems found. At last, it is made a critical analyses of the problems detected on the field research, and, in some cases, a suggestion is given to change the reality.

Key words: Children, Adolescent and Dignity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO..... 12

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.... 19

2.1 A evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana **19**

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e seus pressupostos **22**

2.3 A consagração constitucional do princípio da dignidade no Brasil **31**

3 DIGNIDADE E DIREITOS HUMANOS..... 35

3.1 A evolução histórica dos direitos humanos **37**

3.2 Classificação dos direitos humanos **39**

3.3 Instrumentos jurídicos de proteção da dignidade humana **42**

4 NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL..... 45

4.1 Considerações gerais **45**

4.2 A Constituição Federal e a Criança e o adolescente **48**

5 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA CLASSIFICAÇÃO SOB O ÂMBITO DA EFICÁCIA 54

5.1 A norma constitucional e sua eficácia social e jurídica **54**

5.2 O problema da efetividade das normas constitucionais **55**

5.3 Classificação das normas constitucionais segundo o critério da aplicabilidade e eficácia **57**

5.4 Normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos **59**

5.5 Normas programáticas **60**

6 O ESTATUTO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL **64**

7 A EVOLUÇÃO DO CÓDIGO DE MENORES PARA O ESTATUTO..... 74

7.1 Os novos institutos do Estatuto da Criança e do Adolescente **76**

7.2 Aspectos processuais dos institutos do ECA..... **85**

7.3 A natureza do ato infracional **91**

7.4 O sistema de garantias dos direitos da criança.– Previsão legal e

realidade..... **92**
7.4.1 Análise da implementação dos órgãos do Sistema de Garantias de Direito da Criança e do Adolescente **94**
7.5 Competência dos órgãos do estado em relação à implementação das medidas sócio-educativas **101**
8 A OPERACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS NA CIDADE DE NATAL/RN..... 105
8.1 Princípios Gerais e previsão legal **105**
8.2 Medidas Sócio-educativas em meio aberto **108**
8.2.1 Prestação de serviços à comunidade **108**
8.2.2 Liberdade Assistida **109**
8.3 Semiliberdade **117**
8.4 Internação **120**
9 O PERFIL DO ADOLESCENTE INFRATOR NA CIDADE DO NATAL..... 131
10 SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA OS PROBLEMAS DETECTADOS 141
10.1 Principais barreiras à implementação judicial dos direitos sociais **141**
10.2 A Constituição e a lei como garantia da efetivação dos direitos sociais **148**
10.3 O mínimo existencial e a legitimidade do poder judiciário **153**
10.4 Primeiras ferramentas para a eficácia dos direitos sociais **158**
10.5 Os direitos sociais e as *structural injunctions* norte-americanas **162**
10.6 Mecanismos processuais no Brasil **166**
10.7 Da teoria à prática na realidade brasileira **174**
11 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LETRA MORTA? 176
12 CONCLUSÕES 187
REFERÊNCIAS 191

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Quadro Comparativo entre uma Legislação orientada pela doutrina da Situação Irregular e pela doutrina da proteção integral..... **73**

TABELA 2 – Número de Conselhos implantados e em funcionamento (1991 e 2004)..... **97**

TABELA 3 – Funções e Tarefas das Esferas Governamentais..... **103**

TABELA 4 – Adolescentes cumprindo Medidas Sócio-educativas de PSC e de LA..... **111**

TABELA 5 – Rotina de Atividades..... **120**

TABELA 6 – Problema e Sugestão..... **124**

TABELA 7 – Adolescentes entrevistados, em regime de internação no CEDUC segundo o que menos gostam no CEDUC..... **126**

TABELA 8 – Adolescentes entrevistados, em regime de internação no CEDUC segundo o que mais gostam no CEDUC/Natal..... **128**

TABELA 9 – Tipos de maus tratos aplicados pelos apreensores a adolescentes já apreendidos alguma vez e atualmente em liberdade segundo os próprios adolescentes..... **128**

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – Crescimento dos Conselhos Tutelares no Brasil..... **98**
GRÁFICO 2 – Delegacias especializadas no Brasil em 2004..... **99**
GRÁFICO 3 – Adolescentes entrevistados, em regime de internação no CEDUC segundo o que menos gostam no CEDUC/Natal..... **127**
GRÁFICO 4 – Adolescentes entrevistados, em regime de internação no CEDUC segundo o que mais gostam no CEDUC/ Natal..... **127**
GRÁFICO 5 – Perfil do Infrator por sexo..... **131**
GRÁFICO 6 - Perfil do Infrator por raça/cor..... **132**
GRÁFICO 7 - Perfil do Infrator por faixa etária..... **133**
GRÁFICO 8 - Perfil do Infrator por Escolaridade..... **134**
GRÁFICO 9 - Perfil do Infrator por situação escolar..... **135**
GRÁFICO 10 - Perfil do Infrator por situação profissional..... **136**
GRÁFICO 11 – Perfil do Infrator por Convívio Familiar **137**
GRÁFICO 12 - Perfil do Infrator por Consumo de Drogas **138**

1 INTRODUÇÃO

O traço mais marcante da história do ser humano é sua busca incessante pela satisfação de seus interesses, que foram substancialmente acrescidos pelos avanços tecnológicos da pós-modernidade e que fez surgir um completo leque de novas exigências.

O Direito é um elemento dinâmico de controle social e técnica destinada a disciplinar a vida coletiva, tendo como premissa os valores estabelecidos como essenciais para a vida em sociedade. Mas o Direito não pode ser reduzido a um conjunto de regras estanques. Sua missão deve sempre ser de promover a justiça social e construir um sistema jurídico que assegure o pleno desenvolvimento dos indivíduos, em harmonia com a satisfação dos interesses públicos, coletivos e individuais.

Foi após o movimento constitucionalista, que pretendia a limitação do poder dos soberanos para a garantia dos direitos individuais, que se passou a valorizar o indivíduo como ente digno da proteção estatal, com vistas a seu pleno desenvolvimento humano e social. Dessa mudança de pensamento, vieram as declarações de direitos humanos, que tinham como objetivo a garantia de direitos fundamentais, a partir de uma concepção de caráter naturalista, mas que só viria a se tornar realidade após a positivação do direito codificado. Assim, os direitos fundamentais passaram a exercer uma função essencialmente democrática, de modo a impor o exercício do poder estatal, mediante a participação popular e a garantia de igualdade entre todos os cidadãos.

O reconhecimento dos direitos fundamentais criou limites intransponíveis para o Poder Público, de modo que se buscava a preservação do indivíduo frente ao Estado. Posteriormente, em conseqüência da evidente desigualdade social, passou-se a atribuir ao Estado o dever de prestações sócio-econômicas e culturais em benefício do cidadão, de modo a assegurar-lhe, de forma efetiva, seus direitos fundamentais.

A concretização dos direitos fundamentais, portanto, tornou-se missão inafastável do Estado Democrático de Direito, posto que o bem comum diz respeito a cada indivíduo e não pode contrapor-se aos direitos inalienáveis de cada homem, já que não se pode conceber qualquer conceito de bem comum que se distancie do conceito de direitos humanos, estes sim, o fim último do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a nova hermenêutica constitucional retirou os princípios, até então denominados princípios gerais do Direito, da esfera mais acanhada dos códigos para as dimensões mais amplas das Constituições, nas quais eles puderam alcançar uma densidade normativa que os tornou senhores supremos da juridicidade constitucional, constituindo mesmo a essência e a mola impulsionadora da teoria material da constituição.

É sobre esta ótica da concretização dos direitos fundamentais e da consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, que se pretende uma análise da realidade do adolescente infrator no Brasil.

O Brasil é famoso por sua legislação avançada nesse campo e pela adoção de regras internacionais para proteção do adolescente. Mas é certo também, entre juristas e leigos, que temos certas leis que, definitivamente, não conseguem atingir o nível de eficácia esperado. Neste sentido, propõe-se uma investigação sobre os institutos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, para que se constate, na prática, se tal legislação também está maculada em sua eficácia.

A Constituinte de 1988 deu os primeiros passos no sentido de produção de uma legislação que não se limitasse a prender, de forma indiscriminada, menores infratores, abandonados, fora da escola, famintos, consumidores de cola de sapateiro e tantos outros, igualados no tratamento dispensado aos mesmos, que em nada se diferenciava daquele aplicado aos criminosos adultos, ou pior ainda, revelavam-se cruéis pelo simples fato de que eram aplicados a quem não possuía, ainda, discernimento para perceber a gravidade dos fatos.

A mesma Carta magna que decidira pela expressa consagração do princípio da dignidade humana, modificou tratamento a ser dispensado às crianças e adolescentes que, por ventura, descumprissem as leis. Não havia mais que se falar no encarceramento de crianças pelo simples fato de serem órfãos, pobres, ou mendigarem nos sinais de trânsito. E mais ainda, o adolescente infrator teria proteção do Estado, que buscaria, de forma plena, sua reinserção na sociedade. No estado do Rio Grande do Norte, a operacionalização de tal processo ficou a cargo do Centro Educacional - CEDUC, para onde são levados os adolescentes infratores e onde, em tese, deveria ser promovida sua recuperação.

O presente trabalho nasceu sob o prisma jurídico, posto que era pré-requisito para a obtenção de um título de mestre em direito, mas se revelou profundamente atrelado aos aspectos sociais e psicológicos que envolviam o tema proposto, o que nem sempre contribuiu para o distanciamento exigido pela ciência, para aqueles que se propõe a investigar um objeto de estudo. Entretanto tal dificuldade se revelou positiva, posto que resultou em uma análise interdisciplinar que, de acordo com o momento da pesquisa, tem relevada sua vertente jurídica, psicológica ou sociológica.

Em outras palavras, o assunto é apaixonante, não apenas no aspecto jurídico, mas por proporcionar contato direto com uma minoria que parece alijada de todas as possibilidades de desenvolvimento econômico e social. Como permanecer absolutamente distante de um objeto de estudo tão cativante? Como não se indignar com a realidade estudada e fugir à armadilha de transformar a pesquisa em simples crítica às autoridades responsáveis pela aplicação direta da lei?

A relevância desta pesquisa é abrilhantada a cada dia, quando pululam discussões acerca da possibilidade ou não de ressocialização do adolescente infrator, redução da idade mínima para a imputação penal, utilização de adolescentes na prática de crimes hediondos e outros temas pertinentes.

O trabalho se agiganta ainda mais em importância quando se observa que o tema do menor infrator ganhou o noticiário atual da imprensa, em virtude da participação de um adolescente de dezessete anos em um crime no qual

outra criança foi arrastada em um automóvel, objeto de roubo, por diversos quarteirões, na cidade do Rio de Janeiro. O fato teve repercussão nacional e, no geral, serviu para que a população passasse a execrar o Estatuto da Criança e do Adolescente, classificando a referida legislação como assaz benévola para o infrator.

Obter uma visão verticalizada sobre aquele que está em cumprimento de medida sócio-educativa ajuda a compreender melhor a realidade do adolescente infrator e desmistifica opiniões inflamadas, normalmente produzidas após a divulgação na mídia do último “crime bárbaro cometido por um adolescente”. Claro que não se pretende aqui fechar os olhos diante daquele adolescente no qual o crime parece estar impregnado em seu próprio DNA, mas obter uma visão científica do problema, que revelará que os tais “monstros mirins” são exceção e não regra geral.

Dessa forma, define-se como objetivo geral: analisar, a partir de contato direto com adolescentes infratores e profissionais do CEDUC/RN, se existe uma perfeita coadunação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o cumprimento das medidas sócio-educativas impostas a adolescentes infratores na cidade do Natal. Em termos específicos, objetiva-se: a) descrever os procedimentos utilizados pelos profissionais do CEDUC, no processo de ressocialização do adolescente infrator; b) discutir, a partir de uma pesquisa empírica, eventuais limitações/possibilidades na prática da tentativa de impedir a reincidência por parte dos adolescentes; c) apresentar uma análise crítica sobre a realidade encontrada no CEDUC, sempre tendo como parâmetro as diretrizes do ECA da Constituição Federal.

Em termos metodológicos, será concatenado um estudo de caso de uma Instituição – o CEDUC – que, no estado do Rio Grande do Norte, tem como função precípua a aplicação das medidas sócio-educativas, impostas pelo juízo da infância e da Juventude da comarca de Natal.

Como procedimento de coleta de dados serão utilizadas: a Pesquisa Bibliográfica; a Observação *in loco*, Entrevistas com profissionais do CEDUC - Coordenadores, assistentes sociais, psicólogos e voluntários – bem como com os adolescentes que cumprem medida sócio-educativa.

Destaque-se que, se a proposta da presente pesquisa é investigar um princípio constitucional em sua aplicação direta, é importante observar que na moderna doutrina constitucional, a Constituição é uma norma jurídica. E não uma norma qualquer, mas a primeira entre todas, que, em virtude de sua supremacia, apresenta-se como parâmetro de validez das demais normas jurídicas do sistema, descartando, como já ensinara o jurista Rui Barbosa, cláusulas ociosas, com mero valor de conselhos, avisos ou lições[1].

Ainda mais quando este preceito se aplica aos princípios constitucionais, que há muito, deixaram de ser traduzidos como simples cartas de intenções por parte dos legisladores, para se converter em direitos práticos e inquestionáveis de todos os cidadãos, que deveriam estar, cada vez mais, garantidos em todos os níveis de aplicação da lei no território nacional.

É com este propósito que o presente trabalho busca inquietar e inspirar aqueles que se propõem a investigar o tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a lei, em várias fases do ordenamento jurídico pátrio, com ênfase ao Estatuto da Criança e do Adolescente, contribuindo para uma reflexão em torno das mais relevantes questões pertinentes ao tema, evidenciando-se as principais mudanças ocorridas na legislação e muitas das críticas e elogios dispensados ao tratamento brasileiro para enfrentar o problema do adolescente infrator.

Nessa perspectiva, questiona-se qual é o sentido e a função da expressão dignidade da pessoa humana, quando analisados paralelamente à aplicação das medidas sócio-educativas do ECA. Qual o seu alcance? Se está inscrito no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal, que o Brasil é uma República Federativa que tem com fundamento a dignidade da pessoa humana, Quais as adversidades encontradas por este preceito para sua aplicação?

Quanto à organização, optou-se pela produção de 12(doze) capítulos, além desta introdução.

---

[1] Ruy Barbosa, Comentários à Constituição Federal Brasileira. Vol. V, p.189.

O Segundo capítulo enfocará o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ressaltando sua evolução histórica, seus pressupostos e sua consagração na Carta Magna de 1988.

Em um mesmo feixe temático do assunto supracitado, o terceiro capítulo procurará traçar um paralelo entre a dignidade e os direitos humanos, abordando a evolução histórica de tais direitos, seu conceito e dimensões, sua classificação e os instrumentos jurídicos pertinentes à sua proteção.

O capítulo quatro abordará as mudanças no tratamento de menores, com destaque para a doutrina da proteção integral, os avanços trazidos pela constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a natureza do ato infracional, bem como o sistema de garantias para a criança e o adolescente previsto na legislação infraconstitucional.

Por sua vez, o quinto capítulo tratará da temática sempre pertinente da eficácia das normas constitucionais, posto que parte das normas atinentes à criança e o adolescente se faz presente na Constituição de 1988.

O capítulo seis retomará a nova situação jurídica da criança e do adolescente a partir nas normas constitucionais e após a promulgação de seu Estatuto, com destaque para o contraponto entre as doutrinas da situação irregular e da proteção integral.

No sétimo capítulo, serão enfocados os novos institutos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como seus aspectos processuais, além de analisar o sistema de garantias dos direitos da criança, sob seus aspectos teóricos e sua realidade de concatenação no Brasil.

O capítulo oito, ponto culminante deste trabalho, revelará um retrato da implementação das medidas sócio-educativas na cidade do Natal, destacando cada um destes institutos trazidos pelo ECA e buscando expor os sucessos e as limitações da implantação dos mesmos na Capital norteriograndense. Este capítulo será complementado pelo nono, cujo objeto é traçar um perfil do adolescente que, ao tempo da pesquisa empírica, cumpria medida sócio-educativas no CEDUC/Natal.

O capítulo nove traçará um perfil do adolescente infrator na cidade do Natal, tendo como base parâmetros cuja primazia é comprovada no desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes, com o escopo de constatar alguns motivos que levam esses jovens a delinqüir.

O décimo capítulo abordará as barreiras à implementação judicial dos direitos sociais no Brasil, as ferramentas para a eficácia dos direitos sociais, o exemplo norte-americano, além de destacar mecanismos processuais que trariam soluções para os problemas detectados no tratamento dispensado aos adolescentes em cumprimento de medida sócio-educativa, ilustrando os mesmos com jurisprudência pertinente.

O décimo primeiro capítulo conterá uma análise crítica dos dados empíricos coletados durante a pesquisa de campo realizada e procurará relacionar a realidade pesquisada, com os objetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, abordado inicialmente no trabalho ora apresentado.

O décimo segundo capítulo apresentará as conclusões do presente trabalho, apontará os problemas encontrados em cada passo da pesquisa, proporá soluções e responderá a indagação sobre a eficácia plena do Estatuto da Criança e do Adolescente no CEDUC/RN, sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

Enfim, este trabalho propõe e instiga o debate em torno de um tema que nos afeta a todos, expõe um dos problemas mais graves do Estado brasileiro e projeta a sociedade na qual estarão inseridos nossos filhos e netos.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. A evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana

A decantada dignidade da pessoa humana, analisada sob seu aspecto semântico permanece eivada de ambigüidade, pouco rigorosa em termos científicos e servindo de ferramenta meramente retórica, que não é, ainda, utilizada como um direito efetivamente protegido, o que era de se esperar, em detrimento de sua consagração a princípio constitucional.

Não há, de forma consolidada, uma definição, sob o prisma do Direito, do que de fato venha a ser a dignidade da pessoa humana, ainda que a idéia tenha ampla discussão nos campos filosófico e até sociológico. É este laconismo que, por vezes, inviabiliza a utilização de tal princípio como força coercitiva emanada de nossas instituições jurídicas.

Mas o que poderia ser caracterizado como um problema, na verdade se reveste de solução. É bastante positivo que o conceito de dignidade permaneça entre aqueles que se consideram abertos e cuja caracterização só se verifique no caso concreto e tendo como protagonista, via de regra o Ente Estatal, como destaca Ingo Sarlet[2]:

> Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional – tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

É necessário que se extraiam da doutrina e das Convenções e Pactos Internacionais, elementos capazes de sustentar a aplicabilidade deste princípio, em sua concepção prática, traduzida em decisões judiciais que o tenham como valor superior às leis ordinárias e a possibilidade de sua aplicação, em complemento ou até em oposição ao direito posto.

---

[2] Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, p.202

Não se pode olvidar que a função própria dos princípios é dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e aplicação de normas e gerando novas regras em caso de lacunas. Procura-se, portanto, como ensinou Noberto Bobbio[3] “encontrar a razão e o argumento irresistível ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão" do respeito à dignidade humana como realidade a permear as ações ressocializadoras preconizadas por uma legislação exaltada dentro e fora do País e que mudou o modo de se perceber a criança e o adolescente, passando a tratá-los como sujeito de direitos.

Nesta época em que a noção de cidadania empresta novo fulgor ao debate sobre democracia, a dignidade da pessoa humana reconhecida como princípio axiológico, no qual se devem pautar as decisões judiciais, poderá vir a influenciar decisivamente o sentido de novas tendências ideológicas.

É esta noção supracitada que leva à constatação de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ter sua aplicabilidade bipartida em limitação para ente Estatal e particulares, atuando como verdadeiro escudo para o indivíduo, bem como de norteamento das ações do Estado, sobretudo em sua relação com os cidadãos, como lembra Ingo Sarlet[4], ao descrever esta condição dúplice imposta pelo princípio ora abordado.

Uma preocupação sempre em destaque para os operadores do Direito aponta para o elenco de entes, aos quais um ordenamento jurídico atribui a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. Trata-se do instituto da personalidade jurídica, que hodiernamente está, de forma consagrada, estendida a todos os homens.

Mas nem sempre foi assim. Talvez este seja um dos campos em que a noção de evolução não poderia ser refutada. Destacam-se as primeiras idéias de cunho cristão, que objetivavam extinguir a escravidão, consagrada desde as antigas civilizações greco-romanas, e que por muito tempo, reduziu seres humanos à condição de objetos, tanto no tratamento diário dispensado aos mesmos, quanto na possibilidade de escambo que os envolvia. Era a

---

[3] Norberto Bobbio, O positivismo Jurídico, p. 36.
[4] Ingo Wolfgang Sarlet, Op. cit., p.207.

verdadeira “coisificação” da espécie humana, respaldada pelo Direito, como fruto do fato social preponderante[5].

Mas destaque-se que, já naquela época, algo de repulsivo parecia estar atrelado à idéia de igualar seres humanos às coisas, como se depreende de ações que procuravam imaginar todos os seres humanos como iguais, como na decisão do imperador Constantino, que proibiu que fossem perpetradas crueldades aos escravos. Outrossim, ainda que a aparência de que se agia de forma desumana, a escravidão ainda perduraria por muitos séculos, desafiando a razão.

Aparentemente, quando se trata de obtenção de lucro financeiro, o homem esquece de qualquer noção mais básica de respeito aos outros. Desta forma, na época das grandes navegações, as grandes potências políticas da época não hesitaram em intensificar a utilização de mão-de-obra escrava, que só viria a declinar com os movimentos abolicionistas do Século XIX.

Resta a ressalva de que espocam, não tão esporadicamente, denúncias da persistência de exploração de mão-de-obra escrava em algumas atividades, sobretudo em países mais debilitados economicamente. Entretanto, invariavelmente, tais fatos são contrários aos ordenamentos jurídicos consagrados, além de causarem repulsa social imediata, diferentemente do que ocorria em outros tempos.

Dentre as inúmeras lições que foram aprendidas em conseqüência do combate ao nazismo na segunda guerra mundial, está a idéia de considerar todos os seres humanos como iguais e a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

As atrocidades desenvolvidas por Adolf Hitler[6] e seus seguidores contra minorias, em que se destacam os Judeus, aterrorizaram a todos e ainda são motivo de reflexão sobre a que ponto os homens podem chegar, movidos pelas idéias de que tem direito de subjugar outras pessoas, em acordo com a premissa que, de alguma forma, se autodenomine de superior, pelos motivos mais fúteis e torpes que se possa imaginar.

---

[5] Sérgio Abinagem Serrano, O Ministério Público: ônus da prova e a dignidade humana, p.39.

É fato que algumas nações tenham enraizadas em sua própria formação a noção de Estado Liberal, como a França, por exemplo, e, deste modo, objetivem a mínima influência estatal sobre as ações individuais. Mas, ainda que tal fato ocorra, todas as instituições consagradoras do Estado Democrático de Direito, procuram proteger o que se convencionou chamar de mínimo individual, uma ficção de espaço de cada pessoa, a ser respeitado tanto pelo ente estatal quanto por particulares.

Deste modo, os textos constitucionais modernos preocupam-se em respeitar o ser humano, contra qualquer ameaça à sua integridade, presumida em suas diversas concepções, mormente a física, moral e intelectual. O berço dessa necessidade de proteção foi a Lei Fundamental de Bonn[7], que estatuía em seu texto enfaticamente: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

Interessante que, da mesma nação que introduziu as atrocidades dos regimes totalitários, tenha surgido a consagração constitucional do que posteriormente viria a ser reconhecido como o princípio da dignidade da pessoa humana. Tratava-se da busca, por parte do ordenamento jurídico, de que os atos nefastos da segunda guerra mundial não pudessem mais ser reeditados. Tal fato só ocorreu pela influência direta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e seus pressupostos

Apesar de inerte por bastante tempo, o constitucionalismo pátrio acabou por recepcionar tais idéias na Carta Magna de 1934, cuja influência germânica é decantada pela unanimidade de doutrinadores que a tiveram como objeto de estudo. Da mesma forma agiu a assembléia constituinte de 1988, que determinou que o Estado de Direito brasileiro tinha, como fundamento, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

---

[6] Joachim Fest, Hitler Vol.1, p.248.
[7] Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de Maio de 1949, artigo XX.

Mas de que premissas consistiria, de fato, o princípio da dignidade da pessoa humana? Como auferir, de forma mais objetiva possível, o possível desrespeito ao mesmo? Praticamente todos os doutrinadores constitucionalistas pátrios procuraram delinear ações concretas, que serviriam de caminho para se delinear os pressupostos contidos neste princípio, que figura como um dos mais relevantes, dentre os que compõem nosso ordenamento jurídico.

De uma forma geral, poderiam ser destacados três aspectos que sintetizariam as respostas às indagações supracitadas e seriam os pressupostos para o mencionado princípio: Em um primeiro plano, teríamos uma exaltação da igualdade entre os homens, pedra basilar do tão propagado artigo quinto da Constituição de 1988; em seguida, destacar-se-ia a idéia de não se permitir a igualdade entre seres humanos e objetos e, por fim, a consagração da necessidade de se respeitar um patamar existencial mínimo[8]. Estes três pontos merecem uma análise mais detalhada.

Para que se possa ao menos cogitar do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode prescindir da idéia de igualdade. Deste modo, poder-se-á considerar o homem como centro da atividade jurídica e, assim sendo, permitir que as decisões emanadas do mundo jurídico sejam sempre uniformes, independentemente de quem figure em um dos pólos da relação.

Mas não somente o Poder Judiciário deve ter como norte a dignidade. Na verdade, dignidade e democracia caminham lado a lado e uma completa ou estende o sentido da outra. Não há dignidade plena sem democracia e democracia sem dignidade plena. A dignidade é nas palavras de Rabenhorst[9] o fundamento da moralidade democrática:

Esta igualdade deve ser presente tanto na elaboração das normas jurídicas, doutrinariamente reconhecida como igualdade na Lei, quanto na aplicação da mesma, ou igualdade perante a Lei.

---

[8] Eduardo Ramalho Rabenhorst, Dignidade humana e moralidade democrática, p.45.
[9] Eduardo Talamini, Dignidade humana, soberania popular e pena de morte. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 11, p. 178-195.

De forma prática, então, o Legislador deve ter em mente a igualdade, ao elaborar, por exemplo, uma norma que regule as ações atribuídas ao adolescente infrator, independente de sua condição econômica ou social, fato que nem sempre ocorreu como será enfocado posteriormente no desenvolvimento deste trabalho.

Mas, de nada valeria este estado de alerta por parte do Legislador, se o mesmo não ocorresse com o magistrado quando da aplicação direta do preceito legal, que perderia seu sentido se direcionado a favorecer determinada pessoa, maculando assim a máxima da imparcialidade do direito, que é berço para a obtenção da justiça, em qualquer caso a ser apreciado. Não que não possa o operador do Direito estabelecer distinção entre as partes, mas que esta obrigatoriamente tenha que ocorrer acompanhada de razoabilidade a ser exposta da maneira mais veemente possível.

Destaque-se que a igualdade entre seres humanos desafia até mesmo o âmbito de validade espacial dos ordenamentos jurídicos. Daí a adoção, cada vez mais freqüente, de medidas que assegurem a igualdade dos estrangeiros frente aos nacionais em diversos países. É o tão sonhado mundo único que começa a ser concretizado, dando ao ser humano a proteção que lhe deve ser atribuída em qualquer lugar que esteja.

Quanto à proibição da coisificação do ser humano, a atenção maior se volta para o Direito penal, com a proteção do indivíduo que comete ato desafiador das normas consagradas pela sociedade; para o Direito civil, no sentido de que não se possa adotar uma autonomia da vontade que não encontre limites; e, por fim, para o Direito Constitucional, com a ênfase para a proteção dos direitos da personalidade.

Deste modo, em uma análise dos artigos dos códigos penal e processual penal pátrios, pode-se detectar, sem grandes esforços, a tentativa por parte do Legislador, de evitar que o ser humano pudesse ser igualado aos objetos, em relação ao tratamento dispensado ao mesmo. Não se pode, por exemplo, forçar alguém a falar mediante violência e a prática da tortura, ainda que denunciada por organismos internacionais como persistente em solo pátrio, não encontra respaldo no ordenamento jurídico nacional. Muito pelo contrário,

a Carta Magna delineou a aplicação da Lei penal, no sentido de que não se desrespeitasse o princípio da dignidade humana.

É exatamente este direcionamento que advém da Lei Máxima, quando a partir de seu artigo quinto, de forma bastante direta, orienta os operadores do Direito nesse sentido. Assim, dentre tantos destaques, temos a proibição de que qualquer pessoa seja submetida a tratamento desumano ou degradante, a garantia de que o preso terá respeitada sua integridade física e moral, e a consideração de que ninguém será reputado culpado, exceto após do trânsito em julgado de sentença condenatória, além da individualização das penas na medida da culpabilidade do infrator. São exemplos claros de atenção à dignidade humana.

Quanto à questão de que o ordenamento jurídico deve observar a necessidade de se respeitar um patamar existencial mínimo, tem-se que o Estado, quando da execução do direito de punir aqueles que transgridem as normas, o faça de maneira a não se deixar influenciar pela reação negativa que advém do cometimento de certos crimes. É certo que há crimes que deixam a população perplexa e que, por seus detalhes sórdidos, muitas vezes fazem aflorar o sentimento de vingança proporcional por parte dos demais componentes da sociedade. Como afirmou Shakespeare[10], “faltas que fazem os mais nobres estatutos assemelharem-se a avisos pendurados nas tendas dos barbeiros”. É nesse momento, que deve aflorar a força da ação estatal, no sentido de garantir punição ao infrator na medida exata do que determina a Lei, restringindo qualquer reação que tenha como único fulcro a indignação da população e o desejo coletivo das formas mais execráveis de vingança.

Em assim sendo, deve-se garantir ao acusado a possibilidade de defender-se mediante ativa participação no processo, como também a de não ser forçado a falar contra a sua vontade, a proibição de penas cruéis, tendo em vista a necessidade de se respeitar os pressupostos básicos de uma existência individual e social do condenado, em virtude de se pressupor que o Estado tem, como da mais alta importância, a missão de ressocializar o delinqüente[11].

---

[10] William Shakespeare, Medida por medida, p. 81
[11] BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Todas estas linhas de ação estatal servem para exemplificar o quanto a lei preocupa-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o escopo de impedir que a atividade punitiva, que lhe é peculiar, manifestada sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo.

Ainda que sob ofídica fleuma daqueles defensores do Estado mínimo, expressão cunhada como representante do ápice do Estado liberal, cuja premissa primordial é a não intervenção estatal na vida e nas relações de ordem privadas, ressalte-se que a dignidade da pessoa humana jamais pode ceder quando contrastada com interesses particulares de qualquer sorte.

A idéia absoluta de que o contrato faz lei entre as partes, deve se curvar ante a constatação de que substancialmente as pessoas apresentam desigualdades, e, por isso, a manifestação volitiva há de encontrar parâmetros que possam arrefecê-la.

Não é intenção deste trabalho, ainda que se registre a pertinência do tema, enfocar a questão da hipossuficiência de alguns indivíduos quando da realização de contratos, como se dá mormente no Direito laboral, em cujas decisões judiciais verifica-se a tentativa, por parte dos operadores de direito, de equilibrar a balança da justiça, quando se verifica a diferença, por vezes quilométrica, entre a capacidade de contratar, por parte de empregadores e empregados. O ponto em questão é aquele em que um dos contratantes se torna mero objeto do contrato, expondo sua própria vida ao risco, ou sua personalidade ao ridículo.

É certo que a independência para contratar deve ser limitada à liceidade do objeto do contrato, o qual não poderá contrariar a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Em conseqüência desse direcionamento é que a Carta Magna de 1988, em seu art. 7º, XXXIII, no intuito de preservar a saúde do laborista de tenra idade, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre à menores de dezoito anos e de qualquer labor a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz e, mesmo assim, a partir de quatorze anos.

Um contrato que não respeite tais determinações, estaria sendo pactuado em expresso desrespeito à ordem pública e deveria ter sua validade desafiada pela ação estatal, pelo simples fato de estabelecer risco de vida, ou ser capaz de impor séria ofensa à saúde, não porque uma das partes seja hipossuficiente, mas porque o objeto do contrato não respeita, em uma mínima proporção, a dignidade do contratante.

Inexplicavelmente comuns são as situações em que contratantes são expostos ao ridículo, por se tornarem objeto do contrato no qual se pactue sua subserviência ao tratamento degradante. Deficientes físicos são contratados para programas de televisão, cujo objetivo é apenas a exposição de suas anomalias, tal qual o antigo circo dos horrores, com seus homens-elefantes ou mulheres barbadas. O circo agora é eletrônico e as atrações vão de casais se engalfinhando antes de um resultado de exame de DNA, até arremesso de anões.

Destaque-se que tal comportamento não é uma criação genuinamente tupiniquim. O próprio exemplo mencionado em que um indivíduo anão se propunha a ser arremessado por um canhão, para o deleite de uma audiência e para engordar o caixa de uma emissora de televisão, foi registrado na França, berço do Estado liberal e coibida em decisão emanada do Conselho de Estado francês, em que se destacava que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública, cabendo à autoridade administrativa, no uso do poder de polícia, interditar espetáculo atentatório a tão importante valor.

Joaquim Barbosa[12] relata tal fato e inicia por questionar se existiria, em princípio, alguma vinculação entre o conceito jurídico de ordem pública e o princípio de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Em que circunstâncias pode o Estado fazer uso do seu poder de polícia para, em nome da preservação da dignidade da pessoa humana, restringir o exercício, pelo cidadão, de alguns dos seus direitos fundamentais?

---

[12] O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. Revista Jurídica TravelNet, página principal, 20 jul. 1996.

A Justiça administrativa francesa não se esquivou diante de tais questionamentos, ainda que o processo ora comentado tenha se tornado célebre não somente pela riqueza das reflexões jurídicas que ensejou, mas, principalmente, pela natureza grotesca dos fatos que lhe foram subjacentes.

O fato ocorreu em outubro de 1991. Uma conhecida empresa do ramo de entretenimento para jovens decidiu lançar, em algumas discotecas de cidades da região metropolitana de Paris e do interior, um inusitado certame conhecido como "arremesso de anão" (lancer de nain), consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão.

O prefeito de uma das cidades (Morsang-sur-Orge) interditou o espetáculo, sob o manto de guardião da ordem pública na órbita municipal e tendo como fundamento o Código dos Municípios, norma de âmbito nacional que disciplina de forma minuciosa o exercício da ação administrativa estatal no plano municipal. Nos termos desse Código (art. 131), incumbe ao Prefeito, sob o controle administrativo do representante do poder central na respectiva circunscrição (Préfet), o exercício do poder de polícia no Município, podendo intervir em atividades ou limitar o exercício de direitos sempre que necessário à preservação da ordem pública. Outrossim, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Tendo seus interesses comerciais atingidos em cheio pela decisão, a empresa interessada, em litisconsórcio ativo com o deficiente físico em causa, Sr. Wackenheim, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles visando a anular o ato do prefeito.

Em primeira instância, os autores obtiveram êxito, já que a corte administrativa julgou procedente o "recours pour excès de pouvoir" por eles ajuizado e anulou o ato do Prefeito, entendendo que o espetáculo objeto da interdição não tinha, por si só, o condão de perturbar a "boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas".

Mas, ao examinar o caso em grau de recurso, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, declarando que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana.

> Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie de pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte à la dignité de la personne humaine. (V. RDP 1996/564).

Aparentemente circunscrita a um caso específico e inusitado, a decisão "Morsang-sur-Orge" veio, em realidade, trazer sensível modificação a uma antiga tradição jurisprudencial estabelecida na França nas primeiras décadas deste século. Por outro lado, ela amplia sobremaneira a base jurídica em que tradicionalmente se buscou a fundamentação para a ação do poder de polícia do Estado, agora reforçada com a inclusão de uma noção nova, inteiramente sintonizada com as correntes de pensamento jurídico em voga neste século. Ela traduz, também, a crescente influência exercida pela jurisdição constitucional e pela jurisdição de cunho internacional sobre a tradicional Justiça administrativa francesa, celebrada e copiada em diversos países, mas historicamente impermeável às influências externas.

Ressalte-se que, segundo a jurisprudência e a doutrina tradicionais, o argumento de ordem moral, isoladamente, jamais fora suficiente para justificar a intervenção do poder de polícia, seja no domínio da liberdade individual, seja em matéria de costumes ou ainda no campo da liberdade de expressão. Sempre se exigiu uma rigorosa demonstração do risco de ocorrência de distúrbios de "ordem material".

Essa decisão caracteriza, em primeiro lugar, uma limitação clara à liberdade individual e à liberdade de iniciativa, mais conhecida naquele país como "liberté du commerce et de l'industrie". Note-se, com efeito, que os

argumentos da pessoa física envolvida no caso eram em princípio irrespondíveis.

Ele alegou, em seu arrazoado, que aderira "voluntariamente" ao programa, mediante remuneração. Logo, não havia por que dizer-se que aquela era uma atividade aviltante, pelo menos sob o ângulo da sua dignidade pessoal. Por outro lado, na condição de desempregado e ainda por cima inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, do seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho. Razão pela qual ele argumentou, não sem trair uma fina ironia, que não há dignidade quando não se dispõe dos meios elementares de subsistência.

O Conselho de Estado, porém, foi implacável, entendendo que, em si mesma, aquela atividade era atentatória à dignidade da pessoa humana, podendo a Administração proibi-la através de medida de polícia administrativa, pouco importando o fato de que o anão em causa aderira voluntariamente ao programa, freqüentara cursos de treinamento para o espetáculo e tinha naquilo a sua única fonte de sustento.

Merece destaque, ainda, o comentário final de Joaquim Barbosa[13] sobre o caso:

> A decisão comentada, como se vê, longe de se confinar ao domínio clássico do direito administrativo, é tributária do direito internacional, se inspira largamente na cada vez mais difundida doutrina da proteção dos direitos humanos, sem contar a repercussão quase certa que terá no campo da bio-ética. Sua importância, do ponto de vista do direito comparado, é certamente inestimável.

O aviltamento do ser humano deve ser combatido e não pode prescindir de combate veemente por parte do Judiciário e da Administração, calcados, quanto a esta, no poder de polícia e quanto àquela no princípio da dignidade da

[13] O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. Revista Jurídica TravelNet, página principal, 20 jul. 1996.

pessoa humana, esteja ele presente, de forma expressa ou não, nos ordenamentos jurídicos.

2.3 A consagração constitucional do princípio da dignidade no Brasil

No Estado brasileiro, o direito a um patamar existencial mínimo, que garante ao indivíduo a proteção legal para a obtenção de recursos capazes de prover-lhe a subsistência, está presente em vários preceitos constitucionais, como por exemplo, o artigo 5º, XXIV da CF, que estabelece que o ato emanado do Estado subordina-se à observância de interesse público, previsto no ordenamento jurídico, com a garantia ao particular de indenização prévia. Outro exemplo é a obrigação do administrado de contribuir para os encargos coletivos, reservada a vinculação ao parâmetro da não imposição de tributo, com efeito, de confisco (art. 150, IV).

Outrossim, a existência digna não é conquistada apenas pela inércia do Estado, muito pelo contrário, somente ações estatais eficientes podem garantir um patamar mínimo existencial. Deste modo, a Lei Fundamental pátria consagrou ações integradas com o objetivo de garantir a seguridade social, como forma de implementar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

No mesmo sentido é o pensamento de Flávia Piovesan[14] ao escrever que:

> O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1o, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Trata-se de verdadeiro escudo, produzido pelo Estado, para defesa do trabalhador, diante das intempéries que possam obstacular seu pleno

[14] Flávia Piovesan, Temas de direitos humanos, p. 34.

desenvolvimento, tais como a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes do trabalhador de baixa renda e pensão por morte.

Coadunando com tal linha de ação estatal, até mesmo aqueles que não se enquadram como participantes da seguridade social se vêem amparados em determinadas situações adversas, na medida de suas necessidades, através de prestações como a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo às crianças e adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências, com a sua integração à vida em comunidade e garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, em consonância regulamentar atribuída pela Lei 8.742/93.

Como conseqüência de tudo que aqui foi exposto, depreende-se que a Constituição Cidadã, como ficou conhecido o texto promulgado em 1988, não se furtou a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, que desta forma tornou-se pedra fundamental da formação da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, e, deste modo, alçando o indivíduo à condição de prioridade do ordenamento jurídico brasileiro.

Na pertinente lição de Ingo Sarlet[15]:

> O princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em ultima análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência.

Mas a consagração constitucional não significa, como poderiam pensar os mais incautos, a plena eficácia do referido princípio, ainda que este seja, por vezes, exaltado como o princípio dos princípios, quando comparado aos outros

[15] Ingo Wofgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 123.

presentes no Ordenamento jurídico pátrio ou alienígena, como destaca Flávia Piovesan[16]:

> É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Dessa mesma linha de raciocínio, pode-se inferir que a dignidade humana serviria de fonte e teria preferência perante os outros princípios ou normas, mediante a aplicação das chamadas regras de ponderação, sempre que fosse verificado confronto entre o princípio ora estudado e outros, como se infere nas palavras pertinentes de Ingo Sarlet[17]:

> É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta a de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação.

Gomes Canotilho[18] se refere ao "princípio da máxima efetividade" ou "princípio da interpretação efetiva", que pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Ou seja, na dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia à norma constitucional.

Konrad Hesse[19] diz que interpretação constitucional é concretização. Precisamente "o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata". Consequentemente, o intérprete

---

[16] Flávia Piovesan, Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: George Salomão Leite (organizador). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, p.193.
[17] Ingo Wolfang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. p.87.
[18] José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 267.
[19] Konrad Hesse, A força normativa da constituição, p. 203.

encontra-se obrigado à inclusão, em seu âmbito normativo, dos elementos de concretização que permitam a solução do problema.

A presente exposição não poderia carecer do ensinamento de Immanuel Kant[20]·, para o qual dignidade é tudo aquilo que não tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, a saber, o que é inestimável, indisponível, que não pode ser objeto de troca.

> No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Destaque-se, por fim, o perfeito entrelaçamento entre dignidade humana e plena eficácia dos direitos fundamentais. Não há que se falar em um desassociado do outro. Somente a perfeita coadunação de ambos, advinda de ações estatais, mormente quando da adoção de políticas públicas, pode garantir pleno desenvolvimento a todos. Esta relação entre dignidade e direitos fundamentais, na lição de Sarlet[21], pode ser verificada até mesmo em ordenamentos jurídicos em que não se verificou consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana:

> Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valo informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

[20] Immanuel Kant, Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos, p.52.
[21] Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, p.89.

3 DIGNIDADE E DIREITOS HUMANOS

Usando as lições de Miguel Reale[22], constata-se, historicamente, a existência de, essencialmente, três concepções da dignidade da pessoa humana: personalismo, transpersonalismo e egocentrismo.

Distingue-se o egocentrismo pelo entendimento de que cada homem, tratando dos seus interesses, resguarda e concretiza, de forma indireta, os interesses grupais. Seu ponto de partida é, no entanto, o sujeito.

Esse juízo da dignidade do ser humano, por demais restrito, típico do liberalismo ou do individualismo, compreende uma maneira de aprender-se os direitos fundamentais.

Estes serão, sobretudo, direitos inatos e antecedentes à conjuntura, e impostos como restrições à atividade estatal, que deve o máximo possível, abster-se de interferir na vida social. São direitos contra a conjuntura, como campos de autonomia a resguardar da interferência estatal. São denominados, por esse motivo, direitos de independência e direitos de defesa.

Este raciocínio redunda, também, como recomenda Reale, em um balizamento do entendimento e decodificação do Direito e, *a fortiori*, da lei. Dessa configuração, decodificar-se-á a lei com o final de salvaguardar a independência do sujeito, resguardando-o das intromissões do Poder Público. Ademais, em um conflito sujeito *versus* conjuntura, deve-se privilegiar aquele.

Já com o transpersonalismo, temos o oposto: é fazendo o bem grupal, o bem do todo, que se resguardam os interesses pessoais; não existindo harmonia natural para valores grupais. Recusa-se, no entanto, o ser humano como valor maior. Afinal, a dignidade do ser humano concretiza-se no grupal.

Consectárias desta corrente serão as percepções socialista ou grupal, em que a mais representativa será, seguramente, a marxista. Sendo assim, para Marx[23], os direitos do homem proclamados pelo liberalismo não excedem o egoísmo do homem como componente da sociedade burguesa, ou seja, do

[22] Miguel Reale, Liberdade e Democracia, p.36.

sujeito dirigido para si próprio, para seu interesse privado, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade. Diferenciando os direitos dos homens dos direitos do sujeito, aqueles não são nada além do que os direitos do homem distanciado da comunidade.

Decorrência lógica será uma disposição na decodificação do Direito que restringe a liberdade em favor da eqüidade, que tende a localizar os interesses pessoais com os da sociedade, que privilegia estes em detrimento daqueles.

A terceira corrente, que ora se chama personalismo, nega quer a percepção pessoal, quer a coletivista; recusa seja a existência do acordo natural entre sujeito e sociedade, discordando tanto de um predomínio do sujeito sobre a sociedade, quanto da sujeição daquele aos empenhos da coletividade.

No personalismo se procura, especialmente, a compatibilização, a inter-relação entre os valores particulares e valores grupais, é a diferenciação entre a pessoa e o sujeito, diferenciais característicos do liberalismo, aqui, ressalta-se que ele não é somente uma parte. Como uma pedra-de-edifício no todo, ele é, não oponente, uma configuração do mais elevado estilo, uma pessoa, em significado vasto - o que uma unidade grupal nunca pode ser, como resume Nicolai Hartimann[24].

Em decorrência, não há que se dizer aprioristicamente, em um predomínio do sujeito ou no predomínio do todo. A saída há de ser procurada em cada acontecimento, conforme as situações; saída que pode ser a compatibilização entre os citados valores, fruto de uma avaliação na qual se analisará o que toca ao sujeito e o que compete ao todo, mas que pode, do mesmo modo, ser a prioridade de um ou de outro valor.

Contudo, se defende que não há no mundo valor que exceda ao do ser humano, a prioridade pelo valor grupal não pode, jamais, imolar, ferir o valor da pessoa. O ser humano é, dessa configuração, *um minimun*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, ser, valor não pode exceder.

---

[23] Karl Marx, Elementos fundamentales para la critica de la economia política, p127.
[24] Nicolai Hartimann apud João Maurício Adeodato, Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência, p.94.

Neste significado, defende-se o ser humano, enquanto valor, e o princípio adequado, de que aqui se trata, é preponderante, e há de predominar sempre sobre qualquer outro valor ou princípio.

Destaquem-se, por sua pertinência, as características dos direitos humanos, segundo concepção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[25]:

> Ora, declaração presume preexistência. Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são naturais, portanto. Ora, vinculados à natureza, necessariamente são abstratos, são do Homem, e não apenas de franceses, de ingleses etc. São imprescritíveis, não se perdem com o passar do tempo, pois se prendem à natureza imutável do ser humano. São inalienáveis, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza. São individuais, porque cada ser humano é ente perfeito e completo, mesmo se considerado isoladamente, independentemente da comunidade (não é um ser social que só se completa na vida em sociedade).Por essas mesmas razões, são eles universais – pertencem a todos os homens, em conseqüência estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo.

3.1 A evolução histórica dos direitos humanos

As lutas políticas e sociais do século XVII deixavam clara a conquista de sociedades sempre mais secularizadas, onde as pessoas não podiam estar mais seguras de seu destino. As declarações de direitos apareciam como opção para assegurar o equilíbrio na tutela dos direitos tidos como fundamentais à condição humana.

A prática histórica dos Direitos Humanos acontece de maneira vagarosa, de acordo com as necessidades sociais e o progresso das correntes de pensamento.

Os Direitos Humanos aplicados nas primeiras declarações foram denominados de "primeira geração". Dessa configuração, propugnou-se, conforme a doutrina liberal e egoísta, os denominados direitos particulares, quais sejam, direitos que dão valor ao homem-singular, as liberdades abstratas

[25] Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos humanos fundamentais, p.163.

e o afastamento entre conjuntura e não-conjuntura. Não deve ficar esquecido o discurso de Paulo Bonavides[26], o qual resumia tais idéias de maneira precisa:

> [...] são oponíveis à circunstância, explicam-se como faculdade ou características da pessoa e assumem uma subjetividade que é sua característica mais marcante; afinal, são direitos de obstinação ou de obstinação diante da situação. (...) São os direitos da liberdade, os primeiros a verificarem de instrumento normativo essencial, a saber, os direitos civis e políticos.

No decorrer do moderno século, o liberalismo iria se chocar com o desejo socialista e com a generalização de perspectivas que buscavam uma equidade social.

De acordo com Celso Lafer[27], as desbraves dos Direitos Humanos de primeira geração queriam restringir os poderes da situação, enquanto que os da segunda geração trazem como hipótese um crescimento das forças da coletividade.

O autor também menciona que, de acordo com a nova organização do desenvolvimento dos Direitos Humanos, existe uma continuidade que se perfectibiliza associando as duas séries antecedentes, e apresentando aos povos uma base real para a legalidade de suas demandas por justiça: são os direitos que têm como titular não o sujeito, mas grupos humanos e também humanidade. É incontestável a ação do contexto histórico no aparecimento de uma terceira geração de direitos, como ressaltado por Bonavides[28]:

> A ciência de um mundo partido entre nações ampliadas e subdesenvolvidas ou em etapa de precário crescimento deu espaço depois a que se procurasse uma outra grandeza dos direitos (humanos) essenciais, até então não conhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, como destaca Karel Vasak, e fornece de uma latitude de significado que não parece entender exclusivamente o resguardo apontado de direitos individuais ou coletivos.

---

[26] Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p.359.
[27] Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos, p.158.
[28] Op.cit.p. 201.

A autodeterminação dos povos, o direito ao crescimento, à paz ao meio ambiente, introduz-se nessa terceira geração.

Ao ingressarmos no terceiro milênio, outros termos colocados pela revolução tecnológica, pela reestruturação econômica, pela nova ordem mundial, vêm provocando polêmicas sobre uma quarta geração de direitos e comprometimentos, resultantes da manipulação genética ou do domínio de conhecimentos informatizados, que trazem à baila direitos relativos ao progresso biogenético e tecnológico, e ao meio ambiente.

Há quem assegure que a quarta geração dos direitos se refere à globalização dos mesmos, em contrapartida à investida neoliberal da globalização, baseada na situação simplesmente econômica. Informa essa corrente o ilustre jurista Paulo Bonavides[29], conhecido e firme defensor dos direitos humanos essenciais:

> Há [...] uma globalização de artifício que, ora se amplia, sobre a qual não tem competência a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos essenciais. Globalizar direitos essenciais equivale a universalizá-los pelo espaço institucional. Só nessa formatação ganha humanização e validade um julgamento que, de outra maneira, qual vem ocorrendo de último, poderá aparelhar exclusivamente a servidão do porvir.

3.2 Classificação dos direitos humanos

Na disposição dos direitos humanos, utilizar-se-á a que mais aceita na doutrina pátria[30], já que atende totalmente aos interesses deste labor.

Primeira Geração - Direitos Individuais. O ponto de tendência dos Direitos Individuais será a liberdade, sendo que estes direitos são referentes à vida, integridade e igualdade. Destaquem-se as diversas nomenclaturas registradas, como menção a direitos de personalidade, direitos da intimidade, liberdades públicas, etc. Todos estes nomes se introduzem nos direitos pessoais essenciais.

---

[29] Op. cit. p.347.
[30] Op. cit. p.207.

Segunda Geração - Direitos Sociais. Entendem os Direitos Sociais, os direitos referentes à saúde, educação, previdência e assistência social, descanso e labor. Estes direitos estão a solicitar uma prestação positiva do Estado, que deve atuar no significado de proporcionar estes direitos que estão a resguardar interesses da sociedade.

Terceira Geração - Direitos Econômicos. Os Direitos Econômicos são os direitos que estão refreados em normas de teor econômico, que permitirão um desenvolvimento de parâmetros dependentes da economia como um todo. Qualificamos entre direitos econômicos, pelas particularidades fortes destes direitos, o direito ao total emprego, condução integrada à produção, direito ambiental e direitos do consumidor. Estes Direitos Econômicos têm regras que resguardam interesses particulares, grupais e difusos.

Quarta Geração - Direitos Políticos. São direitos de atuação popular no Poder do Estado, que protegem a representação de forma individual por cada eleitor, sendo que a sua distinção fundamental para os direitos particulares no fato de que, para estes últimos, não se demanda qualquer espécie de qualificação por causa da idade e nacionalidade para a sua prática, enquanto que para os Direitos Políticos, exige a lei condições que o sujeito deve preencher.

A expressão geração de direitos tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo "geração" pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer, quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão. O termo geração reflete, nitidamente, que algo ficou para trás, sendo substituído pela novidade surgida a posteriori.

Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade

dos direitos da chamada "primeira geração". Em suma, a crítica advém da noção de que somente ao chegar-se ao ápice da concretização dos direitos de primeira geração, poder-se-ia pensar na segunda, e assim sucessivamente.

Deve-se ter em mente que com a idéia de "gerações" de Direitos Humanos, uma nova "geração" não exclui a anterior, muito pelo contrário, esta nova "geração" – por força da interdependência que existe entre os Direitos Humanos – vem reforçar a anterior.

Ingo Sarlet[31] adota a denominação dimensão, e ao comentar o surgimento das teorias que consagram as novas dimensões, observa que as mesmas, ainda que apresentadas com um tom de novidade, remetem sempre a valores consagrados em gerações prévias, como a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana:

> De outra parte, observa-se que, nada obstante a já relevada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos da terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. Objeto último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser bem exemplificado pelo direito ao meio ambiente.

Mas seja como geração, gestação ou dimensões, não há que se perder de vista que, em momentos históricos distintos, o povo percebe que o atual estágio de Direitos Humanos é insuficiente para garantir-lhes a dignidade condizente com sua condição de pessoa humana.

Desta forma, afirma, de forma conclusiva, Flávia Piovesan[32]:

> Adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão "geracional" de direitos, na medida em que acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.

---

[31] Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 59.
[32] Flávia Piovesan, Temas de direitos humanos, p. 34

3.3 Instrumentos jurídicos de proteção da dignidade humana

Da segurança da dignidade humana transcorre o reconhecimento de personalidade jurídica a todas as pessoas, assim como a previsão de instrumentos jurídicos dedicados à defesa dos direitos fundamentais da personalidade humana, além da proteção desses direitos por parte do Estado, sendo, também, a declaração da liberdade de ampliação da personalidade humana, corolário da consideração da dignidade do ser humano como valor no qual se fundamenta o Estado.

Além de explicar a fundamentalidade material dos direitos positivados, o principio da dignidade do ser humano se presta como diretriz material para permitir a localização de direitos implícitos, agindo, a princípio, como uma cláusula aberta, no significado de respaldar o aparecimento de "direitos novos" não manifestos na lei de 1988, mas nela implícitos, seja em conseqüência do regime e princípios por ela seguidos, seja em benefício de tratados internacionais em que o Brasil seja parte; Assim estando-se diante de uma posição jurídica abertamente fundamentada e associada à dignidade da pessoa, de forma precisa, se estará perante uma norma de direitos humanos.

Perante a intensa relação que existe entre a dignidade e os direitos humanos (posto que aquela admita papel de componente e medida destes), a transgressão de um direito humano valerá em ofensa à dignidade da pessoa. Defendem a maioria dos doutrinadores que perante um caso real, deve-se procurar primeiro constatar a existência de uma ofensa a motivado direito humano em espécie, para, dessa configuração, se diminuir a margem de arbítrio do interprete, já que se demonstra claro o teor do principio da dignidade do ser humano naquela grandeza analisada.

No entanto, a dignidade do ser humano se presta de embasamento para o resguardo da defesa contra ofensas e ameaças, também não manifestadas pelo campo de proteção dos direitos humanos fundamentais ou consagrados no Texto Constitucional.

Sendo parte que integra os direitos fundamentais, o principio da dignidade se presta a como componente de defesa dos direitos contra medidas limitativas; porém, por funcionar igualmente como explicação para a imposição de limitações a direitos essenciais, acaba agindo como componente limitador destes. Desse formato, sempre se poderá assegurar que a decência do indivíduo age como limite dos direitos e como limite dos limites.

Há, na doutrina e na jurisprudência, acordo de que nenhuma limitação, a priori, de direitos humanos poderá se apresentar desproporcional, ou decorrer na afetação de seu núcleo fundamental, já que do oposto, haveria o esvaziamento do mencionado direito.

Como, para certos doutrinadores, o núcleo fundamental dos direitos humanos é fulcrado no teor da dignidade do ser humano, qualquer caso de transgressão desse núcleo fundamental será sempre desproporcional.

Não se está amparando a inviabilidade de conferir determinadas limitações aos direitos fundamentais, desde que reste ileso o núcleo de dignidade destes direitos.

Mesmo sendo a dignidade um valor maior do ordenamento jurídico, mesmo perante sua superioridade no choque com outros princípios e normas constitucionais, não se pode deixar de distinguir uma permitida relativização deste princípio, de considerar-se que uma pessoa, um juiz, o legislador, irá determinar qual seu teor e se houve, ou não, sua transgressão no caso real.

São os exemplos da pena de morte e do martírio, que demonstram o quanto são desiguais os efeitos relacionados a este ponto, até mesmo em relação ao reconhecimento da dignidade como valor fundamental para a ordem jurídica.

Remetendo-se ao princípio da isonomia como corolário direto da dignidade, admite-se que a também dignidade pessoal aceita certa relativização, bem como evidenciada na possibilidade de defesa da honra de terceiros.

É preciso, portanto, achar o ponto de balanceamento da tensa relação entre sujeito e sociedade. Existem, de acordo com Maritain[33], três modos de solucionar a dificuldade: O primeiro modo é dar prioridade aos valores pessoais em dano do da sociedade, onde o mesmo acha seu próprio bem estar e sua também riqueza. A segunda forma é o contrário da primeira, onde os valores das sociedades devem predominar sobre o sujeito, já que para a percepção do *transpersonalismo* do sujeito está em função dos interesses da sociedade. Por fim, a terceira vertente, onde se objetiva procurar um acordo entre as duas percepções antecedentes, que é significada pelo *personalismo.* Segundo tal modelo, diante do conflito sujeito e sociedade, deve-se almejar nem a absolutização do sujeito, nem a absolutização do social, mas sim a compatibilização entre as duas posições, a qual será atingida a cada caso, perante cautela na qual se analisará o que toca ao sujeito e o que compete ao todo.

Relevante destacar que na expectativa personalista localiza-se a percepção de Kant[34] da pessoa como um fim em si próprio, e, no entanto, a declaração de que a conjuntura, para a consecução de suas metas, não pode aniquilar o ser humano.

Desse raciocínio, infere-se que nem o egocentrismo, nem o transpersonalismo entendem o homem em sua integralidade, posto que por procedência, o homem é tanto um ser social como um ser individual.

[33] apud Edilsom Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 47

4 NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

4.1 Considerações Gerais

Considerando toda a análise anterior acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, as atenções agora são dirigidas à nova realidade do adolescente infrator, implantada a partir de 1988 e consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente, com enfoque principal na chamada Doutrina da Proteção Integral.

Tal direcionamento leva ao cerne deste trabalho, que é averiguar a existência ou não da dignidade, quando do cumprimento de medidas sócio-educativas determinadas pelo ECA, sabendo-se que somente com uma resposta positiva, haveria de se falar em possibilidade de ressocialização das crianças e adolescentes que, ainda no albor de suas existências, já se destacam pela afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição Federal estabelece preceitos a serem seguidos, como meio de se abordar a questão dos jovens que se enveredam pelo caminho do descumprimento das normas legais, sob o prisma de que tais jovens encontram-se no epicentro de prática freqüente de ameaça e/ou violação dos direitos. Em sua grande maioria, tais violações têm como certos aqueles que a realizam, sendo, normalmente registrada sob vários aspectos.

Observe-se que, ainda que ao arrepio do princípio isonômico, cuja pedra basilar encontra-se no artigo 5º, a Constituição pátria não se furta a determinar um tratamento diferenciado para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, pelo inegável valor social que tal comando enseja. Na lição de Jairo Schäfer[35]:

---

[34] Op cit. p.96.
[35] Jairo Gilberto Schäfer, Direitos Fundamentais. Proteção e Restrições. p.73.

> Este posicionamento mostra-se extremamente adequado a uma concepção principiológica dos direitos fundamentais. Com efeito, todo e qualquer privilégio atribuído por lei a determinada pessoa ou instituição e que tenha por conseqüência a quebra do princípio isonômico somente se justifica quando tenha por escopo a proteção de um interesse público relevante (não se confundindo, nesse passo, "interesse público" com "interesse do órgão estatal").

Tantos são os percalços enfrentados por nossos jovens, que o tratamento constitucional diferenciado é plenamente justificado. Em um primeiro plano verifica-se o abandono por parte da própria família, cujas condições sócio-econômicas quase sempre desfavorecidas, fazem com que a educação, e até mesmo a convivência com os mais jovens, seja relegada a um plano inferior.

Em seguida, e não menos devastador, tem-se o abandono por parte da comunidade na qual o jovem está inserido. Há uma total exclusão dos processos decisórios advindos de seus direitos de cidadão, ainda que em dissonância com o Texto Constitucional. O fato é que este jovem possui uma aviltada capacidade de reivindicação de seus direitos, o que torna o quadro ainda mais sombrio se associado à ausência de consciência da supremacia dos direitos coletivos sobre os individuais e excessiva tolerância à prática criminosa, como as de extermínio e ações repressivas e marginalizadoras.

Por fim, aquele ente que em sua concepção inicial deveria considerar os cidadãos em suas desigualdades e procurar amenizar as limitações dos menos providos – o Estado –, além de fracassar em tais desígnios, acaba por reforçar o abandono imposto ao jovem. Nas palavras de Luiz Carlos Figueirêdo[36]:

> Por parte do Estado: por conta de uma prática ineficiente, do desordenamento institucional para gerenciar ações de acordo com o novo programa legal, e de ausência de políticas sociais básicas de prevenção e assistência. Muitas vezes, observa-se a falta de "vontade política" para enfrentamento da grave problemática, encobrindo a circunstância com o manto protetor da Crônica falta de verbas, quando se observa a existência de dotações financeiras para projetos não prioritários e não transformadores da realidade.

[36] Luiz Carlos de Barros Figueiredo, Medidas Sócio-Educativas em meio aberto, p.11.

Não obstante, há de se registrar a preocupação internacional com o tema, que foi enfrentado, de forma pungente, na Convenção de Direitos: Normas de Riad e Beijim, em que já se ressaltava a necessidade de um novo tratamento a ser dispensado ao jovem infrator.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não tergiversou ante a realidade de pobreza, abandono e marginalização, tendo alçado os adolescentes à condição de sujeitos que necessitam de proteção especial e integral da sociedade, do Estado e do meio social para que se desenvolvam e ingressem num novo processo de conquista de seus direitos enquanto cidadãos.

Entretanto, alguns entraves parecem intransponíveis para se implementar, na prática, os preceitos legais. Primeiramente, O baixo envolvimento da família e da comunidade em prevenir condutas desviantes e na reintegração do jovem que se inicia na prática de atos delitivos.

Em um segundo momento, tem-se o uso inadequado de mecanismos excludentes do processo, pois embora seja princípio fundamental se evitar a sua inserção no Sistema de Justiça, há que se ter cautela, de modo a assegurar efetivos ganhos pedagógicos com sua aplicação, o que não aparece ser possível se tratando o Instituto da remissão como forma de 'perdão' e não como hipótese de 'transação', e muito menos se concedendo este benefício reiteradamente a infratores contumazes, sem que cumulativamente lhes sejam aplicados medidas sócio-educativas ou protetivas.

Além disso, percebe-se, de forma bastante clara, que o nosso aparato judicial não adota as medidas sócio-educativas em meio aberto como regra, fazendo opção pela privação de liberdade que, por razões bastante óbvias, se revela mais inábil para a ressocialização do adolescente infrator, ainda mais quando se constata que a Internação é realizada em instalações físicas incompatíveis com a medida.

Mais trágico ainda, e reconhecidamente usual, é a opinião popular sobre o tratamento a ser dado aos jovens transgressores. Quase sempre movidos pelas paixões da última participação de um adolescente em crime divulgado na

imprensa, pugna-se pelo fim das “regalias” legais que beneficiam aqueles menores de 18 anos.

É fato que alguns adolescentes já têm o crime tão enraizado em suas mentes e que uma recuperação, nesses casos, se reveste em uma tarefa hercúlea. Mas a pesquisa científica é o caminho para que se perceba que o chamado “marginal mirim” é exceção e não regra.

Ademais, mesmo os adolescentes que desafiam a lei devem ser protegidos pelo que consagramos como moral em nossa sociedade. Afinal, não existe uma moral para os seguidores dos preceitos legais e outra para seus transgressores, como bem denuncia Rabenhorst[37]:

> Se admitirmos a existência de uma comunidade moral à qual todos os homens pertenceriam, tal comunidade não pode ser vista como um clube cujos sócios podem aderir ou ser expulsos a qualquer momento em função de suas qualidades. Se há uma comunidade moral, os patifes e os parias também fazem parte dela. E se eles não reconhecem o valor dos outros indivíduos, isso não nos autoriza a negar-lhes este mesmo valor. O máximo que podemos fazer é puni-los, respeitando suas dignidades.

4.2 A Constituição de 1988 e a criança e o adolescente

O destaque de alguns preceitos constitucionais se revela de grande pertinência para emoldurar o tema a ser exposto. Como o artigo 1° da Carta Magna positiva, que estabelece os fundamentos do Estado Brasileiro de forma bastante direta:

> O Brasil tem a forma de República Federativa, constitui um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I – a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.

[37] Eduardo Ramalho Rabenhorst, Dignidade humana e moralidade democrática. p.41

Tais fundamentos consubstanciaram uma nova ordem constitucional, que formaliza o pacto político-social da "Nova República", ou seja, do novo período, que haveria de ser democrático e social, conforme pretendiam os intensos movimentos sociais que concatenaram aquela que seria chamada por Ulysses Guimarães, então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, de "Constituição Cidadã", porque se volta decisivamente para a plena realização da cidadania[38].

Os princípios fundamentais, tratados no Título I da Constituição, constituem o mandamento nuclear de um sistema[39], e os artigos que os consagram "constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas[40]".

Esclarece, ainda, José Afonso da Silva[41], que:

> A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, que deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo Único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formulação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

O Título I da Constituição de 1988 é, sem dúvida, a pedra fundamental do Estado brasileiro e representa uma diretriz sólida para o desenvolvimento político e social do país. O que existe no seu texto é o início das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político, que

---

[38] Maria de Fátima C. Firmo, A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, p.8.

[39] Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. p.41

[40] José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 86.

[41] Op. cit. p.20

representam uma grande conquista no sentido da democratização do Estado, tanto no sentido político como no social[42].

Mas os contornos da adoção da Doutrina da Proteção Integral, que teria sua consagração com o Estatuto da Criança e do Adolescente, começaram a se delinear na medida em que a Constituição determinou que a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios são entidades autônomas e solidárias no encaminhamento dos objetivos fundamentais e dos destinos do Brasil e dos brasileiros, estando às responsabilidades distribuídas entre cada uma dessas esferas da realidade nacional.

Ao criar direitos constitucionais da criança e do adolescente, a Constituição deu aos Municípios direitos e deveres públicos para com seus filhos não-adultos, transferindo àqueles o poder de assumir as decisões de tudo quanto se faça, no âmbito governamental, para a defesa dos direitos de suas crianças e de seus adolescentes.

Foi, com certeza, uma das maiores inovações do constituinte de 1988, posto que a descentralização revelou-se fundamental, para aproximar os tutelados da entidade governamental responsável pela proteção e garantia de seus direitos, ou seja, tornou mais possível a aplicação das normas sociais inerentes a essa parte desprotegida da sociedade. Uma vez que o cidadão sonha, vive, trabalha, ama, sofre e tem expectativas no seu Município, o direito de ser cidadão começa neste espaço geográfico; portanto, o Município pode melhor conhecer as necessidades de seus habitantes, principalmente, desses pequenos cidadãos[43].

Neste mesmo diapasão, o art. 227 cuidou de determinar os responsáveis pela garantia de dos direitos da criança e do adolescente, ao ser previsto que:

> É dever da família, da sociedade e do estado assegurar á criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, â dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência social e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, implorativo, violência, crueldade e opressão.

---

[42] José Afonso da Silva, Op. cit. p.106
[43] Maria de Fátima C. Firmo, Op. cit. p.2I.

Conclui-se que os deveres constitucionais referentes à criança e ao adolescente, previstos no art. 227, são atribuídos de forma concorrente à família, à sociedade e ao Estado. Mas a grande questão a ser enfrentada era exatamente delinear até onde iriam as responsabilidades dos envolvidos com os deveres impostos na Constituição. Em outras palavras, onde começam e terminam as responsabilidades familiar, social e estatal e, principalmente, o que se pode cobrar de cada um desses agentes.

Quanto aos deveres da família, com relação à criança e ao adolescente, a Constituição prevê, em seu art. 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e, especificamente no que se refere ao dever de educar, a Constituição dispõe, ainda, no art. 205, sobre o dever da família (de forma também concorrente com o Estado e a colaboração da sociedade) para com a educação de seus filhos menores, educação esta que visa, também, ao pleno exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho; portanto, refere-se à responsabilidade pela educação integral[44].

Torna-se evidente, então, que a Constituição remete aos pais (pai e mãe) a responsabilidade direta e primeira com relação aos seus filhos menores (crianças e adolescentes), respeitando-se, assim, o pátrio poder. A Carta Magna ampliou tais responsabilidades quanto aos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, aos quais garantiu, no art. 227 § 6°, os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A Constituição já deixou estabelecidas as normas gerais com relação alguns deveres do Estado, no tocante a infância e a juventude.

O art. 227, § 1° dispõe que:

> O Estado promoverá programas de assistência integral à Saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:
> I - aplicação de percentual dos recursos Públicos destinados à Saúde na assistência materno-infantil;
> II- criação de programas de prevenção e atendimento especializado para portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como

[44] Maria de Fátima C. Firmo, Op. cit. p.72.

> de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A Lei Maior garantiu, também, às crianças e adolescentes, como direito constitucional, a proteção especial nos aspectos contidos nos seguintes incisos do § 3° do art. 227:

> I - idade mínima de dezesseis anos (a **partir da** EC n° 20/98) para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
> II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
> III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
> IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar especifica;
> V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;
> VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
> VII - programas de prevenção e atendimento especializados à criança e ao adolescente dependentes de entorpecentes e drogas afins.

A Carta Magna previu, ainda, a inimputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos, ficando os mesmos sujeitos às normas da legislação especial, remetendo às leis ordinárias a previsão de punições severas ao abuso, à violência e à exploração sexual da criança e do adolescente (art. 228), bem como estabelecendo os casos e condições de adoção, que será assistida pelo Poder Público.

Quanto aos deveres da sociedade, referentes à criança e ao adolescente, a Constituição lhe impôs, principalmente, a observância à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e o respeito aos direitos de cidadania das crianças e adolescentes, de forma a garantir-lhes uma convivência comunitária salva de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, atribuindo, ainda, à sociedade o direito-dever de contribuir para que se concretizem as propostas constitucionais de proteção integral à criança e ao adolescente e, neste sentido, consagra uma

verdadeira democracia, na qual as soluções são compartilhadas pela sociedade como um todo[45].

Após a análise das normas constitucionais pertinentes, este trabalho não poderia deixar de abordar, ainda que de forma sucinta, a questão da eficácia de tais normas, que passa, inexoravelmente pela classificação atribuída às mesmas pelos estudiosos do assunto, como será destacado no tópico seguinte.

[45] Maria de Fátima Carrada Firmo, op. cit. p. 25.

5 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA CLASSIFICAÇÃO SOB O ÂMBITO DA EFICÁCIA

5.1 A norma constitucional e sua eficácia social e jurídica

As ciências sociais, dentre as quais se inclui o Direito, não se limitam a observar e descrever o mundo do ser, mas constituem também uma prescrição de um dever-ser. Esse é o caráter normativo da ciência jurídica em razão do qual ela se presta à elaboração de sistemas ideais.[46]

As normas jurídicas, por conseguinte, revestem-se de imperatividade, podendo-se discernir, dentro do gênero, duas modalidades conforme a intensidade dessa imperatividade. As normas cogentes são as que obrigam ou proíbem, enquanto as normas dispositivas são aquelas que conferem ao particular liberdade para dispor acerca da situação prevista na norma.[47]

Também é possível distinguir a eficácia jurídica da eficácia social da norma. A primeira, todas as normas a possuem. A eficácia social diz respeito à efetiva concretização, ao seu cumprimento no mundo dos fatos. Essa eficácia social traduz a idéia de efetividade, significando a máxima aproximação entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social.[48]

Conforme lição de José Afonso da Silva, a eficácia jurídica significa a exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica. Essa eficácia jurídica difere da eficácia social, pois esta diz respeito à efetividade do controle social por meio da norma, enquanto a eficácia jurídica refere-se apenas à possibilidade dessa ocorrência.[49]

Assim, é possível discernir entre os preceitos constitucionais aqueles dotados de uma força normativa tal, que são capazes de efetivamente operar mudanças no meio social, atingindo os propósitos para os quais foi elaborado.

---

[46] Luís Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 75.
[47] Ibidem, p. 76.
[48] Ibidem, p. 85.
[49] José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 65.

5.2 O problema da efetividade das normas constitucionais

Postos os devidos esclarecimentos acerca do que se entende por efetividade, cumpre situar o problema da crise de eficácia das normas constitucionais, sobretudo nos países periféricos, como é o caso do Brasil, o que é por Paulo Bonavides denominado de crise constituinte. Chama-se de crise constituinte aquela que atinge diretamente o próprio corpo social e as instituições de um país. É de ocorrência comum em países subdesenvolvidos, em razão de sua fragilidade constitucional, sendo o seu principal agente causador a distância verificada entre a Constituição jurídica e a realidade social. [50]

No mesmo sentido, colhe-se opinião de Andreas Krell, segundo o qual há, no Brasil, uma crença de que os problemas podem ser resolvidos com a simples promulgação de uma lei, dispensando-se pouca atenção à questão de como será implementada na prática.[51]

Já Luís Roberto Barroso refere-se a esse fenômeno com a denominação de inflação jurídica, afirmando que o Direito não deve normatizar o inalcançável. A crença generalizada de que a criação de leis pode, por si só, garantir a fruição de direitos avançados em relação à realidade enseja um sentimento de frustração quando a Constituição não logra alcançar seu objetivo.[52]

Essa ausência de efetividade pode se dar, por exemplo, quando um preceito contraria o ideal social, a consciência arraigada no meio social. Mas pode ocorrer também que o efeito pretendido pela norma contrarie interesses

---

[50] Segundo PAULO BONAVIDES, a crise constituinte é tão grave que "costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução". *In* Curso de Direito Constitucional, p. 193.

[51] Andreas J. Krell, Promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real de sua realização são capazes de levar a uma 'frustração constitucional. *In* Andreas J. Krell, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 26.

[52] Luís Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 49.

do poder dominante, cuja influência seja bastante a ponto de obstaculizar a efetividade da norma.[53]

Assim, ganha relevo a criação de mecanismos e institutos que contornem a resistência à efetividade das normas constitucionais. Afinal, o Direito existe para realizar-se, não se podendo admitir passivamente a existência de uma previsão inócua de direitos sociais sem a correspondente executoriedade.

Deve-se ressaltar que embora o Direito Constitucional seja dotado de sansão capaz de garantir sua eficácia, e não somente a sansão civil, como também a responsabilização política, esses mecanismos se mostram incapazes de solucionar o problema da concretização dos direitos sociais, pois muitas vezes o legislador constituinte foi muito além das condições reais, causando um descompasso entre a previsão constitucional e a realidade das situações.

Nesse particular, convém mencionar a clássica lição de Konrad Hesse, quando alerta que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Para que se produza a eficácia esperada, a Constituição deve estar adaptada às condições naturais e aos aspectos sociais, culturais e econômicos reinantes. Sem a consideração a esses elementos, a Constituição torna-se um instrumento meramente teórico e destituído de normatividade.[54]

Em síntese, segundo Luís Roberto Barroso, o legislador constituinte deve conter-se em limites de razoabilidade sob pena de comprometer a efetividade da Constituição e lhe retirar o caráter de instrumento normativo das relações sociais; as normas constitucionais são de observância obrigatória e seu não cumprimento espontâneo enseja a aplicabilidade obrigatória. E observa ainda Barroso que “as normas constitucionais devem estruturar-se e

[53] Luís Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 86.

[54] Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição, p. 14.

ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados".[55]

Enfim, o que se observa da realidade brasileira é a disparidade entre as promessas constitucionais e a realidade social, acompanhada da dificuldade de realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais de cunho prestacional, os quais demandam uma atuação positiva do Estado.

5.3 Classificação das normas constitucionais segundo o critério da aplicabilidade e eficácia

Como pressuposto ao estudo que será desenvolvido nos capítulos seguintes, propõe-se uma análise preliminar da classificação das normas constitucionais, no que pertine à aplicabilidade e carga eficacial e com sua aplicação como instrumento de transformação social.

No Direito Norte-americano, a classificação das normas constitucionais, segundo apontado por José Afonso da Silva, implica a distinção entre normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*. As primeiras são "as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica".[56] Ao contrário, as *not self-executing* são aquelas que não se encontram em condições de pronta aplicabilidade, pois dependem da edição de uma legislação ordinária posterior.

A crítica que se faz a essa diferenciação entre normas constitucionais auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis é que ela sugere a existência de normas ineficazes e sem imperatividade.[57]

Outra crítica à teoria clássica norte-americana é que ela não vislumbra a modalidade das normas constitucionais programáticas. Daí a necessidade de re-elaboração doutrinária da matéria.

Partindo-se então da premissa de que todas as normas constitucionais são eficazes e capazes de irradiar efeitos jurídicos, pode-se classificá-las em

---

[55] Luís Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 89.
[56] José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 74.
[57] Ibidem, p. 75.

três categorias: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.[58]

No segundo grupo estão as normas que produzem os efeitos queridos, mas prevêem meios que podem conter esses efeitos em determinados limites. As normas do terceiro grupo são as que não são capazes de produzir todos os seus efeitos com a simples entrada em vigor e deferem ao legislador ordinário essa tarefa.[59]

As normas de eficácia limitada, por sua vez, apresentam-se sob duas modalidades distintas: I – normas programáticas (correspondem a programas de ação social); II – normas de legislação.

Essa terminologia, no entanto, é falha, uma vez que também há normas programáticas que remetem à produção de legislação para que possam incidir. Assim, para José Afonso da Silva, a classificação que mais pode se aproximar da realidade das constituições é a que divide as normas constitucionais em: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) normas de eficácia limitada (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; (b) declaratórias de princípio programático.[60]

Neste particular, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet é a de que todo e qualquer preceito da Constituição apresenta-se dotado de maior ou menor grau de eficácia e aplicabilidade. No tocante às normas fundamentais, pode-se observar uma diferenciação entre as seguintes categorias: normas definidoras de uma finalidade a ser implementada, podendo ser chamadas de “norma-objetivo”; em segundo lugar, normas que se caracterizam por serem “autênticas normas programáticas”, ou normas que receberam do legislador um cunho programático; e, por fim, os direitos fundamentais que importam em

[58] José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 82.
[59] Ibidem, p. 83.
[60] José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 86.

"ordens concretas de legislar", podendo-se exemplificar com o direito à participação do trabalhador nos lucros da empresa.[61]

Luís Roberto Barroso, por sua vez, apresenta uma tipologia das normas constitucionais segundo a qual são as normas classificadas em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito, e normas constitucionais programáticas.

Consoante doutrina de José Afonso da Silva, de modo geral, é possível identificar-se uma norma completa e juridicamente dotada de plena eficácia quando se sabe com precisão qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma.[62] [63]

Já as normas de eficácia contida são de aplicabilidade imediata, mas essa eficácia poderá ainda ser contida através da edição de uma lei futura, pois a isso autoriza o próprio dispositivo. Acaso não haja a legislação que fixe prestação alternativa para quem se eximir de obrigação a todos imposta, será indevida qualquer restrição.

Assim, são normas de eficácia limitada as que estatuem um direito cuja eficácia e aplicabilidade encontram-se ainda na dependência da edição de uma legislação infraconstitucional futura.

5.4 Normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos

Para fins de melhor sistematização do presente estudo, adota-se a expressão "normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos", cunhada por José Afonso da Silva, para designar as normas que, embora não

---

[61] Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 250.
[62] José Afonso da Silva, op. cit., p. 99.
[63] Segundo José Afonso da Silva, consideram-se de eficácia plena as normas constitucionais que: "a) contenham vedações; b) confiram isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos e autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados". Op. cit., p. 101.

apresentem cunho programático, remetem à legislação infraconstitucional a tarefa de lhe conferir aplicabilidade e eficácia plenas.

Segundo o autor, as normas de princípio institutivo apresentam conteúdo organizativo e regulativo dos órgãos e entidades estatais. Sua natureza é, portanto, organizativa já que através delas o legislador constituinte traça diretrizes gerais de estruturação de órgãos e entidades, delegando ao legislador constituinte a tarefa de regulá-los em definitivo.[64]

Distinguem-se, quanto à função e conteúdo, das normas programáticas em razão de que estas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na vida econômica mediante prestações positivas.

São aplicáveis até onde possam incidir sem a interferência de lei integrativa, pois algumas normas constitucionais de princípio institutivo são dotadas de eficácia revogativa quanto à legislação anterior, e negativa quanto à futura legislação em contrário. Sua aplicabilidade completa, entretanto, é que permanece na dependência da lei integrativa.[65]

5.5 Normas programáticas

A segunda categoria de normas que mais questionamentos suscitam quanto ao âmbito de sua eficácia, diz com as normas de cunho programático.

Do processo de redemocratização e luta contra os princípios liberais, e da positivação nas constituições contemporâneas de princípios de direitos econômicos e sociais, surgiu o conceito de "constituição-dirigente"[66], caracterizada pela adoção de fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática.

Muitas das normas constitucionais traduzem um princípio ou programa a ser desenvolvido ulteriormente pelo legislador ordinário em atendimento a um fim social. Essa categoria consiste em normas constitucionais de princípio

---

[64] José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 125.
[65] Ibidem, p. 135.
[66] José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 136.

programático, verdadeiras normas diretoras, e que correspondem às normas diretórias dos americanos, ou às normas diretivas dos italianos.[67]

Em verdade, essa técnica de inserção de normas programáticas tem sido utilizada nas constituições contemporâneas, e não só na Constituição brasileira, como forma de vincular a atuação do legislador no tocante a certas matérias. Por outro lado, representa também uma tentativa do legislador constituinte de conferir à Constituição uma aparência de Carta avançada e sintonizada com as modernas conquistas sociais, sem que esteja acompanhada dos correspondentes meios de fruição do direito.

As normas constitucionais programáticas são consideradas por Luís Roberto Barroso como a categoria de "disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados" e que visam "estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público". Podem então ser compreendidas as normas programáticas como "linhas diretoras" pelas quais hão de se pautar os poderes públicos. [68]

Na doutrina clássica, normas dessa natureza eram motivo de desconfiança, já que normalmente eram relacionadas a meras exortações morais, sem eficácia imediata alguma e sem força coativa capaz de obrigar seus destinatários. Ressalta-se, entretanto, que "modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas"[69], de modo que através de sua inserção das constituições já se vislumbra uma possibilidade de efeitos imediatos, pelo menos em algum grau.

As normas programáticas exercem uma função de princípios de toda a ordem jurídica; atribuem fins ao Estado e, por conseguinte, dão direcionamento à atividade estatal. Têm uma característica teleológica, portanto, e são voltadas a assegurar a todos uma existência digna, através de intervenção na

---

[67] Ibidem, p. 136.
[68] Luís Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 119.
[69] Luís Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 120.

ordem econômica. Como se disse anteriormente, busca, através de programas de governo, corrigir as desigualdades sociais ocasionadas pelo capitalismo.[70]

É importante anotar a relevante função desempenhada por normas dessa natureza no nosso regime político, pois os princípios expressos nas normas programáticas projetam-se para além da matéria específica de que tratam, e irradiam toda a ordenação jurídica.

As normas de princípio programático expressam um compromisso entre forças políticas contrárias na tentativa de superação da democracia formal para se alcançar um "regime de democracia substancial". Prevêem a possibilidade de atuação estatal na esfera das relações privadas com o fim de realização da justiça social.[71]

Essas normas também exercem uma função de orientação teleológica dentro do sistema jurídico nacional. São assim dotadas de uma "eficácia interpretativa" que resulta numa compreensão valorativa da lei.[72] Dessa forma, indicam ao juiz critérios de valor a serem aplicados diante do caso concreto. O que deve fazer o julgador é investigar quais os valores sobre os quais está fundada a ordem jurídica positiva.

Andreas Krell ressalta que as normas programáticas exercem uma importante função conscientizadora que, sem dúvida, fortalece os grupos integrantes da sociedade civil que lutam pela concretização de tais normas.[73]

Dessa forma, não obstante as relevantes funções desempenhadas pelas normas programáticas, observa-se, na vida prática cotidiana desde a promulgação da Constituição de 1988, que uma parcela dessas normas ainda não restou contemplada pela norma infraconstitucional de plena implementação.

---

[70] "Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas" *In* José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 141.

[71] Ibidem, p. 156.

[72] Segundo José Afonso da Silva, está-se diante de regras reveladoras das "tendências sócio-culturais da comunidade". Op. cit., p. 156.

Sobretudo no que toca aos direitos sociais, econômicos e culturais, verifica-se ainda um déficit de regulamentação, de modo a não atingir plenamente sua função social.

[73] Andreas J. Krell, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 28.

6 O ESTATUTO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Pode-se afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) representa um marco divisório extraordinário no trato da questão da infância e juventude no Brasil.

A partir da edição do Estatuto, há uma evidente transmutação do papel do Estado perante a realidade do jovem infrator, posto que a norma em tela preconiza uma ação estatal não apenas reparatória, depois de instalada uma situação irregular, ou seja, quando já houve ameaça ou violação de direitos, mas também de forma preventiva, isto é, de maneira a garantir condições físicas, mentais, morais, espirituais e sociais para que a criança e o adolescente usufruam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Antônio Fernando do Amaral e Silva, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e Munir Curry**,** Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, trouxeram análise primordial, ao tecerem comentários concernentes ao artigo vestibular do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagra a inserção da Doutrina da Proteção Integral no sistema legal infraconstitucional brasileiro[74]:

> O dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que 'os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros' (João Gilberto Lucas Coelho, Criança e Adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira, UNICEF, p. 3).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA não é uma norma estéril, advinda de um processo legislativo distante dos anseios verdadeiramente populares. Ele advém de uma Constituição que ousou ir além do trivial no

---

[74] E. G. Mendez, (Org.), M. Cury *et all.* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais, p.38.

campo dos direito da criança e do adolescente, bem como da participação da sociedade na solução de seus problemas.

É fato que a democracia, em sua acepção participativa e representativa, só foi introduzida no Estado brasileiro com a Carta Magna de 1988, que permitiu aos cidadãos a participação ativa nas diferentes instâncias de decisão. Tal fato é constatado, primordialmente, quando se observa a opção do constituinte pela municipalização, que traduz uma descentralização das políticas sociais para o âmbito local e, por conseguinte, todas as vantagens de uma ação local.

Mas em que consistiria de fato a doutrina da proteção integral, adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente? Quais as novidades apresentadas pelo então inovador diploma legal? Que antagonismo poderia ser registrado em um confronto com a doutrina da situação irregular? Pretende-se, nos próximos parágrafos, dar solução a tais indagações, ainda que de forma sucinta.

Como já ressaltado, a grande revolução deveu-se ao fato de que a criança e o adolescente passaram a ser considerados cidadãos, sem que se esquecesse de ressaltar que estes seriam sujeitos de direitos específicos, dada a sua realidade de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento;

Em concepção inovadora perante as responsabilidades a serem atribuídas, o ECA impede a inação de todos aqueles que são compelidos a atuar na proteção de crianças e adolescentes: a família, a sociedade e o Estado. Na doutrina da situação irregular, tal atuação era exclusiva do Órgão Estatal e se limitava, quase que de forma exclusiva, ao encarceramento de crianças órfãs e pobres;

O Estatuto não se furtou à criação de órgãos incumbidos de implantar o cumprimento dos direitos estabelecidos no Texto Legal, como foi o caso dos Conselhos Tutelares, compostos exclusivamente por cidadãos comuns eleitos por suas comunidades, e o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, composto, meio a meio, por representantes do poder Público.

A doutrina da proteção integral busca uma atenuação de um preconceito enraizado na sociedade, em relação ao adolescente infrator que, de uma forma

geral, é tratado como um criminoso qualquer. Busca-se, sob este novo prisma ressaltar que o adolescente infrator é ainda um cidadão em formação física, moral e emocional, que ainda não completou o ciclo básico da educação, e, portanto não poder responsabilizado como um adulto pelas infrações que venha por ventura a cometer.

Não se trata, como tantos afirmam, de impunidade, mas de entender que, por vezes, o jovem que pratica a violência está respondendo a uma série de violências de que foi vítima ao longo de sua vida. Em primeiro lugar deve estar, portanto, a preocupação com o cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes, ainda que se trate de alguém que afrontou o ordenamento jurídico, posto que, nesses casos, se o tratamento dispensado for diferenciado, teremos uma chance bastante ampliada de ressocialização (integração social).

Por fim, o Código de Menores de 1979, em muito contribuía para aumentar o preconceito em relação às crianças pobres, dispensando às mesmas um tratamento que as retratava como um incômodo para a sociedade. No ECA, a abordagem é da igualdade, princípio esculpido no artigo 5º da Constituição Federal. Em outras palavras, a lei é a mesma para todas as crianças e adolescentes - ricos ou pobres, do campo ou das grandes cidades, com família estruturada ou vivendo nas ruas.

Enunciados direitos, estes começam agora a ser exigíveis. E a citada coercibilidade do direito, por sua vez, provoca a chance de se acionar o aparato judicial para que o direito antevisto no ECA seja consolidado, bem como de invocar, se for preciso, todos os instrumentos disponíveis pelo judiciário para que tal direito aconteça. Sob essa nova expectativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente é admitido em 13 de julho de 1990, passando a ser a lei 8.069 que entraria em vigor em 12 de outubro do mesmo ano, tornando-se norma responsável por fazer ingressar o adolescente no centro do proscênio da história jurídica brasileira.

Tal diretriz se coaduna com a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que, consagrando a Doutrina da Proteção Integral, se constituiu no

principal documento internacional de Direitos da Criança. No dizer de Maria Luiza Marcílio[75]:

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

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

Conforme Alessandro Baratta[76], sob esta denominação estar-se-á referindo à Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, às Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, às Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade e às Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinqüência juvenil.

Este corpo de legislação internacional, com força de lei interna para os países signatários, modifica total e definitivamente a velha doutrina da situação irregular.

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

Os princípios fundamentais que, em nome de uma suposta ação protetiva do Estado, eram esquecidos pela doutrina da Situação Irregular, passam a ser integrantes da rotina do processo envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei, tais como o princípio da reserva legal, do devido processo legal, do pleno e formal conhecimento da acusação, da

---

[75] Maria L. Marcílio, A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil, p. 49.
[76] Alessandro Baratta, Os direitos da criança e o futuro da democracia in Perspectivas do direito no início do século XXI - p.71.

igualdade na relação processual, da ampla defesa e contraditório, da defesa técnica por advogado, da privação de liberdade como excepcional e somente por ordem expressa da autoridade judiciária ou em flagrante, da proteção contra a tortura e tratamento desumano ou degradante, dentre outros.

Desfaz-se a figura do Juiz de Menores investido em funções que não estritamente jurisdicionais, impondo-se ao Judiciário seu papel de julgador, reservando-se aos demais personagens da vida pública sua devida atuação. Desaparece o Juiz com poderes ilimitados no exercício de uma atividade de controle social para dar lugar ao Juiz Técnico, limitado pelas garantias processuais.

Destaca-se que o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 está em consonância com o rótulo conferido à época de sua promulgação, a saber, "Constituição Cidadã". O artigo 227 da Constituição Federal e o próprio ECA formam o anseio de garantir dignidade às crianças e aos adolescentes brasileiros. O ECA é desse modo promulgado para gerar verdadeiras condições para que os direitos consagrados na Carta Magna pudessem ser consolidados.

Doutrinadores pátrios e internacionais se enveredam em uma sôfrega tentativa de tornar mais objetivos os preceitos da Doutrina da Proteção Integral. Mary Beloff[77] talvez tenha sido quem mais sucesso obteve em descrever sob que parâmetros se pode dizer que tal doutrina fora adotada. Desse modo, destacam-se suas conclusões, ainda que de forma sintetizada:

Em um primeiro momento, definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vierem a ser ameaçados ou violados, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso. Deste modo, desaparecem as ambigüidades, as vagas

[77] Emílio Garcia Mèndez e Mary Beloff, Ley y Democracia em América Latina, p.237.

e imprecisas categorias de “risco”, “perigo moral ou material”, “circunstâncias especialmente difíceis”, “situação irregular”, etc.

Em seguida, é estabelecido que, quem se encontra em “situação irregular”, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade, Estado) traçando-se, por conseguinte a distinção entre as competências pelas políticas sociais e competências pelas questões relativas à infração à lei penal. Neste caso elevam-se os princípios fundamentais ao patamar de ferramentas de ampla defesa, reconhecendo que os direitos das crianças e dos adolescentes dependem de um adequado desenvolvimento das políticas sociais.

Em um terceiro momento, a política pública de atendimento deve ser concebida e implementada pela sociedade e pelo Estado, fundada na descentralização e focalizada nos municípios, ao mesmo tempo em que é abandonado o conceito de menores como sujeitos definidos de maneira negativa, pelo que não têm, não sabem, ou não são capazes, e passam a ser definidos de maneira positiva, como sujeitos plenos de direito.

Em seguida, são desjudicializados os conflitos relativos à falta ou carência de recursos materiais, substituindo o anterior sistema que centrava a ação do Estado pela intervenção judicial nestes casos. Além disso, as decisões são pautadas na idéia de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Não se trata, como no modelo anterior, de proteger a pessoa da criança ou do adolescente, do “menor”, mas sim de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes. Este conceito de proteção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los nem restringi-los. Também por este motivo, a proteção não pode significar intervenção estatal coercitiva.

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

Já não se menciona a existência de incapazes, meias-pessoas ou pessoas incompletas, mas sim pessoas completas, cuja particularidade é que estão em desenvolvimento. Por isso se reconhecem todos os direitos que têm todas as pessoas, mais um rol de direitos específicos, precisamente por reconhecer-se que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento. Decorrem disso, por um imperativo lógico, o direito de a criança ser ouvida e sua palavra e opinião devidamente consideradas.

Verifica-se uma mudança no papel do magistrado em relação à criança e ao adolescente. Recoloca-se o Juiz na sua função jurisdicional, devendo a Justiça de Infância e Juventude ocupar-se de questões jurisdicionais, seja na órbita infracional (penal) seja na órbita civil (família) destacando-se que este mesmo magistrado, como qualquer Juiz no exercício de sua jurisdição, está limitado em sua intervenção pelo sistema de garantias.

Por fim, Na questão do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, se reconhecem todas as garantias que correspondem aos adultos nos juízos criminais, segundo as constituições e os instrumentos internacionais pertinentes acrescidos de garantias específicas. Destas, a principal é de que os adolescentes devem se submeter a medidas cujo escopo seja recuperá-las do mau caminho anteriormente seguido[78].

Avaliados agora sujeitos de direitos, crianças e adolescentes deixam de ser objetos admissíveis de tutela da família, do Estado e da sociedade, isto é, passam da categoria de objetos de direito para a de sujeitos que têm direitos. Ser sujeito de direito provoca a proteção da ordem jurídica, se eles não forem efetivados; Ser objeto de direito provoca na circunstância de alguém ter o direito sobre alguma coisa ou alguém.

É o acontecimento de transformar crianças e adolescentes em sujeitos de direitos que distingue fundamentalmente o ECA do Código de Menores de 1979, designando-se a chance de crianças e adolescentes terem acesso aos meios de defesa dos seus direitos, especialmente da liberdade, do respeito e da dignidade, assim como à responsabilização dos que, por acaso, venham a

ofendê-los. Tornar crianças e adolescentes sujeitos de direitos é a fundamental particularidade da doutrina da proteção integral.

A mencionada doutrina é o embasamento que provoca a coadunação do ECA com a Revolução Copernicana citada por Bobbio[79], estando a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão para o direito universal, como o ECA está para o direito juvenil pátrio.

Mesmo que o ECA tenha institutos parecidos com o Código de Menores, de nenhuma maneira se pode dizer que tal semelhança remeta à teoria da circunstância irregular. O que é básico avaliar no Código de Menores e no ECA é o que já foi supracitado: a destinação do público atingido pelas medidas determinadas.

Garantindo direitos, o ECA aumenta a sua abrangência a todas as crianças e adolescentes sendo que as medidas ali antevistas ordenam uma prestação positiva do Estado, da família e da sociedade, avesso a qualquer condição. Distintamente, o Código de Menores tinham compreensão limitada e suas medidas não forçavam o Estado e a sociedade exatamente por envolver somente os menores em circunstância irregular. Sujeitos de direitos são, deste modo, todas as crianças e adolescentes independentemente de qualquer condição ou adaptação.

Essa nova condição jurídica a que foram erguidas as crianças e os adolescentes coloca-os em posição de eqüidade perante os adultos. Agora, os dois são analisados como pessoa humana, tendo direitos subjetivos que podem ser ordenados judicialmente. É o que se determina expressamente no artigo 3º do ECA:

> A criança e o adolescente aproveitam de todos os direitos básicos próprios à pessoa humana, sem dano a proteção total de que trata esta Lei, garantindo-lhes, por lei ou por outros meios, todas as chances e facilidades, com o intuito de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

---

[78] Emílio Garcia Mèndez e Mary Beloff, op.cit.p.195.
[79] Norberto Bobbio. Op.cit.p.172.

Esse dispositivo elevou decisivamente a criança e o adolescente à condição de sujeitos de direitos (aproveitam de todos os direitos básicos), determinando o intuito a ser atingido: “garantir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. Alei enfoca a infância e a juventude sob um intuito específico ao passo em que são sujeitos de direitos que devem ter garantido total desenvolvimento.

Mas não é apenas isso. Esses direitos devem ser garantidos de maneira solidária pela família, comunidade, sociedade de um modo geral e Poder Público de acordo com a previsão inovadora estável do art. 4º da mencionada lei:

> É obrigação da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público garantir, com integral prioridade, a realização dos direitos relacionados à vida, à saúde, à nutrição, ao ensino, ao esporte, ao descanso, à profissionalização, à cultura, à decência, ao respeito, à autonomia e ao convívio familiar e comunitário.

Esse comprometimento comum entre os pais, à sociedade e o Estado com a infância e a juventude deve ser desempenhado com prioridade total, de acordo com o Texto Constitucional: *com absoluta prioridade.* Isto representa que, ante a incoerência de se garantir direitos a todos os que precisam da prestação, deve-se priorizar inicialmente a infância e a juventude. Na realidade, trata-se de um princípio que distingue o direito da criança que, como tal, irá cumprir, entre outros papéis, o de servir como instrumento de interpretação nos mais diversos casos.

Analisar a criança e o adolescente sujeitos de direitos, segurança constitucional antevista no artigo 227 da C.F. e no próprio ECA, representa garantir, prioritariamente, a execução de políticas públicas que incentivem de modo positivo o seu desenvolvimento e os ponha a salvo de qualquer tratamento desumano, impetuoso, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Trata-se, desse modo, de por a salvo dos processos estressores, uma geração que sem esta proteção, estaria fadada ao insucesso afetivo, familiar, profissional e à realização de uma vida pautada na dignidade.

Se não existem políticas públicas, em volume e qualidade, a saúde, o ensino, o lazer, a nutrição e outros direitos não integrarão ou serão insatisfatórios para assegurar o total desenvolvimento da criança e do adolescente, isto é, a criança e o adolescente estarão incapazes de desempenhar direitos de cidadania, perpetuando-se um procedimento corrompido de exclusão em que as dificuldades sócio-econômicas, o analfabetismo e a brutalidade fazem o artigo 227 da Constituição pátria parecer simples rabisco em folha de papel.

De modo a não restarem dúvidas e baseando-se na doutrina da proteção integral, o Estatuto se transforma em um diploma legal que determina direitos às crianças e aos adolescentes, Essa proteção total é não apenas da criança e do adolescente, sob o enfoque material e espiritual, como ainda da sua preservação desde a ocasião da concepção, cuidando pela assistência à saúde e bem-estar da grávida e da família, natural ou substituta da qual irá integrar.

Como forma de melhor visualização das mudanças trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, concatenou-se o seguinte quadro comparativo, que objetiva destacar, de forma direta e resumida, as idéias mencionadas anteriormente.

TABELA 1

Quadro Comparativo entre uma Legislação orientada pela doutrina da Situação Irregular e pela doutrina da proteção integral

SITUAÇÃO IRREGULAR	PROTEÇÃO INTEGRAL
“Menores”	Crianças e adolescentes
Objetos de proteção	Sujeitos de direito
Proteção de menores	Proteção de direitos
Proteção que viola e restringe direitos	Proteção que reconhece e promove direitos
Incapazes	Pessoas em desenvolvimento
Não importa a opinião da criança	É fundamental a opinião da criança
Juiz com poderes ilimitados	Juiz limitado por garantias
O assistencial confundido com o penal	O assistencial separado de penal
Menor abandonado /delinqüente	Inexistem tais denominações
Jovens inimputáveis	Responsabilidade penal juvenil
Privação de liberdade como regra	Prisão como exceção
Medidas por tempo indeterminado	Medidas por tempo determinado

7 A EVOLUÇÃO DO CÓDIGO DE MENORES PARA O ESTATUTO

De acordo com as bases doutrinarias um dos ramos do Direito Civil aplicado à família aborda diretamente os direitos dos cidadãos, dentro dos seus desejos, das suas defesas e, principalmente, dentro dos seus anseios como pessoas com direitos preservados pela lei. Como aponta Campos Junior[80]:

> Esse novo direito distinguido pela coercibilidade, passa assegurar às crianças e adolescentes 'todos os direitos básicos próprios à pessoa humana, garantindo-lhes chances e facilidades, com o intuito de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em circunstâncias e dignidade.

A doutrina da proteção integral objetiva garantir os direitos básicos às crianças e aos adolescentes, na confiança de que esses direitos propiciarão o total desenvolvimento. Em resumo, sob a expectativa da mencionada doutrina, esses direitos gerariam a consolidação do princípio da dignidade humana, tornando crianças e adolescentes mais justos, felizes e humanos.

A existência de particularidades peculiares de crianças e adolescentes, em uma fase de ampliação de suas potencialidades, tem explicado a existência da prioridade total à infância e a juventude.

Mesmo que esse fato seja real, é possível se localizar um movimento de parte da opinião pública que crítica a enunciação de direitos e a preferência que, em tese, é dedicada à infância e a juventude, especialmente perante a suposta proteção distinta aferida pela idade penal aos adolescentes que fomentaria o crescimento da violência juvenil. Por trás desta pregação conservadora, há o absoluto pouco-caso dos direitos da criança e do adolescente, já que não se nota nessa parte da sociedade a exigência da concretização do artigo 227 da Constituição Federal.

Tem-se que o fim condutor do ECA gira sobre a doutrina da proteção integral, que lista direitos que devem ser assegurados prioritariamente às crianças e aos adolescentes, objetivando assegurar o total desenvolvimentos desses. A doutrina influenciará todos os outros institutos disciplinados pelo

---

[80] Aluisio Santiago Campos Junior, Direito de Família. Aspectos Didáticos, 1998.

Estatuto. Essa é a questão a ser apontada: a revolução sugerida pelo ECA posiciona, em um mesmo nível, crianças e adolescentes enquanto humanos dotados de dignidade.

Normalmente, quando da preparação de uma nova lei, debate-se em que medida o novo diploma legal mudará o antecedente. Se for adequado que há mudanças com a invenção e a incorporação de novos institutos, não é menos adequado que essas mudanças, na maioria das vezes, representam atualizações que introduzem antigos institutos jurídicos, hoje atualizados e ajustados, em tese, a uma nova realidade social.

No ordenamento jurídico pátrio, tem-se a validade de um novo código civil que, seguramente, almejou a atualização do antigo código aos desafios conferidos pelas grandes alterações dos últimos 86 anos. Para fazer esse intento, é certo assegurar que o Código Civil de 1916 funcionou – além de fonte de inspiração – de parâmetro e de fonte para o novo código. Entre outros, a lógica interna própria à disciplina civil que a singulariza, os institutos jurídicos que o determinam foram adequados pelo legislador atual, funcionando como ponto inicial para a avaliação de valor sobre a precisão e dos resultados de seu uso. A comprovação é que o legislador atual partiu de algo dado: o Código Civil de 1916 (até pela disposição estrutural isso pode ser demonstrado). Esse procedimento aconteceu com o ECA, se comparado ao Código de Menores de 1979?

A pergunta não é tão ingênua. Acima se diferenciou o traço fundamental que distingue o ECA do Código de Menores de 79, ou seja, a troca da doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral. Como analisado, não se trata de simples troca. A lógica jurídica dos dois diplomas legais demonstra distinções aptas de localizar dois direitos: o direito do menor (Código de Menores) e o direito da criança (ECA). O primeiro fundamentado na doutrina da situação irregular, não alcançava todos os menores, porém somente os que se identificassem às circunstâncias expostas no art. 2º do Código de Menores.

Ao contrário, o ECA listou direitos, ocasionando a chance de exigibilidade desses direitos, circunstância que ampliou sua aplicação a todas as crianças. Tem-se que o ECA não poderia ter aspirado à lógica-jurídica demonstrada no Código de Menores pelo motivo de que os dois diplomas legais condicionavam as suas relativas estruturas legais distintamente. No entanto, diversos institutos jurídicos estáveis do Código de Menores foram aspirados e apurados pelo ECA. São exemplos desses institutos: a internação de adolescentes infratores, a instalação em família suplente e as medidas de vigilância/Política de Atendimento e Fiscalização das Entidades.

Assim, as relevantes mudanças inseridas pelo ECA são construídas, ainda, depois das atualizações de velhos institutos jurídicos, adequados à nova realidade social inaugurada e exigida pela doutrina da proteção integral.

7.1 Os novos institutos do Estatuto da Criança e do Adolescente

Distintamente, há institutos jurídicos antevistos no ECA que se caracterizam pela inovação, posto que não são encontrados nos Códigos de Menores de 1927 e 1979. Parecem ter sido inventados ante a inexistência e insatisfação de institutos jurídicos antevistos nas legislações antecedentes, que colaborassem para a correção do padrão voltado ao menor até então vigorante e acatassem as finalidades de proteção total de crianças e adolescentes.

São exemplos desses novos institutos jurídicos antevistos no ECA: a municipalização e a descentralização da política voltada para as crianças e aos adolescentes, assim como a criação de conselhos e as seguranças processuais do adolescente submetido ao processo de apuração de ato infracional.

A utilização das medidas protetivas não é basicamente judicial. As medidas dos artigos I a VII do artigo 101 do ECA podem ser utilizadas ainda pelo Conselho Tutelar, *ex vi* do artigo 136, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Excetua-se, no entanto, apenas a colocação em família suplente.

> 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;

Igualmente, o artigo 93 prevê a chance de que as entidades que conservem programas de abrigo consigam, "em caráter singular e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem antecedente determinação da autoridade adequada, fazendo comunicação do fato até o 2º dia útil próximo".

Nas outras suposições, a utilização da medida é judicial. A ação é movida pelo Ministério Público, cuja legalidade verte do artigo 201, inc. VIII, do ECA.

> Art. 201. Compete ao Ministério Público:
>
> VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

Para a propositura da ação de medida de proteção, poderá o *parquet* valer-se de transgressões e componentes de convicção conduzidos pelo Conselho Tutelar ou outros órgãos, como, também, "enviar notificações para adquirir depoimentos ou esclarecimentos e, em acontecimento de não-comparecimento sem justificativa, solicitar condução coercitiva, até mesmo pela polícia civil ou militar" (artigo 201, inc. VI, alínea "a", do ECA) ou "solicitar dados, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, assim como originar inspeções e diligências investigatória" (alínea "b"), e ainda "solicitar dados e documentos a particulares e instituições privadas" (alínea "c"). Nesta última situação, na falta de prazo expresso na lei, devemos analisar o tempo determinado do artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública, isto é, prazo mínimo de 10 dias, o qual, no entanto, poderá ser diminuído em caso de urgência.

A competência processual vem definida pelo artigo 147, em três artigos, o último dos quais relacionado à apuração de atos infracionais. Consoante o artigo primeiro, é competente o juízo da infância e juventude do local da casa dos pais ou responsável. Na ausência destes, será o do lugar onde estiver a

criança ou adolescente (inciso II). Os lugares devem ser considerados na ocasião da propositura da demanda, utilizando-se, a partir de então, o princípio da *"perpetuatio jurisdicionis*", de maneira que fica determinada a aptidão no juízo da propositura do processo, sendo dispensáveis mudanças futuras, menos as expressamente declinadas em lei.

Não devemos esquecer que a chance de desempenho do Ministério Público não extingue a legitimidade concorrente da criança ou adolescente e de seus pais ou responsáveis. Nesta situação, a interferência do órgão ministerial será forçosa, sob penalidade de nulidade, nos termos do artigo 204 do ECA.

Para aferição de qual a medida mais apropriada entre as utilizáveis, pode o julgador valer-se de estudo social, cuja prática pode ser decidida de ofício ou por solicitação das partes.

A ampla seriedade desse conceito consiste no fato de constituir uma opção à internação, que só deve ser aposta em caráter de excepcionalidade, posto que essa medida sócio-educativa exacerbadamente diminui direitos como a liberdade. Não é precisamente uma medida segregadora, mas adota um estilo análogo.

Dentre as várias fórmulas e soluções proporcionadas pelo ECA para o combate a criminalidade infanto-juvenil, o conceito sócio-educativo da Liberdade Assistida se mostra como a mais gratificante e ressaltante de todas, segundo unanimemente registrado pelos peritos no assunto. Isto porque admite ao jovem o seu cumprimento em liberdade e perto da família, entretanto sob o controle rigoroso do Juizado e da comunidade.

Através dessa avaliação, disciplinada no artigo 118 do ECA, o transgressor será dirigido a uma pessoa habilitada que seguirá o caso, além de ajudá-lo e orientá-lo. Dessa maneira, durante o prazo fixado pelo juiz, que será no mínimo de seis meses, sendo possível, a qualquer tempo, a sua revogação, prorrogação ou substituição por uma outra, sendo necessário ouvir o orientador, o Promotor e o defensor, o transgressor deverá apresentar-se mensalmente ante o orientador para firmar sua freqüência. A medida destina-

se, em princípio, aos transgressores passíveis de recuperação em meio livre, que estão se iniciando no processo de marginalização.

Ao expor essa medida, o magistrado também produzirá o implemento de algumas normas compatíveis com o bom fluxo social do adolescente, tais como: não cometer novos atos infracionais, não portar armas, não ficar com más companhias, não desobedecer aos pais, voltar cedo para sua residência, regressar aos estudos, adotar ofício lícito, entre outros. Ademais, alguns preceitos de Beijing foram implementadas na aplicação da medida.

De três em três meses é desenvolvido um relatório de seu comportamento, relatando-se também as suas relações familiares e sociais. Vê-se, também, que o intuito precípuo da medida é a de cuidar, guiar e abordar o jovem, de modo a conter a sua reincidência e ter a confiança na recuperação.

Mas é também correto é que o conceito sócio-educativo de internamento deva permanecer no sistema penal de adolescentes.

Não é possível que a sociedade permaneça à mercê dos crimes cada vez mais graves cometidos por jovens frios e violentos. Isso não significa que a reclusão seja um modo cruel de castigar indivíduos em estado de desenvolvimento psicossocial.

Aliás, a medida é, sob certo aspecto, até muito suave, visto que tem prazo máximo de três anos, tendo a possibilidade de ter sua revogação ou prorrogação, conforme os relatórios proporcionados pelo centro de internamento estejam de acordo com o retorno do menor na sociedade e na família.

Ademais, a reclusão é a última medida, derradeira, aplicável apenas aos adolescentes que exercem perigo visível à sociedade, por serem contumazes delituosos. O que não se pode é ficar de olhos fechados a esses delinqüentes, que já se apresentam demasiadamente perigosos, pelo simples fato de serem menores e, portanto, registrarem níveis de adrenalina aparentemente descontrolados.

A reclusão, preconizada pela Lei, não está nem de longe associada aos cárceres sujos e ameaçadores dos presídios. São unidades específicas, contendo todos os serviços psicossociais, as mais modernas formas de tratamento, com fins unicamente terapêuticos, de ocupação, diversão, instrução ou religioso. A finalidade não se afasta da ressocializacão, espantando completamente o corretivo, que já se tem ciência, não recupera.

Sempre será satisfeita em local específico para jovens, observando os critérios de idade, constituição física e acuidade da infração.

O artigo 122 do ECA traz as variáveis de aplicação do conceito, a saber: quando o ato delituoso for executado com emprego de grave ameaça ou agressão à pessoa; por reiteração no acometimento de outras transgressões graves; por inadimplemento repetido e injustificável da medida antes imposta. Elucida-se, que essa exposição é taxativa, de maneira que a medida não seja aplicada em situações em que a lei não defina.

A reclusão provisória, decidida pelo Juiz, se dará nas seguintes teorias: exercício de ato infracional com as peculiaridades comprovadas nos incisos I, II e III do artigo 122; bem como se não for admissível a imediata liberação do jovem transgressor aos seus pais ou responsável; ou ainda, se as implicações e seriedade do ato cometido reclamarem a segurança e proteção do jovem.

Se assente que a medida de internamento deve estar sujeita ao princípio da excepcionalidade, segundo o qual não poderá ser aplicada caso haja qualquer outra que se adapte ou a substitua.

Foi enfatizado, no princípio deste trabalho, o quão densa é esta temática, já que abarca crianças e adolescentes, descritos e tratados como bandidos pela sociedade, mas que mantêm em seu interior uma personalidade ainda não completamente desenvolvida e, mesmo assim, já cheia de sentimentos negativos, tais como mágoas, o vazio causado pelo abandono social, medos, etc.

Na verdade, os jovens infratores são colocados em grande destaque pela sociedade, que critica as suas ações desacertadas com a normalidade social. Não se pode negar que alguns têm má índole e são realmente bons

alunos no mundo da criminalidade, mas a grande parte sofre o abandono social que principia pela família, formada por inúmeras vezes por pais drogados, alcoólatras, desempregados, que não proporcionam qualquer sensação de segurança a seus filhos e que acabam por esbarrar nas facilidades enganadoras do crime.

Este é um tema que sugere bastante sensibilidade, já que envolve crianças e adolescentes na iniciação da atividade criminosa, tão combatida, mas que nos dias de hoje só engorda as tristes estatísticas do crime.

A teoria e a jurisprudência em torno da prática infracional por menores são divergentes. Alguns procuram nivelar cada vez mais o adolescente ao indivíduo maior de 18 anos, imputável, argumentando que a complacência recomendada pela legislação só compete para o acréscimo do desvirtuamento social dos menores.

Em outras palavras, crêem que não existe menor infrator vítima da miséria, do desamparo ou da ausência de chance de instrução ou trabalho, mas produtos de exposições contínuas a circunstâncias de deficiência moral e que se entregam ao crime por iniciativa própria, mesmo porque, a consciência dos jovens da época presente, acerca do que é ou não saudável para o seu desenvolvimento em sociedade, está acentuada desde o final da segunda infância.

Desse modo, para essa corrente, o adolescente já é inteiramente capaz de saber o que é lícito. Por outro lado, alguns doutrinadores adotam ser o adolescente marginalizado, vítima de disfunções sociais, que não dispõem de renda satisfatória para desfrutarem de bens e serviços essenciais, tais como saúde, educação, habitação, lazer, etc., e que rebelados, ou apreensivos por provarem o que lhes é tirado da vida, enveredam pela criminalidade. Para eles, a melhor saída é o método de ressocialização, não com vistas a penalidades, mas a reinserção desse indivíduo, na sociedade que ele mesmo abandonou.

A apreciação do alento dos conceitos sócio-educativos da legislação moderna é imperativa, para que se possa avaliar se estão sendo competentes

para ressocializar o adolescente infrator, ou estão lhes ofertando chances repetidas de prosseguir na criminalidade, dada a sua concernente brandura.

Na realidade, o direito do menor transcorre do afamado direito penal, essencialmente repressivo, mas que devido a sua falibilidade vem tornando-se mais recuperativo, entretanto essa política não é muito utilizada, mesmo porque não tem evidenciado conseqüências positivas e tem sido muito criticada.

Resistindo-se ou não em nomeá-las como medidas sócio-educativas, as censuras aplicadas aos menores infratores não se furtam do caráter punitivo-sancional, ainda que alguns doutrinadores almejem colocar livre do aspecto penalista. O que se apura é a mesma coisa, ou seja, ato deliberado como crime ou contravenção penal. Segundo Carneiro[81]:

> O Juiz efetuará o emprego das medidas conforme sua adaptação ao caso real, acatando as causas e conjunturas do fato, condições do menor e antecedente.
> A liberdade, dessa maneira, do jurista é a mais ampla possível, de sorte que se cometa uma completa individualização do tratamento.
> O menor que mostrar periculosidade será internado até que mediante parecer técnico do órgão administrativo adequado e declaração do Ministério Público, seja determinada pelo juiz a suspensão da periculosidade, dessa maneira, é um traço acentuado no trato a menores. Sempre que o juiz constata a existência da periculosidade, ela lhe aplica a defesa social e ele, está na obrigação de determinar a internação.

Entretanto, ao conduzir as medidas sócio-educativas, o Juiz da Infância e da Juventude não se prenderá somente às conjunturas e à importância do delito, mas especialmente, às qualidades pessoais do jovem, sua individualidade, suas referências familiares e sociais, bem como a sua aptidão de cumpri-la.

Trata-se de revisitar o conceito de maior lembrança no Direito do Menor, tendo feito parte tanto no primeiro Código de Menores Brasileiro, o Código Mello Mattos, de 1927, no artigo 175, quanto no Código de Menores de 1979, no artigo 14, I, concebendo entre as chamadas "Medidas de Assistência e Proteção".

Descrita no artigo 115 do Estatuto em vigor, a advertência é o primeiro dos conceitos aplicáveis ao menor infrator que comete infrações de pequena gravidade: pequenos furtos, vadiagem e agressões leves.

Cita o comando legalístico supra que "a Advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada, sendo, logo após, o menor entregue aos pais ou responsável". Implica lembrar que, para o seu emprego basta a prova material e indícios de autoria, amparado pela regra do artigo 114, parágrafo único do E.C.A.

O caso é que nem sempre a intimidação é a medida mais hábil, de sorte que o magistrado deve analisar cuidadosamente o caso no sentido de apurar a sua seriedade. Percebe-se ainda, que a redução a termo da advertência se faz necessária para que se dê credibilidade à medida, ou seja, para evidenciar ao infrator o seu caráter de censura, a fim de se obter o desígnio final, qual seja, a reeducação.

Fala-se, pois, de uma avaliação simples, que procura principalmente admoestar aqueles que, pelos impulsos próprios da juventude, cometem um ato infracional.

No fato do exercício infracional com figuras patrimoniais, o magistrado pode empregar a medida sócio-educativa disposta no artigo 116 do ECA, decidindo que o adolescente restabeleça a coisa, promova o ressarcimento do prejuízo, ou de outro modo compense o dano da vítima. Havendo, todavia, manifesta impossibilidade, o procedimento pode ser substituído por outro mais adequado.

Dessa maneira, a obrigação de reconstituir o prejuízo aplicado ao infrator não tem apenas o intento literal da medida, mas dispõe-se a provocar a reflexão do menor sobre implicações do ato infracional que praticou, revelando novamente a finalidade da medida, ou seja, a sua ressocialização.

Demanda proeminente é a que faz reverência à pessoa que irá tolerar a responsabilidade pela reparação do prejuízo causado pelo exercício de ato infracional, Conforme com o artigo 928 do CC em vigor, o incapaz responde

---

[81] Athos Gusmão Carneiro, Jurisdição e Competência, P.342.

pelos danos causados, se as pessoas por ele responsáveis não forem obrigadas a fazê-lo, ou não se dispuserem de meios satisfatórios.

Diz-se, que quando um adolescente com menos de 16 anos for considerado responsável e compelido a reparar o prejuízo causado, em virtude de sentença definitiva, a responsabilidade dessa compensação recairá, unicamente aos pais ou responsável, exceto quando o adolescente tenha posses que suporte essa responsabilidade.

Entre 16 e 18 anos, o adolescente responderá, juntamente com os pais ou responsável, quanto às obrigações das ações ilícitas praticadas por ele, por conclusão da interpretação do artigo 932, I do CC.

Ressalta-se, enfim, que a condição financeira dos transgressores que os bloqueiam até de construir um patrono, na maioria das vezes, inviabiliza o emprego desse conceito, quando a referida medida deverá ser trocada por outra de mesma adequação, de maneira que o conceito tem sido aplicado na Justiça da Infância e da Juventude, de maneira especial, aos adolescentes de melhores condições financeiras e sociais, bem como àqueles pichadores do patrimônio público e privado.

Nos dois casos, especialmente no último, a reparação das edificações danificadas tem sido executada com cuidados, para que não submeta o adolescente a vexame público.

Este é um dos conceitos mais aplicados aos jovens infratores dado o seu estilo dúbio, ou seja, ao mesmo tempo em que colabora com subsídio a instituições de serviços comunitários e de interesse geral, desperta neles o encanto pela ajuda humanitária. Dessa maneira, o intento primário que é a ressocialização passa a ser apenas um efeito do labor produzido.

As medidas sócio-educativas não deixam de ser um tipo de medida de amparo, embora dirigidas a circunstâncias nas quais se confere uma conduta do adolescente (não criança, isto é, apenas são utilizáveis para atos cometidos depois dos 12 anos de idade) sub-sumível em uma tipologia de *crime* ou *contravenção*, nos termos do artigo 103 do ECA. Este é o embasamento da utilização deste tipo de medida. Quais crimes ou contravenções? Na falta de

particularização da lei, seguramente que estão abrangidas todas as figuras características delituosas.

7.2 Aspectos processuais dos institutos do ECA

É de se escrever que a medida sócio-educativa não tem característica de penalidade, isto é, não é punição. Não está, portanto, fundamentada sua utilização na noção de culpabilidade, própria do crime. Quais as conseqüências deste fato?

Primeiramente, é de se distinguir que, não estando em pauta o empenho da parte prejudicada, mas sim o amparo do infrator, não se há falar no campo dos atos infracionais de utilização do instituto da representação criminal. Uma vez que a autoridade tome noção de pratica de ato infracional, deverá agir de ofício, independentemente de outra condição.

Da mesma maneira, se o prejudicado efetuar comunicação de ocorrência, não obstante na lei penal esteja antevista a precisão de representação (ação penal pública condicionada à representação) será dispensável futura retratação, já que não há representação no registro da ocorrência.

Se não há ação privada ou representação nos casos de atos infracionais, não se há de pensar de declínio do direito de ação, figura antevista no artigo 103 do CP.

Ainda não há prescrição de acordo com os tempos determinados aventados no artigo 109 do CP, e nos termos do artigo 107, inc. IV, do mesmo Estatuto Repressivo. Não se pode chamar prescrição da pretensão punitiva se não está em voga penalidade[82].

Como não estamos cuidando de culpabilidade penal, cuja estrutura, conforme a Teoria Finalista compreende a responsabilidade, potencial consciência da ilegalidade e inexigibilidade de conduta variada, ainda não

---

[82] José Lamartine Corrêa Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, Curso de Direito de Família, p.235.

podemos considerar pontos como insanidade mental para distanciar a possibilidade de utilização da medida sócio-educativa.

Se um adolescente portador de doença psíquica faz um ato característico como crime ou infração, manifesta conduta que pode distinguir risco para si, sendo passível de necessidade de proteção que se realiza pela utilização de medica sócio-educativa[83]. Como não estamos realizando um juízo de censura para utilização de sanção, não vale a imputabilidade (que inexiste), ou a potencial consciência da ilicitude do ato (calculada ausente em caráter *iure et de iure)*.

O mesmo pensamento vale para institutos como o perdão judicial e as escusas absolutórias.

E no acontecimento de atos feitos ao abrigo de excludente da ilicitude? Para avaliação da questão é necessário recordar que a lei especial não cita a prática de ato ilícito, mas somente assegura que ato infracional é aquele apresentado (leia-se: tipificado) como crime ou infração[84].

A descrição representa dizer, a tipificação, é ato antecedente ao juízo de ilicitude do comportamento, e conseqüentemente, quando da avaliação da prática do ato infracional, considerações sobre a ilegalidade do comportamento não entram em discussão.

De outro modo, a Constituição Federal, artigo 228, e o ECA, artigo 104, asseguram inimputáveis os menores de 18 anos, calculando, em caráter total que não são aptos de entender o caráter ilícito do ato e de portar-se conforme ele. *Mutatis mutandis*, se não são aptos de aferir adequadamente a ilegalidade de um ato, ainda não podem ser avaliados como capazes a apreender a ilegalidade de um comportamento exercido ao abrigo de um tipo penal permissivo[85].

Realmente, é cediço que para distinção da legítima defesa é preciso o conhecimento do agente que age ao abrigo da excludente. É necessário que esteja presente o tipo subjetivo. Se o adolescente não é avaliado como capaz a

---

[83] Wilson Oliveira, Op. Cit. P.98.
[84] Silvio Rodrigues, Direito de Família, p.303.

ter esta compreensão, pode, de fato ter atuado, subjetivamente, por uma razão que indica a utilização de medida sócio-educativa.

Ainda, um ato de defesa pode ter decorrências que ocasionam trauma no adolescente, e pode ser preciso, em vista disso, aplicar-lhe uma das medidas do artigo 101, a título de medida sócio-educativa.

As medidas sócio educativas estão listadas no artigo 112 do ECA. A intimidação é característica medida a ser utilizada em remissão, e deve ser relegada aos casos de menor gravidade, cometidos sem brutalidade contra a pessoa ou séria ameaça, e englobando adolescente sem precedentes[86].

Violência contra a pessoa e séria ameaça aqui não devem compreender acontecimentos de pouca seriedade como vias de fato, lesão leve ou advertências simples, que se crime fosse seriam tratadas pelo Juizado Especial Criminal.

Há que se tomar em linha de conta, nesse contexto, um vetor de proporcionalidade e razoabilidade, imanente à utilização do Direito.

A ameaça é uma admoestação que faz o adolescente ver a repercussão da sua ação e as decorrências negativas que poderão advir da reiteração de práticas parecidas. Para infratores renitentes ou violentos, é uma medida geralmente inócua.

O comprometimento de reparar o prejuízo por óbvio que implica infração adequada com a espécie, visto que nem toda de transgressão deixa um prejuízo a reparar. A suposição de reparação como medida sócio-educativa deve ser utilizada, de preferência, quando possa o infrator, por seu trabalho, realizá-la, sob penalidade de recair, no exercício, sobre os responsáveis pelo adolescente.

A prestação de serviços à comunidade é com certeza uma das medidas mais eficientes. A fase e o número de horas semanais devem considerar a condição do infrator e a seriedade da infração, determinando-se uma proporcionalidade. A fase máxima é de seis meses, em regime de oito horas

---

[85] Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, p.295.

semanais. A verificação da medida não pode gerar dano a outros direitos do infrator, como a educação[87].

A liberdade assistida é medida adequada para os acontecimentos residuais, onde uma medida mais amena possa decorrer ineficiente, mas nos quais o infrator não se demonstra perigoso, de maneira que fosse indicada uma internação ou regime de semiliberdade. Trata-se de uma medida que pode ter maravilhosos efeitos nestes casos intercessores.

A aplicação de medida faz-se por meio de um orientador, que deve ser eleito de preferência entre profissionais ou agentes de serviços estatais de assistência social ou conselheiros tutelares.

Entre as pertinências legais do orientador, que deve prestar acordo, estão, de acordo com o artigo 119 do ECA:

> I - gerar socialmente o adolescente e sua família, dando-lhes orientação e introduzindo-os, se preciso, em programa oficial ou comunitário de ajuda e assistência social;
> II - supervisionar a assiduidade e o aproveitamento escolar do adolescente, gerando, até mesmo, sua matrícula;
> III - pleitear no sentido da profissionalização do adolescente e de sua introdução no mercado de trabalho;
> IV - apresentar relatório do caso.

Essas pertinências não impedem outras iniciativas analisadas como benévolas para o assistido. A fase mínima de utilização da liberdade assistida é de seis meses.

A semi-liberdade pode ser utilizada como regime de transição futura a uma internação, ou como medida independente. São forçosas a escolarização e profissionalização do infrator.

Na realidade, a utilização desta medida é complicada. Não há locais apropriados para sua realização, que acaba sendo feita em estabelecimentos dedicados à internação. O diminuído número destes, de seu turno, deixa prioritárias a realização das medidas de internação.

---

[86] José de Paula Santos Neto, Do pátrio poder, p.128.
[87] Arnaldo Wald, O novo direito de família, p.69.

A internação é uma medida cuja utilização se guia pela excepcionalidade e brevidade, como preconiza o artigo 227, inc. V, da CF/88, o que é reproduzido pelo artigo 121 do ECA. A medida de internação aceita suposições legais de aplicação, quais sejam as antevistas no artigo 112:

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
>
> I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
>
> II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
>
> III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Como se ressalta, a medida é comum para os acontecimentos mais graves. Há que se analisar que, como já mencionado que a advertência bucólica e a agressão leve contra a pessoa não estão atingidos pelo inciso I. No inciso II, necessitamos ressaltar que não basta o empreendimento de contravenções reiteradamente.

É preciso que sejam infrações graves (homicídio, extorsão mediante seqüestro, roubo, latrocínio, etc.). No caso do inciso III, não podemos extrair a ilação de que o descumprimento de uma medida branda, imposta por ato de pouca importância, possa levar, *ipso facto*, à internação. Os demais aspectos da medida serão abordados quando da tratativa da atenção palpável caso a caso.

Por fim, podem ser aproveitada, além disso, a título de medias sócio-educativas todas as previstas no art. 101 do ECA:

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
>
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
>
> III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
>
> IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
>
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
>
> VII - abrigo em entidade;
>
> VIII - colocação em família substituta.

A aplicação de medidas sejam as apontadas do art. 112 (próprias), ou as do art. 101 (impróprias) podem ser improvisadas de forma cumulativa e acertadas, não existindo um número máximo de alcances a serem justapostas para cada caso.

É necessário executar uma bipartição entre idade de cometimento da transgressão e idade de aproveitamento das medidas. Ato infracional passível de atenção de medida sócio-educativa, apenas subsiste se empreendido por indivíduo entre os 12 e os 18 anos de idade.

A partir dos dezoito anos, há crime ou infração, sujeita à especialidade penal. A atenção da medida sócio-educativa, entretanto, pode se desdobrar até os vinte e um anos de idade[88]. A medida pode, ao mesmo tempo, ter início após os dezoito anos de idade do transgressor. Isto acontece porque a lei não tem sua atenção dependente da maioridade, mas sim dos vinte e um anos de idade. De fato, é o que agenda do inciso único do art. 2º da Lei nº. 8.069/90:

> Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
>
> Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Assim, é imperioso destacar que em caso de ato empreendido por criança e sub-sumível a um tipo de delinqüência ou infração, são justapostos apenas as determinações do art. 101, e não há método para aproveitamento de medida sócio-educativa, mas sim de alcance de assistência *stricto sensu.*

Sob o ponto de vista processual, duas são as condições do internamento provisório (art. 108). Assim, deve existir indicação suficiente de *autoria* e *materialidade,* ou, por diferentes expressões, deve haver vestígio da essência da transgressão e de sua autoria.

7.3 A natureza do ato infracional

O legislador pátrio não se furtou a uma definição precisa do instituto denominado ato infracional, que foi expressa no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Considera-se ao ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Ressalte-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a eventual responsabilização pela supracitada conduta descrita só será efetivada, de fato, a partir dos doze anos de idade. Em caso de crianças infratoras abaixo dessa idade limite, estarão as mesmas sujeitas às "medidas específicas de proteção", estabelecidas no artigo 101 do ECA. Do dispositivo acima destacado infere-se, outrossim, que para identificar se o ato praticado pelo menor de dezoito anos constitui-se infração penal, hão de ser buscados subsídios no Código Penal, Lei das Contravenções Penais e Leis Penais Extravagantes.

A definição de ato infracional adotada pelo legislador pátrio se coaduna literalmente com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que considera o adolescente infrator como uma categoria jurídica, que por sua vez, reconhece o transgressor como sujeito dos direitos estabelecidos na Doutrina de Proteção Integral, dentre os quais não se pode dissociar o devido processo legal[89].

O sistema pré-existente, que norteava as ações a serem desenvolvidas com os adolescentes, estava baseado no antigo Código e na "Política de Bem-Estar do Menor", que era, sem a menor dúvida, concatenada para tratar um "delinqüente" e tangenciava ante a possibilidade de atender a um adolescente

---

[88] Arnaldo Wald, Op.Cit. p.221.
[89] Mário Volpi, (Org.). op. cit. p. 15.

que, por ventura, transgredisse uma norma, ainda que seja pertinente traçar uma distinção entre infrator ocasional e o delinqüente habitual[90].

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, para cada ato reprovável cometido pelo adolescente, corresponderá uma medida de caráter pedagógico, como estabelece o artigo 112 da lei, com finalidade socializante e educativa, mas sem o cunho de punição ou retributividade, que também são traços característicos da grande maioria das penas a serem aplicadas aos adultos.

6.6 O sistema de garantias dos direitos da criança – Previsão legal e realidade

Dois princípios são destacados no tratamento dispensado à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro: A prioridade absoluta e a proteção integral. Em busca da materialização de tão relevantes princípios, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram um sistema de garantia e direitos que tem uma vertente tripartite bastante acentuada que se traduz em promoção de direitos, defesa e controle social.

O já anteriormente citado artigo 227 da Carta Magna relega à família, à sociedade e ao Estado, sem distinção de hierarquia entre os mesmos, a responsabilidade pela criação do sistema supracitado. Mas o constituinte pátrio ainda foi mais além, preconizando no §7º do artigo 227 e no artigo 204 do texto constitucional a necessidade de que as ações governamentais na área da assistência social para o atendimento dos direitos da criança e do adolescente devem ser organizadas com base nas diretrizes da descentralização político-administrativa e da participação da população.

Em atenção máxima aos preceitos constitucionais, o artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, de forma imperativa, seja transformado

---

[90] Michel Foucalt usa a denominação infrator para referir-se àquele que infringiu as normas jurídicas estabelecidas, enquanto delinqüente é a condição a que o sistema submete o indivíduo, estigmatizando-o e controlando-o formal ou informalmente, inclusive, após ter cumprido sua pena. (Cr *Vigiar e punir.* História da violência nas prisões. Petrópolis/RJ, 1996). *Apud* Mário VOLPI, O *adolescente e o ato infracional.* p. 15.

em realidade, mediante uma política de atendimento advinda de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Estados.

O legislador infraconstitucional não foi inerte na tarefa de determinar uma série de diretrizes de natureza político administrativa, para a construção do sistema em questão, direcionando a administração pública e a sociedade civil organizada, no que diz respeito às ações a serem adotadas.

Dois pilares podem ser destacados, como verdadeiros baluartes do sistema de garantias pretendido pela legislação ora em apreço: A municipalização e a descentralização político administrativa. Há, de fato, uma proposta de coadunação e estabelecimento de competências entre União, estados e municípios, sem deixar de lado as ações das organizações não governamentais e da sociedade civil organizada.

É neste contexto que o ECA prevê a criação de Conselhos de Diretos da Criança e do Adolescente em nível nacional, estadual e municipal, tendo como diretriz que o âmbito local e comunitário é o mais adequado a assegurar os direitos da infância e juventude.

Outro pilar da política de atendimento à criança e ao adolescente é a necessária integração entre o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e Delegacias Especializadas, no sentido de que se agilizem as ações necessárias e que se concretize, deste modo, o princípio da prioridade absoluta, consagrado na Lei Maior.

Mas o Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, estabelecido no ECA, com o escopo de promover a efetivação da política de atendimento do Estatuto, também priorizou a participação e o controle social, com a criação de vários órgãos que efetivariam a colaboração entre Estado e sociedade, pretendida pela Carta Magna. Dentre estes órgãos, destacam-se: Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente, os Conselhos Tutelares, as Delegacias Especializadas, as Defensorias Públicas, as Varas e Promotorias Especializadas da Infância a da Juventude e os Centros de Defesa da Criança e do Adolescente.

Desde 1990, ano da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os órgãos mencionados, primordiais ao adequado funcionamento do Sistema de Garantias de Direito da Criança e do Adolescente, vêm sendo implantados em todo o Brasil. É inegável que muitos desses órgãos estão em plena atividade nas diversas cidades do país; entretanto, em muitos casos o estabelecido no ECA não passa de letra morta. Passadas quase duas décadas do estatuto, se faz necessária uma amostra da concretização de tais órgãos no território nacional, posto que são a espinha dorsal de todo o sistema de garantias pretendido pela legislação.

7.4.1 Análise da implementação dos órgãos do Sistema de Garantias de Direito da Criança e do Adolescente

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – possui estatística, advinda de pesquisa realizada de abril a junho de 2004, sobre a existência dos órgãos cuja orientação para a criação foi determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: Conselhos Estaduais e Municipais de Direito da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Delegacias Especializadas, Defensores e Núcleos da Infância e Juventude da Defensoria Pública, Centros de Apoio Operacional da Infância e da Juventude do Ministério Público, Varas e Promotorias da Infância a da Juventude e Centros de Defesa da Criança e do Adolescente filiados à ANCED (Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente).

Em consonância com tal pesquisa, verifica-se que todos os estados brasileiros possuem um Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente, órgãos compostos por membros do governo e da sociedade civil, que são incumbidos de decidir sobre as prioridades e a destinação de recursos para a política de atenção à infância e juventude em âmbito estadual.

Por sua vez, os Conselhos Municipais de Direitos - que também são órgãos paritários, atuando na efetivação de políticas públicas de prioridade à infância e à juventude na esfera municipal - estão presentes em todos os estados da Federação, o que ressalta o cumprimento à diretriz de

municipalização pretendida pelo ECA, ainda que tal presença possua um caráter de incompletude e de heterogeneidade.

A realidade é que dos 5.590 municípios existentes no Brasil, somente 4.319 possuem Conselhos de Direitos Municipais em funcionamento. Alguns números merecem ser destacados. Em quatro Estados brasileiros, verifica-se a existência de Conselhos de Direitos: Espírito Santo, de Sergipe, de Santa Catarina e de Roraima. Minas Gerais, por outro lado, apresenta uma enorme carência dessas instituições, pois apenas 529 dos seus 853 municípios instituíram tais Conselhos. O Distrito Federal, ainda que abrigue a Capital Federal, não criou Conselhos Municipais em suas cidades satélites.

O segundo órgão cuja estatística é revelada na pesquisa do CONAMA é o Conselho Tutelar. Ressalte-se que tal conselho é um órgão colegiado, autônomo, não jurisdicional, composto de membros escolhidos pela sociedade para fiscalizar e zelar pelo cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes.

Sua atuação ocorre na esfera municipal e é responsável pelo atendimento direto e pela solicitação de serviços à comunidade, tendo função de destaque na atuação junto aos poderes executivo e legislativo no que diz respeito à concatenação do orçamento para os Conselhos Municipais além de fornecer diretrizes para a adoção de políticas municipais de atendimento e ações de promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

O Brasil possui 5.590 municípios, dos quais somente 3.819 possuem Conselhos Tutelares e em muitos casos, a existência do referido órgão não garante seu pleno funcionamento e eficácia, sendo caracterizados pela precariedade e inadequação.

Como regra, resta a heterogeneidade na existência dos referidos Conselhos.

No Estado de Sergipe, por exemplo, todos os municípios possuem Conselhos Tutelares.

Em Rondônia, apenas cinco municípios dos 22 existentes não os possuem. No Paraná os números são bem menos ortodoxos, os 401 Conselhos superam o número de municípios existentes no estado, contudo, não estão presentes em todos os municípios, pois nove municípios paranaenses ainda não tiveram seus Conselhos instituídos.

Mas sem dúvida os maiores problemas estão nos Estados da Bahia e de Minas Gerais. Na Bahia registra-se o maior percentual da população infanto juvenil de 0 a 17 anos do país, representativa de aproximadamente 25,02% do total, sendo que de 423 municípios 295 não têm Conselhos Tutelares; ou seja, um pouco menos que a metade dos municípios baianos é destituída de Conselhos Tutelares.

O Estado de Minas Gerais também registra um número bastante expressivo da população infanto juvenil de 0 a 17 anos do Brasil, aproximadamente 8,47% de todo o país, sendo que dos seus 853 municípios 429 não possuem Conselhos Tutelares; ou seja, mais da metade dos municípios mineiros não registra a criação de tais instituições.

Entretanto, de uma forma geral, ocorreu um acréscimo do número de Conselhos Tutelares, tomando-se como parâmetro os dados obtidos pelo CONANDA em 1994 e os coletados pelo IBGE em 1991, como se percebe da análise do quadro a seguir:

TABELA 2

Número de Conselhos Implantados e em Funcionamento (1991 e 2004)

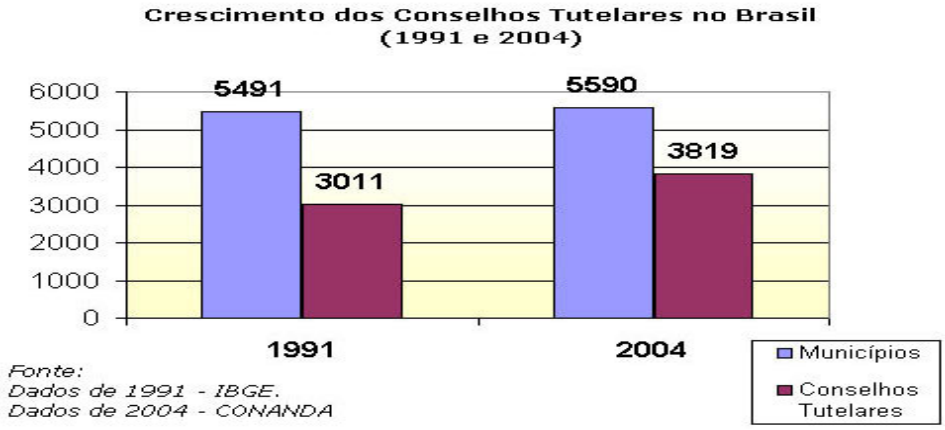
Estado	População Infanto Juvenil (0 a 17 anos) no país *	Total de Municípios 1991 **	Total de Conselhos Tutelares Implantados 1991**	Total de Municípios 2004 ***	Total de Conselhos Tutelares em funcionamento 2004 ***	Total de Conselhos de Direitos em funcionamento 2004 ***
Acre	170094	22	12	22	15	16
Alagoas	1161311	101	56	102	90	91
Amazonas	922464	61	28	62	30	33

Amapá	212682	16	08	16	13	13
Bahia	17754931	413	141	423	128	220
Ceará	3009535	184	123	183	176	174
Distrito Federal	728423	1	1	1	10	00
Espírito Santo	1080833	77	61	78	79	78
Goiás	1779300	242	145	246	175	197
Paraná	3202899	399	385	399	401	376
Rio de Janeiro	4129177	91	69	108	99	92
Rio Grande do Norte	1039576	166	53	168	70	117
Rondônia	354332	52	29	52	47	50
Roraima	118845	15	06	15	06	15
Rio Grande do Sul	3153514	467	286	497	413	424
Santa Catarina	1811627	293	280	293	288	293
Sergipe	704947	75	49	75	82	75
São Paulo	11739801	643	438	345	563	643
Tocantins	490688	134	27	139	65	116
Total	70954212	5491	3011	5590	3819	4319

* Fonte: PNAD 2002 ** Fonte: IBGE 1991
***Fonte: CONANDA 2004

Da análise dos números, também se observa o aumento significativo da proporção entre o número de Conselhos e o de municípios. Em 1991 o IGBE registrou a existência de 3.011 Conselhos Tutelares em um total de 5.491 municípios. Em 2004 o CONANDA constatou a existência de 3.819 Conselhos Tutelares, dentre 5.590 municípios da federação. Isso significa que se no ano de 1991, 54,83% dos municípios possuíam Conselhos Tutelares, hoje 68,31% os possuem em plena atividade.

GRÁFICO 1



Quanto às Varas da Infância e Juventude, registra-se a criação das mesmas em todos os 27 estados da federação. Não se pode perder de vista as vantagens de tal constatação, posto que estas varas contam com juízes especializados na área da infância e adolescência que, em conjunto com uma equipe técnica, realizam estudos e pesquisas, acompanham o cumprimento das leis e das medidas de proteção, promovem o entrosamento dos serviços do juizado com os Conselhos Tutelares e acompanham a execução das medidas sócio-educativas.

Da mesma forma que aconteceu com as varas especializadas, as Promotorias da Infância também foram criadas nos 27 estados brasileiros, ainda que suas denominações não sejam idênticas, podendo ser conhecidas como promotorias cíveis e de defesa dos direitos difusos e coletivos da infância e da juventude, promotorias infracionais da infância e da juventude e promotorias de execução de medida sócio-educativa.

No tocante aos Centros de Apoio Operacional, tais instituições estão presentes em cada um dos Estados brasileiros, atuando como órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público. Em sua esfera de competência merece destaque o estímulo e a integração e o intercâmbio entre os promotores que atuam na mesma área de atividade, a produção de relatórios técnico-jurídicos aos Procuradores e Promotores de Justiça, e o fornecimento de informações a entidades ou órgãos públicos ou privados que atuem com crianças e adolescentes.

Interessante observar sobre os Centros de Apoio Operacional, que existe uma variação de suas atribuições nos vários estados em que atua, indo de função exclusivamente administrativa à prestação de atendimento à população.

É ínfima a quantidade de delegacias especializadas do País. No total, são apenas 45, mas estão distribuídas de forma equânime, de modo que a maiorias dos estados possui tanto uma delegacia especificamente destinada à apuração de atos infracionais cometidos por adolescentes, como uma delegacia especializada em delitos perpetrados contra a criança e o adolescente.

Das 45 delegacias especializadas existentes, 53,72% são especializadas na apuração de ato infracional praticado por adolescentes; 38,88% especializadas na apuração de crimes praticados contra a criança e o adolescente; e 7,40% atuam simultaneamente nas duas áreas.

GRÁFICO 2

A Defensoria Pública, por sua vez, é o órgão público que garante às pessoas carentes o acesso à Justiça, ou seja, que permite às pessoas que não podem pagar ter um advogado especializado para orientá-las e defender seus

direitos na Justiça. Infelizmente este órgão está presente somente em 24 estados.

Ainda vale ressaltar que o papel da Defensoria de alguns estados infelizmente é precário. Muitos estados apresentam somente um núcleo de defensoria localizado na capital, como é o caso do Acre, Amazonas, Amapá, Ceará, Distrito Federal, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia e Roraima.

É uma lástima que no estado do Rio Grande do Norte, até o ano de 2004, existia somente um único defensor – tal disparate foi sanado com realização de concurso público recente – e que em Roraima, mesmo hodiernamente, ainda se registrem apenas dois. Mas também é preciso verificar que boas práticas felizmente existem. A Defensoria do Rio de Janeiro deve ser considerada como de operacionalização exemplar: espalhados em núcleos de atendimento, no total são 58 defensores na região metropolitana e 79 no interior. No Rio Grande do Sul todos os defensores foram capacitados para atuação exclusiva na área da infância e juventude.

São 30 os Centros de Defesa filiados à Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente - ANCED. A maioria dos estados concentra seus Centros de Defesa da Criança e do Adolescente - CEDECAS - na capital com exceção de pouquíssimos estados, como o de São Paulo, que tem CEDECAS filiados à ANCED em Guarulhos, São José do Rio Preto e Campinas. Alguns estados, todavia, não têm CEDECAS da ANCED, como a Amazonas, o Amapá, o Distrito Federal, o Espírito Santo a Paraíba, Goiás, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e Sergipe.

Ainda que de forma paulatina, afinal são dezessete anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, as estatísticas aqui expostas atestam a concretização do Sistema de Garantias da Criança e do Adolescente, que as diretrizes do ECA lançaram. De uma forma otimista, deve-se celebrar a criação de tais órgãos, a despeito de que muitos estados não instituíram todos os órgãos imprescindíveis ao atendimento da demanda infanto-juvenil e que alguns desses órgãos, apesar de existentes, não funcionarem a contento.

A busca pela concretização dos princípios da municipalização e da integração operacional é incessante, posto que só assim serão criados mecanismos de participação e controle social, que passam a ter um caráter de indispensabilidade exacerbado, na execução da avaliação e aperfeiçoamento de nossas políticas no campo dos direitos da infância e juventude.

7.5 Competência dos órgãos do estado em relação à implementação das medidas sócio-educativas

Mário Volpi[91] enaltece que os programas e serviços destinados a trazer à realidade o cumprimento das medidas sócio-educativas devem levar em consideração algumas diretrizes primordiais, dentre as quais, destaca-se "a distribuição coordenadora executiva a que se refere a Constituição Federal" (art. 204).

Mas não só o supracitado preceito constitucional deve ser levado em consideração, mas também o entendimento de que o atendimento ao adolescente deve refletir, de fato, um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sobretudo quando se leva em consideração a transferência de responsabilidades tão comum na realidade brasileira, na qual, diante de um desafio, os entes federativos procuram atribuir a outrem a devida solução.

Enfatize-se, mais uma vez, o papel dos Conselhos de Direitos como o local adequado para o nascedouro das necessárias políticas públicas, tanto os Conselhos Nacionais como os Estaduais, direcionados por suas respectivas competências.

Há também uma necessidade de integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, que deveriam estar juntos até mesmo sob o aspecto físico – em prédio único – com o fito de tornar mais ágil o atendimento e garantia dos direitos

[91] Mário Volpi, (Org.),O adolescente e o ato infracional , p.18.

processuais do adolescente ao qual, por ventura, se atribua autoria de ato infracional.

A competência para cuidar dos internos, tanto em seu aspecto físico, quanto psicológico, é disciplinada no artigo 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que determina o Estado como responsável para velar pela integridade física e mental dos internos, conforme se depreende da leitura do dispositivo em destaque:

> Art. 125 – É dever do estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

Ainda, segundo Mário Volpi[92] também as disposições constitucionais em matéria de segurança pública e poder de polícia são atribuídas às unidades federadas.

> A medida de internação é responsabilidade das unidades federadas devendo articular-se em rede, objetivando maior coerência nos critérios de aplicação, unificação de procedimentos e viabilização do objetivo maior das medidas sócio-educativas que é a inclusão social do adolescente infrator.

Na prática, a operacionalização das medidas sócio-educativas deve ser promovida diretamente pelo Estado, de forma descentralizada, havendo possibilidade, entretanto, de que se estabeleça uma parceria com os Municípios, sob a supervisão e controle do Estado.

Segundo entendimento majoritário, a competência absoluta para a gestão das unidades de privação de liberdade é do Estado, não devendo sequer se cogitar de programas de convênio com entidades privadas, por tratar-se de função publica que envolve contenção e segurança.

As atribuições do Poder Público, no que diz respeito às ações a serem desenvolvidas quando do cometimento de ato infracional por parte dos adolescentes, é apresentada, a seguir, em forma de demonstrativo, com o escopo de melhor visualização da referida competência:

---

[92] Op. cit., p. 19.

TABELA 3

Funções e Tarefas das Esferas Governamentais

Função		Tarefas
Governo Federal	Normatizadora	Estabelecer diretrizes da política de atendimento (artigo 88 do ECA) através do CONANDA.
	Executora	Não tem atribuição de execução.
	Financiadora	Financiar os Estados e municípios, através do Fundo Nacional da Criança, e do Ministério da Justiça.
Governo Estadual	Normatizadora	Formular a política estadual de aplicação das medidas sócio-educativas, através do Conselho Estadual dos Direitos da Criança.
	Executora	Designar órgão especializado para: medida de internação em unidades regionalizadas; dar apoio técnico e financeiro aos municípios para executarem as medidas em meio aberto.
	Financiadora	Manter as unidades de internação e suas respectivas equipes. Apoiar os municípios, em caráter complementar, na execução das medidas em meio aberto.
Governo Municipal	Normatizadora	Deliberar sobre a política municipal, através do Conselho Municipal de Direitos da Criança.
	Executora	Designar órgão responsável por programas de aplicação de medidas em meio aberto e executa-las diretamente ou por meio de convênios com ONGs.
	Financiadora	Financiar diretamente ou por meio de convenio com ONGs, a aplicação das medidas em meio aberto.

Fonte: UNICEF

Ao juízo da Vara da Infância e da Adolescência é atribuída a competência para determinar a medida sócio-educativa aplicável a cada caso, devendo o magistrado não tergiversar ante as dificuldades apresentadas pelo caso concreto.

8 A OPERACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS NA CIDADE DE NATAL/RN

8.1 Princípios Gerais e previsão legal

Como já enfocado anteriormente, O Estatuto da Criança e do Adolescente se encaminhou no sentido da chamada doutrina da "Proteção Integral". Mas tal direcionamento não se traduz em uma mera modificação terminológica, mas na adoção de uma nova filosofia da ação institucional, centrada no respeito aos direitos e a dignidade. Em outras palavras, busca-se a cidadania, tantas vezes negada às crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente abordou as Medidas Sócio-Educativas em seu Capítulo IV do Título II, no qual então dispostos os artigos 112 a 125.

O art. 112 do ECA assim dispõe:

> Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente;
>
> I - Advertência;
> II - Obrigação de reparar o dano;
> III - Prestação de serviço à comunidade;
> IV - Liberdade assistida;
> V - Inserção em regime de semiliberdade;
> VI - Internação em estabelecimento educacional.

Trata-se da pedra fundamental do trato com o praticante do ato infracional e, com certeza, o preceito que requer maior atenção por parte do magistrado quando de sua aplicação. Da mera leitura do artigo, percebe-se a necessidade de especialização, sensibilidade, habilidade profissional e conhecimento técnico especializado dos profissionais da área infanto-juvenil, para a correta aplicação da lei estatutária com a conseqüente imposição das medidas que lhe são aplicáveis.

Apenas para tornar mais clara a compreensão do tema, optou-se por tratar, neste tópico, das chamadas medidas de meio-aberto, ou seja, Prestação

de Serviço à Comunidade e Liberdade Assistida, e nas medidas de Semiliberdade e Internação. Haverá uma explanação sucinta sobre as medidas sócio-educativas de advertência e de obrigação de reparar o dano. Relegam-se, deste modo, as outras medidas a uma análise mais apurada em tópico próprio a seguir.

• **Advertência:**

Acha-se assim insculpido no art. 115 do ECA:

> A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

Trata-se de medida sócio-educativa destinada às infrações mais leves. Sua brandura assemelha-se aos termos de compromisso tão famosos nas escolas particulares quando de má conduta dos estudantes, podendo ser aplicada mediante a simples constatação de indícios de autoria, mas sem dispensar a necessidade da comprovação da materialidade.

Tal conclusão não advém de elucubrações ou de construção doutrinária, mas do próprio texto do Estatuto, posto que ao serem exigidas no art. 114, provas suficientes de autoria e de materialidade para a imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112, excluiu o Texto Legal a exigência de prova de autoria para aplicação da advertência, como se observa, de forma explícita, na análise do parágrafo único: “A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria”.

Não se pode esquivar de que a noção de advertência equivale a um aconselhamento, com cunho pedagógico e sócio-educativo[93]. No dizer de Conceição Mousnier[94]:

> A medida de advertência, de caráter brando, importando em firme e serena admoestação ao infrator, como se adivinha, encontra adequabilidade apenas aos atos infracionais de natureza leve e quando o representado não apresenta circunstâncias individuais e

[93] Moacir Rodrigues, Medidas Sócio-Educativas. Teoria, Prática e Jurisprudência, p. 24.
[94] Conceição Mousnier, Ato Infracional á Luz da Constituição Federal. do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Regras Mínimas de Beijing. Apud Márcio Mothé Fernandes, Ação Sócio Educativa Pública: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 76.

> personalíssimas que o habilitam para um acompanhamento temporário a nível de liberdade assistida [...] Via de regra, a advertência tem efeitos positivos, nunca sendo demais ministrá-la ao adolescente encaminhado à Justiça da Infância e da Juventude envolvido na prática de crime e contravenções[95].

• Obrigação de reparar o dano

O art. 116 do ECA dispõe que:

> Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo Único - Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

A restituição do bem lesado é a premissa para a aplicação do instituto da reparação do dano, que é configurada a partir do ressarcimento ou compensação da vítima. O legislador teve por escopo compelir o adolescente a refletir, reconhecer o erro e, por conseguinte, repará-lo, quando submetido a esta medida tão educativa quanto coercitiva.

Ressalte-se que a responsabilidade pela reparação do dano é do adolescente, característica que a torna intransferível e personalíssima.[96] A reparação do dano, como as demais medidas sócio-educativas, não exclui a aplicação de outras. Sempre que se verificar a necessidade, como preconiza o Estatuto, recomenda-se a aplicação conjunta de medidas de proteção, como estabelece o artigo 101 do ECA.

Por vezes, o ressarcimento do dano se torna inviável, posto que se confronta com a existência de manifesta impossibilidade, como a pobreza, por exemplo, caso em que a obrigação de ressarcimento do dano deve ser substituída por outra medida, de forma a despertar no adolescente a consciência do prejuízo causado.

A realidade natalense no que diz respeito à aplicação de medidas sócio-educativas é pouco estudada e carece de dados estatísticos mais precisos. A seguir, procurar-se-á enfocar as medidas sócio-educativas de Prestação de

---

[95] Op. Cit. p.24.
[96] Moacir Rodrigues, Op. Cit., p. 25.

Serviço a Comunidade, Liberdade Assistida, Semiliberdade e Internação, tendo como norte a concretização das mesmas na realidade da cidade de Natal.

8.2 Medidas Sócio-educativas em meio aberto

8.2.1 Prestação de Serviços à Comunidade – PSC

Reza o art. 117 do ECA que:

> A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.
> Parágrafo Único: As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência, à escola ou à jornada normal de trabalho.

Talvez seja a medida imbuída de maior apelo educativo, posto que ressalta o adolescente como sendo parte de uma comunidade, compelindo o mesmo a desenvolver tarefas em prol da sociedade na qual está inserido. Se de um lado observa-se que para o jovem é oportunizada a experiência da vida comunitária, de valores sociais e compromisso social[97], por outra vertente, a própria comunidade se vê responsabilizada pelo desenvolvimento integral desse adolescente.

É exatamente nesse ponto que se revela a maior vantagem da medida em análise. A sociedade pode participar, de forma direta, da aplicação da mesma, tendo, dessa forma, total controle sobre as ações desenvolvidas pelo adolescente, como ressalta Nelma Lúcia Mendes[98]:

> O adolescente não poderá cumprir a medida aplicada se não tiver onde fazê-lo, se a comunidade não participar. Assim, quando uma instituição aceita receber adolescentes para a execução de tarefas caracterizadoras do cumprimento da medida de Prestação de Serviço à Comunidade - PSC, está se juntando a toda a sociedade

---

[97] Márcio Mothé Fernandes, *Ação* Sócio-Educativa Publica: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 25.
[98] Nelma Lúcia Mendes, Prestação de Serviços à Comunidade. Uma medida aplicada a adolescentes, apud Márcio Mothé Fernandes, op. cit. p.82.

> participativa no seu papel de co-responsável, juntamente com o Estado e a família, no tratamento a ser dispensado à criança e ao adolescente. É a política social do desenvolvimento em ação; não somente do desenvolvimento econômico, mas especialmente do desenvolvimento humano.

A máxima efetividade da Prestação de Serviço à Comunidade, entretanto, só alcançará seus objetivos mediante três ações independentes e integradas entre si: O acompanhamento vigilante do adolescente pelo órgão executor, o apoio da entidade que o recebe e a utilização real da dimensão social do trabalho realizado.

A Prestação de Serviços à Comunidade - PSC – é fulcrada em uma tentativa de se estabelecer um vinculo de confiabilidade entre o adolescente, os profissionais e os órgãos e programas governamentais ou não, que estão envolvidos na aplicação desta medida[99].

É nítida a necessidade, sempre que possível, de uma coadunação entre o ato infracional praticado e o tipo de trabalho a ser desenvolvido, além de que se procure, posto que o foco concentra-se mais no âmbito público, que haja uma perfeita comunicação entre o órgão responsável pela execução desta medida e a comunidade[100].

O órgão executor da medida de PSC deverá firmar convênios e estreitar relações com órgãos da comunidade e programas para a execução da PSC, no prazo máximo de seis meses, respeitando o proposto no parágrafo único do art. 117 do ECA.

8.2.2 Liberdade Assistida - LA

Dispõe o art. 118 do ECA:

> A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

---

[99] Maria da Graça Maurer Gomes Türck, A Operacionalização das medidas Sócio-educativas: Prestação de Serviço à Comunidade e Liberdade Assistida, p.692.
[100] Nelma Lúcia Mendes, Op.cit., p. 73.

> § 1º - A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.
>
> § 2° - A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Não se trata de uma sanção penal, mas de medida apta a limitar a liberdade e alguns direitos do jovem infrator, segundo as condições impostas, com vistas aos seus fins pedagógicos[101]. Na prática, a Liberdade Assistida consiste na decisão, emanada do juízo, de colocar o adolescente sob os cuidados e a assistência do Conselho Tutelar, ainda que o jovem não seja extirpado de seu meio natural.

Ainda que aparentemente branda, a medida tem todo um aspecto coercitivo, concretizado na responsabilização individual e social daquele que praticou o ato infracional. Mais uma vez a medida possui um caráter educativo/terapêutico.

A Liberdade Assistida, além de buscar a responsabilização individual e social do adolescente, procura resgatar a participação dos pais na formação do jovem infrator. Os pais são chamados a participar, de forma ativa e decisiva, no processo de reinserção social do adolescente.

Mas que tipo de ações deveriam ser desenvolvidas para que a Liberdade Assistida tivesse sua efetividade máxima concretizada? Os estudiosos do assunto são unânimes em descartar o simples acompanhamento da conduta do jovem infrator, com o escopo de inibi-lo em possíveis novas condutas delitivas. Para Graça Türck[102], as ações destinadas aos adolescentes infratores devem ser concentradas nas seguintes abordagens:

> a) **centrada no adolescente:** a partir do ato infracional relacionando-o com o contexto sócio-familiar-cultural;
> b) **centrada na família:** o ato infracional como problema e a função deste problema na família;
> c) **centrada na problemática dos meninos (as) de rua:** a partir do ato infracional relacionando-o com o contexto sóciofamiliar-cultural;

---

[101] Jason Albergaria, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 127-128.
[102] Maria da Graça Maurer Gomes Türck, Op. Cit. p. 11.

> d) **centrada no acompanhamento de atendimento terapêutico na comunidade:** a partir do ato infracional relacionando-o também, com o contexto sócio-familiar-cultural;
> e) **centrada na mediação** transformativa: a partir do restabelecimento de uma relação negociada[103].

O Grande desafio da aplicação prática da Liberdade Assistida está na disponibilidade de recursos sociais, que permitam preencher as necessidades individuais dos adolescentes infratores, sobretudo na recuperação de jovens viciados em drogas ou com sérios problemas emocionais, para os quais é imprescindível um acompanhamento psicológico adequado.

Não se pode tergiversar ante a necessidade de uma perfeita harmonia e coadunação na utilização dos recursos, que possibilite ações conjuntas, cujo propósito seja a obtenção de suportes sociais terapêuticos e educativos, nas áreas da saúde, educação, trabalho, serviços e lazer.

Em Natal, as medidas de Prestação de Serviço à Comunidade - PSC e Liberdade Assistida - LA - são executadas pela Fundação Estadual da Criança e do Adolescente – FUNDAC.

Junto à Vara da Infância e da Juventude podem ser obtidos dados sobre os adolescentes em cumprimento de medida sócio-educativa, o que é de extrema importância para se traçar um perfil da aplicação da Liberdade Assistida e da Prestação de Serviço à Comunidade no Estado do Rio Grande do Norte. Os dados foram organizados na tabela a seguir, facilitando assim a análise dos mesmos:

TABELA 4

Adolescentes cumprindo Medidas Sócio-Educativas de PSC e de LA. Natal/RN, Janeiro/2007.

Medidas sócio-educativas	Masculino	Feminino
Prestação de Serviço à Comunidade	67	09
Liberdade Assistida - LA	52	03

FONTE: Dados fornecidos pelos programas de PSC e LA /FUNDAC em Janeiro/2007

[103] BRASIL. Ministério da Justiça. Políticas Públicas. Estratégias de Atendimento Sócio-Educativo ao adolescente em conflito com a lei, p. 49.

Os **Recursos Humanos** dos programas de PSC e LA compõe-se dos seguintes funcionários:

01 (um) Coordenador;
01 (um) Vice-Coordenador.
A Equipe Técnica é assim composta:
01 (um) Psicólogo;
05 (cinco) Assistentes Sociais;
01 (um) Pedagogo;
01 (um) Bacharel em Letras;
01 (um) Secretário Executivo.
O Pessoal de Apoio:
02 (duas) pessoas de apoio;
03 (três) Estagiários do Curso de Serviço
Social da UFRN.

As **Instalações Prediais** não podem ser consideradas satisfatórias, posto que se traduzem em salas mal ventiladas, despojadas de cor e nimiamente confortáveis.

Os programas desenvolvidos com os adolescentes infratores são realizados em uma única sala, o que acarreta problemas, principalmente com relação ao atendimento, posto que há ocasiões em que os jovens são atendidos em grupo, o que além de ser anti-didático, não atende aos objetivos das medidas, ou seja, não há possibilidade de dar atenção especial aos jovens e a orientação necessária para a sua completa recuperação.

Quanto às condições de **higiene e salubridade,** o prédio carece de pintura urgente, ainda que as faxinas sejam diárias e não permitam o acúmulo de lixo ao redor e a rua de acesso é calçada.

Os **Equipamentos** existentes pertencem ao Centro Integrado de Atendimento - CIAD. Até mesmo o telefone é do Centro.

O **Tipo de Atendimento** é destinado ao atendimento individualizado dos adolescentes que estão cumprindo as medidas de PSC e LA. Em linhas gerais, o jovem é encaminhado à família, que se responsabiliza pela colocação

daquele na escola do bairro. Não há nenhum acompanhamento e orientação à família dos adolescentes, o que ocorre, segundo informações colhidas junto à equipe técnica, pela inexistência de transportes disponíveis para realização dos trabalhos.

A equipe técnica monitora a vida escolar do adolescente, com a realização de visitas mensais às escolas, para saber como o adolescente está se comportando e como está o seu desempenho escolar.

Os encaminhamentos para o Mercado de Trabalho é que apresentam uma dificuldade muito grande. Os jovens são encaminhados para o Programa de Encaminhamento ao Mercado de Trabalho – PROENT –, para serem absorvidos no mercado de trabalho, porém o nível de escolaridade dos adolescentes infratores é muito baixo e o programa só atende a quem tem um grau de escolaridade mais elevado.

A procura por trabalho é cada vez maior e, com isso, os jovens desde cedo são lançados no meio de uma acirrada disputa, onde o grau de instrução de cada um é fator determinante na luta pelo primeiro emprego. O Mercado de Trabalho não consegue absorver todos os que tentam uma colocação e, nesta corrida, os adolescentes mais preparados, com maior grau de escolaridade, levam a melhor.

Jovens com um nível de instrução mais baixo encontram maiores dificuldades em adentrar no Mercado de Trabalho, isto é um fato. Para os jovens infratores a perspectiva de um emprego é ainda mais distante.

Os programas governamentais e as iniciativas privadas, que deveriam ser a base de uma tentativa sólida no sentido de devolver esses adolescentes infratores à sociedade de forma digna, não têm estrutura suficiente para fazê-lo, pois, mesmo com a existência de programas como o PROENT, que tenta reintegrá-los, os obstáculos são grandes, já que o nível de escolaridade desses adolescentes infratores é muito baixo e este programa privilegia aqueles com maior instrução educacional.

As falhas nesse tipo de programa são visíveis e o paradoxo, latente: como é que uma iniciativa criada com o foco de atender jovens infratores e

reintegrá-los à sociedade, pode limitar seus esforços a um determinado adolescente infrator, de nível educacional mais elevado, quando é irrefutável que a grande maioria desses jovens carece de maior instrução educacional?

É preciso questionar se esses programas realmente são criados para atender jovens infratores ou são uma tentativa de ajudar estudantes carentes que contribuem para o sustento da família. Não estamos dizendo com isso que esses últimos não necessitem de apoio do nosso sistema, é óbvio que a criação de programas que os ajudem também é essencial, mas são dois tipos distintos de adolescentes, com problemas e anseios diferentes, e como tal devem ser tratados.

A questão pungente para nós é saber se os programas existentes destinados aos adolescentes infratores se adequam ao nosso dia a dia ou se estamos apenas tentando, em vão, resolver problemas paralelos de um mesmo modo. Será que a nossa realidade é condizente aos programas assistenciais que possuímos? Nesse contexto, onde se encaixa a proposta pedagógica exposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente?

Embora o ECA nos oriente sobre a importância da criação de parcerias com várias instituições, para que o jovem possa ampliar seus horizontes e, com isso, dar mais um passo em direção a uma profissão digna, a prática nos mostra uma realidade bem diferente.

Atualmente, a FUNDAC não disponibiliza outros cursos além do de Panificação, e, como agravante ao fato de que não dar ao jovem nenhuma outra escolha, não existe uma tentativa se construir parcerias com outras instituições, em nítido descompasso à orientação do ECA.

A falta de opção de cursos para o adolescente, e o descaso na obtenção de parcerias é um retrocesso se analisarmos que, a partir desses conhecimentos, o jovem, além de aprender um ofício futuro, dá um enorme passo em direção a ressocialização e para longe da marginalidade.

O programa do PSC, como mencionado anteriormente, funciona no mesmo local e também trabalha com a mesma equipe técnica da Liberdade Assistida e atualmente existem, em média, 60 empresas e/ou entidades

cadastradas para trabalhar com os adolescentes que estão cumprindo esta medida.

A falta de preparo das empresas ou entidades cadastradas é outro problema que agrava o sentimento de rejeição e dificulta a ressocialização dos adolescentes infratores que, não raro, ao serem encaminhados a essas instituições, desenvolvem serviços menores, como de office boy, de acompanhamento dos médicos nas visitas domiciliares aos doentes, de auxiliar de serviços gerais, de arquivos, etc.

O adolescente infrator necessita de disciplina e limite, mas, ao mesmo tempo, de carinho e atenção. Ele deve sentir que os profissionais que o cercam estão realmente empenhados em ajudá-lo, em devolvê-lo a sociedade não na condição de marginal, mas sim como cidadão. O envolvimento superficial de alguns técnicos, além de não ajudar esses jovens, por vezes aumenta a sensação de rejeição e abandono.

Ao se imaginar sozinho o jovem, como um instinto de proteção, se fecha numa redoma e bloqueia todas as tentativas de ajuda. É como se ele sentisse que a sociedade espera que ele falhe, que seja mais um na marginalidade e, enfraquecido pelos olhares de censura, ele apenas se deixa levar pelas más companhias.

Um exemplo do que estamos falando é a falta de compromisso dos diretores de escolas estaduais com a ressocialização dos jovens infratores. Esse é outro grande obstáculo encontrado pelo programa do PSC. A maioria dessas instituições de ensino não faz segredo ao impedir que o jovem preste serviço nas suas dependências: “*não queremos marginal junto com nossos alunos".*

Essa postura tão discriminatória infelizmente é comum nas escolas estaduais. Os próprios diretores, que deveriam ser os primeiros a buscar reintegrar esses jovens a sociedade, já que possuem os requisitos para fazê-lo,

assumem uma postura antidemocrática e sem o menor compromisso com o resgate da cidadania desses adolescentes. Esse tipo tão eloqüente de discriminação expõe uma total falta de conhecimento dos objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A inexistência, em Natal, de uma Clínica de Recuperação ou Comunidade Terapêutica para que o adolescente que abusa do uso de drogas possa se tratar é um outro problema sério com o qual nos deparamos.

A falta de um ambiente adequado para onde possamos encaminhar esses jovens dificulta sua melhora, já que a internação do drogadito, na maioria das vezes, funciona como uma porta de entrada para conscientizar o dependente químico[104].

Na internação, os profissionais têm mais tempo para interagir com o adolescente, quebrando a barreira da desconfiança e ajudando-o não só a superar o problema com as drogas, mas também a reintegrá-los a sociedade com dignidade, como verdadeiros cidadãos.

Chegamos à conclusão, com a nossa análise das medidas existentes, que o esforço solitário de determinado órgão ou entidade não trará resultados fortes o suficiente para que possamos avançar na luta contra a marginalidade adolescente. Somente o esforço conjunto formará alicerces rígidos o bastante para que vençamos esse mal.

É preciso que haja um compromisso maior do órgão executor das medidas de PSC e LA, ou seja, da FUNDAC, do Governo do Estado, do Poder Judiciário, da Sociedade Civil e da Família, bem como que se crie uma proposta pedagógica séria e sistemática para a resolução definitiva do problema.

---

[104] Todos os dados apresentados foram colhidos em visita *in loco* e em entrevistas com técnicos dos programas de PSC e LA da FUNDAC, realizada em janeiro/2007.

8.3 Semiliberdade

> Art. 120. O regime de semiliberdade 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.
> § 1° É obrigatória 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.

A medida sócio-educativa de semiliberdade não pode ser aplicada antes da instauração do Devido Processo Legal e do Contraditório, pois se trata de medida privativa de liberdade (art. 186, § 2º do ECA). Essa medida é análoga ao regime semi-aberto do Código Penal[105].

O adolescente que se esquadra no regime de semiliberdade deve freqüentar atividades externas durante o dia e permanecer na instituição à noite. Na ocasião da reavaliação da medida são estabelecidos os meios para que o jovem seja escolarizado e profissionalizado, requisitos obrigatórios para a semiliberdade.

O adolescente da semiliberdade tem todo o amparo de profissionais que o ajudam a lidar com os problemas que o levaram a cometer os delitos e, ao mesmo tempo, participa de atividades externas, tendo a possibilidade de exercer sua cidadania e de colocar em prática novas posturas e atitudes, mais condizentes com a sociedade em que vivemos. A semiliberdade funciona como um treinamento para a reintegração total do jovem à sociedade.

A obrigatoriedade da escolarização do jovem é de suma importância em um contexto de ressocialização, visto que sem ela não podem existir valores essenciais como dignidade e igualdade social. Como conseqüência da educação, temos a profissionalização. O ingresso no mercado de trabalho coloca o jovem na direção certa e o afasta da marginalidade.

A semiliberdade abrange duas facetas distintas, pois traz a tona, ao mesmo tempo, duas características opostas: regula a liberdade do

---

[105] Márcio Mothé Fernandes, Ação Sócio Educativa Pública: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 90.

adolescente, mas, ao mesmo tempo, dá a ele um leque de oportunidades. De acordo com Mario Volpi**,** a semiliberdade traz consigo aspectos coercitivos, já que afasta o jovem infrator dos seus entes queridos; entretanto, ao delimitar seus passos, não impede totalmente o seu direito de ir e vir. O intuito da semiliberdade, assim como na internação, é o de oferecer o acesso a serviços, à organização da vida cotidiana[106].

A nosso ver, a medida da semiliberdade, além de ser um processo de transição eficiente entre a internação e o retorno do jovem infrator à sociedade, pode se colocar, em grande parte das vezes, como primeira alternativa à medida de internação.

A internação implica em uma mudança muito drástica na vida do adolescente, só devendo ser utilizada como último recurso. A semiliberdade, em nossa opinião atinge melhor a finalidade a que se propõe o ECA, de reintegração do jovem à sociedade.

O programa de Semiliberdade, em Natal tem capacidade para atender a 20 adolescentes, embora atualmente só atenda a 12 (doze) deles, de acordo com informações obtidas em visita feita *in loco,* em janeiro/2007.

Os **Recursos Humanos** do programa são formados por 01 (uma) Coordenadora, 01 (uma) Vice-Coordenadora, 01 (uma) Pedagoga 01 (um) Professor de Educação Física, 15 (quinze) Educadores, 03 (três) Policiais Militares, 03 (três) Vigias, 02 (duas) Cozinheiras e 02 (dois) Assistentes de Serviços Gerais. A maior parte deles não está qualificada para o cargo que ocupa.

Embora haja bastante espaço físico não utilizado, as **Instalações Prediais** não oferecem segurança, algumas portas estão quebradas e sem fechaduras, grades de proteção estão entortadas e o prédio está com o reboco caindo. Segundo a coordenadora do programa, a FUNDAC não faz o serviço de manutenção, o que aumenta a sujeira do prédio e o deteriora cada dia mais.

---

[106] Mário Volpi, Sem liberdade, sem direitos – A privação de liberdade na percepção do adolescente, p.26.

Há boa ventilação natural e boa iluminação no prédio, além do local ser limpo e bastante organizado, fatos que tornam satisfatórias as condições de **Habitabilidade, higiene e salubridade.**

O programa não dispõe de muitos **equipamentos**, têm somente o básico, como telefone, uma televisão, geladeira e fogão. O trabalho dos técnicos encontra mais um obstáculo na falta de um meio de transporte.

O **Tipo de Atendimento** carece de uma proposta pedagógica mais incisiva. Os adolescentes da semiliberdade só saem para ir à escola, o restante do tempo ficam na unidade, ociosos. Há uma horta em fase de implementação, mas que está sendo executada e cuidada por um policial e não pelos adolescentes[107].

A FUNDAC não realizou, no ano de 2006, nenhum Curso Profissionalizante e, como conseqüência, o encaminhamento ao mercado de trabalho é praticamente nulo. Até mesmo uma precária oficina de reciclagem de papel às vezes não funciona por falta de material. Segundo informações, por ausência de repasse de recursos da FUNDAC, as aulas de reforço estão suspensas.

Os jovens, embora sejam orientados por profissionais, têm uma certa apreensão quanto ao futuro, pois todos enfatizaram que necessitam trabalhar para que a vida de infrações fique para trás.

O compromisso dos técnicos com os adolescentes é a única base de apoio do jovem, pois não há um acompanhamento sistemático à família.

Não foi preciso muito para que percebêssemos que o adolescente da semiliberdade fica bastante ocioso, passa o dia assistindo à televisão e fazendo algumas atividades cotidianas da casa. Basta uma olhada no programa fornecido pela coordenação para que fique claro que não existe uma rotina diária atrativa para o jovem.

---

[107] Os dados e informantes deste programa, foram colhidos em visita *in loco* e entrevistas realizadas junto ao corpo técnico e coordenação do programa de Semiliberdade.

TABELA 5

ROTINA DE ATIVIDADES

HORÁRIO	ATIVIDADES
7h30 às 8h30	Café da manhã
8h00 às 8h30	Atividades da casa
8h30 às 9h30	Livre
9h30 às 11h30	Sala de aula
11h30 às 12h00	Higiene corporal
12h00 às 12h30	Almoço
12h30 às 13h30	Repouso
14h00 às 15h00	Oficina de papel
15h00 às 17h00	Sala de aula
18h00 às 19h00	Jantar

FONTE: Programa de Semiliberdade - FUNDAC/ janeiro/2007.

O jovem, assim como qualquer pessoa, precisa ocupar o tempo. A ociosidade só serve para desestimular o adolescente e tirar dele o desejo de mudar efetivamente de vida. A sua primeira preocupação deixa de ser a reintegração social e passa a girar em torno da fuga e de novos delitos.

8.4 Internação

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
> I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência א pessoa;
> II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
> "III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta".
> § 1º O prazo de internação na hipótese do inc. III deste artigo não poderá ser superior a três meses.
> § 2° Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

A Lei Estatutária estabelece requisitos para a aplicação da medida de internação, pois, dentre todas as outras, ela é a mais extrema das medidas sócio-educativas, já que priva o adolescente da sua liberdade.

A medida de internação está sujeita aos princípios constitucionais da "brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em

desenvolvimento", mas, mesmo com essas características, não deixa de ser uma forma de privação da liberdade.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente procure minimizar os aspectos repressivos da medida, ressaltando o seu caráter pedagógico, a internação, além da finalidade educacional, apresenta consigo conotações coercitivas.

A medida de internação, pela sua própria essência, implica em contenção do adolescente autor de ato infracional num sistema de segurança eficaz, ou seja, traz em seu bojo um programa de privação de liberdade. Segundo as palavras de Mario Volpi[108]:

> O Estatuto estabelece o princípio de que todo adolescente a quem for atribuída uma medida sócio-educativa não deve ser privado de liberdade se houver outra medida adequada (ECA, art. 122, § 2°) e nos casos previstos no art. 122 do mesmo estatuto.

A medida de internação deve ser sempre o último recurso a ser utilizado, já que implica em um choque enorme aos direitos de ir e vir assegurados pela nossa Constituição. O fato de que a restrição temporária da liberdade do adolescente seja a única alternativa restante, para que seu direito à dignidade humana seja plenamente atingido e assegurado não deixa de ser um paradoxo.

Ao privarmos alguém de tomar suas próprias decisões, mesmo que num curto espaço de tempo, assumimos para nos mesmos um papel arriscado e decisivo na recuperação do jovem infrator. Daí a essencialidade de uma decisão justa e bem pensada, para que não sejamos responsáveis pela tentativa frustrada de recuperação desse adolescente.

Os adolescentes submetidos à privação de liberdade, de acordo com os ensinamentos de Volpi[109], só o serão em caso de extrema necessidade, pois sua contenção e submissão a um sistema de segurança são condições *sine qua non* para que o uso da medida sócio-educativa seja efetivo. A base da

---

[108] Mário Volpi, (Org.). op. cit., p. 28.

[109] Op. cit., p. 28.

medida educativa não está na contenção, embora, para que haja sucesso na reintegração do jovem infrator à sociedade, ela faça parte de um processo insubstituível.

É preciso que fique claro que a restrição da liberdade deve significar apenas isso: restrição de liberdade. A linha divisória entre a limitação do direito de ir e vir e de outros direitos constitucionais é tênue e, por isso mesmo, deve ser observada com a maior atenção. A inclusão do adolescente numa perspectiva de cidadão passa, obrigatoriamente, pela observância dos limites entre o que pode e o que deve ser feito, entre a medida certa e o exagero.

A internação deve observar as características de cada adolescente, analisando o problema do jovem de forma individual, pois o foco de antemão, na maioria dos casos, varia de um adolescente para outro. Deve haver uma “rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração" (art. 123 do ECA). Não existe solução genérica, adequada a todos. Cada caso é um caso.

A lei também determina que a internação deva ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, onde eles tenham acesso a todos os amparos educacionais e psico-afetivos, e não em abrigos, desamparados e sem conseguir vislumbrar um futuro melhor.

O adolescente não pode ser encarado como um ser individual, mas sim como parte de um todo em um contexto sócio-histórico-político. O jovem precisa estar inserido e ser parte ativa do processo educativo apresentado pela proposta pedagógica.

O ideal de uma sociedade justa e igualitária, longe do modelo individualista e fragmentado em classes sociais como o de hoje em dia, passa pelo repudio à exclusão e pelo enaltecimento da inclusão, como meio de humanização social.

Além da medida da semiliberdade, a FUNDAC também é a responsável, no Estado do Rio Grande do Norte, pela medida sócio-educativa da internação.

As adolescentes infratoras são internas na **Casa Padre João Maria**, que fica no bairro Nordeste.

Atualmente a Casa Padre João Maria possui nove internas e o CEDUC quarenta e dois jovens, com adolescentes de Mossoró, Açu, Arês e Poço Branco (um de cada localidade).

Recursos Humanos estão assim definidos: 01 (um) Coordenador; 02 (dois) Vice-Coordenadores; 03 (três) Assistentes Sociais; 01 (um) Psicólogo; 02 (dois) Pedagogos; 25 (vinte e cinco) Educadores; 04 (quatro) Cozinheiras 02 (dois) auxiliares de cozinha 12 (doze) Policiais Militares; 04 (quatro) Motoristas.

As **instalações prediais** são as piores possíveis, muito obsoletas e inviáveis à aplicação dos programas estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A poluição visual é extrema, com paredes úmidas e pichadas, especialmente junto ao alojamento dos adolescentes. São inúmeras as infiltrações e os vazamentos nas instalações hidráulicas. A segurança do local também está bastante comprometida, já que as portas estão todas quebradas e as grades de proteção, danificadas. A necessidade de melhoria das instalações do CEDUC é gritante, pois atualmente o que podemos constatar é a total falta de adequação entre a realidade e os princípios estabelecidos pelo ECA para a privação de liberdade, com toda a dignidade e respeito aos direitos humanos.

As condições de **habitabilidade, higiene e salubridade** não são nada melhores. A ventilação é péssima, a iluminação é totalmente inadequada. Os adolescentes passam a maior parte do tempo em celas extremamente pequenas e que contêm somente um sanitário e uma cama de alvenaria. Para piorar ainda mais esse quadro, atualmente esse espaço ainda tem que ser dividido por dois adolescentes, situação que obriga um deles a dormir no chão duro e frio, tendo somente um fino e desconfortável colchonete sob si mesmo.

Os sanitários exalam um mau cheiro muito forte de urina e fezes. O odor é tão denso que é praticamente impossível passar algumas horas nesse ambiente. A carência de material de uso pessoal, como sabonetes ou pastas, é grande. Faltam até mesmo colchões e roupas de banho.

A alimentação é escassa, chegando, às vezes, a faltar. O mato e o lixo são uma constante, tanto dentro das instalações do prédio quanto ao seu redor, o que contribui para a proliferação de muitos insetos e transmissores de doenças, como ratos, escorpiões e baratas.

Procurou-se saber dos adolescentes, dos técnicos, e do Juiz titular da Vara da Infância e da Juventude, qual a verdadeira situação do CEDUC e o que poderia ser feito para melhorá-la.

Ressalte-se que muitas das soluções apresentadas não necessitam da disponibilização de novos recursos para a sua implementação. Por vezes, há apenas ignorância ou má vontade por parte dos técnicos.

TABELA 6

Problemas e Sugestões

PROBLEMA	SUGESTÃO
A comida é pouca e de gosto ruim. Não existem lanches, e o jantar é muito cedo, provocando fome durante a noite.	A comida deveria ser melhor e o número de refeições, maior.
Os adolescentes passam o dia trancados em celas.	Deveria haver um horário para o banho de sol.
Os pavilhões de alojamento são muito sujos, sem condições de uso. Obs.: A coordenadora nos informou que foram os próprios adolescentes que quebraram tudo.	Os alojamentos deveriam estar em condições de uso.
O tempo para a visita familiar é muito curto e alguns jovens são privados desse direito quando descumprem as regras da casa.	O tempo de visitas deveria ser maior e a privação desse contato familiar não deveria existir, sob nenhuma hipótese.
O difícil acesso ao Centro. Obs.: A FUNDAC costumava providenciar esse transporte, mas, nos últimos tempos, não havia mais condições financeiras de mantê-lo.	A volta dos 11 meios de transporte (Kombi) antes existentes.
As aulas de esporte são sempre as mesmas (futebol de campo) e só ocorrem esporadicamente.	Incentivo maior ao esporte, aulas sistematizadas e mais diversificadas, como de vôlei ou de basquete.
Falta de jeito dos educadores ao lidar com os adolescentes.	Maior paciência e respeito dos educadores no trato com os jovens.

Os jovens passam muito tempo dentro dos pavilhões, sem nada para fazer.	Ter direito a ficar mais tempo fora dos pavilhões, desenvolvendo alguma atividade.
Falta de estrutura para lidar com os jovens que já têm vida marital, inclusive com a presença de filhos.	Criação de um parlatório para os adolescentes.
A maioria dos jogos está quebrada ou incompleta.	Existência de uma sala com jogos como sinuca ou totó.
Internos que cometem crimes mais graves e, mesmo assim, são liberados primeiro.	Respostas às dúvidas processuais dos adolescentes.
Prazos para a conclusão da avaliação ou a chegada da sentença são muito longos.	Maior celeridade.
Carência de cursos profissionalizantes.	Oferecimento desses cursos.
Violência e falta de respeito dos PMs, com agressões inclusive dentro do próprio Centro.	Informação sobre o poder do PM em casos específicos, ex.: se eles podem atirar em caso de fugas.
Adolescentes trabalhadores e de boa conduta nivelados aos ociosos e de mau comportamento.	Diminuição do tempo da medida de internação para os jovens de bom comportamento.
Falta de assistência medica efetiva, especialmente quando o adolescente passa mal à noite.	Médico que os assista não só nas quartas-feiras e um programa que não os coloque em risco.
Cela de contenção (cafua) intimidadora e indigna. Não existe colchão para dormir, as necessidades fisiológicas são feitas na própria cela, que, por sua vez, possui apenas uma lata de tinta grande com água.	Condições mais humanas e menos assustadoras. Os adolescentes afirmam que, quando chegam para cumprir a medida, passar primeiro pela cafua, como forma de fazê-los respeitar as normas da casa.
Falta de respeito da coordenação, de alguns educadores e policiais com os adolescentes.	Tratamento menos passional e mais profissional.

Os próprios internos classificam a instituição como um inferno. A realidade nos projeta para um mundo onde a observância aos direitos humanos e à dignidade da pessoa são totalmente postos em segundo plano. O respeito ao próximo, característica basilar da formação de qualquer sociedade com um mínimo de justiça, parece não alcançar a realidade dos adolescentes infratores. Não há como se falar no resgate da cidadania desses adolescentes.

O **Tipo de atendimento** é o mais desumano que existe. Nessas instituições, não há uma proposta pedagógica séria para os internos, que passam os dias enfrentando o ócio e a desumanidade. Essa ociosidade fica evidente pela analise das tabelas de n.º 15 e 16, bem como dos gráficos de n.º 20 e 21, elaborados pela própria FUNDAC. A impressão que temos é que o que se pretende é apenas uma tentativa frustrada de passar o problema adiante e não de resolvê-lo de forma definitiva.

TABELA 7

Adolescentes entrevistados, em regime de internação no CEDUC/Natal segundo o que menos gostam no CEDUC.

Pior coisa do CEDUC	Adolescentes (%)
Ira dos Colegas	7,1%
Não poder sair	7,1%
Revista em familiares	7,1%
Falta de liberdade	50,0%
Tempo de visitas curto	7,1%
Isolamento	7,1%
Falta de atividades	28,6%
Tudo	14.3%
Aprendeu a fumar maconha	7,1%
Aprendeu a furtar	7,1%
Tratamento dispensado	7,1%
Falta de sexo	7,1%
Total	100,0%

Fonte: Pesquisa realizada com adolescentes em regime de internação no CEDUC/Natal, janeiro/2007.

TABELA 8

Adolescente entrevistados, em regime de internação no CEDUC/ Natal, segundo o que mais gostam no CEDUC.

Melhor coisa do CEDUC	Adolescente (%)
Comida	6,67%
Nada	73,33%
Esporte	6,67%

Estudo	6,67%
Esporte e trabalho	6,67%
Total	100%

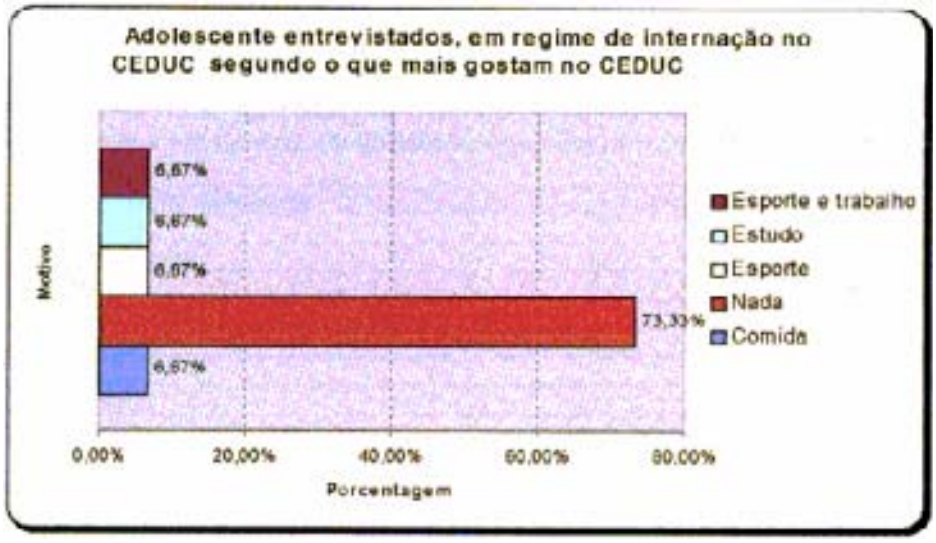
Fonte: Pesquisa realizada com adolescentes em regime de internação no CEDUC/Natal. Janeiro/2007

GRÁFICO 3

Que dizer de uma instituição cujo propósito é recuperar para o caminho da legalidade adolescentes infratores e na qual uma das maiores reclamações dos jovens é a falta de atividade. A inatividade, como se depreende facilmente, frustra o jovem e o afasta qualquer tentativa de ressocialização. Restam apenas as conversas entre os próprios internos, quase sempre com o total aviltamento dos principais valores que compõem qualquer noção de cidadania.

GRÁFICO 4

Adolescente entrevistados, em regime de internação no CEDUC, segundo o que mais gostam no CEDUC. Fonte: CEDUC/Natal. Janeiro/2007.



Os trabalhos domésticos, como os realizados na cozinha, em obras ou faxinas, são restritos a alguns internos, de bom comportamento. Esses adolescentes são os únicos com livre acesso às dependências da instituição.

O jovem não é estimulado a perceber o trabalho como parte de seu crescimento educacional, como parte integrante da medida sócio-educativa. O que fica claro é que muitas vezes o trabalho aparece como forma de punição para alguns atos de rebeldia. Essa política é uma afronta direta aos princípios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O desinteresse pelo aprendizado é patente nos jovens, cultivado pela escola formal, é reproduzido aqui pela falta de incentivo à educação dos internos. Atualmente não existe nenhuma sala de aula que cumpra esse papel.

A violência nas instituições é uma constante. Não há um cuidado para que a relação entre os infratores seja mais pacifica e menos agressiva. Brincadeiras com socos, tapas ou até mesmo com o uso de armas brancas, como um pedaço de pau ou um ferro, são corriqueiras.

Por mais absurdo que se possa parecer, o papel ressocializador das instituições é substituído pela discriminação. São os próprios profissionais que estigmatizam os adolescentes como delinqüentes. A falta de sintonia entre os técnicos e os jovens infratores só fazem aumentar, dos dois lados, sentimentos como a desconfiança, a distância e a agressividade. A tabela nº. 17 ilustra o que acabamos de colocar:

TABELA 9

Tipos de maus-tratos aplicados pelos apreensores a adolescentes já apreendidos alguma vez e atualmente em liberdade, segundos os próprios adolescentes.

Tipos de maus-tratos	**Ocorrências** (%)
Tiro nos pés	1.2
Colocou revólver na cabeça	2,4
Choque Elétrico	3,6
Tapa na cara	7,1
Chutes	10,7
Socos no rosto	1,2

Apanhou de cacetetes	2,4
"Bordoada"	8,3
Palmatória	3,6
Coronhada	5,9
Aperto no pescoço	1.2
Puxão de orelha	1.2
Cola na cabeça	7,1
Tentativa de abuso sexual	2,4
Cola no corpo	1,2
Ameaça de morte	8,3
Espancamento	7,1
Tapas	4,7
Cabeça na parede	1,2
Cascudo	3,6
Pisoteado	1,2
Algemado	2,4
Soco na barriga	3,6
Colocado na mala do carro	1,2
Surra de mangueira de gasolina	1,2
Surra de Cipó de brocha	1.2
Colocado no camburão lotado	1,2
Não foi maltratado	3,6
Total	100,0

Fonte: Pesquisa de campo realizada em Natal, 2007.

Não há estimulo à leitura, visto que a instituição não possui biblioteca e a única sala de livros existente, os tem em pouquíssima quantidade. Os adolescentes também não têm outras formas para passar o tempo, já que não existe uma sala de jogos. A falta de comunicação entre os internos e os profissionais é lancinante: os jovens não são informados sequer da sua situação processual, apesar da FUNDAC ter defensoria própria.

Não existe uma padronização de vestimentas na instituição, pois os adolescentes infratores não recebem nenhum fardamento ou uniformes. As famílias dos internos não recebem nenhum tipo de acompanhamento ou orientação por parte da FUNDAC. A assistência religiosa dada aos jovens,

além de esporádica, não abrange todas as crenças, já que eles só recebem apoio dos Adventistas do 7° dia.

As dificuldades do CEDUC são grandes: falta de técnicos, de programas pedagógicos, de capacitação e de aperfeiçoamento para os recursos humanos, de repasse de verbas pelo órgão mantenedor, de alimentação suficiente para os internos, de meios de transportes eficientes. A coordenadora da casa nos disse que há um esforço muito grande para mudar esse quadro tão alarmante.

Apesar dessa triste realidade os jovens internos ainda têm capacidade de sonhar. A maior parte dos adolescentes expressa que ainda têm fé num futuro melhor. Infelizmente, diante de uma realidade tão cruel, alguns já se mostram pessimistas, chegando até mesmo a prever seus futuros atrás das grades da penitenciária estadual.

A esperança é realmente a alavanca que move o mundo e cabe a todos, sociedade, governo e empresas, manter acesa essa chama nos corações dos nossos adolescentes, pois só assim vislumbraremos um futuro melhor.

9 PERFIL DO ADOLESCENTE INFRATOR NA CIDADE DO NATAL

Os números a serem apresentados, ainda que de forma insuficiente, fornecem um perfil do adolescente infrator na Cidade do Natal, em cumprimento de medida de internação, levando-se em conta vários aspectos considerados mais relevantes. Ressalvas são feitas em relação a dados advindos dos próprios adolescentes, sobre os quais se deve considerar uma margem de erro mínima, advinda basicamente de dois fatores:

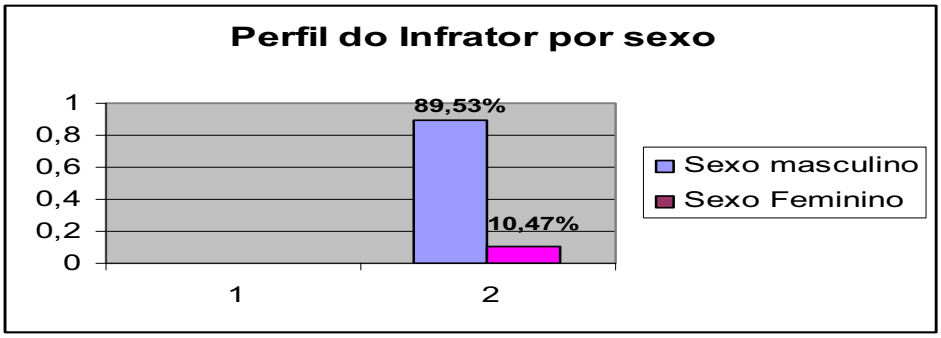
1. Há adolescentes profundamente receosos de falar sobre suas vidas pessoais – consumo de drogas, por exemplo – pois temem ser alvo de futuros processos ou agravamento de suas internações;

2. Há adolescentes que exageram em suas descrições de condutas, como forma de obter um respeito maior perante as autoridades e seus próprios companheiros. Em uma completa inversão de valores, o jovem crê que terá mais poder, na medida em que fale sobre suas incursões além dos limites legais.

Os dados foram obtidos junto às varas da infância e da adolescência em 29 de março de 2006 e são os mais recentes até a publicação deste trabalho. As informações referem-se a processos abertos entre 01/01/2000 e 29/03/2006.

1. Na pesquisa realizada 89,53% dos infratores eram do sexo masculino, enquanto que 10,47% eram do sexo feminino;

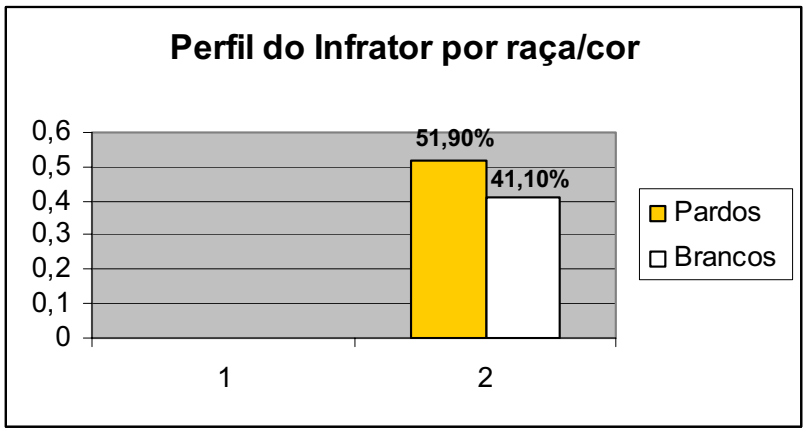
GRÁFICO 5



Não surpreende em nenhum aspecto, o fato de encontrarem-se mais meninos que meninas. Seja pela própria natureza dos dois sexos, não sendo este trabalho sede para tal aprofundamento sociológico, seja porque tal realidade também é registrada quando se verifica um maior número de apenados acoima de 18 anos também do sexo masculino.

2. 41,10% eram brancos, enquanto 51,90% eram pardos;

GRÁFICO 6

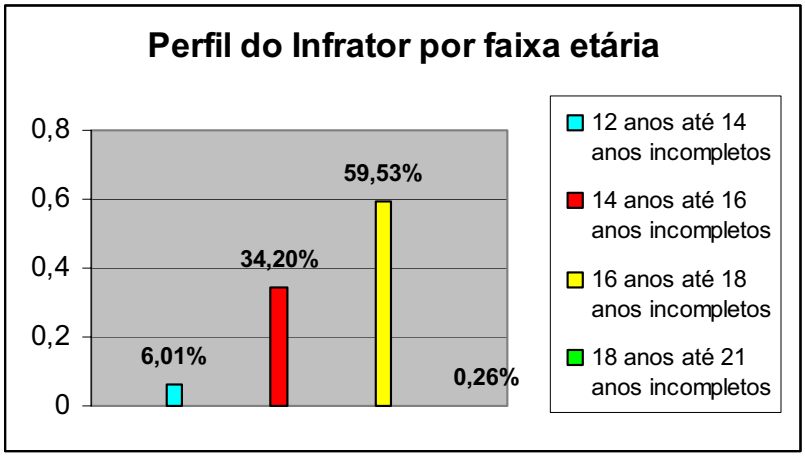


Ressalte-se aqui que muitos adolescentes se declaram brancos, mas não o são, como de regra também acontece com o restante da população brasileira. Ademais, a preocupação da coleta de dados nas varas da infância e da adolescência (por sinal politicamente correta em excesso), de não atribuir a cor negra aos pesquisados, sob a justificativa de que reforçaria o estigma de desfavorecimento financeiro e social já impregnado nos jovens, além de evitar comentários jocosos por parte dos próprios colegas.

3. Quanto à faixa etária, foram colhidos os seguintes dados em um universo de 383 adolescentes infratores:

a) 12 anos até 14 anos incompletos: 23 ocorrências – 6,01% do total;
b) 14 anos até 16 anos incompletos: 131 ocorrências – 34,20% do total;
c) 16 anos até 18 anos incompletos: 228 ocorrências – 59,53% do total;
d) 18 anos até 21 anos incompletos: 01 ocorrência – 0,26% do total;

GRÁFICO 7



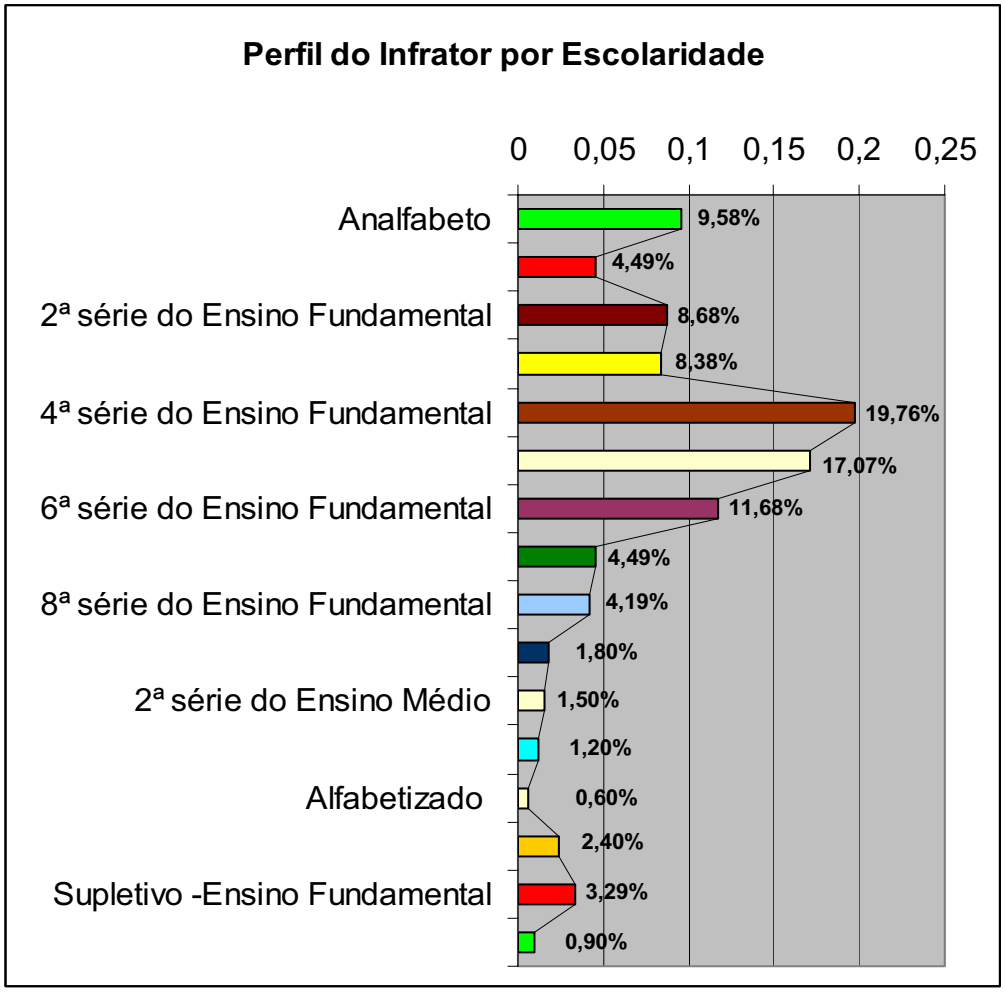
Como já é do conhecimento geral, o índice de adolescentes infratores aumenta quando estes vão se aproximando da idade adulta. Ressaltando-se que, não raro, o número é inflado por utilização dos adolescentes como verdadeiro objeto por parte de imputáveis, com o escopo de que estes sejam absolvidos.

4. Quanto ao grau de escolaridade:

a) Analfabeto – 32 ocorrências – 9,58% do total;
b) 1ª Série – Ensino Fundamental – 15 ocorrências – 4,49% do total;
c) 2ª Série – Ensino Fundamental – 29 ocorrências – 8,68% do total;
d) 3ª Série – Ensino Fundamental – 28 ocorrências – 8,38% do total;
e) 4ª Série – Ensino Fundamental – 66 ocorrências – 19,76% do total;
f) 5ª Série – Ensino Fundamental – 57ocorrências – 17,07% do total;
g) 6ª Série – Ensino Fundamental – 39 ocorrências – 11,68% do total;
h) 7ª Série – Ensino Fundamental – 15 ocorrências – 4,49% do total;
i) 8ª Série – Ensino Fundamental – 14 ocorrências – 4,19% do total;
j) 1ª Série – Ensino Médio – 06 ocorrências – 1,80% do total;
k) 2ª Série – Ensino Médio – 05 ocorrências – 1,50% do total;
l) 3ª Série – Ensino Médio – 04 ocorrências – 1,20% do total;
m) Alfabetizado – 02 ocorrências – 0,60% do total;
n) Superior incompleto – 08 ocorrências – 2,40% do total;

o) Supletivo do Ensino Fundamental – 11 ocorrências 3,29% do total;
p) Outros – 03 ocorrências – 0,90% do total;

GRÁFICO 8

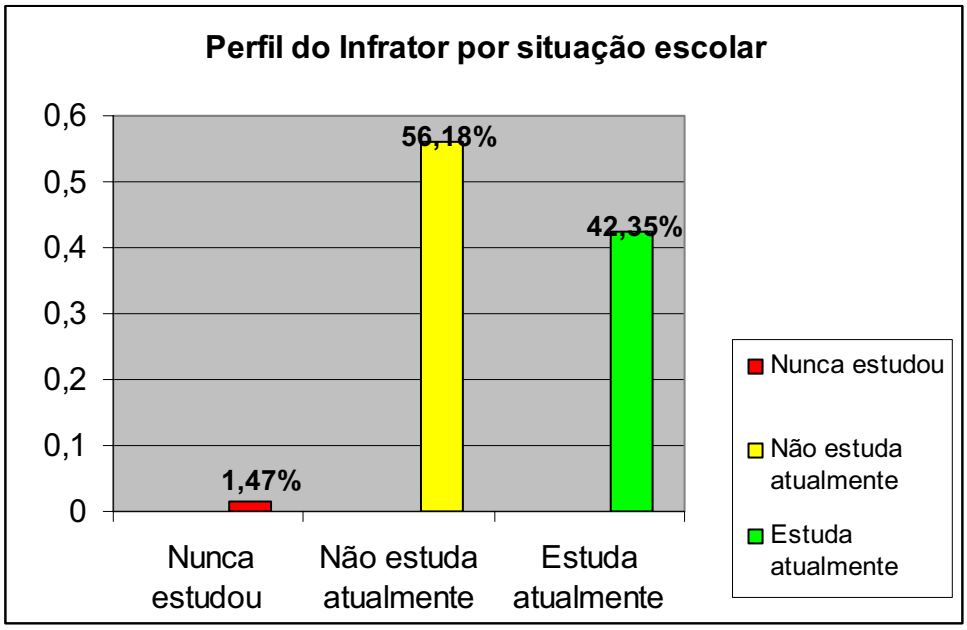


Esmagadora a maioria de adolescentes infratores que não chegaram a concluir o ensino fundamental. Ainda que muitos não o façam por não terem atingido a idade necessária, a realidade é que esses jovens, via de regra, não freqüentam a escola de forma adequada e são levados, por suas condições sócio-econômicas, a inflar o número de evasões escolares do ensino pátrio.

5. Levando-se em consideração a situação escolar do jovem infrator no momento da pesquisa e um universo de 340 entrevistados:

a. Nunca estudou – 05 – 1,47% do total;
b. Não estuda atualmente – 191 – 56,18% do total;
c. Estuda atualmente – 144 – 42,35% do total.

GRÁFICO 9

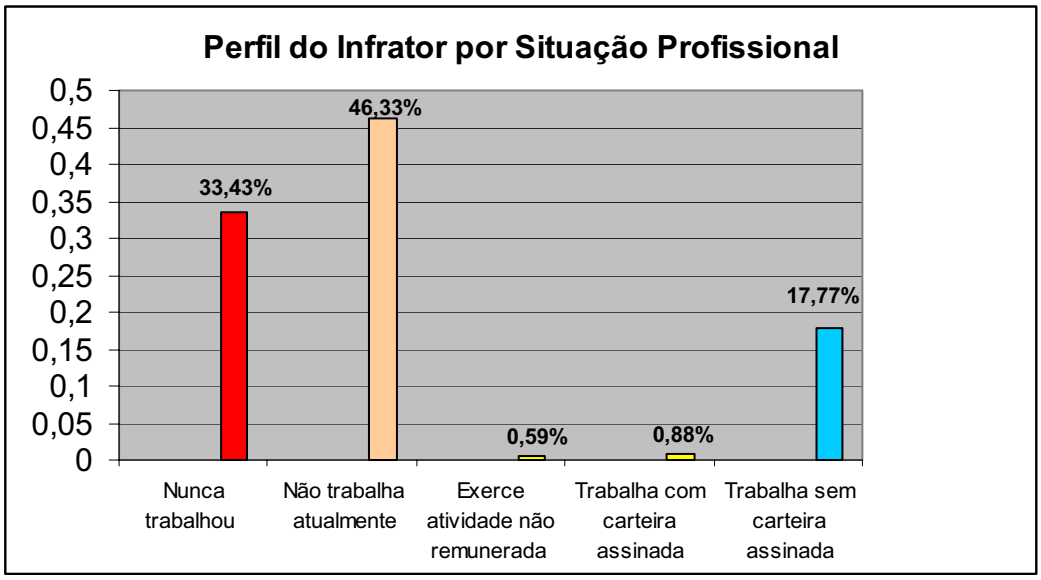


A maioria dos adolescentes entrevistados afirmou não estudar quando do cometimento do ato infracional, evidenciando a cruel relação entre jovens fora da sala de aula e conduta juvenil antijurídica. Ainda que sirva para iludir os incautos nos discursos políticos, um dos caminhos para a diminuição dos problemas atribuídos aos adolescentes infratores passa, com certeza, pela questão educacional. Não apenas se há escola suficiente, mas que tipo de escola é ofertado.

6. Tomando-se como parâmetro a situação profissional do infrator:

a) Nunca trabalhou – 114 – 33,43% do total;
b) Não trabalha atualmente – 158 – 46,33% do total;
c) Exerce atividade não remunerada – 02 – 0,59% do total;
d) Trabalha com carteira assinada – 03 – 0,88% do total;
e) Trabalha sem carteira assinada – 64 – 17,77% do total.

GRÁFICO 10

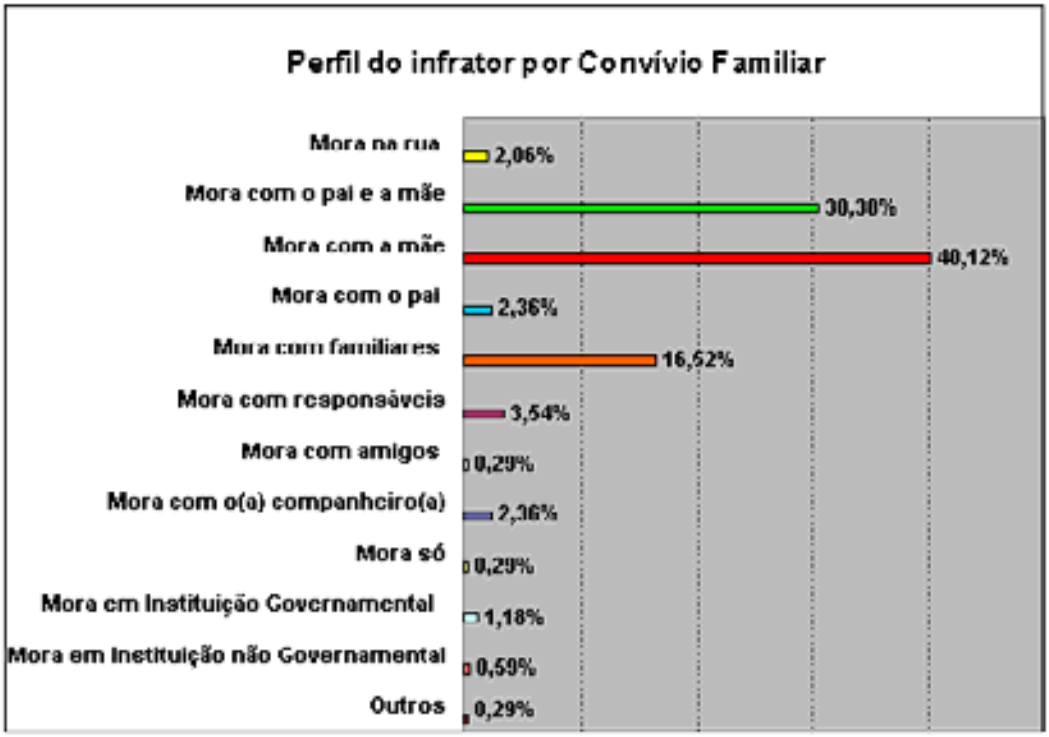


O trabalho, que talvez fosse a mola propulsora a alavancar o processo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei, ainda é uma realidade distante desses jovens, ainda que tal situação não se verifique apenas com aqueles que cumprem medidas sócio-educativas, sendo um problema que atinge a todos que buscam seu primeiro espaço no mercado de trabalho.

7. Tomando-se como parâmetro o convívio familiar do infrator:

a) Mora na rua – 07– 2,06% do total;
b) Mora com o pai e a mãe – 103 – 30,38% do total;
c) Mora com a mãe – 136 – 40,12% do total;
d) Mora com o pai – 08 – 2,36% do total;
e) Mora com familiares – 56– 16,52% do total;
f) Mora com responsáveis – 12 – 3,54% do total;
g) Mora com amigos – 01 – 0,29% do total;
h) Mora com o (a) companheiro (a) – 08 – 2,36% do total;
i) Mora só – 01 – 0,29% do total;
j) Mora em instituição governamental – 04 – 1,18% do total;
k) Mora em instituição não governamental – 02 – 0,59% do total;
l) Outros – 01 – 0,29% do total;

GRÁFICO 11



Destaque-se que pouco mais de 30% dos adolescentes entrevistados morava com o pai e a mãe. Na grande maioria, esses jovens vêm de famílias sem a mínima estrutura, com histórico de alcoolismo paterno ou materno. Os relatos de violência familiar, nas suas mais diversas modalidades, é uma constante. Pode ser retórico, mas não se pode deixar de observar a relação entre a falência da instituição basilar da família, com os caminhos tortuosos trilhados pelos adolescentes.

Desmistifique-se aqui, por sua pertinência, a imagem do jovem rebelde e desobediente que passa a delinqüir. Ao falar de suas famílias, pode-se sentir a emoção de cada um deles e o desejo de que tudo fosse diferente.

8. Levando-se em consideração o consumo de drogas:

a) Não utiliza – 134– 39,76% do total;
b) Álcool – 15– 4,45% do total;
c) Inalantes (cola, solvente, etc.) – 11– 3,26% do total;

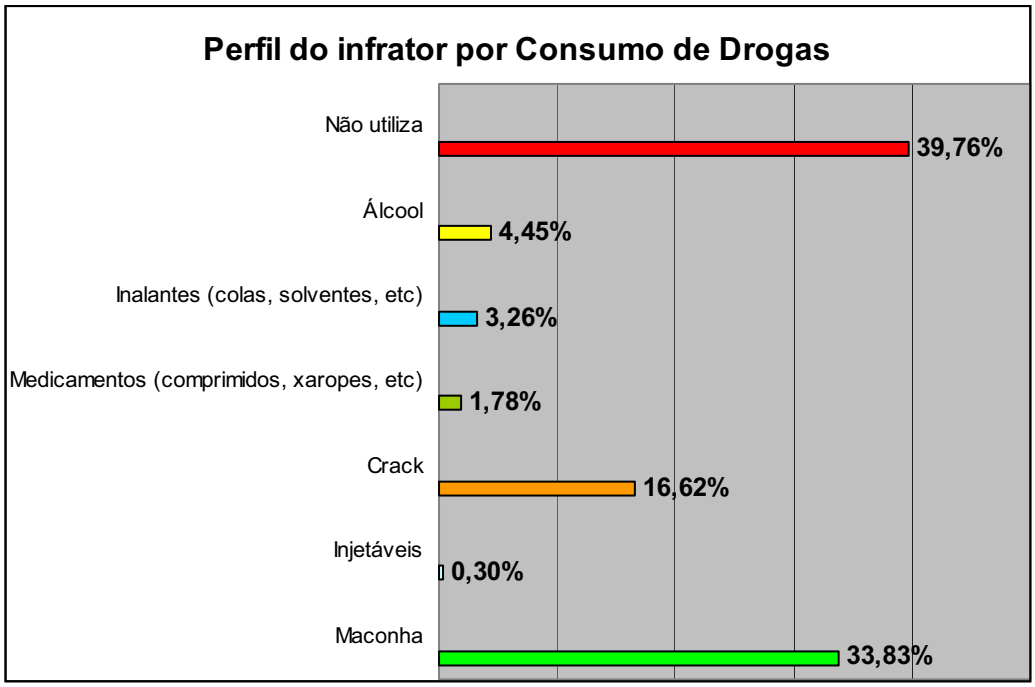
d) Medicamentos (comprimidos, xaropes, etc.) – 06– 1,78% do total;

e) Crack – 56– 16,62% do total;

f) Injetáveis – 01– 0,30% do total;

g) Maconha – 114– 33,83% do total;

GRÁFICO 12



Estarrecedora a constatação de que mais de 60% dos entrevistados assumiu já haver consumido drogas, em sua maioria crack e maconha. Primeiro pelo consumo em uma idade ainda tão tenra e segundo pelos conhecidos males que tais substâncias causarão ao seu desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Ressocializar esses adolescentes infratores também significa desintoxicá-los e oferecer-lhes tratamento para a dependência e alternativa de vida após a mesma.

Há números que são auto-explicáveis na tentativa de compreender o mundo em que está inserido o adolescente infrator ou quais fatores o leva a transgredir a lei. Menos de 7% dos jovens infratores chegou a ingressar no Ensino médio; Levando-se em consideração que se trata de jovens acima de 12 anos de idade, é certo que já deveriam ter chegado à 6ª Série do Ensino

Fundamental, o que não se verificou para 58,38% dos entrevistados; Mais da metade não estuda.

A educação e a vida escolar têm uma força preponderante na transmissão de novos valores para aqueles que se vêem nos caminhos tortuosos da ilegalidade. Ainda assim, não há um projeto pedagógico sendo desenvolvido com esses jovens, que sequer são levados a refletir sobre sua verdadeira condição e sorte os fatores que seriam decisivos para que não voltassem a delinqüir.

Apenas 30,38% dos jovens infratores declararam morar em um mesmo local que seus dois pais. Mesmo assim, dentre os que vivem com os progenitores, foi bastante comum os relatos de alcoolismo e violência doméstica protagonizados no ambiente familiar.

Mais de 60% dos adolescentes admitem que já consomem drogas, mesmo levando-se em conta que este número pode ser ainda maior, posto que muitos têm medo de assumir tal condição, temendo represálias por parte do aparato policial e da família, que em muitos casos desconhece tal consumo.

Mas há dados que não são quantificados. Muitos adolescentes exprimem desejos básicos de qualquer criança, como poder brincar, conviver mais com os pais, ter acesso a bens de consumo, como tênis e celular e que a escola – sem exceção, pública – fosse mais interessante e com menor número de aulas vagas ou dias sem aula.

Um turbilhão de opiniões espoca a cada notícia de participação de um adolescente em um desses crimes atrozes mostrados no noticiário em horário nobre. Os brados de redução da idade imputável, de pena de morte e opiniões de execração dos menores infratores, seriam reduzidos caso as pessoas conhecessem os adolescentes. É fato que existem aqueles cuja índole já está maculada, mas estes são a exceção. Em sua grande maioria, nada mais são que meninos e meninas, cujos destinos já estavam traçados diante da família e do meio social em que estavam inseridos.

10 SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA OS PROBLEMAS DETECTADOS

Diante do quadro pessimista, advindo da pesquisa de campo ora apresentada, não se pode deixar de indagar sobre as saídas jurídicas para tantos problemas. Como compelir o Poder Público a transformar o Estatuto da Criança e do Adolescente em realidade? Como transformar prédios decrépitos em instalações condizentes com o princípio da dignidade humana? Como, pela via jurisdicional, possibilitar a implementação de um programa psico-pedagógico que torne possível a quimera de ressocializar um adolescente infrator?

As respostas para tais indagações caem na vala comum da dificuldade de implementação dos direitos sociais no Brasil, e, deste modo, merecem um a atenção especial por parte de quem se debruça sobre o tema.

10.1 Principais barreiras à implementação judicial dos direitos sociais

Uma das formas de se analisar a evolução do Direito é entendê-lo como uma força capaz de exercer um controle jurídico sobre as ações advindas das autoridades estatais. O Direito, sobretudo no seu ramo público, sempre esteve preocupado em obstaculizar o ímpeto estatal. Mas se o enfoque é em relação às omissões administrativas na implementação das situações jurídicas prestacionais, como no caso dos direitos sociais, tal atuação pode ser caracterizada, no mínimo, como insipiente.

A situação supracitada é uma conseqüência de alguns entraves jurídicos facilmente identificados, dentre os quais se encontram os defeitos na produção das normas relativas aos direitos sociais. Tais defeitos podem ser traduzidos como uma aparente ineficácia das normas que buscaram a definição de direitos prestacionais, bem como na existência de lacunas no texto das normas.

Como conseqüência desses fatores, havia um entendimento quase que unânime, que impunha obstáculos à possibilidade de auto-aplicação dos

preceitos constitucionais. Essas idéias só seriam suplantadas a partir dos anos sessenta, quando surge a noção de que as normas constitucionais são normas jurídicas e não apenas uma carta de intenções emitida pelo legislador.

Mesmo reconhecendo a força normativa das disposições constitucionais, alguns doutrinadores mostram-se reticentes quanto à possibilidade de aplicação direta das regras pertinentes aos direitos sociais, sob o argumento de que as mesmas contêm definições abstratas e imprecisas, como, por exemplo, interesse público ou pobreza, que demandariam, obrigatoriamente, alguma valoração política, deslegitimando o judiciário para a aplicação dessas normas.

Outro argumento para reforçar a tese de que haveria defeitos na norma é de que os direitos sociais, via de regra, aludem a objetos de exagerada amplitude. O que seria, de fato, reconhecer o direito à saúde? Este direito abrangeria apenas ações curativas ou também albergaria as preventivas? A assistência pública deveria ser gratuita mesmo para os que dispõem de recursos?

Estas e outras questões só poderiam ser respondidas pelo legislador, ou em último caso pelo poder discricionário do administrador, mas nunca pelo poder judiciário, posto que a interpretação de tais conceitos indeterminados passaria pela seara política, pois inexistiria definição do âmbito desta proteção no texto constitucional.

Os chamados direitos de primeira geração, tais como o direito à vida, à incolumidade física e à liberdade, teriam seu objeto claramente definido, posto que determinam a impossibilidade de qualquer ação contrária a tais bens, consistindo, portanto, em sua essência, de uma proibição de utilização de quaisquer meios que tencionem maculá-los.

Os direitos sociais, por sua vez, não podem ser entendidos como uma determinação para que o Estado proporcione todas as ações possíveis e imagináveis, bastando que o administrador público escolha qual o caminho a ser trilhado. A teoria encontra como defensor o jurista alemão Alexy[110], cujas

[110] Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p. 149.

palavras sintetizam este modo de pensar, valendo-se de uma comparação que merece destaque:

> A proibição de matar implica *prima facie* a proibição de toda ação de matar; diversamente, o mandado de salvamento não implica o mandado de toda ação de salvamento. Se é possível salvar alguém que se está afogando, ou nadando, ou lançando-lhe um salva-vidas, ou com a ajuda de um bote, de modo algum estão ordenadas, ao mesmo tempo, as três ações de salvamento.

Se a norma que definiu o direito social foi marcada pela imprecisão no que diz respeito ao procedimento a ser utilizado para a obtenção de determinados direitos, cabe à administração, através da discricionariedade administrativa, identificar o melhor meio de assegurar tais direitos. A tese ora apresentada, logicamente, é utilizada por quem se opõe aos direitos sociais, pois retira do judiciário a possibilidade de implementá-los, sob a égide de que tal poder não deveria emitir um juízo eminentemente político.

A integração do texto constitucional, sempre necessária – posto que não cabe às constituições serem minuciosas em seus preceitos – seria atribuída primeiramente ao legislador e em segundo plano ao administrador, mas jamais poderia brotar da ação de um magistrado.

Mas os principais obstáculos à efetivação dos direitos sociais não são estes advindos da estrutura da norma que regula os mesmos. Outros aspectos bem mais pertinentes, relacionados a características doutrinárias, estruturais e financeiras. Dentre estes, podem ser destacados o princípio da separação de poderes, o princípio igualitário e o princípio da discricionariedade administrativa.

Uma das teorias mais conhecidas para o combate à efetivação dos direitos prestacionais diz respeito à reserva do possível. A barreira, neste caso, não tem nenhuma relação com imperfeições do texto legal garantidor de tais direitos, mas à limitação econômica estatal para efetivá-los. O dispêndio dos recursos financeiros necessários para efetivar a determinação legal seria

impossibilitado por razões fáticas que fogem à determinação, quer política, quer jurídica. É o que defende Böckenförde[111]:

> A concreta garantia de direito fundamental sobrevêm dependente dos meios financeiros estatais disponíveis. A impossibilidade econômica se apresenta como limite — necessário — da garantia (prestacional) dos direitos fundamentais.

Caso o judiciário passasse a impor os direitos sociais, haveria uma submissão da política ao direito constitucional, pois, em casos extremos, as sentenças poderiam até mesmo inviabilizar economicamente a realização de outros projetos pretendidos pelo Estado, o que poderia significar o exaurimento de planos que poderiam assegurar outros direitos sociais.

Uma decisão que concedesse determinado direito social a um indivíduo poderia produzir um efeito dominó, exigindo uma disponibilidade de recursos que acabaria por tornar impossível sua extensão a outros postulantes, em evidente afronta ao princípio da igualdade.

As decisões relativas a prioridades, como a criação de novos postos de emprego e a dimensão da distribuição dos recursos disponibilizados pelo Estado, sempre tolhida pela escassez material passariam a ser uma questão de aplicação dos direitos fundamentais, deslocando sua competência do poder legislativo e executivo para o judiciário, que acabaria proporcionando uma juridificação das disputas políticas.

Deste modo, para alguns autores, a democracia passaria a ser um jogo de cartas marcadas, no qual os detentores do poder não poderiam exercê-lo plenamente, em virtude de que só poderiam se limitar ao cumprimento dos preceitos constitucionais. Em caso de ofensa ao programa político-constitucional, caberia ao Poder judiciário a imposição do mesmo, em uma teoria que Miguel Reale[112], em nosso entendimento de maneira exagerada,

---

[111] Ernest Böckkenförde, Escritos sobre Derechos Fundamentales, p. 78.

[112] Miguel Reale, Op. cit. p.351

classificou de “totalitarismo constitucional”, cuja defesa do tema merece destaque, sobretudo por seu caráter apaixonado:

> Uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos capazes de propiciar-lhes meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais através do livre jogo dos interesses e das idéias, conforme as futuras opções soberanas do eleitorado. Não é, pois, um rol de soluções compulsórias, mas a garantia de soluções a serem livremente alcançadas na concretude da experiência social através do debate crítico dos programas políticos e das aspirações de todas as categorias coletivas.

A questão se agiganta quando são analisadas as realidades sócio-econômicas dos chamados países periféricos, dentre os quais encontra-se o Brasil, em que a escassez de recursos coloca o administrador diante de uma verdadeira escolha de Sofia, vez que determinar a liberação de uma verba para determinada prestação, significa eleger prioridades e, conseqüentemente, suprimir recursos necessários para outro âmbito de atuação estatal. Nada mais plausível que atribuir tal prerrogativa às autoridades escolhidas pelo povo, sendo seu legítimo representante.

O orçamento público é, no Estado contemporâneo, a instância em que se delibera sobre a forma mais adequada de disposição dos recursos públicos. Como conseqüência da reserva do possível fática, a doutrina adversa à implementação dos direitos sociais concatenou a teoria da reserva do possível jurídica.

Em linhas gerais, tal teoria defende que, mesmo que o Estado tenha recursos para atender a determinado direito social, sem que isto se transforme em entrave para a concretização de outros direitos, não cabe ao judiciário se enveredar por uma tentativa de reformulação do orçamento, por der este um documento que traduz esforços advindos dos poderes legislativo e executivo, como determina a própria Constituição.

Percebe-se claramente em todas estas idéias a supremacia do princípio da separação de poderes. Não é, segundo esta doutrina, atividade do judiciário o suprimento de eventuais lacunas ou imperfeições advindas do texto

constitucional, em virtude da ausência de critérios objetivos que fundamentassem uma decisão de um magistrado.

Ademais, registre-se que no caso brasileiro, os juízes são escolhidos mediante concurso público, o que é garantia de que os mesmos possuem um conhecimento técnico-jurídico para tomas decisões, devendo evitar posições político-ideológicas. Um magistrado poderia estar revolucionando o princípio democrático quando decidisse contrariamente aos anseios da maioria da população, em favor de suas próprias opiniões.

Ainda que nem sempre os congressistas reflitam, de fato, as vontades de seus eleitores, fazendo tênue a linha que separa a imbricação do que seria realmente válido e o que simplesmente serve a interesses influentes e articulados, em prejuízo do que seria melhor para o país, não cabe uma condenação sumária do sistema democrático, mas a busca por um aperfeiçoamento do mesmo, através da educação. Com todas as ressalvas, as palavras de John Kenneth Galbraith[113] ainda permanecem pertinentes:

> A democracia, quando submetida à influência do poder econômico e das grandes empresas, tem suas limitações, mas ainda é, de longe, a melhor das alternativas.

A soberania popular estaria profundamente afetada no caso de desrespeito ao princípio da separação de poderes, pois este encerra em si próprio um caráter político-funcionalista, delimitando o campo de ação de cada uma das funções do Estado.

Destarte, o executivo e legislativo dispõem de corpo técnico especializado que decide as questões de macropolítica, traçando o mapa de atuação do poder público. O judiciário, por sua vez, aprecia casos pontuais e pode, desta forma, perder de vista um conjunto de ações pertinentes aos direitos prestacional, cuja maior complexidade necessita de análise por parte da administração pública, mais assessorada para tal atividade.

---

[113] GALBRAITH, John Kenneth Galbraith, Revista Veja, edição 1884, ano 37, número 50, de 15 de dezembro de 2004.

Ainda que os entraves normativo-estruturais, financeiros e políticos tenham maior peso na efetivação dos direitos sociais, há de se destacar também a questão processual. A preocupação com os direitos prestacionais é relativamente recente, ao contrário dos direitos liberais, já bastante consagrados nos ordenamentos jurídicos por todo o mundo.

Deste modo, os remédios jurídicos para os direitos de primeira geração são utilizados em larga escala, como por exemplo, o *habeas corpus* e o mandado de segurança, ao passo que inexistem instrumentos específicos para tutelar os direitos sociais, o que, por conseguinte, não proporciona uma doutrina e jurisprudência suficiente para respaldar a concessão de tais direitos.

Por vezes, a crítica à concessão judicial dos direitos sociais, limita-se a citar os diversos fatores anteriormente abordados, sem uma preocupação maior em distingui-los de um modo mais específico. É o caso de Böckenförde[114], que, de certa forma, sintetiza toda a argumentação, sem a menor preocupação em esmiuçá-la:

> Os direitos a pretensões sociais de prestação, ainda quando postulados na qualidade de consectários dos direitos de defesa, não contêm em si mesmos nenhuma pauta para a amplitude de sua garantia (equipamento mínimo, máximo ou normal; com que prestação própria); não dispõem de nenhum critério para as prioridades entre as pretensões de prestação dos diferentes direitos fundamentais, não indicam que parte dos recursos financeiros estatais devem manter-se à sua disposição.

Ainda que os argumentos trazidos pela corrente que apresenta uma reação extremada à concessão estatal, pela via judicial, de prestações materiais de cunho social, sejam pertinentes, há de se apresentar o outro lado da moeda, com o qual pactuamos, de que o Poder Judiciário pode – e deve –, a despeito das opiniões adversas supracitadas, enveredar-se pelo campo aparentemente restrito aos outros dois poderes políticos, de concessão de direitos sociais, sob o manto da argumentação a ser apresentada.

---

[114] Ernest W. Böckenförde, Escritos sobre Derechos Fundamentales, p139.

10.2 A Constituição e a lei como garantia da efetivação dos direitos sociais

Em linhas gerais, como já abordado, a crítica à concretização dos direitos sociais pela via jurisdicional, concentra-se na produção do constituinte e do legislador ordinário, cujas produções teriam sido feitas em linguagem lacunosa, eivada de conceitos indeterminados, impondo barreiras ao pleno exercício dos direitos por parte de seus titulares.

Uma das principais ferramentas para o combate a estas idéias é o princípio da máxima efetividade da norma, cujo desenvolvimento em nosso país é, com muita justiça, atribuído a Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição, que foi trazido à baila pelo jurista alemão Konrad Hesse e que, em nosso país, foi objeto de uma consagrada monografia da lavra de José Afonso da Silva, cuja tese central abordava a aplicabilidade das normas constitucionais.

Trata-se de um avanço incomensurável, pois a doutrina anterior assemelhava as normas constitucionais a meros programas políticos, enquanto que a posição contemporânea preocupa-se não apenas com a eficácia formal da Carta Magna, mas com sua eficácia social, buscando uma análise de se os efeitos pretendidos realmente saíram do papel, além de buscar criar os instrumentos processuais necessários para tanto. Nesse sentido, digna de menção é a lição de Luís Roberto Barroso[115], verdadeiro muro verbal de contensão dos adversários:

:

> ...a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

[115] Luis Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p.91.

Destarte, com esse princípio, o que se busca é a aplicação direta das normas, reforçando, assim, a possibilidade de o Judiciário concretizar os preceitos indeterminados, sem ter que se esperar por definição legislativa, sempre se tendo em vista o dogma jurídico da interpretação conforme a Constituição Federal, afinal, faz parte das primeiras lições de Direito que este não tem lacunas, e que por isso o Juiz não pode abster-se de julgar a causa por falta de norma que discipline o caso especificamente.

Nos casos em que definição legal ou administrativa encontre-se exigida expressa ou implicitamente, fala-se da integração entre esta e a atividade que de fato encontra-se cabível aos órgãos politicamente investidos. São os casos de normas com remissões expressas a leis regulamentadoras. Mesmo diante destas hipóteses, porém, caberá ao Judiciário zelar para que o conteúdo mínimo ligado a este conceito impreciso seja respeitado, sendo essa análise a concebível no sistema social e jurídico e do senso comum generalizado entre os brasileiros.

Defender a máxima efetividade de um artigo constitucional implica em subverter a solução para possíveis lacunas ou que possuam conceitos vagos, retirando da norma o rótulo de programática e passando a entendê-la como comandos auto-aplicáveis, permitindo uma atuação direta do judiciário, sem que seja necessário aguardar a movimentação dos outros dois poderes.

O princípio supracitado ainda se desdobra no postulado da interpretação conforme a Constituição, pela qual não é a legislação infraconstitucional que fornece subsídios para a interpretação da Lei Maior, mas exatamente o inverso, o que implica que a ausência de uma definição precisa para um determinado termo do texto constitucional, não seria óbice à uma decisão correta por parte do magistrado.

Para ilustrar tal teoria, poder-se-ia analisar o artigo 230 da Constituição de 1988, que consagra a assistência ao idoso. Mas quem deveria ser considerado idoso? Aparentemente estaríamos diante de uma lacuna, que impediria a efetivação do direito consagrado, mas eis que o juiz pode – e deve – valer-se de outros elementos permitidos pelo Direito para integrar a norma, como, por exemplo, definir idoso como maior de sessenta e cinco anos,

tomando como base a idade necessária para garantir a gratuidade de transportes coletivos urbanos (art. 230, §2º).

Note-se que o exemplo supracitado não traduz uma arbitrariedade por parte do intérprete, mas uma busca por analisar o texto constitucional como um sistema. Portanto, ainda que o direito positivo não forneça elementos necessários para resolver a questão das lacunas, como determinado pela hermenêutica clássica, o magistrado não se exime de produzir uma interpretação adequada, para a qual pode valer-se de considerações deontológicas – princípios gerais de direito – conhecimento técnico-científicos, jurisprudência e doutrina.

Se a dificuldade, como já citamos anteriormente, seria definir, por exemplo, quem é idoso, o juiz poderia abordar a questão sob o prisma de que os seres humanos, a partir de certa idade, necessitam de uma determinada assistência social. Ao utilizar-se de pareceres técnicos ou estatísticas sobre o tema, o magistrado criaria um escudo, frente às críticas que buscariam rotular como arbitrária uma decisão que associasse o conceito de idoso a uma determinada idade.

Existem casos, entretanto, em que a melhor saída para o impasse é acolher a própria definição emanada do poder executivo. Não se trata, portanto, de uma instigação ao conflito entre poderes, posto que é de conhecimento geral que o executivo possui órgãos eminentemente técnicos que o assessora, além de ser o melhor acesso sob o manto da segurança jurídica da decisão.

O judiciário ao interpretar a lei, deve exercer uma atividade cognitiva que nunca perca de vista critérios sistemáticos, de senso comum, históricos, dentre outros.

É neste contexto que a opinião do executivo pode ser preciosa para a correta e justa interpretação, sem que isto signifique, contudo, que o magistrado esteja condicionado a tal opinião.

Há casos também, em que a definição legal ou administrativa encontre-se exigida expressa ou implicitamente, o que implicaria na busca de uma

integração do conceito impreciso, como se dá, por exemplo, nos casos de normas com remissões expressas a leis regulamentadoras. Ainda assim, é importante observar que, ainda que o conceito esteja caracterizado por uma imprecisão, existe um conteúdo mínimo que não pode ser desprezado.

Se o objetivo é, por exemplo, aperfeiçoar um conceito para pobreza, um intérprete afoito poderia simplesmente vinculá-la à idéia de miséria absoluta, o que levaria, na regulamentação do art. 5º, LXXIV da Constituição, à absurda concepção de que somente os miseráveis teriam acesso ao judiciário. Melhor caminho seria observar os conceitos de pobreza advindos de organizações internacionais, como a ONU, ou utilizar-se dos critérios de renda equivalentes ao salário mínimo, ou lançar mão dos parâmetros do art. 6º da Constituição.

Por fim, ainda existem os casos em que a imperfeição da norma deriva do caráter de amplitude do direito social em questão, como por exemplo, seria o caso do artigo 196 da Carta Magna, que consagra o direito à saúde, o que, por si só, já revela uma amplidão que, sob a ótica de muitos inviabilizaria a efetivação de tal direito, ainda que este se revele um entendimento tão célere quanto tendencioso e prejudicial à sociedade como um todo.

A doutrina tradicional não teria dificuldade em classificar o artigo 196 como meramente programático, ainda que o referido preceito qualifique a saúde como "direito de todos e dever do Estado". A concepção obtusa clássica seria uma conseqüência de o termo saúde possui uma feição eminentemente genérica, havendo uma necessidade de limitação de quais meios de valorização da saúde poderiam ser intentados pela via judicial.

Só para se ter uma idéia de alguns caminhos que poderiam ser seguidos, alguém poderia sugerir uma atuação máxima por parte do Estado, demandando ações de prevenção da saúde, financiamento dos planos de saúde privados, valorização da medicina alternativa ou testes de remédios experimentais na população brasileira. Todas essas idéias, dentre um rol infinito, implicariam em uma inviabilidade da prestação jurisdicional, sem uma especificação advinda do constituinte ou do legislador.

A nossa Constituição vigente não teve essa preocupação. Ao invés disso, estabeleceu que o direito à saúde seria garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Desta tendência já se pode perceber que, obviamente, o legislador não tinha em mente a obrigação estatal de fornecimento de todas as demandas referentes à saúde, sobretudo sob a égide do acesso universal igualitário.

Mas seria um erro também, defender a teoria de que, em virtude da indefinição do legislador, o judiciário estaria fadado à inércia. Uma possível interpretação, que tem como base o princípio da máxima efetividade, reconhece que, embora não seja possível adotar todas as medidas imagináveis para a proteção da saúde, há de existir alguma política de redução dos riscos das doenças que tenha, verdadeiramente, o cunho universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Em uma situação análoga, pode ser observada, por exemplo, a ameaça da dengue, que se fez presente em diversas regiões do país nos últimos anos. Se não se pode exigir do Estado uma determinada prestação pela via judicial, é lógico que se exige que o Estado adote alguma política de combate à doença e que esta política não se revele totalmente ineficaz.

E existem doenças que apresentam um limite bastante definido para a atuação estatal, como é o caso da Aids, por exemplo, cujo consenso médico em forma de tratamento obrigaria o estado ao fornecimento dos coquetéis e sua inércia, através dos órgãos específicos, implicaria na não adoção de qualquer medida eficaz por parte da administração pública, o que, em uma interpretação mais adequada, é vedado pelo texto constitucional.

Canotilho[116] enfrenta a questão de quando o Estado só possui um caminho para combater determinada enfermidade, por este ser o único

[116] J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 275.

instrumento capaz de proporcionar a eficácia pretendida por todos nessas ações:

> O Estado, os poderes públicos o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio.

10.3 O mínimo existencial e a legitimidade do poder judiciário

Não são os fundamentos constitucionais e legais, os maiores entraves à efetivação dos direitos sociais. O grande questionamento é, diante da escassez dos recursos, é certo o judiciário subtrair dos outros dois poderes, consagrados mediante o voto, a escolha dos programas e investimentos a serem adotados? Não estaríamos, então, diante da quebra do princípio da separação dos poderes, posto que o judiciário, ainda que por vias tortuosas, estaria participando no orçamento, ação não autorizada ao mesmo pelo texto constitucional?

A carência econômica é um argumento que, ainda que pungente, está inserido em uma concepção metapositiva, pois seria inócua uma disposição constitucional que garantisse os direitos sociais a despeito da carência de recursos por parte do Estado. Deste modo, não é de se estranhar que os defensores d implementação dos direitos sociais também se valham de algumas concepções que passam distantes dos dispositivos legais e constitucionais, se aproximando mais de concepções doutrinárias.

A doutrina especializada tratou de concatenar os conceitos necessários à defesa da efetivação dos direitos sociais pela via jurisdicional. Dentre esses conceitos, destacam-se o princípio da proporcionalidade e o primado de respeito aos direitos fundamentais, nos quais está contido o direito às condições mínimas de existência condigna.

O princípio da proporcionalidade parte da idéia da existência de dois tipos de normas: As normas-regras, que são ou não aplicadas de forma

completa; e as normas-princípios, que admitem uma aplicação gradual de seu conteúdo originário, sobretudo quando se chocam com outra norma do mesmo tipo. É o que ocorre, por exemplo, com a norma constitucional que trata da propriedade. De um lado tem-se o respeito à livre iniciativa e à propriedade, que seria uma norma princípio, pois sua aplicação pode ser emoldurada pelo princípio da função social da propriedade. Cabe ao interprete, mediante ponderação, buscar um equilíbrio entre os dois caminhos colidentes consagrados constitucionalmente.

O autor alemão Robert Alexy[117] abordou esta questão e propôs que as normas relativas aos direitos sociais fossem enquadradas dentre as normas-princípios, podendo ter sua aplicação limitada à ponderação com outras normas do mesmo tipo consagradas no texto constitucional, tais como a democracia e a separação de poderes:

> O modelo não diz quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo, mas sim quais pode ter [...] Deve-se considerar que uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jusfundamentalmente se (1) a exige muito urgentemente o princípio da liberdade fática e (2) o princípio da divisão de poderes e o da democracia (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) princípios materiais opostos (especialmente aqueles que apontam para a liberdade jurídica de outros) são afetados em uma medida relativamente reduzida através da garantia jusfundamental da posição de prestação jurídica e as decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta.

Mas será que a tão buscada ponderação não seria meramente traduzida em mero subjetivismo por parte do intérprete? Haveria algum parâmetro para o magistrado, por exemplo, escapar da acusação de falta de critérios objetivos e substanciais para decidir um embate entre duas normas-princípio, sob a ótica do respeito aos outros poderes e até mesmo a outros direitos?

As respostas a tais indagações há de ser afirmativa e o caminho a ser adotado é o da teoria dos direitos fundamentais, que aponta para as necessidades mais preciosas para a sociedade e que deveriam ser observadas

---

[117] Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p.144.

pela administração pública. Esta teoria, evidentemente, parte da premissa, nem sempre pacífica, de que há direitos que se revelam superiores às leis escritas.

O embate entre direitos escritos e não escritos remonta a antiguidade grega. Se tomarmos, como exemplo, a obra Antígona, de Sófocles[118], percebemos que o diálogo da personagem principal com Creonte tem como objetivo a supremacia do direito natural frente ao legislado. Na tentativa de sepultar seu irmão Polinice, ato obstaculado por Creonte, Antígona vale-se de uma ira que não se distancia, em momento algum, da tese da supremacia dos direitos fundamentais:

> Tuas ordens não valem mais do que as leis não escritas e imutáveis dos deuses, que não são de hoje e nem de ontem e ninguém sabe quando nasceram.

Ainda que bastante pertinente para ilustrar o tema, o discurso de Antígona é entrelaçado pelo poder da religião. Este fundamento metafísico foi seguido por autores ligados ao cristianismo, como São Tomás de Aquino, Locke, Hume e Grotius. Somente com Immanuel Kant, viriam a ser estabelecidas as bases filosóficas, sobrepondo às teológicas, que acabariam por desenvolver a hodiernamente consagrada teoria dos direitos humanos ou direitos fundamentais.

A doutrina clássica já definira os direitos de primeira geração, ou os chamados direitos liberais, que também estão contidos no conceito de direitos fundamentais. Estavam abrangidos, pois o direito à vida, à liberdade, à igualdade formal, à participação política e à incolumidade física.

Entretanto, essas garantias passaram a se revelar insuficientes, sob o prisma da doutrina social que ganhou força no século XX e que pregava o reconhecimento de caráter jusfundamental aos direitos sociais e econômicos.

Mas será que a tão buscada ponderação não seria meramente traduzida em mero subjetivismo por parte do intérprete? Haveria algum parâmetro para o

---

[118] Sófocles, Antígona, p.41.

magistrado, por exemplo, escapar da acusação de falta de critérios objetivos e substanciais para decidir um embate entre duas normas-princípio, sob a ótica do respeito aos outros poderes e até mesmo a outros direitos?

A crítica aos direitos fundamentais de segunda geração por vezes é caracterizada por ofídica fleuma. Muitos autores advogam que os direitos fundamentais só podem ser negativos, sendo meio de defesa contra os excessos do Estado e de terceiros, o que, conseqüentemente, excluiria os direitos sociais.

Há, inclusive, em parte da doutrina, uma atitude debochada em relação aos festejos da contemplação constitucional dos direitos sociais, pelo fato de que os mesmos, ainda que contidos na Carta Magna, dependeriam, para sua efetivação, de vontade política e recursos financeiros. Para esta tese, a proliferação dos direitos sociais nas constituições levaria a não efetivação de nenhum deles, pois a implementação de suas prestações restaria prejudicada.

Para que tal previsão não venha a se tornar realidade, deve-se recorrer á noção de mínimo existencial, caracterizado pela preexistência à ordem positiva, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a eficácia *erga omnes*, o caráter absoluto e a possibilidade de auto-aplicação e que engloba as prestações sociais que seriam primordiais para que se efetivassem os direitos de primeira geração, tais como o direito à saúde básica, educação fundamental, abrigo, alimentação, dentre outros, sem os quais não há como se ter por garantida a existência do ser humano.

A auto-aplicabilidade, a preexistência e a inalienabilidade dos direitos fundamentais encontra oposição na escassez econômica e tal enfrentamento só pode ser dirimido com a adoção de prioridades, condicionadas pela reserva do possível, somente assim torna-se possível cotejar estas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor de uma determinada prestação que se deixou de realizar.

Diante do quadro apresentado, a administração pública só poderia esquivar-se de proteger um direito social fundamental, vinculado à noção do

mínimo existencial, se conseguir provar que há escassez de recursos e que foi priorizada outros objetivos de igual hierarquia. A exigência judicial da implementação de um direito social fundamental é plenamente aceitável quando se verificar a existência de recursos para tanto, o que parece evidente quando o Estado utiliza-se de recursos públicos para projetos não prioritários.

Ressalte-se que a teoria do mínimo existencial não se revela uma novidade para o ordenamento jurídico pátrio. Destaque-se, por exemplo, a determinação de que o Estado, quando da execução do direito de punir aqueles que transgridem as normas, o faça de maneira a não se deixar influenciar pela reação negativa que advém do cometimento de certos crimes.

É certo que há crimes que deixam a população perplexa e que por seus detalhes sórdidos, muitas vezes fazem aflorar o sentimento de vingança proporcional por parte dos demais componentes da sociedade. É nesse momento, que deve aflorar a força da ação estatal, no sentido de garantir punição ao infrator na medida exata do que determina a Lei, restringindo qualquer reação que tenha como único fulcro a indignação da população e o desejo coletivo das formas mais execráveis de vingança.

Em assim sendo, deve-se garantir ao acusado a possibilidade de defender-se mediante ativa participação no processo, como também a não ser forçado a falar contra a sua vontade, a proibição de penas cruéis, tendo em vista a necessidade de se respeitar os pressupostos básicos de uma existência individual e social do condenado, em virtude de pressupor que o Estado tem como da mais alta importância, a missão de ressocializar o delinqüente.

Todas estas linhas de ação estatal servem para exemplificar o quanto a lei preocupa-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o escopo de impedir que a atividade punitiva que lhe é peculiar, manifestada sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo.

Vale lembrar que, para os casos apresentados, as vozes que defendem a intervenção estatal parecem bem mais fortes que quando se pretende a implementação dos direitos sociais pela via jurisdicional. Ora, o Princípio

parece ser o mesmo: Cabe ao Estado – nas suas três esferas de atuação quanto ao poder – intervir para garantir um mínimo existencial aos cidadãos. A omissão em produzir tal intervenção pode ser motivo para um questionamento de qual, seria, de fato a missão do Ente estatal.

10.4 Primeiras ferramentas para a eficácia dos direitos sociais

Mas de que instrumentos poder-se-ia valer para a plena eficácia dos direitos sociais? Não se trata, entretanto de uma questão de inércia por parte dos constituintes pátrios que, com muita propriedade, estabeleceram no artigo 5º, parágrafo 1º, que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. A abrangência de tal preceito parece alcançar os direitos sociais consagrados dentre os artigos 6º a 11º da Constituição.

Mas o texto constitucional, longe de ser a solução para todos os problemas, também estabeleceu a dependência de legislação infraconstitucional para regular a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Em tese, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Ressalte-se que não se trata de considerar o parágrafo 1º do artigo 5º como letra morta, mas de reconhecer os limites e diretrizes de sua aplicação. Nesta concepção bem menos utópica, temos que os direitos sociais são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento, além de nortear a atuação do judiciário que, em sendo provocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Os primeiros remédios existem e serão abordados, ainda que se ressalte que suas consagrações não representaram a solução esperada no caso

brasileiro, e que será dada atenção a outros caminhos, como a ação civil pública, em momento posterior deste trabalho.

O primeiro meio para se conquistar a plena eficácia dos direitos sociais é o mandado de injunção. O instituto é uma criação do direito inglês do século XIV e teve seu nascedouro associado ao juízo de equidade e era traduzido em um juízo discricionário a ser utilizado quando a lei (statutes) que regulasse determinada matéria fosse inexistente.

Mas o apogeu do mandado de injunção viria no continente americano e seria utilizado como ferramenta para enfrentar-se a questão da segregação racial, cujas conseqüências ainda podem ser percebidas na sociedade americana atual, tal como uma fagulha que aguarda o menor vento para voltar a ser fortalecida. O caso *Brown V. Board of Education of Topeka* de 1954 é emblemático, pois foi julgado procedente um mandado de injunção estabelecendo o direito dos estudantes negros à educação em escolas até então segregadas, com base nos direitos garantidos na 14ª Emenda à Constituição norte-americana.

O mandado de injunção é, portanto, a ferramenta para a aplicação direta de todas as normas constitucionais, o que não deixa dúvidas, quando da análise de sua previsão constitucional:

> Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Não obstante o caráter incisivo do preceito constitucional supracitado, cujo objetivo inequívoco era de fazer valer um direito consagrado constitucionalmente, mas que poderia ser maculado em face da inexistência de regulamentação, a interpretação advinda do Supremo Tribunal Federal limitou a utilização do instituto, estabelecendo que o mesmo seria apenas invocado para a obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão. Ficou mais ou menos como um médico, que ao detectar uma enfermidade em um paciente, limita-se a classificá-la, sem entretanto, buscar a sua cura.

Ressalte-se ainda, que a doutrina pátria não se revela uníssona no que diz respeito à utilização do mandado de injunção como ferramenta possível para se pugnar a tutela de todos os direitos consagrados constitucionalmente. Celso Ribeiro Bastos limitou a utilização de tal instituto apenas aos direitos contidos no Título II da Constituição. Na mesma concepção restritiva do uso do mandado de injunção seguiu a opinião do professor Ferreira Filho, segundo a qual o instrumento em tela só poderia ser utilizado para a parte final do dispositivo constitucional - “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Do artigo 283 da Constituição portuguesa surgiu a inspiração para o segundo modo de alcance da eficácia dos direitos sociais: a inconstitucionalidade por omissão, que remete a casos em que inexistam os atos executivos e legislativos que possibilitem a plena aplicação das normas constitucionais, buscando a elaboração de uma lei ou a exaração de ato administrativo que efetivem os direitos consagrados pela Carta Magna.

Mas o Constituinte pátrio, maculando o desiderato do instituto em tela, acovardou-se ante a questão da sanção a ser imposta ao poder público, em virtude de tal inércia, abrandando em demasia as conseqüências do reconhecimento do instituto em questão, como se percebe na análise do texto constitucional inserido no parágrafo 2º do artigo 103:

> Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Vale a pena lembrar que os mesmos membros da assembléia constituinte seriam o alvo de qualquer sanção maior que pudesse advir da declaração de inconstitucionalidade por omissão. Talvez por este motivo, tenha-se optado pela medida claramente ineficaz de comunicar a omissão ao poder legislativo, que quando muito, só seria moralmente obrigado a suprir o vácuo legal, posto que, juridicamente, tolheu-se a possibilidade de compelir o legislativo a sanar o problema detectado.

Ao mandado de injunção e a declaração de inconstitucionalidade por omissão, Vicente Greco Filho[119] ainda acrescenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, estabelecido no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal, entendendo que o mesmo se apresenta como um mecanismo adequado para controlar omissões normativas que atentem contra a Carta Magna.

José Afonso da Silva[120] percebe, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, uma semelhança com o recurso consagrado no direito germânico intitulado *Verfassungsbeschwerde*, sob a ressalva de que a ausência de parâmetros constitucionais, além da falta de uma referência à lei que poderá determinar sua disciplina jurídica, deixam o intérprete de mãos atadas, sem dispor de elementos suficientes para um melhor entendimento sobre o referido instituto, que, devido a estes motivos, poderia ser compreendido sob qualquer tipo de concepção sobre sua utilização.

O instituto da iniciativa popular pode, ainda que com limitações, ser utilizado como ferramenta que tenha como objetivo a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. A iniciativa popular foi consagrada no texto constitucional em seu artigo 61, parágrafo 2º:

> A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Ainda que não se trate de uma solução definitiva, posto que a omissão do poder legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular,

---

[119] Vicente Greco Filho, Tutela constitucional das liberdades, p.137.
[120] José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p.207.

o peso que a assinatura de milhares de eleitores atribui à iniciativa popular pode sensibilizar o legislativo para a solução do problema.

10.5 Os direitos sociais e as *structural injunctions* norte-americanas

Antes da análise dos instrumentos processuais para a implementação dos direitos sociais no Brasil, é importante ressaltar a experiência dos Estados Unidos, através das *structural injunctions*, que são mecanismos concretizadores de três reformas estruturais, denominadas de *mental hospital cases*, *school desegregation cases* e *prison reform cases*.

Os *mental hospital cases*[121] modificaram o modo como os pacientes de hospitais psiquiátricos públicos eram tratados. Dentre as ações e decisões judiciais que imprimiram esta mudança, ressalta-se o caso *Halderman v. Pennhurst State School and Hospital*, no qual Halderman, interno de uma instituição psiquiátrica no estado da Pensilvânia, postulava que as condições de tratamento deveriam ser adequadas à legislação estadual, pela qual deveria ser adotado, por parte da administração pública, o meio menos restritivo ao lidar com pessoas portadoras de deficiência mental.

Ainda que a decisão da Suprema Corte americana para o caso lhe tenha sido desfavorável, pois o Tribunal entendeu que faltava às Cortes Federais competência para apreciar uma ação em que se postulava, fundamentalmente, um adimplemento por parte do Estado, o caso foi importante, pois no curso do processo, muitas condições irregulares foram modificadas, como conseqüência de decisões judiciais.

Já a segregação racial do sistema educacional americano começou a ruir quando da apreciação do caso *Brown v. Board of Education.* Até então prevalecia a doutrina do *equal but separated*, que falhava no atendimento aos

---

[121] Alexander M. Bickel, **The** Least Dangerous Branch — The Supreme Court at the Bar of Politics, p.98.

bairros e distritos de maioria negra e hispânica, que não possuíam escolas similares àquelas encontradas nos bairros e distritos de maioria branca.

Em virtude disso, houve uma provocação maciça do poder judiciário, para que este impusesse ao Estado o aparelhamento das escolas até então discriminadas, bem como a construção de novas escolas nas regiões em que estas se mostrassem insuficientes.

Também emblemático foi o caso *Milliken v. Bradley*, em que se buscava reparar o originariamente segregado sistema de educação pública de Detroit. A Suprema Cote, quando da apreciação da questão, determinou que as Cortes Federais poderiam adotar os remédios necessários para a conversão dos sistemas educacionais discriminatórios em sistemas constitucionalmente adequados, podendo, até mesmo relocar de recursos, quando o orçamento global (*total budget*) se mostrasse suficiente para o financiamento das medidas.

Já no caso *Griffin v. County School Board* a Suprema Corte admitira a possibilidade das Cortes federais imporem aos Legislativos estaduais a criação de impostos no sentido de manter o programa de dessegregação, ainda que não reconhecesse a prerrogativa de os próprios tribunais instituírem isoladamente estas formas de financiamento das medidas.

Na década de oitenta, a corte de apelação local, com base no precedente estabelecido, decidiu, ao enfrentar o caso *Liddel v Missouri*, a possibilidade de que o judiciário criasse impostos, com a ressalva de que deveriam ser esgotadas todas as outras opções, que incluíam a determinação para que o Legislativo estadual produzisse o tributo.

Esta mesma tendência permaneceu nos anos noventa, quando a Suprema Corte, no caso *Jenkins v. Missouri*, pela possibilidade do judiciário compelir o Poder Legislativo ao aumento de impostos e emissão de títulos, apesar de ter mantido a determinação para que fossem esgotadas todas as alternativas possíveis para tal medida, aguardando posicionamento do

Legislativo, sob pena de abuso de discricionariedade, como se depreende do voto do *Justice* White[122], em destaque posto que alberga todas estas idéias:

> A Corte Distrital abusou de discricionariedade ao impor o aumento de imposto, o que se contrapõe aos princípios de comedimento. Embora a corte acreditasse que não tivesse alternativa senão impor a exação ela mesma, ela, de [495 U.S. 33, 35] fato, tinha a própria alternativa rascunhada pela Corte de Apelação. Autorizando e direcionando as autoridades locais a divisar e implementar remédios não apenas protege a função destas instituições, mas, na medida do possível, também coloca a responsabilidade de solucionar os problemas de segregação sobre aqueles que criaram, eles mesmos, o problema. Conquanto a corte distrital não deva outorgar ao governo local *carte blanche*, autoridades locais devem ao menos ter a oportunidade de divisar suas próprias soluções para tais problemas. Aqui, KCMSD [a agência distrital de educação] estava pronta, disposta, e, menos em virtude da lei estadual, apta a remediar a privação de direitos constitucionais ela mesma.

Ainda que a decisão supracitada caracterize-se por uma clareza de direcionamento quanto ao tema, há de se ressaltar que tais idéias não eram unânimes. O próprio caso em destaque terminou por apresentar uma vantagem apertada de cinco votos a quatro, com o voto antípoda e vencido, da lavra do *Justice* Kennedy, alegando que, na prática, impor à autoridade estadual a aumentar imposto, ou fazê-lo diretamente via ordem judicial eram exatamente a mesma coisa.

É verdade que o ideal seria que o Judiciário, ao reconhecer a omissão por parte do Estado, determinasse a ilegalidade da mesma e obrigasse a própria administração a concatenar um planejamento no sentido de solucionar o problema apontado, em consonância com suas próprias correntes políticas, evitando, desta forma, qualquer mácula à separação de poderes, ao federalismo e à legalidade.

---

[122] Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch — The Supreme Court at the Bar of Politics, p.98.

Mas o ápice da implementação de prestações positivas, através das *structural injunctions*, não se verificaram no campo do sistema educacional, mas sim nos chamados *prison reform cases.* Em princípio, no período conhecido como *hands off*, não cabia ao Judiciário envolver-se na administração dos presídios, sob argumento de que se o fizesse, estaria invadindo prerrogativa destinada com exclusividade ao Poder Executivo, que agia conforme sua discricionariedade.

Mas em 1965, no caso Talley v. Stephens, a Corte Federal do Distrito Oriental do Arkansas decidiu que a punição executada na prisão de Cummins Farm era cruel e incomum, em virtude das condições encontradas no referido estabelecimento. O desenrolar da questão culminou com a declaração de que aquele presídio era inconstitucional, e foram editadas várias *injunctions*, que acabaram reformulando o sistema prisional estadual.

Esta decisão criou um verdadeiro efeito bola de neve e, durante dez anos, observou-se a completa reformulação da metade do sistema prisional americano, em virtude da atuação dos magistrados. Nos anos setenta, os *prison reform cases* eram registrados em trinta e cinco estados e no inteiro sistema penitenciário de nove outros.

Os *prison reform cases* acabaram por modificar, detalhadamente, a administração dos presídios americanos, chegando a influenciar até mesmo na previsão de área mínima de celas, o conteúdo dos cardápios, o número de banhos diários para cada preso e a potência das lâmpadas usadas na iluminação das celas.

Mas nos anos noventa o movimento foi arrefecido. Em primeiro lugar porque a maioria das modificações já haviam sido implementadas, mas também por um movimento contrário aos direitos dos detentos, em que a população se opunha a gastos que pretendessem a melhoria de suas condições de vida, em uma época na qual era necessária uma contenção orçamentária. Ainda assim, os casos esparsos não se extinguiram, como em 1997, quando um acórdão ratificou, na Califórnia, as mudanças nos presídios daquele estado, conquistadas mediante provocação ao Poder Judiciário.

10.6 Mecanismos processuais no Brasil

O histórico das decisões oriundas dos Tribunais brasileiros, bem como a análise doutrinária nacional, retratam uma oposição ferrenha à possibilidade de reconhecimento e implantação dos direitos sociais. Ainda que bastante incipientes, devem ser destacadas decisões que, na década de noventa, em sede de mandado de segurança, acolheram a tese do dever do Estado no fornecimento do coquetel de medicamentos a pessoas acometidas pelo vírus HIV.

Ainda que as decisões individuais, mesmo que de forma tímida, sejam albergadas por nossas cortes, ainda nos encontramos muito distantes de uma possibilidade de tutela coletiva dos direitos sociais, ainda que alguns doutrinadores pátrios comecem a apontar as vantagens advindas da opção por tal tendência.

A implementação judicial dos direitos sociais estaria melhor se fosse alcançada por meio da ação civil pública em detrimento das ações individuais, por dois motivos bastante claros: Em primeiro lugar pela necessidade de adequação à adoção de uma medida transindividual. Tome-se como exemplo a determinação do Estatuto da Criança e do Adolescente de que exista abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco. Parece insano que a provocação judicial individual levasse o município a construir abrigo para apenas o pretendente. A verdadeira solução do problema só viria mediante ação civil pública, intentada pelo Ministério Público, com o objetivo de tutela de um interesse difuso.

O outro motivo seria a maior possibilidade de alcance de decisões mais justas. Imagine-se, por exemplo, que um indivíduo obteve, mediante ordem judicial, a possibilidade de se tratar com superdosagens de coquetel para combate à AIDS e que, tal decisão implicou, por carência de recursos, que outros doentes tivessem acesso a doses regulares do referido coquetel. Teríamos então uma situação em que uma decisão individual poderia prejudicar um número enorme de outras pessoas necessitadas do tratamento.

Já através de uma ação civil pública, poderia se analisar o conjunto dessas pretensões, possibilitando ao Magistrado uma correta análise da situação, com a abrangência que é necessária, de forma a possibilitar o auxílio a todas as pessoas que se encontrem na referida situação e, portanto, carentes da ação advinda do Estado.

Curioso é que os estudiosos do tema apontam a legislação brasileira como uma das mais aptas, em termos mundiais, para a implementação dos direitos sociais pela via judicial. É o que se verifica, por exemplo, na **Lei nº 7.3478/85**, que dotou os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de mecanismos de tutela específica, sob o prisma de que os direitos sociais ligados ao mínimo existencial são bens indisponíveis e que de nada adiantaria uma tutela baseada na sub-rogação da prestação originária em obrigação pecuniária. Deste modo, a lei da ação civil pública, em seu artigo 11 preconiza:

> Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente e compatível, independentemente de requerimento do autor.

Já através de uma ação civil pública, poderia se analisar o conjunto dessas pretensões, possibilitando ao Magistrado uma correta análise da situação, com a abrangência que é necessária, de forma a possibilitar o auxílio a todas as pessoas que se encontrem na referida situação e, portanto, carentes da ação advinda do Estado.

Quando se tratar de um direito social a ser garantido pelo Ente Estatal, a execução pode se valer do instituto da imposição de multa diária, que atuando de maneira coercitiva, será ferramenta primordial para compelir a administração a cumprir a decisão judicial e, por conseguinte, efetivar o direito social postulado em juízo.

Mas os defensores da implementação dos direitos sociais ainda devem ser comedidos em comemorar com bazófia a legislação brasileira. Tome-se, por exemplo, a possibilidade de descumprimento, por parte da administração

pública, da ordem judicial garantidora de um direito social. Resta ao Magistrado a majoração da multa diária, o que, em última análise, importa em aumento do ônus econômico para a pessoa jurídica de direito público, sem que o administrador sinta em seu bolso qualquer prejuízo conseqüente de sua própria inércia.

Os mais apressados poderiam sacar a possibilidade de prisão do administrador, sob a alegação de descumprimento de ordem judicial, como sanção adequada para a efetivação do provimento mandamental. Mas a ameaça da sanção criminal também se revelaria inócua, por se tratar de delito de menor potencial ofensivo, punível com detenção de quinze dias a seis meses, no qual a própria autoridade policial pode conceder a liberdade provisória obrigatória, sem a necessidade, sequer, de recolhimento de fiança, como determina o artigo 310, parágrafo único, em coadunação com o 313, ambos constantes do Código de Processo Penal brasileiro.

Não há como se furtar, diante de tudo que foi exposto, de uma discussão mais ampla sobre a admissão, em nosso ordenamento jurídico, da prisão processual por descumprimento a provimento mandamental, já bastante consagrada nos ordenamentos dos Estados anglo-saxônicos, nos quais recebe a denominação de *contempt of court*.

Parte-se da análise do texto legal inserido no artigo 84 da Lei nº 8.078/90, cuja aplicação se desdobra para a generalidade das ações civis públicas, como estatui o artigo 117 da própria Lei. Restou Determinado que o magistrado deverá assegurar "a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Para tanto, o juiz ainda lançar mão de "medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial", como preconiza o artigo 84 em seu parágrafo quinto.

As medidas mencionadas constituem um rol meramente explicativo e são aplicadas diuturnamente pelos oficiais de justiça nas diversas comarcas brasileiras, ainda que com resultados pífios em relação à coerção de autoridades públicas para o cumprimento às ordens judiciais. Muito mais

incisivo é o parágrafo quarto do artigo supracitado, que apresenta medidas que podem ser rotuladas de definitivamente inibitórias e merecem destaque:

> O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Destaca-se do dispositivo mencionado a necessidade de que o Magistrado verifique se a multa imposta é suficiente e compatível. Caso não seja, o Juiz pode se valer de outros meios para exercer, de fato, uma coerção que produza os efeitos pretendidos, garantindo o cumprimento da decisão.

Ainda que haja a ressalva de que o *contempt of court* não se encontra consagrado em nosso ordenamento jurídico, parece bastante plausível que o referido instituto seja utilizado quando se esgotarem as outras possibilidades de execução, menos gravosas e determinadas pela Lei pátria, não se revelarem suficientes para seus propósitos. Entretanto, não se pode desprezar a idéia de que o *contempt of court* não se configura em uma pena, tendo, portanto, seus efeitos cessados imediatamente quando do adimplemento da prestação para o qual se utilizou a medida.

Mas existe sempre a possibilidade de um instituto como o *contempt of court* ter sua constitucionalidade questionada quando da aplicação com base no ordenamento jurídico pátrio, em que se verifica a vedação da prisão civil, com exceção apenas das do alimentante inadimplente e do depositário infiel, nos moldes do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988.

Talvez o melhor caminho seja a ponderação desta vedação com o princípio, consagrado constitucionalmente, da inafastabilidade da jurisdição, cujo enunciado determina incondicionalmente: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Deste modo, se o direito processual pátrio não proporciona uma solução para um direito que já teve sua legitimidade apreciada pelo Judiciário, não resta outro caminho para o Magistrado, que não seja o da coragem para adotar outras medidas mais coercitivas e, por conseguinte, mais eficazes.

Com o desdobramento de tais idéias, poderia se pugnar, por exemplo, pelo alargamento do conceito de alimentos. A prisão civil como reação ao inadimplemento voluntário e inescusável da dívida de alimentos encontra defensores de norte a sul do país, pois é respaldada no princípio deontológico de predominância do direito aos alimentos frente à liberdade do devedor. Se a existência de um ser humano é ameaçada pela resistência do outro em cumprir ordem judicial, nada mais justo que se valer da coerção, que em muitos casos, revela-se plenamente eficaz.

O mesmo raciocínio deveria ser empregado para o caso em que o ser humano tem sua condição mínima de vida com dignidade afetada pela administração pública. Percebe-se claramente que tais idéias não se afastam, em momento algum, da noção de direitos fundamentais e do mínimo existencial. Se há um alargamento do conceito de alimentos e, desta forma, podem ser caracterizados como tal alguns direitos sociais, temos então sanado o vício da inexistência de requisito constitucional para a adoção da prisão civil.

Claro que sempre haverá a questão da responsabilidade, por parte do magistrado, em uma decisão desse quilate, sobretudo pela possibilidade de oneração excessiva do dinheiro público. Mas, em se reconhecendo a grandeza da decisão judicial, não se pode negar que tal magnitude já está presente nas decisões sobre alimentos, nas quais se determinam prestações de importância existencial em limites muito mais restritos, ressalvando-se a inexistência do complicado conceito de interesse público em tais decisões.

É imprescindível, para que tais idéias não produzam conseqüências ainda mais nefastas que o descumprimento da decisão judicial, que o Magistrado não perca de vista o caráter não punitivo da medida, estando sempre concentrado tão somente no postulado de efetividade da tutela. As decisões judiciais se valem, normalmente do crime de desobediência como medida de coerção e não baixam a guarda em relação a esta *reserva do necessário*, para não converter em pena um instituto cuja essência difere totalmente deste recurso. Nesse sentido, destaca-se emenda emanada do Superior Tribunal de Justiça:

> Para a configuração do delito de desobediência não basta o fato material do não cumprimento da ordem legal dada pelo funcionário competente. É indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção especial para o seu não cumprimento" **Precedentes do STJ. M.S. 65.312, publ. DJU de 15.01.2001).**

Trata-se, portanto, de um remédio a ser utilizado com parcimônia, sem o furor característico das paixões, observando-se a proporcionalidade da decisão e exaurindo as outras medidas possíveis, como a multa diária, desde que estas não se revelem ineficazes, caso em que não resta outra alternativa, que não seja a determinação de uma nova sanção.

Além de consagrar a tutela específica, vale lembrar que a **Lei nº 7.347/85** também alberga a tutela de urgência. Os provimentos antecipatórios, hoje tão comuns nas varas da justiça brasileira, tiveram seu nascedouro com a Lei da Ação Civil Pública, mais precisamente em seu artigo 12, sendo este o primeiro dispositivo pátrio a preconizar essa ferramenta tão importante para os operadores do Direito.

A importância da antecipação da tutela, quando se trata de direitos sociais, é inegável, pois estes direitos se referem especificamente à existência digna do seu titular, tratando de um bem jurídico cuja falta pode trazer prejuízos cuja reparação se revele difícil, ou até mesmo impossível, posto que pode levar o indivíduo a óbito.

Ainda que os instrumentos processuais consagrados pela **Lei nº 7.347/85** não possam ter sua importância diminuída, posto que sem eles tudo ficaria mais difícil, os mesmos se tornariam inúteis sem a existência de um órgão independente, que possuísse a prerrogativa de intentá-los, tendo como objetivo a implementação dos direitos sociais.

A Constituição elegeu, em seu artigo 127, o Ministério Público como guardião da ordem jurídica e democrática, do interesse social e dos direitos individuais indisponíveis, enquanto que o parágrafo segundo garantiu a independência funcional do *Parquet.*

Mesmo tendo a Lei Maior estendido a possibilidade de outros entes se legitimarem a pugnar por demandas do Ministério Público, este órgão tem

destaque no ajuizamento da ação civil pública, sobretudo se o bem a ser defendido possui incontestável valor social.

Mas não se deve pensar no Ministério Público apenas como parte em demanda judicial. Sua função extrapola essa limitação e, talvez, a atuação desse órgão seja mais eficaz, quando consegue atuar preventivamente, através dos termos de ajustamento de conduta. Trata-se de instituto pelo qual o autor de lesão a interesse transindividual, incluído aqui o administrador público, sob coerção do *Parquet*, acaba por adimplir a prestação devida, com o escopo de evitar a demanda judicial, cujas conseqüências, às vezes, podem ser mais danosas, inclusive para a imagem do demandado.

Paulo Cézar Pinheiro Carneiro[123] aborda o tema dos termos de ajustamento de conduta, retirando dos mesmos a classificação de acordos, pois os interesses em questão são indisponíveis e, por conseguinte, vedados a qualquer espécie de transação. Ademais, a lição do referido autor ressalta o caráter de título executivo que pode surgir do não cumprimento da prestação no prazo estabelecido pelo Ministério Público:

> No máximo, a matéria objeto do termo comporta contemporizações: a eleição de uma forma de implementação da prestação social que seja mais adequada à Administração Pública, ou a concessão de um prazo para que a prestação seja concluída. Findo o prazo concedido no termo sem que a prestação seja realizada, este documento, que possui a natureza de título executivo extrajudicial, pode ser utilizado para embasar execução.

10.7 Da teoria à prática na realidade brasileira

Ainda que de forma bastante tímida, o Judiciário brasileiro tem exarado decisões que apontam para uma mudança em relação à concepção inicial de

[123] Paulo César Pinheiro Carneiro, Ministério Público no processo civil e penal, p.149.

não concessão dos direitos sociais. As prestações sociais estatais vêm, aos poucos, encontrando no Terceiro Poder uma forma de abrandar a discricionariedade da Administração Pública, sob o manto de uma maior atenção aos direitos fundamentais, conforme se depreende da análise de decisão do ministro Celso de Mello:

> O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.
>
> A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis números 9.908/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos 5º, caput e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. **Precedentes do STF. (RE 267-612 RS, publ. DJU de 23.8.2000).**

Não há de se negar que, ainda que de forma minoritária, posto que a maioria do sucesso nesse campo advém de demandas intentadas por particulares, que a participação do Ministério Público já pode ser sentida, como postulante na garantia dos direitos sociais, sobretudo no tocante às ações que visam o fornecimento de medicamentos a crianças portadoras de doenças raras, com base no artigo 212, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM O FITO DE OBRIGAR O ESTADO A FORNECER MEDICAMENTOS A MENOR. [...] Criança acometida de doença fibrose cística. Necessidade de medicação e tratamento constantes. Impossibilidade de a família arcar com tais gastos. Necessidade comprovada (Ap. Cív. 596.225.417, 7ª CC/TJRS).

A importância da antecipação da tutela, quando se trata de direitos sociais, é inegável, pois estes direitos se referem especificamente à existência

digna do seu titular, tratando de um bem jurídico cuja falta pode trazer prejuízos cuja reparação se revele difícil, ou até mesmo impossível, posto que pode levar o indivíduo a óbito.

E estas vitórias dos defensores da implementação judicial dos direitos sociais, ainda que bastante insipientes, não se verificam apenas no plano individual. Avança com ímpeto na jurisprudência nacional o acolhimento de pretensões mais complexas, obtidas por meio de ação civil pública, como se percebe da decisão em destaque proferida em sede de apelação:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FEBEM. OBRIGAÇÃO DE FAZER. O administrador público deve observar o mandamento legal de tratar com prioridade os interesses de crianças e adolescentes, dando curso prioritariamente aos projetos existentes. Confirma-se a sentença que condenou a FEBEM a uma obrigação de fazer. Apelo desprovido. Unânime (Ap. Cív. 596.004.966, 8ª CC/TJRS)".

Este é, com certeza, o caminho: Compelir pela via judicial os órgãos estatais, para que construam as condições necessárias para a ressocialização do adolescente infrator, tendo como norte o princípio da dignidade humana. Ressalte-se que não se pode falar em reserva do possível para o ente público, uma vez que os recursos existem, ainda que possam estar sendo utilizados para outros fins menos prioritários como a publicidade institucional.

11 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LETRA MORTA?

É preciso que se registrem as enormes dificuldades encontradas para reunir a documentação e os dados atualizados, para que fosse possível mapear os programas destinados aos adolescentes infratores. Além das

barreiras esperadas e fulcrada na má vontade daqueles que detêm a informação, ainda há o fato de que todos os entrevistados só concordaram em expor a realidade em que trabalham mediante a proteção do anonimato, por medo de represálias por parte de superiores. Ainda existem grandes limites na busca da democratização do acesso às informações, principalmente no que tange aos recursos de um Estado que se diz democrático.

Apesar do registro do parágrafo anterior, instiga-se aqui ao estudo mais aprofundado do tema, tão relevante para a sociedade quanto apaixonante para o pesquisador. No instante em que se antecede ao epílogo deste trabalho, sobressaem-se as palavras de Wiston Churchill[124], em destaque:

> Escrever um livro é uma aventura. Principia um brinquedo e um gosto. Vira uma amante, depois um tutor, depois um tirano. Na fase final, já conformado em ser seu escravo, você o mata e arremessa o corpo ao público.

Para Junqueira & Deslandes[125], ressocializar é aumentar a capacidade do sujeito de, em determinados momentos e de acordo com as circunstâncias, lidar com a adversidade não sucumbindo a ela, alertando para a necessidade de relativizar, em função do indivíduo e do contexto, o aspecto de "superação" de eventos potencialmente estressores.

Defende-se que o termo ressocializar traduz conceitualmente a possibilidade de superação num sentido dialético, o que representa não uma eliminação, mas uma re-significação do problema. Possibilitando, assim, que cada sujeito vivencie de forma diferente este processo interativo com o meio ambiente que oferece risco, ou fatores promotores de estresse.

Dessa forma é a percepção do indivíduo ao evento que dará o significado ou não de condição de estresse, aumentando ou não a vulnerabilidade para resultados negativos no seu desenvolvimento.

---

[124] Arthur Ituassu, Jamais ceder! Os melhores discursos de Winston Churchill, p.91.

[125] M.F.P.S Junqueira; S.F. Deslandes, Resiliência e maus-tratos à criança, Cadernos de Saúde Pública p.19.

Por essa razão, um evento pode ser enfrentado como perigo por um indivíduo e para outro, ser apenas um desafio. Alguns exemplos de fatores estressores ou de risco são citados por Yunes e Szymanski[126]: pobreza, perdas e rupturas importantes na família, experiência de violência ou qualquer tipo de maus-tratos, doença do indivíduo ou outro membro da família, como pai ou mãe, alcoolismo e outras dependências químicas dos pais, gravidez na adolescência, holocausto, desastres e catástrofes naturais e outros.

Os mesmos autores supracitados salientam que ter mais do que quatro eventos estressantes na vida elevam a condição de risco. Porém o importante não é somar o número de eventos estressores que o indivíduo foi exposto, mas também entender como este o afetou, para poder dizer se vive ou não uma situação de alto risco.

Observa-se que a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) em suas duas publicações sobre o conceito, propôs formas de promoção da ressocialização. Nesses trabalhos há uma preocupação em adequar o conceito de ressocializar, como uma ferramenta para trabalhar preventivamente sobre os efeitos deterioradores da pobreza. Yunes e Szymanski sugerem que:

> Eventos agudos podem ser infinitamente mais desastrosos do que condições crônicas a que os indivíduos já estão habituados. As situações de pobreza, segundo o autor, são campos favoráveis para essa investigação, pois, nessas condições é mais provável o surgimento de rompimentos e discórdias na família, cuidados de saúde inadequada, desemprego freqüente, habitação inadequada, entre outros (Garmezy, 1991, 1993, 1996). Garmezy (1993) da seguinte forma, ao investigar fatores de risco familiares: a presença de um único evento estressor (ou nenhum estressor) produz aumento de um por cento nas chances de uma desordem psiquiátrica na criança. Dois estressores no meio familiar aumentam para cinco por cento a possibilidade da desordem; com três estressores, as chances crescem para seis por cento; com quatro ou mais eventos somam 21 por cento de chances da criança desenvolver uma desordem psiquiátrica. O acúmulo de estressores familiares potencializa 33 por cento da ocorrência de problemas psiquiátricos em crianças. (p.136).

Há de se ressaltar que é a combinação entre a natureza, a quantidade e a intensidade dos fatores de risco é o que define o contexto da adversidade necessária para a transgressão.

---

[126] M. A. M. Yunes; H. Szymanski, Resiliência: noção, conceitos afins e considerações críticas,

Assim, também é fundamental entender a importância dos fatores ou mecanismos de proteção do indivíduo no processo de construção e desenvolvimento da ressocialização.

Mas de que fatores, especificamente, estar-se-ia tratando? A pesquisa de campo apresentada neste trabalho demonstra a necessidade de atenção quanto a fatores individuais: auto-estima positiva, autocontrole, autonomia, características de temperamento afetuoso e flexível; fatores familiares: coesão, estabilidade, respeito mútuo, apoio/suporte; fatores relacionados ao apoio do meio ambiente: bom relacionamento com amigos, professores ou pessoas significativas, que assumam papel de referência segura à criança e a faça sentir querida e amada.

A ressocialização é, portanto, o produto final da combinação e acúmulo dos fatores de proteção. Esses processos de proteção almejam as seguintes funções: reduzir o impacto dos riscos, fato que altera a exposição da pessoa à situação adversa; reduzir as reações negativas em cadeia que seguem a exposição do indivíduo à situação de risco; estabelecer e manter a auto-estima e auto-eficácia, através de estabelecimento de relações de afeto seguras e o cumprimento de tarefas com sucesso e criar oportunidades para reverter os efeitos do estresse.

Em síntese, há necessidade de se continuar estudando sobre fatores de risco e proteção e a sua relação com o processo de desenvolvimento da ressocialização. O debate não se encerra e muito ainda deverá ser pesquisado e aprofundado.

É certo que cada indivíduo vivencia situações de estresse ou proteção de formas diferentes, entretanto os fatores de proteção são fundamentais para que o sujeito consiga se desenvolver “normalmente” e superar as adversidades. Junqueira & Deslandes[127] transcrevem uma definição de Munist que traduz esta idéia:

> Ressocializar é a capacidade do indivíduo de utilizar fatores protetores para sobrepor-se sobre a adversidade, crescendo e

---

p.136.

[127] Op cit, p. 8

> desenvolvendo adequadamente e chegando a amadurecer como um adulto competente, apesar dos prognósticos desfavoráveis.

Registre-se, portanto, a necessidade maior de fatores protetores quando maior o número de adversidades, para assim as crianças e adolescentes se desenvolverem positivamente.

Assim, pode-se dizer que a relação existente entre fatores de proteção e risco é que fatores de proteção como auto-estima, apoio social, gênero, relacionamento com outras pessoas, agem como facilitadores no processo individual de perceber e enfrentar o risco, desenvolvendo assim a ressocialização no indivíduo, pois possibilitam níveis de adaptação psicossocial positiva, frente a eventos importantes na vida.

A ressocialização é um processo psicológico que vai se desenvolvendo ao longo da vida, a partir do binômio fatores de risco versus fatores de proteção. Vale ressaltar, ainda, que esta relação também faz parte do desenvolvimento de uma atuação familiar, uma vez que a família como sistema também sofre influências e influencia não só o indivíduo, mas a comunidade e sociedade que esta inserida.

É importante lembrar que ênfase na promoção da ressocialização não pode substituir as políticas sociais de combate às desigualdades e condições de vida precárias de uma grande parte de nossa população. A ressocialização, incorporada na medida certa aos estudos na área da psicologia, saúde e social, pode trazer resultados louváveis que irão auxiliar e instrumentalizar programas e projetos nestas áreas.

A apreciação do alento dos conceitos sócio-educativos da legislação moderna é imperativa, para que se possa avaliar se estão sendo competentes para ressocializar o adolescente infrator, ou estão lhes ofertando chances repetidas de prosseguir na criminalidade dada a sua concernente brandura.

As políticas sociais fundamentais de saúde, educação e segurança estão muito abaixo das necessidades das famílias brasileiras, e as crianças e jovens, habituados a enfrentar essa realidade desde muito tenra idade, sentem-se desamparados, diferentes. Isso dá início à migração desordenada para as

ruas, e meninos e meninas começam a tomar parte de uma realidade tenebrosa e triste, que se rebate às luzes de seus sonhos. Expostos às mais distintas e arriscadas impressões de liberdade, adquirem uma independência precoce, forçada, por vezes aturada por delitos. São na grande parte negros e pobres arrebatados do seio familiar por circunstâncias adversas. Nas ruas, sofrem pela escassez e convencionalismos, promovendo a potencialização da sua revolta e repulsa. Não se pode explicar o amplo crescimento da delinqüência juvenil apenas pela deficiência de apoio familiar, carência de educação, de saúde e lazer aceitáveis, pelo inchaço das grandes cidades e o descaso. Nada desculpa o crime, mas esses fatores estimulam o ser humano para delinqüir e estas são circunstâncias de impulso. Também existem, é bem verdade, jovens de má índole e com desvio moral.

Em todo caso, aquilo que se acautela é mais simples de corrigir, de modo que, a sustentação do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais dos cidadãos deve partir das políticas públicas do governo, principalmente para as crianças e jovens, de onde parte e para onde se concentra o desenvolvimento do país e o crescimento do seu povo. A coerção, a segregação, a violência e a obstinação com o jovem infrator estão longe de serem aparelhos eficazes de combate à marginalidade. O ECA é uma ampla arma de defesa dos direitos da infância e da juventude. Um exemplo de legislação reproduzida por muitos países, hábil para conscientizar as autoridades para a precisão de precaver a criminalidade no seu nascedouro, impedindo a transformação dessas mentes desencontradas em mentes delituosas na idade adulta.

As medidas sócio-educativas, aplicadas como repreensão aos atos infracionais cometidos por menores, servem para alertar o infrator ao comportamento anti-social praticado e reeducá-lo para a vida em sociedade. Se o jovem deixa de ser agente de uma realidade aterrorizante, para ser agente de sua transformação, porque esteve em contato com circunstâncias que lhe ensejaram cidadania, a finalidade da medida estará preenchida. Estão aqui, pois, desfeitos os liames com a família e a sociedade.

A realidade é que as probabilidades de reparo despencam quando os jovens, sem projetos, sem chances, expostos às reais "faculdades" do crime, não se recuperam.

Só a terapia, a instrução e a prevenção são capazes de atenuar a criminalidade de jovens adolescentes. Para combater a que já temos, o que se pode assegurar é que a segregação não recupera, e sim o oposto, degenera. Rigor não significa eficiência, e sim desespero, rebeldia e reincidência. E isso é justamente o que não queremos para os nossos jovens.

A base do nosso estudo foi alicerçada na irrefutável verdade que a adolescência é uma fase de crescimento e, como tal, de crises, bem como na delinqüência juvenil, que traz consigo uma reflexão sobre a violência, o uso de drogas e o abalo da estrutura familiar e, por fim, na implementação e execução das medidas sócio-educativas aplicadas aos jovens infratores, dentro da realidade da nossa cidade Natal.

A adolescência é um momento de profunda transição na vida de um jovem, é a hora de confrontar todos os valores aprendidos na infância com uma realidade que muitas vezes difere das noções de certo e errado que o adolescente conhece. O diálogo familiar é a base para que essa fase difícil seja transposta com maior facilidade.

O jovem que não possui um bom alicerce familiar está, inegavelmente, mais propenso à marginalidade. Com essa afirmação não pretendemos dizer que a desestrutura familiar é, em 100% dos casos, o fato criador da marginalidade adolescente, mas sim enfatizar que problemas como a violência familiar e o uso de drogas criam um ambiente bastante propenso à delinqüência social.

O liame entre pais e filhos deve ser estreito, a vigilância dos primeiros sobre os segundos deve ser respeitosa e constante. A responsabilidade da família na educação dos filhos é enorme e, muitas vezes, a própria falta de controle dos pais sobre o adolescente, a ponto de não serem capazes de lhe apontar os limites necessários à convivência em sociedade, com arranjos que

tem que fazer para conseguir sobreviver (mudança freqüente de parceiros, tentativa de fuga de relações violentas etc.).

As crises as quais nos referimos no parágrafo anterior acontecem, posto que é na adolescência que o jovem passa a moldar seu eu adulto. É um processo necessário para seu amadurecimento, mas ao mesmo tempo, é doloroso, pois impõe ao jovem, muitas vezes imaturo para enfrentar determinada situação, uma mudança drástica de comportamento. A presença dos pais nesse momento, orientando e educando seus filhos, é essencial.

Problemas como a falta de estrutura familiar, a discriminação, o uso de drogas, a falta de espaço no mercado de trabalho podem levar o jovem a se tornar um infrator. Nesse contexto ocorre a execução de medidas sócio-educativas, para que esse adolescente possa se reintegrar à sociedade.

O ideal seria que as medidas sócio-educativas fossem calcadas em programas sérios, para que o jovem realmente pudesse retornar à sociedade como cidadão, mas, como se constata, a falta de estrutura e incentivo quase sempre torna isso impossível.

Após dezessete anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente é possível constatar que ainda estamos longe do dia no qual as instituições que executam as medidas sócio-educativas se transformarão em unidades de ressocialição e de reabilitação ou da criação de instâncias que darão um alicerce comunitário aos jovens.

Os adolescentes saem das instituições sem nenhum apoio ou supervisão efetiva dos Poderes Executivo ou Judiciário, do Ministério Público ou da Sociedade Civil, sem escolaridade, sem emprego ou a perspectiva de um; habituados à violência inter pessoal ou sexual, ou ambas; muitas vezes enfrentando mais preconceitos ou mais envolvidos no ambiente infracional do que quando entraram nos internatos.

O jovem infrator precisa de atenção, da ajuda de profissionais sensíveis que dêem a ele um tratamento personalizado e que sejam capazes de criar uma dinâmica consistente e séria. A nossa incompetência institucional, baseada na burocracia e na indiferença, é o maior obstáculo ao sucesso do

sistema de ressocialização e a principal causa do elevado número de reinternações e reincidências.

O jovem, ao sair de uma instituição que lida com medidas sócio-educativas, muitas vezes volta ao ambiente que o projetou ao mundo da criminalidade, ao convívio de amigos que o instigaram a cometer determinada infração, ou a uma base familiar desajustada, o que dificulta muito sua mudança de hábitos e facilita o cometimento de novos delitos.

O papel das instituições para que o jovem, ao sair da internação, esteja preparado para lidar com a volta para casa, e todos os desafios que ela representa, é vital ao sucesso ou fracasso do programa. A reeducação do adolescente exige esforço, dedicação e muito comprometimento.

A falta de acompanhamento ao jovem infrator após o período de sua internação é gravíssima, e precisa ser sanada o mais rápido possível. Não queremos minimizar o trabalho realizado durante a internação, que é de suma importância, mas durante essa fase o adolescente está, pelo menos em tese, cercado de cuidados. Acreditamos que a volta para casa, além do retorno a um ambiente problemático, deixa o jovem indefeso, sozinho, sujeito a recaídas.

O adolescente e sua família precisam de amparo para superar as dificuldades dessa fase e, principalmente, para que o jovem não cometa novas infrações. As políticas públicas sociais precisam dar ao adolescente a e sua família atendimento aos seus direitos básicos.

As instituições precisam parar de analisar casos distintos como se fossem um só, a máxima “cada caso é um caso” se aplica com perfeição ao problema dos adolescentes infratores. O sucesso desses programas está exatamente na pessoalidade de tratamento que se dá a cada jovem.

A falta de um processo pedagógico e a existência de um acompanhamento técnico que segue uma lógica impessoal e padronizada tornam o sucesso do trabalho conscientizador quase impossível. É preciso levar em consideração as características de cada infrator, como sua personalidade, o tipo de delito cometido, bem como seu grau de envolvimento com o mundo da criminalidade.

Ao longo do tempo ficou provado que a prática repressiva, além de não trazer resultados satisfatórios, aumenta o sentimento de revolta e injustiça já enrustido em cada adolescente, fornecendo-lhes mais uma razão para o caminho da marginalidade.

Mesmo com a constatação de que o certo é reeducar o jovem para a sociedade, é muito difícil deixar para trás anos de um sistema repressivo e, por isso mesmo, em muitas instituições inspiradas nesse velho paradigma, existe uma total inobservância às garantias e prerrogativas do adolescente em conflito com a lei. O próprio processo pedagógico usado pela FUNDAC parece reforçar os aspectos punitivos ao invés dos educativos.

Salvo raras exceções, a maior parte dos Estados brasileiros não demonstra empenho na criação de um órgão estadual especializado na aplicação de medidas sócio-educativas.

A educação, e não a repressão, é o elemento primordial à formação do caráter do adolescente. Quando estabelecida através de ações conscientes, planejadas, com base em objetivos e meios estabelecidos por critérios socialmente determinados, indicam os princípios do homem que se pretende formar e em que sociedade ele deverá interagir.

Sabemos que as condições de trabalho nas entidades de assistência ao adolescente são difíceis e que o esforço dos técnicos e responsáveis para mantê-las funcionando da melhor maneira possível é imenso. Nosso intuito não é o de menosprezar essa iniciativa, queremos apenas chamar atenção para a situação de desrespeito a que adolescentes que transgrediram uma norma são submetidos.

Infelizmente, é preciso constatar que, embora a doutrina da proteção integral apregoada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente seja a ideal e devesse ser cumprida à risca, visto que é lei, a realidade traça um panorama que nos aproxima muito mais da prática usada na vigência do mal elaborado Código do Menor, com sua doutrina da situação irregular, por aceitar reclusões que implicavam numa verdadeira privação de liberdade, já que não trazem com elas garantias que toda medida dessa natureza deve embutir.

É inegável o quanto nosso modelo sócio-econômico é injusto, discriminatório e o quanto ele exclui boa parte da população, especialmente aqueles que cometem determinados tipos de infração. Nesse contexto, a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta-se como um grande desafio à sociedade e às autoridades brasileiras.

O ECA nos abre um leque de estimulantes desafios e talvez o maior deles seja o de espalhar entre a sociedade um sentimento coletivo de fraternidade, de amor ao próximo. Num mundo tão materialista quanto o que vivemos, valores como humanidade e respeito ao próximo muitas vezes são minimizados (e por que não dizer, esquecidos).

O Estatuto da Criança e do Adolescente nos convida a responder em nome da vida, e não da morte, em prol de uma sociedade mais igualitária e onde não precisemos mais discutir infrações cometidas por jovens, pois eles serão todos cidadãos de bem. Diante das análises efetuadas anteriormente, é palpável que ainda temos muito que caminhar nesse sentido.

O enfoque que devemos dar para que a democracia que tanto sonhamos seja real não pode ser no sentido da exclusão, da marginalização de crianças e adolescentes que, passivamente, esperam o momento de exercer seus direitos e responsabilidades sociais. Essa política de “empurrar para debaixo do tapete” nunca funcionou, só serve para aumentar o desnível social.

A atitude passiva diante dos direitos dos adolescentes felizmente não encontra mais espaço nos dias de hoje. Os jovens gritam por socorro e qualquer tentativa de ignorar essa súplica deve ser considerada uma afronta à construção de uma sociedade mais justa e, como tal, deve ser veementemente repudiada.

A sociedade como um todo deve se unir para promover a reinserção social dos adolescentes autores de atos infracionais. O objetivo é fazer com que esses jovens, que clamam por cidadania, possam superar os motivos que os levaram a cometer os delitos e consigam, dentro dos princípios da ética, da justiça, da solidariedade e da dignidade humana, restabelecer seus projetos de vida.

Apesar de todo esse tempo no qual o Estatuto da Criança e do Adolescente tem estado em vigor, o que podemos tristemente constatar é que no Brasil ainda temos um longo caminho a percorrer. A implementação de programas dos quais possam ser aplicadas as Medidas Sócio-Educativas está apenas engatinhando. O certo é que tais programas demandam uma junção de vários fatores como investimentos, ou uma postura política efetiva de nossos governantes, priorizando a instalação de estruturas realmente capazes de contribuir, tanto para a reinserção dos adolescentes, quanto às necessidades do mundo moderno.

O ECA é uma realidade, a lei é boa, então por que é tão difícil fazê-la funcionar corretamente? Há pontos que contribuem para essa dificuldade:

1. A falha do Poder Judiciário, no que tange à aplicação das medidas de internação, aplicadas indistintamente pelos juízes na maior parte dos casos de infração da lei;

2. A falha do Poder Executivo, que não investe recursos para a execução das políticas públicas adequadas;

3. A falha do Ministério Público, que não exerce seu papel constitucional de defesa da sociedade, de instituição integrante da estrutura organizacional do Estado (CF art. 127, caput). O MP é quem deve zelar pelos interesses individuais, coletivos e difusos ligados à proteção da infância e da juventude.

4. A falta de um envolvimento e de uma cobrança maior das entidades privadas e da sociedade.

10 CONCLUSÕES

O presente trabalho foi extremamente proveitoso, posto que conseguiu dar uma ampla visão da realidade que envolve a criança e o adolescente em cumprimento de medida sócio-educativa na cidade do Natal. Apesar do grande número de informações ao qual se teve acesso, certamente, esta dissertação não exaure o tema, havendo um mundo de vertentes ora apresentadas que poderão ser desenvolvidas por outros pesquisadores.

Os dados levantados na presente pesquisa permitem, como síntese do estudo, as conclusões a seguir enumeradas:

1) O princípio da dignidade da pessoa humana tem relação direta com a efetivação dos direitos humanos e decerto que foi fonte de inspiração para o legislador pátrio quando da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, fato este confirmado a partir da análise dos institutos e garantias trazidos por este diploma legal;

2) O Estatuto da Criança e do Adolescente foi um marco divisório no trato da questão da infância e juventude no Brasil, posto que adotou a Doutrina da Proteção Integral, alçando crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direito;

3) Os órgãos que compõem o Sistema de Garantias de Direito da Criança e do Adolescente – Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, Delegacias Especializadas, Defensorias Públicas, Varas e Promotorias especializadas e Centros de Defesa da Criança e do Adolescente – ainda são em número insuficiente e alguns existem, mas funcionam de forma inadequada, mesmo se levando em conta que já se passaram dezessete anos da promulgação do Estatuto;

4) Como se pôde constatar nos dados empíricos, não basta ter uma legislação avançada. É necessária sua plena eficácia, que se revelou ainda distante, em face da realidade encontrada quando da pesquisa de campo. Não há, no universo pesquisado, uma plena adoção dos institutos trazidos pelo ECA.

Em outras palavras, não há uma política pedagógica eficaz que garanta a ressocialização do adolescente infrator. As ações são estanques e o jovem

não é levado a refletir sobre sua conduta. Inexiste a participação da família, como preconiza o Texto Constitucional. Os profissionais nem sempre desempenham as funções para as quais foram formados e, via de regra, atuam como carcereiros. A internação, para alguém que não seja informado anteriormente, não revela diferenças marcantes com o sistema prisional destinado aos adultos.

5) O princípio da dignidade da pessoa humana ainda é apenas um objetivo distante da realidade do CEDUC em Natal. É certo que se acabaram, na Capital norteriograndense, o recolhimento de meninos que perambulavam pelas ruas e eram chamados de vadios. Mas continuamos a quilômetros de garantir aos adolescentes infratores, os direitos previstos na legislação.

Constatou-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que diz respeito à implementação de medidas sócio-educativas no Rio Grande do Norte é letra morta sim. Não passa de uma legislação cheia de boas intenções, mas que ainda não se efetivou plenamente.

6) Constatou-se a falta uma estrutura física mínima, para que se implantem de fato os preceitos estabelecidos pelo ECA, com relação ao tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a lei. Existem prédios mal construídos, sem cor, sem limpeza e subdivididos de modo absolutamente semelhante aos das prisões destinadas aos adultos.

Não se pode falar em dignidade quando não existem facilidades sanitárias funcionando adequadamente; Quando a visita íntima de um adolescente é feita em um banheiro, tendo como obstáculo à visualização um simples lençol; Quando o ócio é reclamado até pelos próprios adolescentes infratores, posto que inexistem atividades a serem desenvolvidas;

7) A família do jovem não consegue se inserir no processo, seja por falta de recursos até para o deslocamento, seja porque não há sequer uma sala para este contato, sem a presença de outros infratores;

8) Os maus tratos ainda são regra e descritos, com riqueza de detalhes pelos próprios adolescentes, como se percebe no quadro apresentado na página 128.

9) Inexiste um trabalho psico-pedagógico, que leve o adolescente a refletir sobre sua postura perante a sociedade e, principalmente, sobre a gravidade do fato que o levou a estar na condição de interno.

10) Há carência de políticas públicas, que procurem dar ao adolescente uma possibilidade mínima de reversão do quadro sombrio no qual está inserido, não apenas em conseqüência do ato infracional que cometeu, mas por uma realidade social que já se apresentava adversa antes do conflito com o ordenamento jurídico.

11) A reinserção do jovem infrator à sociedade implica na criação de uma corrente que o coloque num contexto onde, necessariamente, estejam presentes: um projeto Pedagógico definido; atividades lúdico-esportivas; presença Familiar; educadores e psicólogos voltados a desenvolver uma nova concepção axiológica no jovem; Capacitação para o mercado de trabalho e, por fim, atividades que possa desenvolver-lhes o campo espiritual.

12) Da análise do perfil do adolescente infrator na cidade do Natal, constatou-se que fatores como escolaridade, convívio familiar e consumo de drogas contribuem para que esses jovens cometam atos infracionais ou reincidam nos mesmos.

Apenas 42,35% dos adolescentes estavam em salas de aula quando do cometimento do ato infracional; Somente 30,38% desses jovens moravam com o pai e a mãe; e 39,76% afirmaram nunca haver consumido drogas.

13) O Estudo de Caso que foi realizado sobre o funcionamento do CEDUC/RN foi, com certeza, a parte mais importante deste trabalho, construída a partir da perspectiva de profissionais que prestam serviço ao órgão, bem como da própria visão do adolescente sobre o programa de ressocialização no qual estava inserido.

14) A pesquisa realizada junto ao público supracitado permitiu apurar todo um conjunto de idéias, conceitos, realizações práticas, teorias, visão de mundo, sonhos, medos, possibilidades e impossibilidades de recuperação daquele que, já com tenra idade, se envereda pelos caminhos da criminalidade.

15) O conhecimento da realidade do adolescente infrator leva, inexoravelmente, a uma reflexão sobre as políticas públicas, que possam afastar os jovens dos atos infracionais, mas principalmente, leva a crer que para ressocializar o menino ou a menina que cumprem medida sócio-educativa, é necessário que seja respeitada sua dignidade como ser humano.

16) Da análise crítica realizada no capítulo 11, concluiu-se que garantir que um ser ainda em desenvolvimento tenha uma família com estruturas sólidas de tratamento adequado e com respeito aos seus direitos e deveres é, por conseqüência, garantir também que crescerá como homem ou mulher, com as bases principiológicas firmes e independentes de outros; além disso, conviver nesse contexto possibilita mais clareza nas decisões a serem tomadas nos mais variados setores da vida, conseguindo se relacionar muito melhor consigo mesmo, com a sociedade e com os demais indivíduos que nela fazem parte, o que, definitivamente, se revela o caminho para a não reincidência em ato infracional por parte do adolescente.

17) Se não há correção dos problemas na fase adequada, passa a existir um ciclo de erros, geração por geração. Mesmo que o adolescente infrator não supere o estigma de suas ações e, conseqüente, punição, já seria de grande valia que se prestasse um serviço que procurasse dar uma resposta efetiva ao problema, tentando evitar por todas as formas possíveis – jurídica, social, psicológica, emocional, etc. – que tal adolescente permanecesse transgredindo a lei.

Antes disso, o respeito à dignidade e aplicação das medidas sócio-educativas continuarão absolutamente dissociados, prejudicando, não apenas os jovens infratores, mas a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma Crítica a verdade na ética e na ciência (Através de um Exame da Ontologia Jurídica de Nicolai Hartmann)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADORNO, Sérgio. **Criança: a lei e a cidadania** In Irene Rizzini. (org.). A criança no Brasil Hoje – desafio para o terceiro milênio. Rio de janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993.

ALBERGARIA, Jason Soares. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Aide 1991.

ALEXY, Robert - **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. **Os direitos da criança e o futuro da democracia in Perspectivas do direito no início do século XXI** - Studia Jurídica nº. 41. Boletin da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, pg. 71, 1999.

BARBOSA, Ruy, **Comentários à Constituição Federal Brasileira. Vol. V**, São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BICKEL. Alexander M. **The Least Dangerous Branch — The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven / London: Yale Univ. Press, 2nd ed.

BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernest W. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. / Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 1990.

_____. Ministério da Justiça. **Políticas Públicas. Estratégias de Atendimento Sócio-Educativo ao adolescente em conflito com a lei**, Cadernos de Saúde Pública, 2002 - SciELO Brasil.

CAMPOS JUNIOR, Aluisio Santiago. **Direito de Família. Aspectos Didáticos***,* Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão - **Jurisdição e Competência**. Saraiva. São Paulo. 2003.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Ministério Público no processo civil e penal**. São Paulo, Editora Forense, 2004.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio-Educativa Pública**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro, editora Lumen Ius, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo, Saraiva, 2002.

FEST, Joachim**. Hitler Vol.1, São Paulo,** Editora Nova Fronteira, 2005.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Medidas Sócio-Educativas em meio aberto***.* Recife, Editora Nossa Livraria, 2001.

FIRMO, Maria de Fátima C., **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000.

GALBRAITH, John Kenneth. **Revista Veja**, edição 1884, ano 37, número 50, de 15 de dezembro de 2004, Editora Abril.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo, Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad - **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ITUASSU, Arthur. **Jamais ceder! Os melhores discursos de Winston Churchill**, São Paulo, Tradução: Antonio Carlos Braga. Jorge Zahar Editor,2005.

JUNQUEIRA, M.F.P.S.; Deslandes, S.F. - **Resiliência e maus-tratos à criança.** Cadernos de Saúde Pública 19 (1): 227-235, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político).

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil**. 1726-1950. In Marcos Cezar de Freitas. (org.). História social da infância no Brasil. São Paulo: Cortez Editora/Universidade São Francisco, 2001.

MARX, K. **Elementos fundamentales para la critica de la economia política**. 10a. ed. México, Siglo XXI, 1978.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo,** 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MÈNDEZ, Emílio Garcia,e BELOFF, Mary.**Ley y Democracia em América Latina**. Buenos Aires: Temis, 1999.

RODRIGUES, Moacir. **Medidas Sócio-Educativas. Teoria, Prática e Jurisprudência**, São Paulo, Editora Del Rey, 2003.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 23ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. IV, p. 180, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**. In LEITE, George Salomão(organizador). **Dos princípios constitucionais**. **Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**, São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

_____ **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo, Max Limonad, 2005.

RABENHORST. Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia**. São Paulo, Saraiva, 1987.

RIZZINI, Irma. **Assistência à infância no Brasil – uma análise de sua construção**. Rio de Janeiro: Editora universitária Santa Úrsula, 1993.

RODRIGUES, Silvio**. Direito Civil**. 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v.6.

SANTOS NETO, José de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SARLET, Ingo Wofgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. In LEITE, George Salomão(organizador). **Dos princípios constitucionais**. **Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**, São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

SCHÄFER, Jairo Gilberto, **Direitos Fundamentais. Proteção e Restrições**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO, Sérgio Abinagem. **O Ministério Público: ônus da prova e a dignidade humana**. São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Ato V – Cena I: Duque. (1604-1605). Porto Alegre: Editora L&M, 1998.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donald Schüller. Porto Alegre: Coleção L&PM Pocket, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, EDUARDO. **Dignidade humana, soberania popular e pena de morte**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 11, p. 178-195. 1995.

TÜRCK, Maria da Graça Maurer Gomes. **A Operacionalização das medidas Sócio-educativas: Prestação de Serviço à Comunidade e Liberdade Assistida**, 2ª ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. São Paulo: Editora Cortez, 1997.

_____ **Sem liberdade, sem direitos – A privação de liberdade na percepção do adolescente**. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

YUNES, M. A. M.; SZYMANSKI, H. **Resiliência: noção, conceitos afins e considerações críticas**. Em: Tavares J. (Org.) **Resiliência e Educação**, (pp. 13-42). São Paulo: Cortez.