

EDSON LUIS GASPAR NUNES

**LIBERDADE ASSISTIDA E GARANTISMO NO ESTATUTO
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO
ARAÇATUBA/SP
2009**

EDSON LUIS GASPAR NUNES

**LIBERDADE ASSISTIDA E GARANTISMO NO ESTATUTO
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Dissertação de Mestrado elaborada como requisito final para obtenção do Título de Mestre em Direito, no curso stricto sensu do Centro Universitário Toledo, sob orientação do Professor Doutor Frederico da Costa Carvalho Neto.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO
ARAÇATUBA/SP
2009**

N9721 Nunes, Edson Luis Gaspar.
Liberdade Assistida e Garantismo no Estatuto da Criança e do Adolescente/ Edson Luis Gaspar Nunes. – Araçatuba: UNITOLEDO 2009.
113f.

Orientador: Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto.
Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito do Estado) –
Centro Universitário Toledo.
Bibliografia: f.103

1. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Garantismo. 3. Constituição de 1988. I. Nunes, Edson Luis Gaspar. II. Centro Universitário Toledo.

342.1157

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Yara Rodrigues de Toledo
Examinador 01

Professor Doutor Nelson Finotti Silva
Examinador 02

Professor Doutor Frederico da Costa Carvalho
Neto
Orientador

Araçatuba, 16 de Outubro de 2009.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter dado saúde para avançar na busca do conhecimento;

Agradeço a minha mãe, Neusa C. Rosa Nunes, por ter estado do meu lado, me apoiando e incentivando;

Agradeço a minha esposa e companheira Aline por estar presente nas minhas longas noites de pesquisa e redação e por compartilhar a vinda de nossa filha Maria Vitória.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os adolescentes que vivem as dificuldades originadas pela falta de oportunidades e pela ausência de aplicação dos princípios constitucionais dos direitos fundamentais à pessoa humana, pólos geradores da frágil estrutura familiar e social que acompanham suas vidas.

“Nenhuma disposição da presente declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”. (*Artigo XXX da Declaração Universal dos Direitos Humanos*)

RESUMO

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA foi implantado em nosso país em substituição ao Código de Menores de 1927, visando uma integração com inovações oferecidas pela Constituição Federal de 1988, assim como buscando contemplar regras internacionais que ofereciam à criança e o adolescente um modelo de proteção integral, os quais, alcançaram o direito de ser considerados como sujeitos de direitos e deveres, tendo no princípio da Dignidade da Pessoa Humana a sua prioridade incontestável. Para assegurar esses direitos, deveres e princípios, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA foi dividido em quatro segmentos básicos: Políticas Sociais Básicas; Políticas de Assistência Social; Políticas de Proteção Integral e Políticas de Garantia de Direitos. Dentro do segmento de Políticas de Garantia de Direitos, o legislador estabeleceu no artigo 112 algumas medidas sócio-educativas, de caráter pedagógico, reeducacional e de reinserção no âmbito social, aplicáveis somente aos adolescentes, como: de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação. Embora estejam no escopo da legislação, no cotidiano jurídico estas normas não são seguidas, reinando na verdade um caráter punitivo e repressivo, com efeitos nefastos junto aos adolescentes infratores, principalmente naqueles que são internadas nas unidades da Fundação Casa. Essa pseudo-aplicação da medida sócioeducativa de internação indica um fosso profundo entre o Estado, que deveria oferecer a estrutura necessária, e o Judiciário, que tem a prerrogativa de fazer valer o Direito Material, com respeito aos Direitos Fundamentais, dois princípios que deságuam no Garantismo Jurídico efetivamente realizado. Com este trabalho pretende-se demonstrar que o modelo atual fere o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e

norma Constitucional, que no seu artigo 227 estabelece que as crianças e os adolescentes são prioridades da Nação brasileira, entre outros, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-Chave: Garantismo, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Liberdade Assistida, Estatuto da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I. HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	13
1.1 Os Direitos Humanos.....	13
1.1.1 Os direitos da criança e do adolescente nos Direitos Humanos.....	18
1.2 Os direitos fundamentais.....	21
1.2.1 Os direitos fundamentais da criança e do adolescente.....	26
1.2.1.1 O direito à vida.....	27
1.3 A liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	29
1.3.1 Histórico.....	29
1.3.2 Liberdade Assistida.....	30
1.3.2.1 Liberdade assistida comunitária.....	32
1.3.3 Liberdade vigiada.....	34
1.3.4 O formato da medida de liberdade assistida.....	36
1.3.4.1 O tempo de duração da medida de liberdade assistida....	37
1.3.5 Finalidade e objetivos da medida de liberdade assistida.....	38
1.3.5.1 A liberdade assistida como medida de progressão.....	39
1.3.5.2 A liberdade assistida como medida de regressão.....	40
II. A LIBERDADE ASSISTIDA COMO SISTEMA NORMATIVO.....	43
2.1 Competência.....	43
2.2 Contraditório.....	45
2.3 Recursos.....	47
2.4 Remissão.....	50
2.5 Prescrição.....	53
2.6 Prisão após os dezoito anos.....	55
III. O GARANTISMO JURÍDICO E AS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS.....	58
3.1 O garantismo jurídico como instrumento.....	59
3.2 A idéia de responsabilidade estatutária.....	58
3.3 A crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	67

3.4	A função repressora.....	71
3.5	A liberdade assistida e o garantismo.....	74
3.5.1	A liberdade assistida como modelo de medida sócio-educativa	75
3.5.2	O garantismo como modelo normativo.....	81
3.5.3	O garantismo como filosofia política.....	87
3.5.4	A liberdade assistida e o garantismo jurídico.....	89
	CONCLUSÃO.....	99
	REFERÊNCIAS.....	103
	ANEXOS.....	106
	ANEXO A: Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José (Artículo 8)	107
	ANEXO B: Convención sobre dos Derechos del Niño (Artículo 40)	109
	ANEXO C: Menor Abandonado (Cora Coralina).....	112

INTRODUÇÃO

Na esfera da justiça, envolvendo crianças e adolescentes em situação de risco, abandono e conseqüentes infrações advindas desta situação, o Brasil contemporâneo que comemora 20 anos da promulgação da Constituição Federal continua a ser um país que exerce com capacidade exacerbada a função de Estado-Juiz, ignorando ou pelo menos deixando a desejar naquilo que concerne a sua atuação eficaz no cumprimento e no fazer cumprir os critérios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que embora já transcorridos 18 anos de sua criação, tem seus artigos aplicados longe da luz e da visão do Garantismo Penal, dos direitos Constitucionais e da Dignidade da Pessoa Humana.

Não se tratam de acusações vazias ou inconseqüentes de pesquisadores ou de juristas, e sim de constatação real da situação do menor infrator quando flagrado em desacordo com os ditames da Lei, do Estatuto e da sociedade.

Essa situação não se justifica, uma vez que, findo o período da ditadura Militar, o Brasil passou a vivenciar um processo evolutivo na esfera judicial, deixando de atuar como um Estado meramente ditatorial para tornar-se um Estado com ideais garantistas, composta por um arsenal de teorias tratando do direito penal e do processo penal, buscando atingir ou se aproximar de um modelo desejável de Estado de Direito, que preservaria a imunidade dos cidadãos em detrimento de possíveis arbitrariedades das proibições e penas.

A teoria garantista, defendida pelo jurisfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, se transformou em leitura obrigatória dos defensores dos direitos fundamentais dos cidadãos de qualquer idade, recaindo em grande parte sobre os menos favorecidos, principalmente crianças e adolescentes inseridos em situações de riscos e/ou de atos infracionais contra a sociedade.

A teoria garantista ou o garantismo penal foi adotado para combater os desmandos do Estado-Juiz, ao estabelecer uma dualidade léxica, tendo de um lado os princípios garantidores do pólo passivo do processo e de outro o efetivo exercício da punibilidade, o fator de maior importância social.

Nessa dualidade, em que o ato de punir vem se tornando mais importante do que meramente processar, deu origem a uma lógica penal, fazendo com que o processo exista como formalidade, modelo, configuração ou espectros da pena, um modelo que o garantismo penal pode auxiliar, ao oferecer a retórica da discussão e do contraditório sobre o direito e a razão da pessoa humana.

O garantismo penal, por sua amplitude na esfera judiciária, representa muito mais do que meras intervenções de caráter ideológico em favor dos acusados dentro de um Estado de Direito normativo. Através do garantismo foi possível desenvolver fundamentações teóricas capazes de confrontar as mais variadas vertentes políticas e jurídicas de interpretar as normas e princípios formadores e garantidores da luta de classes.

No presente trabalho não se buscou enfatizar o garantismo penal como modelo jurídico que tenta enaltecer os princípios favoráveis ao réu em detrimento às vítimas da sociedade, nem tampouco resolveu trazer a discussão o artigo 5º da Constituição Federal que transforma sentenciados em vítimas e vítimas em sentenciados, conformes incisos LIX, LX, XLIX e III.

Através deste trabalho buscou-se analisar a partir das referências bibliográficas, jurisprudenciais e doutrinárias, o cotidiano de crianças e adolescentes infratores albergados em instituições organizadas para o desenvolvimento de ações sócioeducativas, que prestam atendimento dentro do contexto estabelecido no artigo 118 do Estatuto: a liberdade assistida ou liberdade vigiada.

Buscou-se ainda avaliar as políticas implantadas para o atendimento ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial, no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em situação de risco ou de atitudes infracionais.

Para atingir esses objetivos o trabalho foi dividido em 03 capítulos, sendo que no capítulo I abordar-se-á o histórico dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. No capítulo II tratar-se-á da liberdade assistida como sistema normativo de recuperação e reinserção social. No capítulo III evidenciar-se-á o garantismo jurídico e as medidas sócio-educativas, essencialmente naquilo que concerne ao ser e ao direito de ser e realiza-se uma análise mais detalhada e aprofundada do garantismo de Ferrajoli, contrapondo-se os direitos e garantias individuais aos modelos normativos do Estado-Juiz.

I. HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A criança e o adolescente, enquanto ser integrante de uma família, comunidade e, conseqüentemente, de uma sociedade, é dotado, por força da igualdade de direitos estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, gozar plenamente dos direitos e das garantias legais inerentes aos cidadãos brasileiros, devendo, no entanto, ser resguardados e salvaguardados, as diferenças estabelecidas pelas Convenções internacionais de Direitos Humanos e Direitos da Criança, que o Brasil, por ser signatário desses documentos legais, tem por obrigação jurídica e social, acatá-las e inseri-las em seus documentos legais.

1.1 Os Direitos Humanos

O indivíduo não é apenas objeto, mas também um sujeito de direito internacional. Com essa frase Piovesan (2002, p.130) inicia sua preleção acerca dos direitos humanos dentro do contexto histórico, enfatizando que a partir dessa perspectiva firmou-se a idéia de que os direitos humanos não mais se limitaram a esfera da jurisdição doméstica, constituindo-se em matéria do direito internacional.

A universalidade dos direitos humanos é um fator decorrente do pós-guerra, um fato que Buergenthal, citado por Piovesan (2002, p. 131) assim definiu:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

As violações dos direitos humanos praticados na era Hitler, valendo-se da concepção da existência e busca da raça ariana perfeita e pura, levou Ignacy Sachs a dizer que “o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político nacional”.

Para Piovesan (2002, p. 134), um dos primeiros indícios da internacionalização dos direitos humanos foi oferecido pelo Tribunal de Nuremberg, um tribunal militar convocado a partir do acordo de Londres (1945) para julgar e condenar os crimes e os criminosos de guerra.

De acordo com o artigo 6º do Acordo de Londres, o Tribunal estaria apto a julgar os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, sendo este último formado por crimes de assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano contra a população civil, antes ou durante a guerra.

Pode-se afirmar ainda que a primeira metade do século XX foi decisiva naquilo que concerne à preservação dos direitos humanos no âmbito internacional, considerando que após a segunda guerra mundial, iniciou-se o período de reconstrução desses direitos, com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas e a conseqüente adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela instituição, fatos conjuntos que datam de 1948.

Os Direitos Humanos são institutos da universalidade dos direitos que devem ser considerados como os direitos fundamentais de todas as pessoas, em um universo social composto por mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e emigrantes, refugiados, portadores de HIV positivo, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, na condição de seres humanos, devem ser respeitados, protegidos e assegurados em sua integridade física.

A universalidade confere ao instituto dos Direitos Humanos a categoria de um diploma jurídico que oferece ou confere status de ente internacional ao indivíduo, protegendo-o como pessoa em todas as partes do mundo, consagrando três fundamentos essenciais: a certeza dos direitos, a segurança dos direitos e a possibilidade dos direitos.

O Brasil, signatário das Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, Direitos do cidadão e Direitos da criança e do adolescente, sofreu, ao longo do processo de democratização, um período de aceitação e aderência desses instrumentos internacionais, atingindo um elevado grau de participação da sociedade civil e de organizações não governamentais no debate sobre a proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2002, p. 254)

A Constituição Federal de 1988 apresentou a adoção e incorporação de importantes instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, sendo eles:

- a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20 de julho de 1989);
- b) Convenção Contra a Tortura e outros Instrumentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28 de setembro de 1989);
- c) Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (24 de setembro de 1990);
- d) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (24 de janeiro de 1992);
- e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (24 de janeiro de 1992);
- f) Convenção Americana de Direitos Humanos (25 de setembro de 1992);
- g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (27 de novembro de 1995);
- h) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (13 de agosto de 1996);
- i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador (21 de agosto de 1996).

Piovesan (2002, p. 319) observa que

a Constituição brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988 empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

A conjugação entre o sistema nacional (Constituição) e internacional (convenções) de proteção aos direitos humanos levou Cançado Trindade (1996, s.n)¹ a comentar que:

Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame dos casos concretos, se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.

Porém, a plena vigência dos tratados de direitos humanos, requer por parte do Estado brasileiro, providências adicionais, entre elas, exige uma profunda revisão das reservas e declarações restritivas no momento da ratificação das Convenções voltadas à proteção dos Direitos Humanos, conforme determina o parágrafo 26 da Declaração de Viena de 1993.

Urge-se destacar a existência de um ponto de desacordo entre os interesses do Estado brasileiro e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, por entender, o Estado brasileiro que o sistema de visitas e inspeções in loco, determinadas pelos artigos 41 a 48, não é automático, dependendo do seu consentimento expreso.

Nesse sentido, embora signatário, o Brasil foi o único dos 25 estados que ratificaram a Convenção ao fazer declaração interpretativa dos referidos artigos, um fato que não ocorreu quando da ratificação de outras Convenções, entre elas a Convenção dos Direitos da Criança.

¹ Texto completo disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_cd.htm

O Estado Brasileiro propôs e reconheceu por intermédio do Decreto Legislativo n.º 89, de 03 de dezembro de 1998 a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana.

A Constituição Federal de 1988 trouxe enorme progresso na área da proteção dos direitos individuais ao conferir tratamento especial aos direitos humanos, reconhecendo sua universalidade e eficácia imediata, uma situação jurídica em perfeita consonância com o código penal editado em 1940, que dá ênfase a idéia de patrimônio, toma uma clara posição na enumeração das garantias fundamentais, pela defesa da vida e da pessoa humana.

Alguns juristas, entre eles Jose Afonso da Silva enxergam que a Constituição não possui o ideário de fazer declaração de deveres paralela à declaração dos direitos, uma vez que, entre os deveres de cada titular de direitos individuais está o escopo de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.

Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º da Constituição têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular, já que o dever de garantir a igualdade de direitos pertence ao Estado, da mesma forma que pertence ao indivíduo o direito sagrado de exigir tal igualdade.

Tomando Piovesan (2002, p. 314), observa-se que o impacto jurídico do Direito Internacional nos Direitos Humanos do Direito brasileiro se deu em forma de acréscimo, assegurando á vítima o princípio da norma mais favorável e a que melhor proteja os direitos humanos, aprimorando e fortalecendo, sem jamais restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados constitucionalmente.

Para a autora (2002, p. 317), hodiernamente pode-se afirmar que “a realização plena não apenas parcial dos direitos da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados”.

Rubio citado por Wolkmer (2004, p. 142) destaca que

qualquer expressão popular diante de qualquer manifestação do poder que restringe e sufoca algum aspecto da dignidade da pessoa humana em permanente processo de construção, tem sido e pode ser um foco importante que tenha algo para contribuir com a idéia de direitos humanos.

1.1.1 Os direitos da criança e do adolescente nos Direitos Humanos

A criança e o adolescente, na condição de pessoa, que teve seus direitos e garantias individuais assegurados na Constituição Federal de 1988 e ratificadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, também faz parte do escopo dos Direitos Humanos estabelecidos na Declaração Universal, considerando que todos os artigos daquele documento trazem no seu início os termos “toda pessoa” ou “ninguém será”, e no seu encerramento, no artigo XXX, “nenhuma disposição”, termos lingüísticos que caracterizam definitivamente a “não exclusão”, tanto de direito como de deveres, no sentido mais juridicamente perfeito e acentuado.

Para Liberati (2006, p. 25), a semente inicial dos direitos da criança e do adolescente foi plantada na Convenção de Genebra, realizada em 26 de março de 1924, determinando naquela oportunidade a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, uma proposta que foi acolhida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que chamou a atenção para que a criança tivesse direitos a cuidados e assistências especiais.

Essas propostas deram origem a outras declarações, convenções, pactos e regras, que culminaram com a implantação de uma nova percepção da condição da criança e do adolescente: a doutrina de proteção integral.

A referida doutrina, segundo Liberati (2006, p. 26), preconiza que “o direito da criança não deve e não pode ser exclusivo de uma categoria de menor classificado como carente, abandonado ou infrator, mas deve dirigir-se a todas as crianças e a todos os adolescentes, sem distinção”.

O texto Constitucional, em seu artigo 227, consagrou a doutrina da proteção integral e rompeu em definitivo com a doutrina da situação irregular, que ainda se encontra em pleno vigor, por força da Lei 6.697/1979 – Código Menorista.

O artigo 227 da Constituição de 1988 estabelece que:

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

O texto constitucional de 1988 ampliou a esfera do direito e da responsabilidade da família, diferente das constituições anteriores, que assim tratavam o dever da família e do Estado relacionado com a educação:

- Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967, artigo 168: a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana”. (CAMPANHOLE, 2000, p. 416);
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, artigo 166: “ a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. (CAMPANHOLE, 2000, p. 495);

- Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, artigo 125: “a educação integral da prole é o primeiro dever e direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. (CAMPANHOLE, 2000, p. 599)

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990 reproduziu o conceito da proteção integral nos artigos 1º ao 6º, estabelecendo um fato novo, uma vez que, segundo Liberati (2006, p. 27), “pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico”.

Antônio Carlos Gomes da Costa, citado na preleção de Liberati (2006, p. 27), define que a doutrina da Proteção Integral

afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas especiais para a promoção e defesa de seus direitos.

O artigo 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, chamou a atenção para a necessidade do atendimento prioritário de todos os direitos infanto-juvenis, estabelecendo em seu texto legal que

todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente{com prevalência}, o interesse maior da criança. (LIBERATI, 2006, p. 31)

De posse dos textos legais aqui evidenciados, cumpre-se afirmar que os Direitos da criança e do adolescente inseridos no rol dos Direitos Humanos estão intimamente ligados à Garantia da Proteção Integral, um tratamento jurídico diferenciado que não fere a

regra de igualdade perante a lei, exatamente porque propõe uma nova condição especial, priorizando alguns aspectos diferenciados.

Ana Maria Moreira Marchesan foi citada na obra de Liberati (2006, p. 35), lembrando que “oprimir a eficácia do princípio da prioridade absoluta é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso. É fazer de um diploma que se pretende revolucionário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de acomodação”.

1.2 Os Direitos Fundamentais

A compreensão da necessidade dos direitos fundamentais para manutenção do ser humano, passa necessariamente pela análise da definição formal do conceito de direitos fundamentais, assim expressada por Luigi Ferrajoli (1999, p. 37): “direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, de cidadão ou pessoa com capacidade de atuar”²; [...]

Para o autor (1999, p.38) “são classificados como universais e, por conseguinte como fundamentais, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos e os direitos sociais e similares”. [...]³

Gomes, citado por Klevenhusen (2006, p. 149 – 150) define que são fundamentais aqueles direitos que representam o anseio do homem universal, exemplificando que, dentro do direito à vida encontra-se o direito à liberdade, o direito de viver de forma digna, o direito ao trabalho em condições dignas, à remuneração justa, o meio ambiente

² Derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; [...]

³ son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad del pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. [...]

equilibrado, a preservação ambiental e dos animais e a moradia digna como realização da eterna busca do homem ao abrigo e o anseio à estabilidade social.

José Afonso da Silva (2009, p. 56), formalizando seu comentário contextual à Constituição Federal, define que

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, não sobrevive; fundamentais “do homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. do “homem” não como o macho da espécie, mas no sentido da pessoa humana. “Direitos fundamentais do homem” significa “direitos fundamentais da pessoa humana” ou “direitos humanos fundamentais”.

Ferrajoli (1999, p. 42) preleciona sobre a existência de quatro teses tratando da matéria dos direitos fundamentais.

A primeira tese remete a radical diferença entre a estrutura do direito fundamental e patrimonial, embora esta diferença permaneça oculta em face da unificação da expressão para tratar dos referidos direitos, denominados de direitos subjetivos, sejam eles, inclusivos, universais, exclusivos, singulares, disponíveis ou indisponíveis.

A segunda tese trata dos interesses e expectativas de todos, formando o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica ou dimensão substancial da democracia. Essa dimensão pode ser traduzida como o conjunto de garantias asseguradas pelo Estado de direito, que garante os direitos de liberdade e propriedade, os quais podem ainda ser traduzidos como direitos vitais, como a saúde, a educação e a subsistência.

A terceira tese está relacionada com a natureza dos Direitos Fundamentais, os quais, pela suas tipologias, encontram-se inseridos nos direitos de cidadania, sacramentado pela Constituição Federal de muitos países, inclusive na Constituição brasileira de 1988.

Para Ferrajoli (1999, p. 43), a quarta tese é considerada a mais importante, exatamente por destacar as relações existentes entre direitos e garantias, uma vez que os Direitos Fundamentais consistem de expectativas negativas ou positivas que podem levar a obrigações (garantias primárias) e proibições (garantias secundárias).

Essas teses, de acordo com Ferrajoli (1999, p. 43-44) refletem algumas passagens destacadas por outros juristas.

Na primeira passagem, John Locke, no capítulo II do Tratado sobre o Governo (1690), considera a vida, a liberdade e a propriedade como Direitos Fundamentais, associando os institutos da liberdade e propriedade que foram retomadas por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (liberdade, propriedade e a resistência à opressão).

Na segunda passagem, Karl Friederich von Gerber, em estudo de 1852 sobre os direitos públicos afirmou que direitos fundamentais são direitos públicos radicados na esfera do indivíduo, ou seja, são os fundamentos do direito público.

Na terceira passagem, Thomas Marshall, em seu clássico ensaio de 1950 – *Citizenship and Social Class*, divide os Direitos Fundamentais em três categorias: direitos civis, políticos e sociais, classificando como direitos da pessoa, da personalidade e, por conseguinte da cidadania, por serem dotados de direitos e deveres apoiados na igualdade.

A quarta passagem encontra-se Hans Kelsen que configura o direito subjetivo como um mero reflexo de uma obrigação jurídica, afirmando que ter um direito subjetivo é encontrar-se juridicamente habilitado para intervir na criação de uma norma especial, a que impõe sanção ao indivíduo que tenha cometido um ato antijurídico ou violado um dever.

Alimentando ainda os ideais garantistas dos Direitos Fundamentais, há que se ressaltar que Ferrajoli (1999, p. 47) observa que esses direitos são indisponíveis,

inalienáveis, intransigíveis, e personalíssimos. O que diferencia os Direitos Fundamentais de outros direitos são os vínculos substancialmente impostos, como a vida, a liberdade e a subsistência. São fundamentais porque ninguém pode dispor passivamente de sua vida, de sua liberdade e de sua subsistência.

De acordo com Ferrajoli (1999, p. 63), em uma associação entre Direitos Fundamentais e garantias constitucionais, há que se destacar que não se pode reconhecer a existência de um direito se não reconhecer a existência das garantias sacramentadas nas obrigações e nas proibições correspondentes e normativamente estabelecidas pelo legislador.

O reconhecimento por parte do Estado do direito da personalidade inerente ao indivíduo, requer também o pleno reconhecimento de que aquele indivíduo carece de garantias constitucionais para satisfação das necessidades vitais e/ou essenciais, ou seja, o direito à vida e as formas de resguardo desse bem.

Segundo Gomes, citado por Klevenhusen (2006, p. 138), o direito à moradia é um bem integrante do direito à vida, diferente do direito de propriedade, que é direito real e pode recair sobre qualquer bem, com expressão econômica ou não, material ou imaterial, que retrata a forma de construção de seu titular.

De acordo com a autora (2006, p.138-140), o direito de moradia da forma como está expresso nos artigos 1.414 a 1.416 do Código Civil retrata o direito à vida digna, que deve ser avaliado segundo o primado constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para fundamentar o direito à moradia como princípio constitucional e, portanto, um direito fundamental da pessoa, Klevenhusen (2006, p. 141), buscou embasamento nas palavras de Gomes, que assim se manifestou:

[...] entretanto o valor do direito à moradia, em si, despido do seu conteúdo patrimonial, apenas enquanto bem essencial à vida dentro de um padrão minimamente aceitável para qualquer ser humano, deve estar agregado ao direito à vida para qualificá-lo conforme o padrão existencial humano.

Ferrajoli (1999, p. 105) destaca que as diferentes tipologias dos Direitos Fundamentais, necessitam de garantias que, segundo ele deve ser definida como “as técnicas idôneas para assegurar (o máximo grau de) efetividade às normas que os reconhecem”. Destaca ainda o autor (1999, p. 113), “que a garantia constitucional dos direitos reconhecidos pela Constituição, reside, por conseguinte, em sua inviolabilidade por partes das leis, e, ao mesmo tempo, sendo submetidas ao legislador”.⁴

Segundo Gomes citado por Klevenhusen (2006, p. 145), os artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, são fontes de direitos e devem prevalecer sobre qualquer outra regra jurídica, por se traduzirem em direitos que são fundamentais à dignidade da pessoa humana, garantindo a igualdade, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Embora fundamentais, os direitos anteriormente enunciados não fazem parte da rotina de vida de muitas crianças e adolescentes.

Exemplificando essa afirmação, buscou-se nas críticas ao documentário “Ônibus 174”, produzida por Walter Lima Júnior e pela Agencia Reuters sediada no Rio de Janeiro, que assim resumiram aquela triste realidade:

ONIBUS 174: É MAIS FÁCIL VIRAR O ROSTO DO QUE ENCARAR DE FRENTE A PRÓPRIA REALIDADE

O documentário "Ônibus 174" surge inesperadamente para demonstrar-nos exatamente o contrário: nada havíamos percebido do que acontecera naquela tarde, não havíamos visto direito o jovem negro desdentado, nem os policiais que aguardavam o momento para matá-lo, nem o despreparo patético de uma polícia des governada, nem a miserável mas infinita solidariedade da pobre senhora que assume o papel da mãe protetora, nem a espantosa revelação da invisibilidade destes excluídos que nos espreitam enquanto dormem nas calçadas e nos vêem passar indiferentes, nem a dramática tentativa de suas vítimas em compreender todo aquele absurdo.

[...]

Miséria, abandono, medo, manipulação da notícia, incompetência, desaparecimento policial, despreparo, desgoverno e uma institucional indiferença são os temas

⁴ las técnicas idóneas para asegurar (el máximo grado de) efectividad a las normas que los reconocen. [...] la garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador.

desenvolvidos ao longo de quase duas horas e meia de projeção que espantosamente passam sem que delas nos demos conta. As palavras do ex-secretário de segurança Luiz Eduardo Soares clareiam os aspectos mais obscuros da nossa tragédia social cotidiana: a invisibilidade que votamos aos excluídos das grandes cidades, atirados à própria sorte sem qualquer projeto governamental que os recupere para a sociedade. Parece que nossa principal riqueza, o povo brasileiro, não faz parte dos planos da nação. O seqüestrador clama pela visibilidade, quer ser visto e avisa que tudo aquilo "não é cinema não, é a realidade". Seus companheiros de rua fazem ecoar ao longo do filme as palavras do "invisível" Sandro, o seqüestrador. Uma das vítimas chega a dizer que é ele, Sandro, a vítima maior de toda aquela tragédia. Os policiais entrevistados complementam a visão de Luiz Eduardo Soares e revelam os desmandos da operação de resgate.

DOCUMENTÁRIO "ÔNIBUS 174" CHOCA RIO BR AO RELEMBRAR TRAGÉDIA (REUTERS, - RIO DE JANEIRO - 04/10/2002)

Reconstrói a trajetória de Sandro do Nascimento, que sequestrou o ônibus 174 em 12 de junho de 2000, paralisando o Rio de Janeiro.

Um drama que manteve o Brasil todo de respiração suspensa por várias horas, com a TV transmitindo tudo ao vivo, e que culminou com a morte de uma das reféns, Geisa Gonçalves - com tiros disparados por Sandro e pela polícia. O seqüestrador também morreu sufocado na viatura policial depois de rendido.

Desse minucioso trabalho de reportagem, surgem também detalhes desconhecidos, como o fato de que o seqüestrador não era um menor abandonado. Sua mãe, Clarice, era uma pequena comerciante de São Gonçalo, assassinada diante dos olhos do menino Sandro, que tinha 9 anos de idade.

Uma cena que o traumatizou e esteve por trás de sua atitude de abandonar a família, tempos depois. A partir daí, Sandro ganhou as ruas e nunca mais encontrou um eixo. Caiu no crime, em instituições de menores, passou pela cadeia, fugiu, tentou, desistiu e finalmente abraçou o caminho da violência.

Que tipo de sociedade está gerando esses monstros?

Assim, não basta um Direito ser fundamental à vida ou a dignidade da pessoa humana. É necessário que haja uma garantia de que esses direitos serão preservados na sua plenitude de criação e aplicação prática, uma constatação respaldada nas conclusões de Grasielle Augusta Ferreira do Nascimento (2004, p.130), quando esta observa que “enquanto não for proporcionada a educação integral e a profissionalização eficaz, nossos adolescentes não terão como mudar o capítulo dessa história”.

1.2.1 Os direitos fundamentais da criança e do adolescente

A Assembléia Geral das Nações Unidas assim se pronunciou em 1959, quando da Declaração Universal dos Direitos das Crianças:

Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as melhores em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam este direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios: [...]

Entre outras circunstâncias, a criança e o adolescente são seres dotados de direitos e garantias individuais, e por esta razão não devem ser tratados como objetos, algo desprezível, discriminado, negligenciado, seja pelos pais, pelo Poder Público ou pela sociedade.

Com base nessa constatação, a Constituição Federal em seu artigo 227, preleciona que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, vários direitos, como por exemplo, direito à vida e a liberdade, preceitos estes que foram repetidos no texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda no texto do Estatuto pode-se constatar que de acordo com o artigo 5º, naquilo que concerne à criança e ao adolescente, não será admitido tratamento negligente, podendo os pais, perderem o pátrio poder caso venham a praticar tal descuido com seus filhos.

O artigo 7º do Estatuto retrata os direitos fundamentais, colocando a proteção, a vida e a saúde, como pontos primordiais e iniciais do texto legal.

1.2.1.1 Direito à vida

Ao tomar os direitos à vida, à saúde e à proteção como Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, o legislador procurou demonstrar que o direito à

vida é, sem dúvida, o mais importante e mais singular, que só pode ser obtido através da proteção integral e da saúde, uma vez que, se não existir a vida, os demais direitos consagrados se tornam obsoletos.

Bittar, citado por Elias (2005, p. 08) preleciona que todos os Direitos ditos Fundamentais são inatos, inclusive a o direito da personalidade, cabendo ao Estado o dever de reconhece-los, seja por meio da Constituição Federal, seja por leis ordinárias, criando um elo de proteção contra o arbítrio do Poder Público.

Se a legislação garantiu à criança o sagrado direito de nascer e viver com segurança e saúde, consagrou também entre os Direitos Fundamentais plenos direitos à gestante, que de acordo com o artigo 8º do Estatuto, passou a gozar do pleno direito ao atendimento pré e perinatal, como forma de assegurar ao feto o direito à vida e à saúde, direitos esses que se avolumam na proporção do desenvolvimento da criança após o nascimento, como amamentação, vacinas, assistência médica e odontológica e outros direitos que reafirmam o direito à personalidade.

Entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o Estatuto buscou repetir o enunciado do artigo 5º da Constituição, argumentando nos seus artigos 15, 16, 17 e 18 o conceito de liberdade para as crianças e adolescentes, como o de ir e vir, de brincar, de se manifestar, de ter educação de qualidade, de viver em família e em comunidade, de ter sua imagem, identidade, autonomia, valores, idéias e crenças preservadas, além do direito sagrado da proteção contra tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório e constrangedor.

Cabe aqui uma ressalva, já que segundo José Afonso da Silva (2009, p. 858),

a criança e o adolescente não gozam da liberdade de locomoção em termos assim tão amplos, porque sua condição jurídica impõe limitações. Por isso é que o inciso I do artigo 16 do ECA fala em “ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”.

[...]

É necessário ter em conta, ainda, que a liberdade aí reconhecida não significa que a criança e o adolescente podem locomover-se nos logradouros públicos a seu simples alvedrio, pois estão sujeitos a autorização dos pais ou responsáveis, segundo seus critérios de conveniência e de educação.

Cumpre-se destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, materializado pela Lei 8.069/1990, não pode ser visto apenas como uma carta de intenções, e sim como normas objetivamente definidas, capazes de possibilitar a invocação subjetiva para cumprimento coercitivo. Por conseguinte, o Estatuto assegura às crianças e adolescentes medidas de proteção e ações de responsabilidade por ofensa aos seus direitos e aos de outros. (LIBERATI, 2006, p. 31)

1.3 A liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

1.3.1 Histórico

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, criado pela lei 8.069 de 13 de julho de 1990, possui uma doutrina de oferecer proteção integral, independente da situação, muito diferente do Código Menorista que prevaleceu até aquela data, que era utilizado unicamente em momentos ou determinadas situações de irregularidades por parte do adolescente.

Tomando o termo "proteção integral", há que se ressaltar que segundo Elias (2005, p. 02) deve ser entendido como "o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade."

Ainda segundo Elias (2005, p. 02), a proteção integral é abrangente, devendo ser aplicada a todos os indivíduos que ainda não completaram dezoito anos, com

base na maioria estabelecida pelo novo Código Civil. Ser abrangente significa proteger a vida, a saúde, a liberdade, o respeito, a dignidade, a convivência familiar e comunitária, a educação, a profissionalização, o lazer e o esporte.

Dentro do aspecto da abrangência, em situações em que o adolescente entre em conflito com a lei, a liberdade assistida como substituição a medidas de recolhimento e privação de liberdade, pode funcionar como medida de proteção aos direitos e respeito aos direitos fundamentais, já que com essa medida, o adolescente continuaria desfrutando do convívio de seus familiares e de sua comunidade, podendo ser assistido dentro do seu mundo e do seu modelo de vida, passíveis de mudanças, se necessário.

Por outro lado, se fosse albergado, passaria a ser vigiada e punido dentro de um mundo de reclusão, junto a outros adolescentes que cometeram atos infracionais mais graves, servindo de escola do crime e aprendizado da violência.

1.3.2 Liberdade Assistida

De acordo com o artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

§ 1º - A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º - A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Se a liberdade é assistida, logo ela possui um caráter definido de uma liberdade vigiada, devendo ser revestida de um imenso apelo pedagógico, que possa produzir dentro do período de duração o início de uma inserção social, embora a terminologia

“assistida e/ou vigiada” represente uma sensação de punição e de privação, é uma sensação que deve ser sentida pelo adolescente como o preço social a ser pago pela infração cometida.

Esse formato e sensação da liberdade assistida, pelo seu caráter punitivo se contrapõem ao verdadeiro conceito de liberdade, que Elias (2005, p. 13), tomando De Cupis, define como a falta de impedimentos, o direito de agir como melhor lhe aprouver, dentro dos limites impostos pelo ornamento jurídico. No caso de crianças e adolescentes, os limites são impostos visando garantir a sua proteção integral e suprir a assistência material, moral e jurídica.

A liberdade assistida vista a partir do ordenamento jurídico deve ser considerada como imposição de limites do judiciário visando a garantia e a proteção do adolescente flagrado em situação de conflito com a lei e com a sociedade.

O orientador judicial ou pedagógico é considerado peça fundamental para que a medida obtenha sucesso, considerando que este seja dotado de capacidade e de vontade suficiente para orientar o jovem infrator no caminho da normalidade e da sua reinserção na comunidade e na sociedade.

Os adolescentes ao receberem a ordem judicial de progressão de sentença ou de sentença inicial de liberdade assistida, são encaminhados, na companhia de seus pais e/ou responsáveis para uma das unidades de atendimento do Meio Aberto da Fundação Casa ou de Unidades congêneres, em parceria com as Organizações Não Governamentais cadastradas e autorizadas a trabalhar com adolescentes infratores.

Estes organismos passam a ser responsáveis pelo atendimento e acompanhamento do adolescente infrator, atuando como agente facilitador das dificuldades que surgem e que são inerentes à desconfiança e medo que a sociedade desenvolve com relação ao infrator, principalmente naquilo que concerne a reinserção nas unidades de ensino

tradicional ou profissionalizante, no ambiente de trabalho, na comunidade de origem na sociedade em geral.

Insta-se ressaltar que os adolescentes infratores cumprindo medida socioeducativa de liberdade assistida, geralmente, acabam por concluir que a mesma sociedade que acolhe com reservas é a mesma que segrega sem reservas, uma constatação que pode ser vista como a origem ou o pano de fundo do retorno dos adolescentes à prática de atos infracionais.

A presença de pedagogos, de assistentes sociais, de psicólogos e até de psiquiatra nas unidades não governamentais de assistência e acompanhamento à liberdade assistida é importante e fundamental, porém não deve ser a única. O acolhimento familiar, comunitário e social podem ser o ponto de convergência da prática de inserção do adolescente infrator.

1.3.2.1 Liberdade assistida comunitária

Segundo Elias (2005, p. 21), “a criança e o adolescente somente poderão desenvolver-se plenamente no seio de uma família” e, assim sendo, nenhuma outra instituição de apoio ou amparo pode substituir a família na criação e desenvolvimento do ser humano, uma proposta que se encontra amparada no artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 19 a 24 do Estatuto, garantindo o direito à convivência familiar como um direito natural.

Sendo a família o estágio inicial de vida das pessoas, o adolescente é reconhecido na sociedade inicialmente pela família a que pertence e, dessa forma, a liberdade assistida comunitária deve ser exercida por um orientador que reside no mesmo bairro, conhece o ambiente, as características dos moradores, as demandas, os recursos, e, em certos

casos, compartilha das histórias de vida do adolescente, da sua família de sangue ou da família substituta, criando um vínculo adequado e propício para a reinserção social e comunitária.

Definindo claramente o termo, a liberdade assistida comunitária deve ser entendida como a forma ou modelo mais adequado para os orientadores que, geralmente, por residirem no mesmo bairro onde o posto de atendimento está situado, conhecerem o ambiente e suas prerrogativas favoráveis e desfavoráveis, como demandas, recursos e, histórias dos adolescentes e seus familiares, podem servir como cerne condutor das ações e reações dos adolescentes na retomada de sua condição de ser social, dotados de direitos, deveres e obrigações para com a comunidade.

A inclusão da população, da comunidade e da sociedade na tarefa de inserção do adolescente é uma obrigação legal de um Estado Democrático de Direito. Por ter sua origem no modelo de democracia, deve estar alicerçado na liberdade da ciência política, uma liberdade que surge com a eleição de representantes legítimos para tomar decisões, legislar ou administrar em nome dos cidadãos, mas a sua continuidade depende de ser assegurado aos múltiplos setores da população meios de participarem, sempre que possível, da discussão e solução dos problemas que lhes dizem respeito.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um dos pressupostos da implantação dos direitos das crianças e dos adolescentes através dos artigos 227, § 7.º e 204, Inciso II, preconizaram a participação da população na condução das políticas relacionadas à infância e à juventude, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O artigo 10 da Constituição Federal de 1988 ainda deliberou sobre a participação da sociedade civil nos assuntos que fossem objetos de discussão e deliberação. Esse artigo possibilitou a influência da sociedade civil organizada na recuperação de

adolescentes infratores, principalmente naquilo que concerne ao cumprimento das medidas sócioeducativas, executadas na forma da Liberdade Assistida Comunitária (LAC), desenvolvida integralmente por meio de Organizações Não-Governamentais no interior das comunidades de origem dos adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, por meio do seu artigo 86, adverte que “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados e dos Municípios [...]”, estando incluso neste artigo o direito de cumprir sua medida socioeducativa dentro de sua comunidade, com atendimento especializado de funcionários ou agente públicos de Organização de atendimento cadastrada.

A liberdade assistida comunitária, muito mais que uma liberdade com assistência integral de profissionais das ciências humanas com interesses pedagógicos, é uma liberdade assistida dentro da comunidade de origem do adolescente, um modelo que permite a vigilância a partir do local de vivência, com suas dificuldades, prerrogativas favoráveis e desfavoráveis, como demandas, recursos e, histórias de vida pregressa dos adolescentes e de seus familiares.

Muito mais que assistida é uma liberdade estudada e analisada dentro do habitat natural do adolescente infrator.

1.3.3 Liberdade Vigada

Tratando do conceito de liberdade assistida deve-se evidenciar que este não é algo totalmente novo, entretanto, em seus artigos 118 e 119, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou dar ênfase à palavra “assistida”, uma prerrogativa do legislador que

passou a vislumbrar e entender os adolescentes não como objetos de vigilância e controle como ocorria na liberdade vigiada e sim como sujeitos livres e em desenvolvimento, que requerem apoio ou assistência no exercício de sua liberdade, para se desenvolverem em toda sua plenitude.

Embora a liberdade vigiada tenha sua origem no modelo semelhante do sistema penal brasileiro, ela apresenta algumas diferenças, considerando que vigiar o adolescente em situação de conflito com a lei é dever do Estado, da sociedade e, na maioria das vezes, abrange não só a pessoa do adolescente, mas, principalmente, sua família, provável ponto de origem de suas atitudes e atos delituosos.

Segundo Fernandes (1985) citado por Ferreira (2006, p. 176), “enquanto na liberdade vigiada a tônica está na preocupação de que o criminoso não torne a delinquir, protegendo-se a sociedade, na liberdade assistida, quem deve ser protegido é o adolescente e quase sempre também sua família”. Essa vigilância e proteção integral podem resultar na recuperação do adolescente e da família, evitando, em muitos casos, que outros adolescentes daquela família entrem para a delinqüência e aumentem as estatísticas dos atos infracionais.

Unificando os conceitos de assistir e vigiar chega-se a uma dada conclusão que não são meramente fatores de terminologia e sim de geração de novas concepções que possibilitam zelar e impedir que o adolescente não freqüente determinados lugares e/ou permaneça na companhia prejudicial e perigosa de determinadas pessoas, dois agravantes no caminho da infração e da delinqüência. .

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente além de ratificar a liberdade vigiada, extremamente utilizada na legislação e verbalizada no artigo 38 do Código de Menorista de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, optou por modificar a terminologia para liberdade assistida sem, no entanto, deixar de lado a característica central de promover a vigilância ferrenha sobre os atos e atitudes do adolescente.

Em poucas palavras, a liberdade vigiada exerce controle sobre a conduta do adolescente enquanto que liberdade assistida cria condições para reforçar vínculos entre o adolescente, seu grupo de convivência e sua comunidade. Qualquer que seja a liberdade, vigiada ou assistida, ela nos remete a algum tipo de controle social sobre o adolescente.

1.3.4 O formato da medida de Liberdade Assistida

A liberdade assistida está inserida no contexto das medidas sócio-educativas definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu capítulo IV, seção V, e tem como finalidade prática a reparação por um dano causado a outrem ou a sociedade.

O artigo 118 do Estatuto (2001, p.72) estabelece que a medida sócio-educativa de liberdade assistida “será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”.

Definida esta necessidade, a autoridade judicial expede uma ordem designando uma pessoa capacitada para acompanhar o caso (processo), podendo esta pessoa ser indicada por entidade de assistência ao adolescente ou por algum programa de atendimento. O prazo mínimo a ser fixado é de 06 meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida a qualquer tempo, com base em relatórios preparados pelo orientador, Ministério Público ou defensor.

A liberdade assistida pode ser definida pela autoridade judicial:

- a) Como medida inicial por ter sido flagrado em ato infracional;
- b) Como medida de progressão da unidade de internação para o meio aberto;

- c) Como medida de regressão por ter descumprido os propósitos de medida de prestação de serviço à comunidade.

1.3.4.1 Tempo de duração da medida de liberdade assistida

No artigo 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente o legislador se incumbiu de definir os parâmetros a serem seguidos pelo orientador durante o período em que o adolescente estiver sob o regime educativo de liberdade assistida, sendo:

- a) Promover a socialização do adolescente com sua família;
- b) Orientar e inserir, se necessário, o adolescente em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- c) Supervisionar, tanto a frequência como o aproveitamento escolar do adolescente, inclusive sua matrícula em unidade educacional;
- d) Buscar meios de promover a profissionalização do adolescente visando sua inserção no mercado de trabalho;
- e) Apresentar relatório do acompanhamento.

O texto integral do artigo 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente, embora estabelecido legalmente, faz parte do aporte contraditório da falta do garantismo que se pretende desenvolver em capítulos posteriores deste trabalho, principalmente naquilo que concerne ao direito à assistência, à escola, à profissionalização e ao mercado de trabalho.

O formato legal da liberdade assistida é direto e conclusivo, necessitando apenas de vontade política dos agentes públicos em fazer valer e garantir esses direitos já assegurados aos adolescentes em situação de conflito com a lei e com a sociedade.

1.3.5 Finalidade e objetivos da medida de liberdade assistida

A medida sócio-educativa de liberdade assistida tem por finalidade prática manter o adolescente no seio da família e da sociedade, evitando, enquanto possível, medidas de segregação social como a internação em unidades da Fundação Casa (estado de São Paulo). Já o objetivo de aplicar medida de liberdade assistida é oferecer ao adolescente a oportunidade de expressar a sua história, os seus ideais e o seu projeto de vida, fazendo com que ele se coloque na condição de escolher o que é melhor para o seu projeto de vida. (ROSA, 2007, p. 205).

Para Rosa (2007, p. 210), no momento da aplicação de medidas sócio-educativas, a autoridade judicial faz uso da análise dos motivos, das circunstâncias, conseqüências de conduta e comportamento da vítima, e, ao impor a referida medida, a autoridade tem por finalidade analisar o comportamento do adolescente sob a vigilância de um pedagogo ou assistente social. A finalidade desse acompanhamento é reunir indícios sobre a progressão ou regressão do estado de delinqüência do infrator, um resultado que dificilmente seria obtido a partir de uma unidade de internação.

Cabe destacar ainda que de acordo com artigo 5º da Constituição Federal, o adolescente-cidadão só responderá por um comportamento (liberdade individual) se este for ilícito. Logo, comportamentos sociais desenvolvidos em liberdade, mesmo que assistida, são mais reais do que comportamentos produzidos ou exigidos dentro de unidades de internação e de albergue.

Tomando o comportamento e as circunstâncias como base do ato infracional, pode-se afirmar que a medida de liberdade assistida tem por finalidade preservar a condição especial que o adolescente possui como pessoa em desenvolvimento, mediante a

realização efetiva e concreta das atividades pedagógicas que procuram oferecer alternativas ao adolescente, promovendo as atividades escolares, recreativas e de lazer, fortalecendo assim os vínculos com a sua comunidade.

Por fim, Saliba (2006, p. 30) enxerga que “ a medida de liberdade assistida busca evitar o internamento e deposita na escola, na família e na sociedade a obrigação de reintegrar socialmente o adolescente infrator”. Nesse formato, a liberdade assistida reeduca o infrator e a sua família.

1.3.5.1 Liberdade assistida como medida de progressão

A Lei de Execuções Penais -LEP – (Lei 7.210/84), em seu artigo 112 determina:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º/12/2003)

Tratando-se de medida progressão, a liberdade assistida soa como um benefício auferido pelo adolescente infrator no seu progresso moral, comportamental e ético rumo à recuperação e a reinserção definitiva na comunidade e na sociedade.

Essa lógica progressista encontra respaldo nas palavras de Foucault (1999, p. 210), buscou retratar o verdadeiro sentido do estado de reclusão, de internação, de aprisionamento, definindo que prisão é “um local de constituição de um saber que deve ser princípio regulador da prática penitenciária”, um local que o adolescente terá tempo para meditar sobre o verdadeiro sentido da liberdade, podendo apresentar indícios visíveis de recuperação e progressão moral, desfrutando em determinado momento, com vistas aos

relatórios sobre seu comportamento, do benefício da liberdade assistida como forma de progressão da medida anteriormente aplicada.

Há que se ressaltar que para Foucault (1999, p. 210), essa possibilidade de progressão é resultado de julgamentos diários, já que os prisioneiros (internos) continuam sendo julgados mesmo após ter recebido sua sentença (medida). Dentro da unidade de internação, além do julgamento da autoridade judicial que o albergou, o adolescente sofre o julgamento de psiquiatras, psicólogos, médicos e servidores sociais, dependendo do olhar clínico desses julgadores para obter o benefício da progressão de sua medida.

A progressão da medida é um elo do círculo vicioso da justiça penal, que passa a existir na vida do adolescente infrator, que segundo Saliba (2006, p.36), “depois de entrar na engrenagem judicial, o adolescente infrator só sairá se conseguir demonstrar que reeducou seu comportamento, que está trabalhando ou de volta à escola, que não tem mais desejos de cometer infrações.”

1.3.5.2 Liberdade assistida como medida de regressão

O termo Regressão é definido como o ato ou efeito de regressar, de voltar, o retorno ao lugar donde se partiu – o regresso (FERREIRA, 2007, p. 693) e/ou retornar a um estado anterior, voltar ao ponto de partida (Houaiss, ano, p.)

Dentro da justiça penal, a palavra regressão é uma forma de castigo, de adoção de medida mais severa que a anteriormente aplicada, considerando que a mesma justiça que permite ou concede a progressão de uma medida mais enérgica para uma mais branda, é aquela que aplica a regressão, passando de uma medida considerada mais branda para uma mais enérgica.

A regressão da medida exige o atendimento, de maneira concomitante, de três pressupostos concorrentes:

- a) possibilidade jurídica da incidência da medida substituinte;
- b) imposição da medida substituída por sentença de mérito;
- c) demonstração da inadequação da medida substituída e da instrumentalidade da medida substituinte.

Segundo Júlio Fabrini Mirabeti (1987, p. 287), o instituto da regressão, que é de direito material, encontra-se inserido, como adequado, no Direito Penal, instituído no Código Penal, em seu Título V – Das Penas, em seu artigo. 32 e seguintes, que trata das penas e suas espécies, in verbis:

Art. 32: As penas são:
I- privativas de liberdade;
II- restritivas de direitos;
III- de multa.

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
[...]

§2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso. e seus regimes de cumprimento (fechado, semi-aberto e aberto) .
[...]

§ 1º. Considera-se:
a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
d) Regime de cumprimento de pena, para o Direito Penal é o regime inicial da execução da pena privativa de liberdade estabelecido na sentença

Juridicamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA nada contemplou sobre a aplicação do Direito Penal ou Processual Penal, ou mesmo da Lei de Execução Penal, naquilo que concerne à apuração de ato infracional atribuído a adolescente e execução de medida aplicada, seja direcionado a procedimento específico, instaurado a partir

de representação ministerial, seja em face de remissão concedida, visto que a matéria, aplicação e execução de medidas, foi normatizada suficientemente no Estatuto.

A regressão de medida está implicitamente amparada nos incisos II e III do artigo 122 do Estatuto (2001, p. 74), que estabelece regras para a medida de internação, observando que esta poderá ser adotada quando:

- a) Por reiteração no cometimento de outras medidas graves;
- b) Por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Assim, um adolescente que recebeu a aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida, se for flagrado descumprindo de forma reiterada e injustificável a medida, ou cometendo atos infracionais durante o período que estiver sob vigilância assistida, poderá sofrer regressão, ou seja, a aplicação de medida de semi-internação ou internação, dependendo do relatório de acompanhamento enviado à autoridade judicial responsável (promotor da Infância e da Juventude ou Juiz da Vara da Infância e da Juventude).

Cabe destacar que a opção pela medida de internação no caso de regressão não poderá ultrapassar o período máximo de três meses. Nesse caso, se o adolescente, depois de cumprido três meses, voltar para o regime de liberdade assistida, voltar a infringir a medida, não poderá sofrer nova internação, considerando que já esgotou o prazo máximo definido no artigo.

II. A LIBERDADE ASSISTIDA COMO SISTEMA NORMATIVO

O estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer em seu artigo 118 o benefício da liberdade assistida, ofereceu a este instituto penal um caráter normativo, tanto no seu aspecto legal de aplicação como no seu aspecto prático de cumprimento e respeito por parte do adolescente infrator.

Dentro dessas perspectivas de direitos, deveres e obrigações, estão inseridos o Poder Judiciário, representado pelo Juiz e Promotor da Infância e da Juventude, o adolescente e seu representante legal, a Instituição de Meio Ambiente devidamente credenciada, a comunidade de origem do adolescente infrator e a sociedade em geral, cada qual com suas responsabilidades distintas no processo de inserção social.

2.1 A competência

Como sistema normativo, a liberdade assistida é um instituto penal que pode e vem sendo utilizado pela autoridade judicial sempre que esta desejar fazer um acompanhamento e uma análise do comportamento do indivíduo infrator dentro da sua comunidade e da sua família, utilizando-se da capacidade e do discernimento de pedagogos, psicólogos e assistentes sociais que atuam em entidades assistenciais ou organizações não-governamentais de apoio e amparo ao adolescente em situação de risco ou de conflito com a lei.

A liberdade assistida ao ser normatizada pelo Estatuto, transformou-se em um instrumento de coerção e de restrição, uma vez que o indivíduo vivendo no referido

regime está obrigado a prestar contas de seus atos, atitudes, circunstâncias e comportamentos, deixando de ter e desfrutar da liberdade sacramentada no artigo 5º da Constituição Federal.

A competência e autoridade de colocar o adolescente em regime de liberdade assistida são princípios inerentes do Juiz natural, já que o adolescente infrator tem o direito fundamental de ser interpelado por um juiz imparcial, independente, para apreciar e julgar o processo judicial, mesmo naqueles processos em que o adolescente figure como praticante assíduo e/ou eventual de delitos.

A garantia de direitos constitucionais estabelecidos no artigo 5º da Carta Magna, clama pela existência de meios legais idôneos para a definição e proteção desses direitos, a partir de um órgão judicial competente, independente, imparcial e em consonância com os ditames da lei, que fixará, por meio de critérios de oportunidade, legitimidade e racionalidade, a competência e o âmbito dos poderes.

O Estatuto da Criança do Adolescente (2001, p. 84-88), estabelece em seus artigos 145 a 151, os regimes de competência para julgar e punir os adolescentes em situação de risco ou em conflito com a lei, destacando que “os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.”

Da necessidade do julgamento surge a personalidade jurídica do Juiz da Infância e da Juventude, encarregado dessa função dentro da estrutura da Lei de Organização Judiciária local, conforme estabelece o Estatuto em seu artigo 146.

Nessa conjuntura, o artigo 145 do Estatuto preconiza que a competência para julgar os atos infracionais será determinada, segundo o lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção, definindo que, mesmo que o delito

afete o patrimônio da União, o conhecimento e as decisões do processo recairá sempre sobre o Juizado da Infância Estadual..

Na esfera de julgamento, em especial, na execução da Medida de Liberdade Assistida, existe possibilidade de fixar competência dentro da comarca distinta daquela onde ocorreu o ato infracional e onde houve o julgamento e aplicação da medida da medida sócio-educativa. Em termos gerais, segundo consta no artigo 147, §2º, a execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde estiver sediada a entidade que vier abrigar a criança ou adolescente.

No âmbito da competência para conhecer e julgar os atos infracionais, o artigo 148 do Estatuto salienta que a Justiça da Infância e da Juventude é um órgão altamente competente para:

- I. conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;
- II. conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;
- III. conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;
- IV. conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;
- V. conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de conhecer de casos atendimento, aplicando as medidas cabíveis;
- VI. Aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra normas de proteção à criança ou adolescente;
- VII. Conhecer os casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis

2.2 O contraditório

O contraditório e a ampla defesa são princípios gerais do direito processual, com feições ambivalentes, que se aplicam ao processo civil e penal, conforme estabelece o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, in verbis: “aos litigantes, em processo judicial

ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

No caso do adolescente em situação de conflito com a lei, A Constituição Federal, em seu artigo 227, §3º, e inciso III do artigo 111 do Estatuto, garantem a obrigatoriedade da defesa técnica por advogado, considerando que este é um dos artifícios da construção garantista do devido processo legal. (LIBERATI, 2006, p.109).

A plenitude da defesa foi ainda ampliada pelo artigo 206 do Estatuto (2001, p. 109) quando estabelece:

A criança ou o adolescente, seus pais ou responsáveis, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.
Parágrafo Único: será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitem.

O artigo 207 do Estatuto (2001, p. 109) volta a reafirma a necessidade imprescindível de um advogado no processo de apuração de atos infracionais, atribuídos ao adolescente, verbalizando que “nenhum adolescente a quem se atribui a prática do ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor”, uma garantia que, segundo Liberati (2006, p. 112) já estava disposta no artigo I da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, destacando que “a pena de revelia não exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo”.

Para Liberati (2006, p. 113), não existe a possibilidade de um adolescente ser ouvido pela autoridade judiciária sem a presença de um profissional habilitado para defesa, não importando a gravidade do ato praticado. Mas, segundo o autor (Idem), a orientação jurisprudencial desvincula-se da garantia do devido processo legal, entendendo que o adolescente não necessita da defesa de um advogado, alegando que “assuntos de adolescente são de natureza social, não jurídica”.

João Roberto Elias, citado por Liberati (2006, p.114) afirma que no “nosso sistema jurídico, na área penal, o réu não pode ser condenado sem que se lhe dê um advogado. Assim sendo, se o juiz não nomear defensor ao réu presente, isso será motivo para a nulidade”, conforme previsto no artigo 564, III, “c” do Código de Processo Penal. “*Mutatis mutandis* é o que ocorre na área do adolescente que comete ato infracional”.

Amaral e Silva, citado por Fernandes (2002, p. 02) destaca: “os direitos processuais passam a ser obrigatoriamente intocáveis, deixando o processo de ser inquisitorial para se tornar contraditório, assegurando ao adolescente o direito à presunção de inocência e à ampla defesa, inclusive recurso à instância superior”.

A presença de um advogado na oitiva estabelece a capacidade postulatória da melhor proteção dos interesses do adolescente, uma obrigatoriedade respaldada no agravo de instrumento proferido em um caso de renúncia da defesa técnica, citado por Ishida (2009, p. 174), in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Adolescente a quem se impôs advertência pela prática de ato infracional – interposto de apelação contra a r. sentença – indeferimento do procedimento do recurso, sob a justificativa de que o menor e seu representante assinaram um termo de renúncia – inadmissibilidade - defesa técnica por Advogado é garantia fundamental do infrator, de modo que entre as manifestações de vontades do menor e seu representante e o oferecimento de apelo, deve prevalecer o entendimento de quem tem capacidade postulatória, visando melhor proteção dos interesses do adolescente – Inteligência do art. 111, III, do ECA – RECURSO PROVIDO. (TJSP – AI. n.º 76.793-0/9 – Agravante: G. G. da S. – Agravado: Promotor de Justiça da 1ª Vara Especial da Infância e da Juventude da Capital – Rel. Nigro Conceição – J. 15-3-2001)

2.3 Os recursos

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 76-79), um indivíduo, ao ser processado na instância inicial na comarca de origem, adquire, por força da legislação, garantias processuais que se completam com o duplo grau de jurisdição, aventando a

possibilidade de revisão, através de vias recursais, das causas já julgadas em primeira instância por outro órgão de instância superior.

Para Gomes Filho (2001, p. 45), o que interessa, antes mesmo de considerá-lo uma garantia processual, é reconhecer o seu fundamento político de controle sobre o exercício do poder jurisdicional.

Nery Júnior (2004, p. 211) opina que apenas a Constituição Federal de 1824 tratava da garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, sendo que os textos constitucionais promulgados posteriormente fizeram apenas menção sobre a existência de tribunais em outras esferas de julgamento, dotados de essência e de competência recursal.

Entretanto, por ser o Brasil, um dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica, deve estrita obediência ao texto do artigo 8º, n. 2, letra h, que fixa “o direito do condenado de recorrer da sentença à juizes ou tribunais de instâncias superiores.

Há que se destacar que em matéria de recursos a instância ou juiz superior, o marco normativo principal que trata de adolescentes praticantes de atos infracionais é a decisão da Corte Interamericana de Direito Humanos, denominada Opinião Consultiva nº. 17, de 28 de agosto de 2002⁵.

Naquela oportunidade, a Corte Interamericana de Direito Humanos, interpretando os artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, e sua aplicação prática nos assuntos relacionados com a área da infância e juventude, definiu sobre a existência do duplo grau de jurisdição e o recurso efetivo como desdobramento do devido processo legal.

Dessa forma, existe o entendimento legal de que a garantia processual anterior (Juiz Natural) deva ser complementada com a possibilidade de existência de um tribunal superior capaz de revisar as atuações da instância imediatamente inferior.

⁵ COTEIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derecho del Niño. Disponível em: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2212.pdf>. Acesso em: 01.03.09.

Esse direito está alicerçado no artigo 8, n.º 2, letra h da Convenção Americana dos Direitos Humanos (anexo A), 336 e no artigo 40.b, inciso V da Convenção sobre os Direitos da Criança (anexo B), que assim se manifesta: [...] “se for considerado, de fato, que um adolescente tenha infringido uma lei penal, esta decisão e toda medida imposta em sua conseqüência será submetida a uma autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, conforme a lei”.

O artigo 25 da Convenção Americana ressalta que qualquer ser humano em conflito com a lei deve ter acesso a um recurso rápido e simples, estando inserido neste recurso o mandado de segurança e o habeas-corpus, que não podem ser suspensos sequer em situação de exceção.

Neste mesmo segmento de garantia recursal, as regras de Beijing também trataram de assegurar o respeito às garantias processuais em qualquer uma das etapas do processo, dentre as quais o efetivo direito de apelação a uma instância ou autoridade superior.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (2001, p. 101), em seu artigo 190, §2º já faz uma breve menção a possibilidade de recurso. Na prática, o regime recursal do Estatuto voltado para apuração de atos infracionais, adota o Código de Processo Civil como modelo, conforme estabelecido no artigo 198, determinando que, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, aplica-se o sistema recursal do Código de Processo Civil, com as adaptações proferidas em seus incisos.

Essas adaptações foram criadas visando a efetividade do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, considerando a inexistência de recurso em sentido estrito, isenção de preparo, prazos próprios, dispensa de revisor, efeitos e o juízo de retratação.

Com base nessas adaptações e configurada a inexistência de recurso no sentido estrito, surge uma outra figura jurídica, que pode vir a ser utilizada de forma conjunta pelo Juizado e Promotoria da Infância e da Juventude: o benefício da remissão.

2.4 A remissão

No Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o instituto da remissão representa um forte instrumento de flexibilização da justiça, uma das grandes inovações, que segundo Fernandes (2002, p.123) é o “corolário do princípio da oportunidade ou disponibilidade da ação sócio-educativa, que possibilita ao Ministério Público o não oferecimento da ação, em troca da sua concessão”.

O artigo 126 do Estatuto (2001, p.77) estabelece que

antes de iniciado o procedimento judicial para apuração do ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo Único: iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

O instituto da remissão tem sido visto por alguns juristas como uma condição para se evitar processos demorados, que se avolumam nos cartórios específicos, conforme preleciona Olympio de Sá Souto Maior Neto, citado por Fernandes (2002, p. 124):

o instituto da remissão importa em significativo avanço em nossa legislação, vez que responde pedagogicamente a uma situação de conduta em desacordo com a lei e, ao mesmo tempo, espanta o fantasma, tão presente entre nós, da justiça demorada. (Correição parcial nº 15.720, Curitiba/PR)

Ainda sobre a remissão, Fernandes (2002, p. 124), destaca os resultados obtidos em um colóquio sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, realizado em 1992, sob o patrocínio do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo eles:

- A concessão da remissão pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo é constitucional;
- A remissão como forma de exclusão, extinção ou suspensão do processo, implica transação;
- Ao conceder a remissão, o Ministério Público poderá ajustar a inclusão de medida sócio-educativa. Homologada a remissão, o Juiz determinará a sua execução;
- A medida sócio-educativa, incluída como condição de remissão, não admite substituição *ex-officio*, podendo apenas ser revista mediante provocação do adolescente, pais ou responsáveis ao Ministério Público;
- De modo a garantir a eficácia da regra de que 'nenhum adolescente a quem se atribua a a prática de ato infracional será processado sem defensor' necessário se faz a imediata criação e/ou instalação das Defensorias Públicas.

O instituto da remissão como forma de exclusão do processo é atribuição exclusiva do Ministério Público, porém, após o início do processo, já cumprido as fases de proposta e representação, caberá a autoridade judiciária promover a suspensão e extinção do processo. Fernandes (2002, p. 127) destaca que a autoridade judiciária poderá ainda suspender a ação sócio-educativa e fixar um período de provas antes da tomada de decisão final.

Essa relação entre a atribuição da Promotoria e do Juiz no instituto da remissão pode ser constatada nos despachos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, compilados por Ishida (2009, p. 204), in verbis:

Cumulação da remissão com aplicação da medida socioeducativa pelo promotor. Impossibilidade. V. TJSP – MS 14.470-0 – Rel. Lair Loureiro, em igual sentido: “a imposição de medidas previstas no Estatuto não se insere na atribuição do MP, pois afronta os princípios do Juízo Natural, do contraditório e da ampla defesa”. (TJSP – C. Esp. – Ap. 14.883-0 – Rel. Yussef Cahali – j. 30-7-92)

Estatuto da criança e do adolescente – Prática de ato infracional – remissão concedida pelo Ministério Público cumulada com medida socioeducativa – inadmissibilidade de cumulação. Sobre permitir ao Ministério concessão da remissão, sujeita à homologação judicial, não significa que a Lei n.º 8.069/90, arts. 127 e 181, § 1º, também lhe permita a imposição de medida socioeducativa, cuja aplicação reservou ao poder jurisdicional especificado nos seus arts. 146 e 148, I. (STJ – 5ª Turma – Resp. n.º 24.432-1/SP – Rel. Min. José Dantas – DJU 3-11-92, p. 1973)

Nos casos de ocorrência de atos infracionais envolvendo adolescente primário, estudante e devidamente integrado à família, a autoridade judiciária poderá viabilizar a sua ressocialização, sem, no entanto, afastá-lo de seu convívio social. Para tanto, fixa-se um determinado prazo com acompanhamento de um técnico, preferencialmente um assistente social. Findo o prazo e demonstrada a efetiva ressocialização, o processo será julgado extinto e o adolescente desfrutando do status da primariedade, um dos principais efeitos da remissão.

Fernandes (2002, p.134) entende não ser necessária a homologação por parte da autoridade judiciária em casos de remissão sem adoção de medidas substitutivas ou paralelas. Para o autor (2002, p. 134), “o instituto inspirado na normativa internacional visa exatamente desburocratizar o procedimento, afastando o adolescente do processo e, conseqüentemente, do contato desnecessário com a autoridade judiciária [...] a fim de assistir a um ato processual meramente homologatório”.

O Ministério Público do estado de São Paulo, seguindo as orientações previstas no artigo 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente, orienta sobre esse aspecto no artigo 307 do Manual de Atuação Funcional, estabelecendo que, dentro das possibilidades dos fatos e das circunstâncias, logo após a oitiva informal, o seu representante deverá:

- Promover o arquivamento se ficar comprovada a atipicidade do fato, a falta de participação do adolescente ou a inexistência do ato infracional;
- Conceder a remissão quando cabível. Na eventualidade de inclusão de medida sócio-educativa, zelar para que o adolescente esteja assistido por seu defensor, constituído ou dativo, quando da celebração da transação;
- Promover, privativamente, a ação sócio-educativa, quando se afigure necessária à imposição de medida sócio-educativa correspondente.

2.5 A prescrição

Naquilo que concerne à prescrição das medidas sócio-educativas, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 acabou sendo omissivo, quando deixou de contemplar a figura do referido instituto e, dessa forma, ela não se aplica, já que as medidas sócio-educativas não são dotadas de natureza penal.

Ishida (2009, p. 318-319) esclarece por meio de despacho do TJSP, a prescrição penal do ato infracional, ressaltando que o “STJ, todavia, sob o argumento de que a medida socioeducativa possui natureza também retributiva e repressiva, tem admitido a analogia legal da prescrição do ilícito penal para o ato infracional: AGA 46.617/RS – Decisão de 26-5-2004.

O Estatuto tem em vista a prática de atos infracionais por inimputáveis, enquanto que o Código Penal no artigo 109, ao tratar da prescrição, antes de transitar em julgado a sentença, refere-se textualmente à pena privativa de liberdade cominada ao crime, hipótese que certamente não pode ser trasladada para os atos infracionais que têm apenas como sanção medidas socioeducativas. (TJSP – C. Esp. – Ap. 18.839-0 – Rel. Dirceu de Mello – j. 21-7-94.)

Por outro lado, tomando o Código de Processo Penal como parâmetro de aplicação dos prazos prescricionais, resultaria na obtenção de lapsos temporais de 01, 02 e 08 anos, a contar da data limite da medida aplicada.

Se tomarmos um exemplo que a medida aplicada tenha sido a de liberdade assistida, os lapsos de tempo prescricional de caráter retroativo, intercorrente e executório dependerão do prazo mínimo fixado em sentença.

- a) Se o lapso mínimo for de seis meses, conforme preconiza o artigo 118, § 2º do Estatuto: a prescrição dar-se-ia em dois anos, segundo consta do texto do artigo 109, inciso VI, do Código Penal;

- b) Se o título executivo judicial tiver um prazo demarcado igual a um ano e inferior a dois anos: a prescrição ocorreria ao final de quatro anos, de acordo com o artigo 109, inciso V, do Código Penal;
- c) Se o prazo demarcado for igual ou superior a dois e não superior a três, a prescrição da medida sócio-educativa seria dada como finalizada em oito anos, com base no texto do artigo 109, inciso IV do Código Penal.

Para Liberati (2006, p. 206):

A extinção da medida socioeducativa opera-se, também, pelo decurso de tempo ou prescrição. A prescrição, como se denota no art. 107, IV, do CP, é instituto de direito material, que opera a extinção da punibilidade, que pode ocorrer antes ou depois de transitar em julgado a sentença; incide sobre as penas restritivas de direitos, privativas de liberdade e de multa.

A prescrição, vista a partir do sentido penal, segundo Damásio Evangelista de Jesus, citado por Liberati (2006, p. 206) “é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso de tempo [...] a prescrição faz desaparecer o direito de o Estado exercer o *juspersequendi in judicio* ou o *jus punitiois* [...]”.

Comentando o tema “prescrição” dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, Liberati (2006, p. 208), fez uso das palavras de Marina de Aguiar Michelman, contextualizando que:

quando se questiona sobre o transcurso do tempo como fator extintivo do poder estatal de aplicar ou executar certa medida socioeducativa está se cogitando da existência do poder estatal para responder a dado ato infracional ou para executar a medida ao adolescente enquanto tal.

A produção jurisprudencial acerca do tema tem apresentado oscilações para os extremos, ora valendo-se da possibilidade de utilização da prescrição com base no disposto no artigo 226 do Estatuto, que permite a aplicação das normas da Parte Geral do Código Penal, ora tende-se a analisar a impossibilidade absoluta do instituto em vista da diversidade de finalidade entre medidas socioeducativas e penas criminais. (LIBERATI, 2006, p. 208)

A falta de consenso, entre os que admitem a incidência da prescrição sobre qual o prazo a ser observado, conforme também observou o Ministro Arnaldo Esteves Lima em sua declaração de voto vencido:

A posição majoritária, inaugurada, pelo que pude perceber, pelos votos proferidos pelos Ministros FELIX FISCHER (Resp nº. 241.447/SP, DJ de 14.8.2000, p. 191) e HAMILTON CARVALHIDO (REsp nº. 226.370/SC – da relatoria do Ministro FERNANDO GONÇALVES – DJ de 8.4.2002, p. 291), sustenta-se no fundamento de que os menores infratores submetidos às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser tratados de forma mais severa que os adultos (imputáveis) regidos pelo Código Penal, quando praticam atos análogos, até porque as medidas sócio-educativas têm, também, indiscutível caráter retributivo e repressivo, circunstância que aponta para a aplicação analógica das normas penais relativas à prescrição. É dentro dessa corrente majoritária que há divergências quanto à contagem do prazo prescricional (REsp nº. 602.178/MG, Rel. Min LAURITA VAZ, DJ de 17.5.2004, p. 281 e REsp nº. 451.136/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, dt. dec. – 30.6.2004).

Essas divergências e oscilações terminam quando o adolescente infrator completar ou já tenha completado 21 anos, oportunidade em que deve ser compulsoriamente liberado, de acordo com o §5º do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (2001, p. 74)

Fernandes (2002, p. 48) elucida que

quaisquer das medidas previstas nos artigos 101 e 112 do ECA poderão ser aplicadas aos menores de 18 anos, não havendo prescrição dos atos infracionais até que os infratores alcancem a maioridade penal. Ou seja, em havendo tempo hábil para a ressocialização, para a reeducação e formação sócio-psíquica, pode e deve o adolescente, como pessoa em desenvolvimento, receber quaisquer das medidas cominadas na Lei, sobretudo com a finalidade de não delinquir novamente.

2.6 A prisão após os dezoito anos

A legislação brasileira fixou a responsabilidade juvenil a partir dos 12 anos; definindo a isenção de culpabilidade para menores de 12 anos através do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora, muitos membros ativos da sociedade insistem em afirmar que o Estatuto privilegiou a delinquência em detrimento dos direitos dos cidadãos, clamando pela revisão imediata do artigo 228 da Constituição, sob a alegação de que os menores, ao serem surpreendidos praticando ato infracional, respondem com segurança: "eu não vou preso porque sou de menor", a maioria penal continua a ser um tema de difícil entendimento e solução.

Pelos noticiários policiais ou por análise de boletins de ocorrência envolvendo adolescentes, pode-se constatar ou pelo menos, subentender que o crime organizado, através de seus tentáculos do tráfico de drogas, roubo de autos, roubo a bancos, assaltos a mão armada, entre outros, tem feito uso continuado do dispositivo estabelecido no artigo 228, levando marginais adultos a cooptarem menores para o cometimento dos crimes usando a imputabilidade daqueles como escudos, e, quando presos, freqüentemente assumem os crimes cometidos pelos maiores.

Tomando o Estatuto como ponto de análise da possibilidade de prisão aos dezoito anos, constata-se que no artigo 121, em seus parágrafos 3º e 4º, estabelece:

3º: em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 anos;

4º: atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado colocado fim regime de semiliberdade ou liberdade assistida.

Assim, se um adolescente, após cumprir seu período de internação de 03 anos, ao ser colocado no meio aberto para cumprir medida socioeducativa de liberdade assistida, sendo flagrado em novo delito criminal, com dezoito anos completos, deverá ser recolhido a um centro de ressocialização, e tratado como adulto que cometeu um crime contra a legislação brasileira.

Para exemplificar o fato, se tomarmos um adolescente que tenha desferido um tiro fatal em alguém tendo 17 anos, 11 meses e 29 dias de idade, sendo preso de imediato

ou dias após, quando já completou 18 não irá para a cadeia, uma vez que o crime foi cometido quando era adolescente, devendo ser recolhido para a Fundação Casa para cumprir no máximo 03 anos de internação, saindo quando completar 21 anos com a ficha limpa.

A prisão efetivamente só ocorre com 18 anos completos, já na situação e na condição de adulto que cometeu um ilícito penal.

Ishida (2009, p. 159) ao comentar sobre o artigo 104 do Estatuto, define claramente esta situação da prisão do inimputável, expressando-se textualmente:

A lei recorre a uma presunção de inimputabilidade por meio de critério etário, estipulando a idade de 18 (dezoito) anos. Para ferir a inimputabilidade, leva-se em conta a idade do fato. Assim, se o adolescente comete delito de homicídio aos 17 anos, 11 meses e 29 dias e seu delito vem a ser descoberto com 18 anos, não responde criminalmente, apenas no que relaciona a sindicância por ato infracional. Utiliza-se a teoria da atividade prevista no art. 4º do Código Penal.

Esse entendimento foi ratificado pela nossa Corte Maior:

Na aplicação de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, sendo irrelevante, para efeito de cumprimento da sanção, a circunstância de atingir o agente a maioridade. (STJ, RHC 7.308/98-SP, DJU 27-4-98. p. 217)

III. O GARANTISMO JURÍDICO E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O garantismo jurídico é um instituto do Direito Penal desenvolvido pelo jurisconsulto italiano Luigi Ferrajoli (2006, p. 785), que elaborou uma tese partindo do pressuposto de que o ideal garantista tem sua origem no descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que nela deveria estar fundamentada.

Ferrajoli (2006, p. 785-786), definiu que o garantismo

designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Segundo o autor (2006, p. 785 - 788), existem três significados para o garantismo, sendo: a) O Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda de legitimação; b) teoria do direito e crítica do direito; c) filosofia do direito e crítica da política.

Esses significados que delineiam os elementos de uma teoria geral do garantismo, dentro do direito penal e de outros setores do ordenamento jurídico, servem para destacar:

a) o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; b) a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de legitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; d) a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de legitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Diante dessas definições e significados, pode-se entender que o pressuposto metodológico descrito por Ferrajoli (2006, p. 788) tende a proporcionar uma separação entre o direito e a moral, analisando a relação entre direito e valores ético-políticos externos, entre

princípios constitucionais e leis ordinárias, entre leis e suas aplicações e entre direito e seu conjunto de práticas efetivas.

Ao permitir a análise de relações contraditórias entre si, a teoria do garantismo veio fundar a crítica aos parâmetros de legitimação interna e externa do direito positivo, às ideologias políticas de qualquer natureza e às ideologias jurídicas de caráter normativo ou realista, que confundem diretamente validade com o vigor e contrariamente a efetividade com a validade. (p. 789)

O ideal contraditório da teoria do garantismo serviu de base estrutural para sustentar o conceito teórico deste trabalho, que visa estabelecer uma relação entre a aplicação de medidas sócioeducativas para adolescentes infratores mediante os termos da garantia absoluta de todos os direitos sacramentados na Constituição, no Estatuto e nas convenções internacionais, das quais o Brasil é signatário.

Entendeu-se como Ferrajoli (2006, p. 37), que o positivismo jurídico sustenta-se de um lado, pelo princípio da estrita legalidade e de outro, pelos modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano, uma base de sustentabilidade que se mostra completamente neutra a respeito de todas as demais garantias penais e processuais, um formato jurídico que depende do garantismo penal como instrumento de apoio e de legalidade.

3.1 O garantismo jurídico como instrumento

Os estudos de Ferrajoli (2006, p. 834), que tratam do garantismo a partir do ponto de vista externo, do ponto de vista das pessoas e de suas diversas identidades, elegeu a igualdade e a tutela dos Direitos Fundamentais como instrumentos de intervenção da teoria

garantista como forma de elucidar o significado das relações entre Estado e cidadão, entre direitos fundamentais e poderes e entre conservação e mudanças dos sistemas jurídicos.

A igualdade jurídica é formalizada a partir do valor primário da pessoa e o princípio da tolerância, incluindo as diferenças pessoais e excluindo as diferenças sociais, um direito estampado no texto legal do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, uma igualdade que deve fazer com que cada indivíduo seja, ao mesmo tempo, diverso dos outros e igual como todos os outros.

A igualdade jurídica formal ou substancial é entendida por igualdade nos direitos fundamentais, que faz com que o indivíduo tenha o direito de ser uma pessoa diferente das outras e ser, respeitado as condições mínimas de vida e sobrevivência, igual a outras.

Para Ferrajoli (2006, p. 835), “o direito à igualdade pode ser concebido como um metadireito relativamente não só à liberdade assegurada pelos direitos de liberdade, como também à fraternidade prometida pelos direitos sociais:” [...]

O juriconsulto (2006, p. 842), ao prelecionar sobre os temas “direitos fundamentais e garantias” observa que uma provável reformulação da base teórica das categorias dos direitos fundamentais exigiria muito mais do que a originária distinção dos outros direitos subjetivos, necessitando de uma decomposição analítica com o intuito de identificar, redefinir e distinguir as figuras colhidas na citada base.

A categoria dos direitos fundamentais tem sido um receptáculo no qual estão inseridos a igualdade e os valores dos cidadãos, além dos direitos de liberdade, direitos políticos e civis da capacidade jurídica e da capacidade de agir, direitos sociais individuais e direitos coletivos, porém, a divisão mais importante continua a ser: “direitos de”, ou direitos de liberdade e “direitos a”, ou direitos sociais.

A análise dos direitos fundamentais dos cidadãos, passa, necessariamente, pela análise das relações entre os diversos direitos e a natureza das garantias jurídicas, um procedimento que Ferrajoli (2006, p. 843-844), assim orienta:

- a) A relação entre os diversos direitos é de caráter ético-político, que exige escolha de valores em ordem à hierarquia e ao balanço entre os variados direitos fundamentais., bem como os critérios de solução dos conflitos entre os sujeitos.
- b) No aspecto das garantias, inicialmente é preciso analisar o princípio da legalidade, considerando que “as prestações que satisfazem os direitos sociais são sempre impostas como obrigações aos poderes públicos e não deixadas ao arbítrio administrativo [...]”; em segundo lugar deve-se voltar os olhos para o princípio da submissão à jurisdição, que pode ser útil no momento de sancionar ou remover possíveis lesões aos direitos fundamentais.

Ferrajoli (2006, p. 95), contextualizando sobre os graus de garantismo dentro dos sistemas punitivos, esclarece que o princípio da legalidade carrega consigo todos os demais princípios, como da retributividade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade e da jurisdicionariedade, “dado que nenhuma outra garantia seria concebível se ele faltasse por completo”.

Necessário se faz, neste momento, fazer uso da definição de princípios expressada por Ruy Samuel, bem como no dever de sua proteção por parte do Estado, observado por Hesse⁶, já que o garantismo de Ferrajoli está alicerçado na obediência dos mesmos por parte do Estado e dos poderes constituídos:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica. (ESPÍNDOLA (2002, p. 197)

⁶ Trata-se do Capítulo III, escrito por Hesse, do Manual de Direito Constitucional, com a colaboração também de Benda, Malhofer, Vogel e Heyde, publicado por Marcial Pons. Capítulo traduzido do espanhol para o português.

Um segundo aspecto da problemática contemporânea dos direitos fundamentais consiste na necessidade de amparo estatal a prejuízos ou ameaças à liberdade das pessoas por poderes alheios ao Estado. [...] (HESSE, ano 2009, p. 55-56)

O princípio da legalidade estrita é concebido a partir de 10 axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, os quais Ferrajoli (2006, p. 91) assim hierarquiza⁷:

- A1: não há pena sem crime
- A2 não há crime sem lei
- A3: não há lei penal sem necessidade
- A4: não há necessidade de lei penal sem lesão
- A5: não há lesão sem conduta
- A6: não há conduta sem dolo e sem culpa
- A7: não há culpa sem o devido processo legal
- A8: não há processo sem acusação
- A9: não há acusação sem prova que a fundamente
- A10: não há prova sem ampla defesa (tradução do autor)

Resgatando esses princípios axiológicos e oferecendo-lhes garantias penais e processuais a eles inerentes, Ferrajoli (2006, p. 91) destaca:

- A1: Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- A2: Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- A3: Princípio da necessidade ou economia do direito penal;
- A4: Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- A5: Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- A6: Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal;
- A7: Princípio da jurisdiccionabilidade, também no sentido ou no sentido estrito;
- A8: Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- A9: Princípio do ônus da prova ou da verificação;
- A10: Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Segundo Ferrajoli (p. 91–92), esses princípios, que expressam o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, embora tenham sido elaborados por jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII e, concebidos como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto, já foram incorporados, integra e rigorosamente

⁷ A1: *nulla poena sine crimine*; A2: *nullum crimen sine lege*; A3: *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4: *nulla necessitas sine injuria*; A5: *Nulla injuria sine actione*; A6: *Nulla actio sine culpa*; A7: *Nulla culpa sine iudicio*; A8: *Nullum iudicium sine accusatione*; A9: *Nulla acusatio sine probatione*; A10: *Nulla probatio sine defensione*

às constituições e ordenamentos desenvolvidos, representando, assim, princípios do moderno Estado de direito.

Desta feita, o princípio regulador do modelo garantista é o princípio da legalidade estrita, por implicar em todas as demais garantias, desde a materialidade da ação até o juízo contraditório, permitindo outras condições de verificabilidade e de verificação, constituindo também o pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema. (p. 94)

Há que se ressaltar que, a conjugação correta dos 10 princípios resultam no alcance garantista, bem como, a subtração devida à falta ou à lesão de algumas das condições ou garantias, tidas como necessárias para imposição da pena, resultam na sua debilidade.

A subtração ou falta de qualquer um dos princípios garantista contribui para a configuração de modelos teóricos e normativos de grau de garantismo continuamente inferiores, descrevendo as composições reais dos ordenamentos penais positivos que carecem de garantias em relação aos seus modelos normativos de nível superior.

3.2 A idéia da responsabilidade estatutária

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, foi um marco na legislação voltada à proteção integral da criança e do adolescente, como também trouxe consigo o ideário da responsabilidade social, familiar, comunitária e judiciária, até então relegada à família, que em muitas situações, não tinham sequer as condições mínimas de subsistência e de vida.

O estatuto, ao ser implantado, deixou de lado a questão do ideário de responsabilidade estatutária e assumiu contornos de obrigatoriedade estatutária, fazendo valer seu aspecto legal de proteção da criança, desde a concepção, expresso pelo direito a vida

(artigo 7º e 8º), passando pela liberdade, respeito e dignidade (artigos 15 a 18), pela convivência em família (artigos 19 a 52), pela educação, lazer, esporte, educação, cultura, profissionalização e trabalho (artigos 53 a 69), pela prevenção, proteção, atendimento, infrações, privações de liberdade e acesso incondicional à justiça, (artigos 70 a 267) até a completude da maioridade penal, quando passa a responder pelos seus atos mediante o texto legal do Código Penal.

Segundo Saliba (2006, p. 16), o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma resposta do governo brasileiro à criação de novo paradigma de proteção integral definido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgado pela Organização das Nações Unidas em 1989, substituindo a situação irregular anteriormente preconizada pelo Código Menorista, através de instrumentos legais que foram repensados como forma eficaz de defesa e de promoção dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.

Saliba (2006, p. 16), ao abordar o tema que concerne ao controle e recuperação de adolescentes infratores ou em conflito com a lei, buscou a definição de Passetti (1999), quando este declarou que a responsabilidade estatutária do ECA foi idealizada e homologada por meio de um conjunto de “recomendações pedagógicas preventivas, na forma de medidas punitivas de caráter socioeducativas, e, por meio desses instrumentos, buscou proteger as crianças de violências e educar os infratores, com a cumplicidade e o espelhamento do Código Penal”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, mesmo oferecendo apenas responsabilidades de cunho estatutário, pode e deve ser visto como uma revolução social, um avanço democrático na relação entre justiça e infrator, um grande avanço na legislação do adolescente, considerando que sua orientação punitiva é direcionada para o princípio na educação e não da repressão. (SALIBA (2006, p. 17)

Ao privilegiar a função educativa no conjunto das práticas judiciais, o ECA estabeleceu um novo conceito de responsabilidade, adotando medidas socioeducativas como fator de reeducação, recondução e reinserção do adolescente infrator nos convívios familiar, comunitário e social, bem como o preparo para o pleno exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, condições extremamente ausentes ou negadas pela sociedade.

Cumpre-se destacar que, embora prevaleça a idéia de responsabilidade estatutária, o ECA é uma realidade que foi construída a partir de bases constitucionais, transferido para o seu texto legal artigos completos da Constituição Federal de 1988, principalmente naquilo que diz respeito aos direitos e garantias direcionados à dignidade da pessoa humana.

Em outras situações, como o critério de adoção, o Código Civil de 2002 em seus artigos 1.618 e 1.619 repete os mesmos dispositivos do Estatuto (ELIAS, 2005, p.67), criando um vínculo legal e judicial entre o Estatuto e demais instrumentos legais de respeito às leis e à ordem.

Fernandes (2002, p. 02-04) destaca alguns autores que se manifestaram sobre o tema, sendo eles:

- Para Amaral e Silva “o subjetivismo do Código Menorista, com os excessivos poderes do Juiz, facilitava injustiças. Era preciso estabelecer limites ao Estado-Juiz”. Com a homologação do Estatuto “os direitos processuais passam a ser obrigatoriamente intocáveis, deixando o processo de ser inquisitorial para se tornar contraditório, assegurando ao adolescente o direito à presunção de inocência e à ampla defesa, inclusive recurso a superior instância”. (p. 02)
- Emílio Garcia Mendez define que:

O ECA muda radicalmente, pela primeira vez na história latino-americana, os parâmetros jurídicos da discussão, oferecendo as bases para o desenvolvimento de um debate que permita colocar o problema na sua justa dimensão. Em correspondência absoluta com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o

adolescente infrator deixou de ser, no Brasil, uma vaga categoria sociológica, a quem se pode impor medidas (penas-sofrimentos) de caráter indeterminado, para se converter numa precisa categoria jurídica, sujeito de direitos estabelecidos na doutrina de proteção integral. (p. 03)

- Alberto Silva Franco e Sebastião Oscar Freire entendem que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi bastante explícito ao estabelecer as garantias processuais postas à disposição do adolescente, no caso de ser-lhe aplicável, pela execução de ato infracional, medida sócio-educativa e, em especial, a medida de internação. O diploma legal, além de assegurar, de forma global, o direito ao devido processo legal (artigo 110), concedeu-lhe outras explícitas garantias (art. 111), tais como a de defesa pessoal, a de defesa técnica, a de paridade das armas, a de imputação formal do ato infracional, a da citação ou meio equivalente, etc. Nisso o Estatuto acompanhou, em linhas gerais, as mesmas garantias processuais, reconhecidas a todo e qualquer cidadão na Constituição Federal de 1988. Sancionada e publicada a recente Lei n.º 8.069/90, em substituição ao antigo Código de Menores, inaugurou-se, queremos crer, uma verdadeira doutrina dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. (p. 04)

Liberati (2006, p. 92), esclarece que para evitar a espontaneidade processual, o ECA – Lei 8069/90, tratou de reprisar, nos artigos 110 e 111, garantias processuais constantes em diversos enunciados da Constituição Federal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, assegurando como linha mestra de garantia da legalidade que “nenhum adolescente será privado de liberdade sem o devido processo legal”. (Inciso LIV do artigo 5º da CF/88)

O Estatuto, ao prever o devido processo legal, que foi contemplado também na Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabeleceu uma dupla proteção ao adolescente infrator, seja no âmbito da proteção do direito à liberdade e propriedade, como no âmbito formal, assegurando paridade de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa, ficando esta entendida como “direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos à decisão imutável, à revisão criminal”. (LIBERATI, 2006, p. 93)

Insta-se destacar ainda que, além da regra da legalidade que engloba o devido processo legal, o legislador inseriu no artigo 152 do Estatuto a orientação para que o

operador do direito utilize os procedimentos ali indicados tido como subsidiárias às normas gerais na legislação processual pertinente.

Por todas as razões e citações aqui expostas, acredita-se que o Estatuto, muito mais que uma de idéia de responsabilidade estatutária, atingiu, pelo corolário de seus artigos, o status de um texto legal, destinado exclusivamente a proteção integral de crianças e adolescentes, muito embora, como preleciona Fernandes (2002, p. 05), o Estatuto tem sido “desvalorizado por alguns segmentos do conservadorismo, primordialmente denominados “menoristas”, que parecem não se conformar com a implementação das garantias asseguradas aos menores de dezoito anos”.

Atribui-se a esse inconformismo, uma possível crise de interpretação do Estatuto.

3.3 A crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente

A crise de interpretação do Estatuto é uma realidade, notadamente por grupos conservadores da sociedade contrários à oferta de garantias aos adolescentes menores de 18 anos, um fato que analisado à luz das garantias oferecidas aos adultos que cometeram crimes, delitos, assaltos e outras modalidades previstas no Código Penal, que são encaminhados para presídios e casas de detenção, encontra uma primeira fonte de defesa nas palavras do advogado Luiz Guilherme Vieira, em texto de apresentação da obra de Alexandre Morais da Rosa (2007), que assim se manifesta: “a história nos ensinou que as reações criminais arbitrárias servem a muitos propósitos, menos ao de assegurar a convivência integrada dos membros da sociedade. O uso político das penas e do processo penal não inibe as ações delituosas”.

Porém, Rosa (2007, p. 05), que teve sua obra apresentada por um advogado que renega o uso das penas como agente inibidor das ações delituosas, faz crítica ferrenha ao Estatuto, não mais como crise de interpretação, mas como um psicanalista que enxerga os delitos cometidos por menores de 18 anos como atos do Direito Infracional, alertando que “na área infracional é mais do que comum a existência de “menoristas enrustidos” sob a fachada de operadores da infância e juventude [...] cuja base ideológica não é compatível, na maior parte, com a doutrina da Proteção Integral”.

A crítica ao Estatuto, segundo o autor (2007, p. 06), está alicerçada no fato de que, a substituição da Doutrina de Situação Irregular, preconizada pelo Código Menorista, pela Doutrina da Proteção Integral do Estatuto, ainda é, na maioria dos Juizados deste imenso país, de fachada. “As leis não mudam os atores jurídicos”.

Saliba (2006, p. 16), explica que o Estatuto vem sendo alvo de críticas ambíguas por parte da sociedade, tendo de lado aqueles que afirmam que supostamente protege em demasia o infrator, sendo conivente com suas práticas e extremamente permissivo, e de outro aqueles que elogiam de forma eloqüente por enxergarem na suposta função educativa, a expressão da democracia.

Em suas pesquisas, Saliba (2006, p. 17), admite que em um primeiro momento também considerou que o Estatuto se mostrava extremamente complacente com os adolescentes infratores, uma impressão que levou o pesquisador a supor a existência de algo mais na estratégia de ação do Estatuto, do que ‘simplesmente representar a suavização das penas e a expressão de avanço democrático civilizatório dos direitos das crianças ou das legislações criminais das crianças e dos adolescentes em conflito com a lei”.

Segundo o autor (2006, p. 17), ao final de sua pesquisa, percebeu a existência de “uma ação dissimulada de controle social coercitivo, estrategicamente diluído na metáfora educativa-pedagógica”.

Foucault (1987, p. 163) já alertava que em todos os aparelhos disciplinares similares como escola, exército, fábrica, funcionam um pequeno mecanismo penal, conceituando que o ato de disciplinar penaliza tudo que está inadequado à regra, até os mínimos desvios. Foucault enxergava que “a penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza”.

Uma outra crise de interpretação do Estatuto pode ser constatada por ocasião da lavratura do AIAI – Auto de Investigação do Ato Infracional, um instituto legal de caráter inquisitivo, de procedimento célere e abreviado que visa dotar o Ministério Público de dados convincentes sobre a necessidade ou não de instauração de processo contra o infrator.

O auto, pela sua natureza célere e abreviada, embora substituindo o inquérito policial na coleta de indícios e provas, tem caráter administrativo, e não tem respaldo jurídico para que a autoridade mantenha o adolescente preso em repartições policiais, submetidos à torturas e constrangimento, num flagrante desrespeito ou interpretação equivocada do Estatuto.

Enxergar o Estatuto como um amontoado de normas protetoras de adolescentes e, por conseguinte, contrários aos anseios sociais, é simplesmente não compreender as razões pedagógicas e sociais que estão ali inseridas, um formato que tenta se adequar as normas sociais a um mundo e a uma sociedade em constante transformação.

Lucia Maria Teixeira Ferreira e Sílvio Renato Bittencourt (2008, p. 65) fazem um alerta sobre a mudança de paradigma adotada pelo Estatuto, destacando que “mesmo em face da mudança de paradigma adotada pelo ECA, ainda predomina a cultura do Código de Menores, fruto do legado sociohistórico que considera a institucionalização a solução para crianças em situação de risco e suas respectivas famílias”.

Um detalhe que pode contribuir para uma compreensão mais humana do Estatuto, está nas palavras da poetisa Cora Coralina (1979), que traz em seu poema “Menor abandonado”, um grito de socorro contra o desmedido interesse predatório de simplesmente punir, menosprezando o sentido pedagógico e de acolhimento que essas criaturas em formação teriam direito, uma proposta que poderia trazer resultados importantes na luta contra as diferenças sociais, a fonte de muitas de nossas mazelas infanto-adolescentes.

Em suas palavras de socorro contra a ingerência do judiciário, Cora Coralina assim ser manifesta a favor do acolhimento familiar e comunitário e da educação como forma de recuperação e reinserção do adolescente na sociedade:

E eu sozinha na cidade imensa!
“Escolas de ofícios Mãe e Mestra” para tua legião.
Mãe para o amor. Mestra para o ensino.
Passa, criança... Segue o teu destino.
Além é o teu encontro.
Estarás sentado, curvado, taciturno.
Sete “homens bons” te julgarão.
Um juiz togado dirá textos de Lei
que nunca entenderás.
- Mais uma vez mudarás de nome.
E dentro de uma casa muito grande
e muito triste – serás um número.

De posse destas palavras há que se ressaltar que a crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, passa, necessariamente, pela crise de interpretação social, que remete ao Poder Judiciário o dever de controlar e segregar adolescentes infratores, menosprezando ou deixando de observar os aspectos sociais que levam essas criaturas em formação a cometer delitos, aspectos esses que por sua vez, tem origem nos Poderes constituídos nas três esferas, que optam pela coerção como forma de extirpar problemas e dificuldades da sua estreita esfera de atuação.

As palavras de Cora Coralina foram produzidas no período anterior à criação do Estatuto, demonstrando efetivamente que a Doutrina da Proteção Integral criada em 1990 para substituir a Doutrina da Proteção Irregular continua a ser objeto de prateleira,

longe da visão do Judiciário, gerando, dessa forma, as crises de interpretação do Estatuto, considerando que todas as demais interpretações que emergem dos meios sociais e comunitários, têm sua fonte máxima de expressão nas interpretações judiciárias nas diversas instâncias de julgamento.

O Judiciário e suas ações doutrinárias e jurisprudenciais, além de se constituírem em fontes primárias de interpretações e aplicação do Estatuto, podem ainda repercutir de maneira positiva na interpretação por parte da sociedade, dos direitos ali declarados, como forma de reeducar o adolescente a partir de sua família, comunidade e sociedade, longe dos muros que segregam sem verdadeiramente educar.

3.4 A função repressora

Indiferente às crises de interpretação do Estatuto, faz-se necessário voltar os olhos para os artigos que tratam das medidas socioeducativas, medidas estas que possuem em seu escopo a função repressora que o Estado entende como parte integrante da reeducação e da reinserção social de adolescentes infratores.

As medidas socioeducativa de liberdade assistida, liberdade assistida comunitária ou semi-liberdade, são dotadas de características punitivas, considerando que mesmo mantendo o adolescente longe dos muros da internação, promove uma vigilância severa e permanente de seus atos, atitudes e comportamentos, características estas que estão estampadas no título do livro de Foucault: “Vigiar e punir”.

Uma das exigências da medida de liberdade assistida é que o adolescente esteja devidamente matriculado e freqüentando as aulas, seja no ensino regular ou no profissionalizante, uma exigência punitiva, que segundo Foucault (1999), a escola e os

aparelhos disciplinares fazem parte da estrutura de vigilância estabelecida pela sociedade disciplinar.

Saliba (2006, p. 93) considera que a família também faz parte dessa sociedade disciplinar, e cita Danzelot (1986) para argumentar que o surgimento e a formalização do modelo de família moderna, nuclear, higiênica e privativa, que representa o local exclusivo de proteção e cuidados da infância, é o primeiro aparelho de vigilância e controle do indivíduo.

A partir desse argumento, Saliba (2006, p. 94) preconiza que “se a manutenção da ordem passa efetivamente pelos indivíduos normalizados e se existem aparelhos próprios para esse fim, a segunda conclusão a que se pode chegar é que todos os indivíduos devem estar permanentemente incluídos nesses aparelhos”, ou seja, vivendo sob o estigma da função repressora da família e dos aparelhos repressores do Estado.

Tratando especificamente da liberdade assistida e/ou liberdade assistida comunitária, deve-se compreender e admitir a existência da repressão e a presença dos aparelhos repressivos do Estado, considerando que, o Estado-Juiz ao optar pela referida medida socioeducativa, buscou retrair ou pelo menos, minimizar os efeitos da liberdade total que o adolescente desfrutava antes de ser flagrado em desacordo com os ditames da Lei.

Saliba (2006, p. 105), no capítulo “O olho do poder em ação: relatórios de acompanhamento”, faz uma crítica aberta ao Estatuto, acusando-o de oferecer um caráter educativo mascarado por uma estratégia de “vigilância e normalização do comportamento dos adolescentes infratores e sua família”, preceitos representado pelos relatórios de acompanhamento.

Segundo o autor (2006, p. 109), os relatórios por ele manuseados por ocasião de pesquisas, oferecem uma conclusão lógica de que “a ação educativa tem uma base de atuação, pois faz a união entre a teoria freudiana das carências com os problemas

ambientais”, impondo-se o discurso normativo (sedução) que abranda a punição em favor de uma estratégia de controle das relações (repressão).

Fernandes (2002, p. 77), enxerga que as medidas socioeducativas são dotadas de caráter retributivo, denominada de sanção-educação em substituição à sanção-castigo, fazendo com que o adolescente seja responsabilizado judicialmente por uma infração cometida, retribuindo por meio da restrição da liberdade total à uma infração cometida.

Anísio Martins, citado por Fernandes (2002, p. 90-91) buscou salientar que “no aspecto jurídico, a liberdade assistida nada mais é do que versão adaptada ao Direito do Adolescente, do instituto da suspensão condicional da pena do Direito Penal, o denominado *sursis* que tão importantes resultados tem obtido na esfera da criminalidade adulta”.

Nesse sentido, tomando o conceito de *sursis* ou suspensão condicional de uma pena mais severa em favor de uma liberdade vivida sob regras definidas, a liberdade assistida possui uma função repressora, visto que penaliza o adolescente infrator com uma vigilância assistida de sua liberdade, além de impor limites e normas legais a essa pseudo-liberdade que ele passará a desfrutar por um determinado lapso de tempo (06 meses).

Ferrajoli (2006, p. 385) considera que as medidas alternativas, entre elas, a liberdade assistida, não são efetivamente alternativas, “precisamente porque não excluem, mas integram a pena privativa de liberdade”, uma privação que está centrada na vigilância exercida por um pedagogo judiciário, que determina os limites a ser obedecidos pelo adolescente infrator, com base no artigo 119 e incisos do Estatuto.

Danzelot (1986) esclarece que os relatórios emitidos por pedagogos e assistentes por ocasião da medida socioeducativa de liberdade assistida é uma técnica que “mobiliza o mínimo de coerção para obter o máximo de informação”. (SALIBA, 2006, 116)

Por meio dessa técnica, embora a família do adolescente assistido, “não compreenda a insidiosa estratégia de controle e vigilância em que é inserida, acredita no

caráter caridoso e gratuito da ação pedagógica e sente a presença da coerção judicial” [...], oferecendo todos os meios e informações ao pedagogo, buscando sempre a recuperação e reinserção ao convívio social.

A crítica mais comum e suntuosa que é direcionada à ação repressora das medidas socioeducativas está focada no fator “vigilância”, que segundo Saliba (2006, p. 119-121) permanece nos mesmos moldes do sistema anterior, visto que os pedagogos judiciais promovem o gerenciamento e controle da vida dos adolescentes, perscrutam a intimidade e a privacidade familiar de forma profunda, sem quaisquer restrições, legitimados pelo caráter educativo e terapêutico de suas atribuições.

Segundo Saliba (2006, p. 123), ainda que “o pedagogo, em razão da força coercitiva que seu trabalho lhe confere, para penetrar na privacidade familiar com o consentimento dos pais, é o responsável pelo exame”, produzindo a partir deste, uma avaliação bem detalhada da vida econômica, social e sentimental do adolescente e de sua família.

Todas essas características aqui explanadas conferem ao instituto da liberdade assistida um caráter repressor de vigilância contínua e exacerbada do adolescente e familiares, um fato que é contrário aos direitos fundamentais da pessoa humana, necessitando para tanto, ser revisto de acordo com os ideais do garantismo.

3.5 A liberdade assistida e o garantismo

A liberdade assistida, na condição de instituto repressor da não obediência às normas e preceitos legais e sociais, possui um aparato legal que deve ser obedecido na sua

essência, sob pena de ferir o garantismo penal de crianças e adolescentes protegidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Saliba (2006, p. 125), a ação pedagógica prevista na medida socioeducativa tem como função central “redefinir os papéis e reorganizar a vigilância familiar”, promovendo a normalização do comportamento do adolescente, uma sistemática denominada por Foucault (1987) como sendo uma micropenalidade, ou sistema de gratificação e sanção.

Ferrajoli (1999, 26), entende que o modelo constitucional garantista “não é dogma associado a mera existência formal da lei, e sim uma qualidade contingente da mesma ligada a coerência de seus significados com a Constituição”, um definição que nos remete aos artigos 6º da CF/88 e 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ferrajoli (p. 34) preleciona ainda que “uma ciência jurídica assim entendida limita e enlaça com a política do direito, inclusive com a luta pelo direito e pelo direito levado a sério”

Como base nessas definições e pensamentos, a liberdade assistida, embora repressora pelo aspecto da vigilância, possui um aspecto positivo de mudança comportamental, um referencial que faz do referido instituto um provável modelo de medida socioeducativa eficaz e produtiva, principalmente naquilo que concerne a recuperação do adolescente infrator.

3.5.1 A liberdade assistida como modelo de medida socioeducativa

Luigi Ferrajoli (2006, p. 365), tomou uma frase de Francesco Carrara para dissertar sob a pena de reclusão: “não perverta o réu”. Segundo o autor o sistema penal deve

adotar prerrogativas que “não reedue, mas também não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior”.

Embora essas palavras estejam direcionadas ao sistema prisional e não de internação ou de albergue, elas se encaixam perfeitamente nos ideais propostos pela medida socioeducativa de liberdade assistida, que pelo conjunto de seu enunciado legal, buscam promover uma aproximação entre adolescente infrator, família, comunidade e sociedade, vigiada ou acompanhado por um pedagogo judicial, que tem a prerrogativa principal de fazer valer todos os direitos fundamentais, mesmo em situação de conflito com a lei.

Na visão de grande parte dos juristas, a medida de internação deve ser uma exceção e não uma regra, uma máxima que Ferrajoli (2006, p. 313), ao prelecionar sobre justificação esclarece que “o mal das penas excessivas ou arbitrárias é homogêneo àquele que as penas representam” [...] “a pena é justificada não apenas no interesse dos outros, mas também no interesse do réu a não sofrer suplícios maiores”

A liberdade assistida assume também essas características, considerando que a manutenção do adolescente no seio da família e da comunidade tende a evitar que ele venha a sofrer suplícios maiores, como por exemplo, a privação da liberdade regulamentada na medida de internação.

Calomeni (2004, p. 31-33), tomando os ideais de Foucault, faz um ensaio sobre o fator “disciplina”, verbalizando quatro características do poder disciplinar, privilegiando como exemplo as instituições de cunho ou formato pedagógico, nas quais buscou-se associar ao instituto da liberdade assistida, como modelo disciplinador e medida sócio-educativa.

A primeira característica da disciplina é a de ser “uma organização do espaço, uma repartição dos indivíduos no espaço”, que possibilita tornar uma multidão informe, caótica, confusa e a transformar em uma multiplicidade ordenada.

O adolescente infrator, ao ser inserido na medida de liberdade assistida passa a fazer parte de um novo universo, um espaço organizado dentro da sociedade ou da comunidade em que o mesmo se encontra inserido. Neste espaço, ele passará a viver de forma ordenada, distinta daquele formato caótico, confuso e informal, que desfrutava anteriormente.

A segunda característica da disciplina é a de exercer “um controle não só de um produto, mas da própria atividade, um controle deve produzir uma atividade desejada”.

Considerando a máxima que o indivíduo é produto de meio em que vive, o instituto da liberdade assistida deve ser considerado como um exemplo de oportunidade de promover modificações tanto no meio como nas atividades oriundas desse meio. Em outras palavras, a família, a comunidade e as rotinas ali executadas, serão objetos de controle e de estudo por parte dos pedagogos judiciais, visando sempre o controle do produto social: os atores sociais.

A terceira característica indica que “a disciplina se exerce através de uma vigilância contínua, generalizada, múltipla e hierárquica”, uma atividade exercida através de mestres, observadores, monitores, inspetores.

Dentro da medida sócio-educativa, o adolescente passa a ser controlado não só como indivíduo isolado e sim como parte integrante de uma família, de um grupo ou de uma comunidade social, e, a partir desse controle, os pedagogos judiciais iniciam um trabalho de reformulação dos ideais e dos comportamentos praticados anteriormente, objetivando conseguir um comportamento desejável, em especial, naquilo que concerne à prática contínua ou aleatória de delitos de pequena monta ou graves.

A quarta característica preleciona que “a disciplina se exerce através de um estado contínuo de sanção normalizadora”, e, neste universo, a escola constitui um pequeno tribunal, com leis próprias, instâncias de julgamento, delitos específicos.

O instituto da liberdade assistida define como metas centrais a serem obedecidas pelo adolescente infrator: comparecimento semanal obrigatório para controle das obrigações propostas; estar matriculado e freqüentando escola de ensino regular ou profissionalizante; estar em busca ou exercendo algum tipo de atividade laborativa lícita.

Ao inserir a obrigatoriedade de matrícula e freqüência em unidade educacional como norma do instituto da liberdade assistida, o Juizado e a Promotoria da Infância e da Juventude atribuíram à escola, parte do poder e do dever disciplinador que a família, a sociedade, a comunidade e os pedagogos devem exercer junto ao adolescente infrator.

Aos olhos de Foucault (1999, p. 42), “o suplício tem uma função jurídico-política”, voltado para a reconstrução da soberania lesada por um instante, sem restabelecer a justiça, apenas reativando o poder.

Analisando esse pensamento foucaultiano, pode-se compreender que o uso exagerado de medidas de internação é um presságio do exercício do poder fundamentado pelo Estado-Juiz, que, pela inércia de ações mais contundentes do Estado político, direcionadas para o atendimento das necessidades prementes e fundamentais dos cidadãos e da comunidade, opta por sacrificar os direitos fundamentais do adolescente, segregando-o do convívio de pessoas e da comunidade deteriorada pela falta de assistência do poder.

A vigilância do adolescente pode ser realizada dentro das unidades de internação ou no meio social, comunitário, escolar e social. A diferença é que dentro dos muros das unidades de internação, o adolescente obedece a regras de comportamento sem estar exposto aos meios que podem levá-lo a transgredir novamente a regra social.

No instituto da internação ou da liberdade assistida, o adolescente tem a oportunidade de ser vigiado e assistido, podendo demonstrar seu comportamento perante aos olhos de seus observadores, um fato que Foucault (1999, p. 168) ao tratar da conduta do indivíduo, sob a ótica do panoptismo preleciona que

quem está submetido a um campo de visibilidade, e sabe disso, retoma por sua conta as limitações do poder; fá-las funcionar espontaneamente sobre si mesmo; inscreve em si a relação de poder na qual ele desempenha simultaneamente os dois papéis; torna-se princípio de sua própria sujeição.

Se o ideal de conduta e do comportamento do indivíduo infrator está associado ao campo da vigilância e da visibilidade, a liberdade assistida ainda deve ser considerada superior à medida de internação, uma vez que a vigilância se processa a partir do meio que levou o indivíduo a praticar delitos, e portanto, um meio que carece da mesma vigilância e cuidados que o adolescente estará submetido.

A liberdade assistida, assim como o instituto do *surcis* do Direito Penal, estabelece regras de espaços, de contatos, de dispersão de grupos, de circulação perigosa, regras que buscam evitar a vadiagem, tão nociva à recuperação e reinserção social do adolescente, regras que Foucault (1999, p. 123) observa que

importa estabelecer as presenças e ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, aprecia-lo, sanciona-lo, mediar as qualidades ou os méritos.

É importante ressaltar que as prelações de Foucault (1999) relacionadas com o sistema fechado, de internação e reclusão, sempre caminham paralelas aos preceitos que podem ser observados dentro do instituto da liberdade assistida.

Nesse sentido, ao prelecionar sobre a sociedade disciplinar (internação e reclusão) nas instituições modernas, Foucault (2003, p. 114) observa que o maior interesse está centrado na forma de fixar os indivíduos, conceituando que:

A fábrica não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de produção. A escola não exclui os indivíduos; mesmo fechando-os, ela os fixa a um aparelho de transmissão do saber. O hospital psiquiátrico não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de correção, a um aparelho de normalização dos indivíduos. O mesmo acontece com a casa de correção ou com a prisão. Mesmo se os efeitos dessas instituições são a de exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens [...] Trata-se, portanto, de uma inclusão por exclusão.

Tomando essa definição como suporte de defesa do instituto da liberdade como modelo de medida sócio-educativa, cumpre-se salientar que ela também fixa o adolescente a um aparelho de normalização, porém, diferente da internação, ela inclui o indivíduo no seu meio (família, comunidade) e, ao mesmo tempo, exclui das atividades rotineiras anteriormente praticadas, que o levaram a cometer delitos e atos ilícitos contrários às normas e aos interesses sociais.

Vista sob esse campo de visão, a liberdade assistida ainda conta com o apoio das unidades escolares regulares ou profissionalizante, que fixa o adolescente a um aparelho de transmissão do saber, de empresas industriais e comerciais, que os fixa a redes de produção e/ou de comércio e, finalmente, da família e da comunidade, que os acolhe e os prende a uma nova proposta de vida, uma proposta inteiramente voltada a sua recuperação e inserção social.

Para Foucault (1999, p. 161) “o indivíduo é sem dúvida o átomo fictício de uma representação ‘ideológica’ da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a ‘disciplina’”, uma constatação que mais uma vez coloca a liberdade assistida como modelo de medida sócio-educativa.

Se o adolescente é, ao mesmo tempo, parte integrante da representação ideológica e uma realidade do poder que disciplina, mantê-lo no meio em que vive sob a austeridade da vigilância de pedagogos judiciais, é o formato para adequado de recuperação. A comunidade é parte integrante do poder e das normas a que o adolescente deve obediência,

como também, é o reduto das mazelas e dos descasos que o levaram anteriormente a transgredir.

Mantê-lo no meio em que vive e, mantendo o adolescente e o meio sob vigilância austera e normatizada, pode representar a recuperação de ambos, já que a vigilância exercida pelos pedagogos judiciais é o primeiro indício da presença normalizadora do poder do Estado-Juiz no trabalho de recuperação do adolescentes infratores.

Essas características inerentes ao pensamento de Foucault e de Ferrajoli, destacam a importância da combinação da vigilância hierárquica exercida sobre o prisma da sanção normalizadora, um enfoque que é próprio do instituto da liberdade assistida, que deve ser vislumbrado como um modelo de medida sócio-educativa.

3.5.2 O garantismo como modelo normativo

Ferrajoli (2006, p. 37), o jurisnaturalista do garantismo penal, que associou o direito com a razão, definiu os princípios sobre os quais estão alicerçados o modelo garantista clássico, composto pela legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes, presunção de inocência, princípios estes originários da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.

Tomando o princípio da legalidade estrita de forma isolada, vê-se que este exige duas condições: o caráter formal ou legal e o caráter empírico ou fático das hipóteses. Essas condições permitem excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não aos fatos, mas diretamente a pessoas, admitindo o uso apenas de normas regulamentares, menosprezando ou recusando a aplicação de normas constitutivas. (FERRAJOLI, 2006, p. 39)

A partir dessa concepção pode-se discutir acerca de dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal: a garantia e a igualdade.

O efeito da garantia de liberdade está expressa na frase de Hobbes, citado por Ferrajoli (2006, p. 40): “liberdade que a lei me confere para fazer qualquer coisa que a lei não me proíba, e de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene”.

Quanto à igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descrito pelas normas como **tipos objetivos de desvio**, e nessa condição, ser previstos e provados como pressupostos de igualdade de tratamento penal, porém, as pré-configurações normativas de **tipos subjetivos de desvio** não escapam das referências a diferenças pessoas, antropológicas, políticas ou sociais, configurando discriminações apriorísticas. (grifo nosso) (p. 40)

Ferrajoli (p. 42) entende que por mais aperfeiçoado que seja o sistema de garantias penais, a interpretação da lei é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas, enquanto que as garantias processuais constituem sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, expressando um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas.

A verdade processual, que permite compreender a natureza das decisões judiciais e analisar ulteriormente o raciocínio judicial que consiste na aplicação, está amparada por silogismo judiciais: a indução, dedução e disposição, porém, nem a indução, constituída pela prova do fato nem a dedução constituída por sua qualificação jurídica, são na verdade um silogismo prático e sim teórico, já que servem de suporte para disposição e tomada de decisão judicial.

Para Ferrajoli (2006, p. 66), o raciocínio judicial é composto pelas três inferências, só que uma antecedendo a outra:

- A inferência indutiva, prova ou indução fática, se compõe pelo conjunto de provas coletadas;
- A inferência dedutiva, subsunção ou dedução jurídica, se compõe pela conclusão de direito, que, com base nas provas coletadas, deduzir que o indivíduo cometeu o delito;
- Um silogismo prático ou disposição, cuja conclusão é que remete a decisão judicial, justificando que aquele que cometeu o delito deve ser punido com uma determinada pena.

Desses silogismos, as inferências indutiva e dedutiva são silogismos que interessam aos propósitos da decisão da verdade judicial, enquanto que apenas o prático ou a disposição, inclui em seu teor as normas, sendo portanto, qualificável. Porém, somente se os dois silogismos teóricos permitirem decidir a verdade da motivação, é que o prático surtirá efeito de verdade e decisão judicial. (FERRAJOLI, 2006, p. 66)

Diante dessa configuração, pode-se afirmar que o garantismo penal carrega em seu teor jurídico o nexos entre a legitimidade e verdade, dependendo diretamente do silogismo prático, em que o juízo penal expressa um poder que se conclui em uma sentença de condenação ou de absolvição, apoiado no poder de comprovação ou de verificação (silogismos teóricos de indução e dedução).

Outro fator que define o garantismo é a igualdade judicial, que por sua vez está relacionada com a igualdade de direitos, sejam elas universais ou fundamentais.

Para Ferrajoli (1999, p. 81), as dimensões da igualdade dependem, de um lado, da extensão da classe dos sujeitos (todos) a que se refere a igualdade; de outro, da quantidade dos direitos que lhes são reconhecidos e garantidos de forma universal.

Daniel Sarmiento (2006, p. 62) salienta que com o advento do Estado Social, surgiu a necessidade da intervenção do Estado, por intermédio de políticas públicas, criar

organismos de proteção dos mais débeis diante do arbítrio dos mais fortes, e de garantia das condições materiais de existência.

Nozick (1974) citado por Sarmiento (p. 63), declara em uma a verdadeira expressão normativa que deveria ser atribuída ao garantismo penal, ou seja: “indivíduos tem direitos. E há coisas que nenhuma pessoa ou grupo podem fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos)”.

A falta do garantismo penal nas questões ligadas às diligências policiais para constatação e comprovação de delitos ou infrações cometidas por adolescentes, ferem ou violam os direitos e garantias individuais, essencialmente no aspecto da análise interpretativa ou falta de análise dos artigos evidenciados no texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Comumente, a averiguação de um ato infracional, cometido por um adolescente reincidente, ou mesmo um adolescente com históricos policiais amplos e duradouros, podem resultar em violação dos direitos, seja pela força utilizada no momento da averiguação, seja nas ações policiais posteriores à apreensão para averiguação dos fatos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 3º, inciso IV, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 111, inciso II, garantem ao adolescente a igualdade na relação processual, podendo, quando indiciado ou averiguado, produzir todas as provas necessárias à sua defesa, confrontar-se com vítimas e testemunhas, indicar peritos, constituir defensor. Essas garantias, segundo Grinover, citado por Liberati (2006, p. 104) formam o “princípio do equilíbrio de situações, não iguais, mas recíprocas, como o são, no processo penal, as do ofício de acusação e da defesa, [...] a *par conditio* é parte essencial do processo, sendo que defesa e contraditório são corolários do princípio da igualdade”.

Essa possibilidade do adolescente produzir todas as provas em sua defesa, dentro do garantismo é tida como silogismos teóricos de indução e de dedução, que oferecem

ao Juizado e a Promotoria da Infância e da Juventude, dados suficientes para adotarem o silogismo prático ou disposição para aplicar a absolvição ou a medida sócio-educativa cabível, dentro daquelas previstas no artigo 112 do Estatuto.

O garantismo penal também se encontra inserido nos artigos 5º, inciso LXI e no artigo 106 do Estatuto, os quais definem as condições para que um adolescente flagrado em ato infracional, possa ser privado de sua liberdade. A não obediência a essa determinação legal, pode culminar com sanções para os transgressores, conforme estabelece os artigos 230 e 231 do Estatuto.

Mesmo amparados por garantias de textos legais, os adolescentes têm sido vítimas de autoridades policiais, que segundo despacho do Juiz Siro Darlan de Oliveira, da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital paulista, citado por Fernandes (2002, p. 11) assim se manifestou sobre a violação dos direitos:

lamentavelmente as autoridades policiais estão impunes descumprindo com maior frequência todos esses artigos da Lei 8.069/90. E muitos adolescentes têm sido mantidos dias e dias nas repartições policiais, onde muitos deles são submetidos a constrangimentos e torturas que a Lei capitula como fatos típicos (crimes capitulados nos artigos 232 e 233 do ECA) e, até o momento nenhuma dessas autoridades que têm se colocado à margem da Lei foi punida com as penas nela previstas.

Há que se destacar que a Lei 8.069/90, veio ao encontro dos interesses processuais e penais dos adolescentes, além de instituir um sistema de garantias processuais prévias, que não existiam no Código Menorista, que em seu artigo 41 estabelecia que “o menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderia ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária determinasse o desligamento”. O referido artigo em seus § 3º e 4º, ainda estabelecia que, “completados vinte e um anos, sem que tenha sido declarada a cessação da medida, o menor passaria a jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais”. (FERNANDES, 2002, p. 23-24)

A arbitrariedade da Lei anterior, embora alguns juristas a considerem mais eficaz que o Estatuto, feria o garantismo penal da ampla defesa e do contraditório, mesmo em se tratando de adolescentes com históricos de violência e crimes, que podem merecer ou não, continuar segregados.

Fernandes (2002, p. 34), questiona da mesma forma que questionou Amaral, indagando: “seria justo o internamento sem determinação de tempo e sem a observância do devido processo legal? Seria justo o julgamento sem o contraditório, a ampla defesa? “

Obviamente que não, observa Fernandes (2002, p. 24). E continua: é inacreditável que tais arbitrarismo e subjetivismo tenham vigorado até às vésperas do terceiro milênio, embora como já foi dito, não seja um consenso.

Dentro dessa vertente dos descontentes com a implantação do Estatuto, surge a figura da Desembargadora Áurea Pimentel, que contraria à presença de um defensor para o adolescente infrator, se posicionou contrária ao garantismo penal, postulando que “forçoso é reconhecer que a norma constitucional que criou a figura do defensor do menor não constituiu avanço, mas sim um retrocesso”. (FERNANDES, 2002, p. 29)

Por fim, da mesma sorte que se buscou considerar o instituto da liberdade assistida como modelo de medida sócio-educativa, cumpre-se destacar que a adoção de medidas sócio-educativas com base na natureza do delito e na gravidade do ato infracional é uma proposta dentro do modelo do garantismo penal, sobretudo, como atentamente Paulo Afonso, citado por Fernandes (2002, p. 31) destaca:

A expressão sócio-educativa revela a preocupação do legislador concernente às finalidades das sanções: meio de defesa social – tanto que prevê a possibilidade de privação de liberdade (internação) – e instrumento educativo de intervenção no desenvolvimento do adolescente, de sorte a revelar ou desenvolver recursos pessoais básicos necessários ao enfrentamento das adversidades próprias da vida, sem utilização de soluções violentas ou ilegais.

Em suma, o garantismo penal, muito mais que um modelo normativo, deve assegurar o instituto da ampla defesa e do contraditório, sob pena de se transformar em um mero conceito de filosofia política, amplamente difundido e discutido na esfera dos direitos da pessoa humana, em especial, dos adolescentes infratores.

3.5.3 O Garantismo como filosofia política

O garantismo analisado sob a ótica da filosofia política, é tido como o Estado-instrumento e Estado-fim, amparado pelo utilitarismo ou política ética, que segundo Ferrajoli (2006, p. 812)

designa uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda de legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

Dessa feita, o garantismo trata de uma teoria que consegue ser concomitantemente normativa e realista, sempre alicerçada no funcionamento efetivo do ordenamento, expresso em seu nível mais inferior, autorizando e revelando os limites de validade e, principalmente de invalidade e demonstrada nos modelos normativos que fomentam em seus níveis mais altos, desnudando os graus de efetividade e de não efetividade existentes. A priori, como já definiu Ferrajoli, a teoria garantista busca propor a doutrina laica da separação entre validade e justiça, direito e moral e entre o ponto de vista externo na valoração do ordenamento.

Essa separação proposta pela doutrina é executada dos axiomas do garantismo, que equivalem, respectivamente, aos princípios da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, da legalidade, no sentido lato ou no sentido

estrito, da necessidade ou da economia do direito penal, da lesividade ou da ofensividade ao evento, da materialidade ou da exterioridade da ação, da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito, do acusatório ou da separação entre juiz e acusação, do ônus da prova ou da verificação, do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Através da conjugação dos axiomas, surge a possibilidade de conflito entre Estado e cidadão ou entre autoridade e liberdade, que ocorrem dentro do direito penal, local mais elementar, puro reflexo de uma alternativa mais generalizada. Esses conflitos, segundo Ferrajoli (2006, p. 812), emergem das

doutrinas políticas que fundam os sistemas políticos sobre si mesmas, justificando o direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, e as doutrinas políticas, que, ao invés, fundam as suas finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas, meios necessários para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.

As doutrinas que fundam sobre si mesmas executam a doutrina do Estado é um fim, encarnando valores ético-políticos de característica supra-social e supra individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados, enquanto que as doutrinas que fundam suas finalidades executam a doutrina Estado é um meio, legitimado unicamente para garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se lê mesmo os viola. (FERRAJOLI, 2006, p. 812)

Nas doutrinas de primeiro tipo, o Estado subordina a si mesmo a sociedade e os indivíduos, e nas doutrinas de segundo tipo o Estado é um meio instituído para sua tutela.

Deste modo, no aspecto da filosofia política, a teoria garantista traz em seu bojo a crítica do Direito vigente realizada em seu aspecto exterior, executada a partir de critérios de política ou de justiça, para o interior do sistema jurídico, ofertando critérios de valores ao ordenamento a partir de critérios de validade das normas em relação às aquelas hierarquicamente superiores.

Primordialmente, a teoria garantista à luz da filosofia política pode ser vista como uma técnica capaz de limitar o poder estatal, devendo ser considerada como traço substancial da democracia no Estado brasileiro, que nega a irracionalidade e a arbitrariedade judicial.

Por fim, definida a visão da filosofia política do garantismo, cumpre destacar que do ponto de vista filosófico, o Estatuto conseguiu romper com a doutrina menorista anterior caracterizada pela Doutrina da Situação Irregular e cultura tutelar, mas, analisado de forma empírica e responsável, pode-se concluir que na realidade os ideais propostos na doutrina de proteção integral e de responsabilização juvenil ainda não foram totalmente alcançados, exatamente porque na prática, se encontra revestida do positivismo filosófico, que denotam a existência de resquícios próprios da tradição de arbitrariedade e subjetivismo, herança ingrata do arcaico Código de Menores.

3.5.4 A liberdade assistida e o garantismo jurídico

O garantismo jurídico é composto por um conjunto de artigos oriundos da Constituição Federal de 1988 e que foram aceitos e incorporados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, gerando, a partir da promulgação da Constituição e do Estatuto garantias individuais e igualdade de condições e de tratamentos para os adolescentes flagrados em conflito com os ditames da Lei.

Essas garantias oferecidas pelo texto legal não foram bem assimiladas por parte de alguns representantes do judiciário brasileiro, como por exemplo o procurador Gilberto Callado de Oliveira (2006), ao prelecionar que dentro da ideologia garantista avulta um conjunto de teorias sobre o direito penal e o processo penal, com vistas a um modelo ideal

de Estado de Direito, em que a "imunidade dos cidadãos seja preservada da arbitrariedade das proibições e penas", tendo como pano de fundo a criminalidade dialética, direcionada a bipolaridades do tipo "cidadão contra o Estado" e "bandido contra a vítima".

Ainda segundo Oliveira (2006), o garantismo penal que assessora e delimita o garantismo jurídico, dentro da doutrina do direito brasileiro, tratou de enfatizar os princípios favoráveis ao réu; muito pouco os protetores da sociedade ou das vítimas, como pode ser vislumbrado no artigo 5º da Carta Federal, recheado de franquias em prol dos acusados e sentenciados. E para as vítimas, poucos direitos processuais, como a alternativa de ação penal subsidiária (inciso LIX) e a faculdade de restringir a publicidade do processo (inciso LX). Aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX), sendo proibido submeter-lhes a tortura e a tratamento desumano ou degradante (inciso III); às vítimas ou aos seus familiares, o triste efeito da impunidade do crime de que padeceram.

Para Oliveira (2006), o garantismo penal é a fonte principal de um modelo por ele considerado contraditório e injusto, um formato jurídico que trata criminosos como vítimas, e as vítimas como monstros opressores, gerando alto grau de impunidade, ousadia dos criminosos e desordem pública.

Buscou-se nas palavras de Oliveira (2006), traçar um breve retrato da insatisfação reinante em parte do Ministério Público e em alguns Juizados, que não enxergam no garantismo jurídico o formato verdadeiro do sistema punitivo de adolescentes infratores, principalmente, o instituto da liberdade assistida, considerada como prêmio à um delito praticado.

Há que se destacar que existe a premente necessidade de inserir e manter o garantismo jurídico anexado ao instituto da liberdade assistida, considerando que, o adolescente infrator ao ser colocado na referida medida sócio-educativa, necessita do poder do Estado para ali permanecer com liberdade vigiada e direitos fundamentais garantidos, como

educação, moradia, trabalho, assistência médica e social, alimentação, vestuário e respeito à pessoa humana.

A respeito, o artigo 100 do Estatuto destaca “in verbis”: ”na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.”

Como já foi dito no transcorrer desse trabalho, o adolescente, ao ser incluído no sistema judicial, seja por internação ou liberdade assistida, jamais sairá, haja vista que, a negação dos direitos fundamentais e, as dificuldades encontradas para continuar a viver no meio aberto, produzem uma fronteira entre o lícito e o ilícito, muitas vezes levando o adolescente a reincidência na prática de delitos, especialmente, pequenos furtos para garantir sua sobrevivência dentro de uma sociedade rotuladora e discriminatória.

Analisando um artigo produzido no curso de Pedagogia do Unitoledo (2006), denominado “Mentes livres em corpos aprisionados”, tomamos conhecimento que o direito fundamental à educação, na maioria das vezes é negado ou negligenciado ao adolescente cadastrado no sistema de reinserção social, um dado alarmante que, de acordo com os autores, faz do adolescente um ser de “corpo livre e mente aprisionada”, já que, embora estando livre dos muros da internação, sua mente foi aprisionada pela falta de oportunidade educacional, promovida pelo Estado, através de seus representantes.

Considerando que a educação é um direito social e um dever do Estado, estabelecidos nos artigos 6º e 205 da Constituição Federal e, estar matriculado e freqüentando uma escola é obrigação estabelecida nos critérios da liberdade assistida, a negação ou negligenciamento por parte das escolas estaduais desse direito, fere triplamente o garantismo jurídico do adolescente.

O Estatuto declara em seu artigo 53 e incisos que a criança e o adolescente têm direito à educação, além de igualdade de condições para acesso e permanência na escola e ser respeitado por seus educadores, citando in verbis:

A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – direito de ser respeitado por seus educadores;

III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV – direito de organização e participação em entidades estudantis;

V – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único: É direito dos pais ou responsável ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais. (COMDICA, 2001, pg. 48).

José Afonso da Silva (2009, p. 786) tece comentários à Constituição naquilo que concerne a igualdade de condições e permanência na escola, destacando:

[...] o que é preciso é dar condições econômicas às famílias até para que suas crianças não tenham necessidade desse atendimento suplementar e possam, com dignidade, manter-se por si mesmas. As profundas desigualdades da vida brasileira não propiciam qualidade de condições de acesso à escola e de permanência nela a uma grande massa dos estudantes. Para tanto, são necessárias fortes ações afirmativas – que, como dissemos, vão muito além da questão puramente escolar.

No meio aberto, cabe aos pedagogos judiciais a tarefa de mediar os direitos e interesses do adolescente junto às diferentes instâncias da sociedade e da comunidade, agindo como vigilantes da liberdade assistida e guardiões dos direitos estabelecidos no texto legal.

Fernandes (2002, p.137), em suas considerações finais sobre a ação sócio-educativa pública, observou que:

Na verdade - a questão não é nova – toda e qualquer legislação que visa conferir direitos a populações denominadas “excluídas” contra sempre com o repúdio do poder estabelecido. O ingresso dos direitos conferidos aos jovens infratores pela Lei vigente vem gerando contingente populacional crítico a desafiar a estrutura de um país onde não se conhece a diferença entre polícia e bandido, onde as leis não são cumpridas, principalmente pelo Poder Público.

Ante aos postulados contraditórios acerca do Estatuto e de suas medidas sócio-educativas de caráter regenerador do adolescente infrator, torna-se necessário apresentar alguns acórdãos e jurisprudências que demonstram a presença do garantismo penal no processo de recuperação e reinserção social, necessitando apenas ser ampliado os critérios de aceitação e aprovação da sociedade e da comunidade, gerando um círculo que tem início no Juizado da Infância e da Juventude e termina no seio da família, parte integrante da sociedade.

Em um primeiro momento, o registro da concessão de *habeas corpus* para adolescentes infratores, com substituição por medidas mais brandas e resultados sociais mais significativos, demonstra a eficácia do garantismo existente no Estatuto, quando analisado à luz dos fatos e da vida do infrator:

07/03/2006

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ROUBO

Decisão: 1. Se, por um lado, a medida de internação está legalmente autorizada (artigo 122, inciso I), por outro lado, como medida excepcional que é, somente pode ser aplicada ou mantida quando demonstrada sua real necessidade. 2. Não se harmoniza com o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente o argumento de que a gravidade do fato, por si, já revela a "personalidade violenta", o "desajuste incompatível com a liberdade" ou o "grave desvio de caráter", mais ainda quando o adolescente não possui qualquer registro anterior que o desabone. 3. Ordem concedida para anular a sentença de primeiro grau, no tocante à medida imposta e, afastando a medida de internação, determinar que outra decisão seja prolatada, devendo, **enquanto isso, permanecer o Paciente em liberdade assistida**. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Descrição do processo/origem: STJ - T6 - SEXTA TURMA DJ 17.04.2006 p. 213
Processo: HC 47026 / SP ; HABEAS CORPUS 2005/0136989-6

MENOR — LIBERDADE ASSISTIDA VERSUS INTERNAÇÃO*

HABEAS CORPUS N. 75.629-8 SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO

PACIENTE: H. L. F.

IMPETRANTE: VITORE ANDRÉ ZILIO MAXIMIANO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMPETÊNCIA — HABEAS CORPUS — ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

HABEAS CORPUS — PERTINÊNCIA — ESTATUTO DA CRIANÇA — INTERNAÇÃO. Estando em questão a liberdade de ir e vir do adolescente, cabível é o *habeas corpus*, perquirindo-se até que ponto a providência jurisdicional implica ato de constrangimento.

MENOR — LIBERDADE ASSISTIDA X INTERNAÇÃO. A teor do disposto no § 2º do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada". Exsurge conflitante com o preceito ato de órgão revisor que, às vésperas da entrevista final, decorrente de liberdade assistida de seis meses, deferida pelo Juízo a partir de contato direto com os envolvidos, substitua a medida pela internação na FEBEM, olvidando pareceres positivos sobre a conduta do adolescente, inclusive com retorno à escola.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o *habeas corpus* para cassar o acórdão e restabelecer a sentença.

Brasília, 21 de outubro de 1997.

NÉRI DA SILVEIRA

Presidente

MARCO AURÉLIO

Relator

STJ – HABEAS CORPUS – HC –43554 SP

2005/0067033-8

Relator(a) – Ministra Laurita Vaz

Julgamento: 20/06/2005

Órgão Julgador: T 5 – Quinta Turma

Publicação: DJ 01/08/2005 – p. 524

HABEAS CORPUS. ECA. LIBERDADE ASSISTIDA. COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS GRAVES. SUBSTITUIÇÃO PELA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o juízo da execução pode, a teor do disposto nos artigos 99 e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterar medida sócio-educativa prevista em sentença transitada em julgado, não se constituindo tal ato judicial em ofensa aos postulados da coisa julgada e da legalidade. Precedentes.
2. Afigura-se desproporcional a imposição da medida de internação por prazo indeterminado pelo juízo da execução menorista, em razão da prática de uma única conduta socialmente reprovável e desprovida de qualquer violência ou grave ameaça à integridade física ou moral da vítima.
3. Não há, portanto, como subsistir, na espécie, a medida excepcional imposta pelo juízo de execução menorista, porquanto a conduta praticada pelo paciente (furto qualificado tentado) não se amolda à hipótese do art. 122, inc. II, do ECA.
4. Ordem concedida para cassar o acórdão e, por conseguinte, a decisão que aplicou a internação por prazo indeterminado, restabelecendo ao ora Paciente a medida sócio-educativa de liberdade assistida até à prolação de nova decisão

No segundo caso, o Tribunal entendeu que tráfico de drogas e porte ilegal de armas de fogo, apesar de reprovável socialmente, não representava grave ameaça as pessoas, recusando a medida de internação por não se ajustar aos critérios estabelecidos no artigo 122

do Estatuto. Nesse caso, não cabendo a medida de internação, presume-se a adoção da medida de liberdade assistida.

03/04/07

ECA. INTERNAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO.

Decisão: A necessidade imperiosa de aplicação da medida de internação provisória não foi motivadamente demonstrada no acórdão recorrido, que se limitou a afirmar a gravidade dos atos infracionais praticados (tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo), o que afronta o disposto no art. 108, parágrafo único, do ECA. A prática daqueles atos, apesar de socialmente reprovável, não incorre em violência ou grave ameaça à pessoa, o que, junto das condições pessoais do adolescente, não autoriza a aplicação do art. 122 do ECA. Precedentes citados: HC 54.068-SP, DJ 4/9/2006; HC 50.716-SP, DJ 1º/8/2006, e HC 36.981-RJ, DJ 18/4/2005.

Descrição do processo/origem: HC 71.577-SP, Rel. Min. Laurita Vaz.

O caráter pedagógico da liberdade assistida foi objeto de despacho favorável em apelação, um fato que demonstra claramente a necessidade de adoção de medidas mais eficazes e contundentes por parte do Estado para garantir o perfeito funcionamento da execução de medidas sócio-educativas aplicadas pelo Juizado da Infância e da Juventude.

Apelação Cível

Magistrado Responsável: André Luiz Planella Villarinho

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. ATO INFRACIONAL. LIBERDADE ASSISTIDA.

Aplicação de medidas socioeducativas compatíveis com os fatos praticados. Circunstâncias do caso concreto evidenciam que a privação de liberdade não se mostra eficiente à recuperação dos recorridos, que, durante o longo trâmite do processo, não mais incorreram em práticas infracionais. Adequação da medida **socioeducativa de liberdade assistida, de caráter altamente pedagógico.**

APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70027478767, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 25/03/2009)

Apelação Cível

Magistrado Responsável: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves

ECA. INFRACIONAL. ROUBO. USO DE VIOLÊNCIA FÍSICA. MEDIDA DE LIBERDADE ASSISTIDA. ADEQUAÇÃO. 1. Tendo o infrator praticado fato definido como roubo, com uso de violência física contra a vítima, sem lesioná-la contudo, mostra-se cabível a adoção de medida socioeducativa de liberdade assistida. 2. A necessidade de medida socioeducativa decorre do desajuste pessoal do infrator, que revela falta de senso crítico e preocupante história de práticas delitivas, necessitando, também de tratamento psicológico e para drogadição. 3. A medida socioeducativa de liberdade assistida é até branda, mas está evidente nela o propósito de reeducar o adolescente, buscando ajustá-lo aos padrões de **comportamento reclamados pela sociedade, com inequívoco valor pedagógico.** Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70015710858, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/08/2006)

Acórdão Nº 70027478767 de Tribunal de Justiça do RS - Sétima Câmara Cível, de 25 Março 2009 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

A análise da situação progressiva do adolescente pelo Juizado ao impor a medida sócio-educativa mais adequada, é um claro sinal da presença do garantismo jurídico no processo de recuperação do adolescente.

Apelação Cível

Magistrado Responsável: Rui Portanova

APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. ROUBO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES. LIBERDADE ASSISTIDA. CABIMENTO.

Autoria e materialidade

A autoria comprovada auto de apreensão, confissão e prova oral colhida em juízo.

Medida Socioeducativa

A ausência de antecedentes demonstra o acerto da aplicação da medida socioeducativa de Liberdade Assistida.

NEGARAM PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70019460153, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/07/2007)

Acórdão Nº 70015710858 de Tribunal de Justiça do RS - Sétima Câmara Cível, de 16 Agosto 2006 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

Do mesmo modo, o garantismo judicial se faz presente quando da progressão de medida internação para liberdade assistida aventada em razão do adolescente apresentar comportamento positivo, da regressão de medida de liberdade assistida para internação, motivada pelo descumprimento dos critérios estabelecidos na medida anteriormente aplicada, pela remissão da medida cumulada com aplicação de medida de liberdade assistida e pela aplicação da medida de prestação de serviços à comunidade cumulada com a medida de liberdade assistida.

Agravo de Instrumento

Magistrado Responsável: Rui Portanova

ECA. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERNAÇÃO COM ATIVIDADES EXTERNAS PARA LIBERDADE ASSISTIDA. ADEQUAÇÃO.

Adequada a progressão de regime, de internação com atividades externas para liberdade assistida, porquanto embasada em relatório avaliativo elaborado pela própria FASE, que corroborou relatório anterior que já havia recomendado a progressão ora concedida.

NEGADO SEGUIMENTO. EM MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70024068447, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/04/2008)

Acórdão Nº 70011827383 de Tribunal de Justiça do RS - Oitava Câmara Cível, de 15 Setembro 2005 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

Agravo de Instrumento

Magistrado Responsável: Rui Portanova

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL. PROGRESSO NA CONDUTA DO ADOLESCENTE DURANTE A INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA PARA LIBERDADE ASSISTIDA. OSSIBILIDADE.

Quando inequívoco o progresso da conduta do adolescente internado, inclusive com projeto de vida positivo e parecer técnico favorável, impõe-se a progressão da medida socioeducativa para liberdade assistida.

DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70011827383, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/09/2005)

Agravo Interno

Magistrado Responsável: Claudir Fidelis Faccenda

AGRAVO INTERNO. ECA. EXECUÇÃO DE MEDIDA. LIBERDADE ASSISTIDA. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO.

O descumprimento injustificado de medida anteriormente imposta ao adolescente, autoriza a regressão da medida de liberdade assistida para internação.

RECURSO IMPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo Interno Nº 70020014759, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 05/07/2007)

Acórdão Nº 70019460153 de Tribunal de Justiça do RS - Oitava Câmara Cível, de 05 Julho 2007 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

Apelação Cível

Magistrado Responsável: Rui Portanova

APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. HOMOLOGAÇÃO PELO MAGISTRADO. CABIMENTO.

Possibilidade de homologação, pelo julgador a quo, da remissão cumulada com a medida socioeducativa de liberdade assistida, concedida pelo Ministério Público ao adolescente, quando houver a concordância deste e de seus representantes.

NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70021194931, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/10/2007)

Acórdão Nº 70020014759 de Tribunal de Justiça do RS - Oitava Câmara Cível, de 05 Julho 2007 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

Apelação Cível

Magistrado Responsável: Claudir Fidelis Faccenda

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. TRATAMENTO PARA DROGADIÇÃO E LIBERDADE ASSISTIDA.

Medidas socioeducativas de prestação de serviços a comunidade c/c liberdade assistida. Adequação, ante as circunstâncias do caso concreto. A medida aplicada deve fazer com que o infrator reflita sobre seus atos.

APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70024917163, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 10/07/2008)

Acórdão Nº 70021194931 de Tribunal de Justiça do RS - Oitava Câmara Cível, de 04 Outubro 2007 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

A manutenção da medida inicial em face da análise dos fatos que contribuíram para a execução do ato infracional

Apelação Criminal

Magistrado Responsável: Des. Motta Moraes

Demandante: Ministério Público e Outro

Demandado: Os Mesmos

Menor. Ato infracional análogo a homicídio tentado. Legítima defesa reconhecida. Repulsa da prova. Medida sócio-educativa de liberdade assistida. Apelo provido. Se nenhuma agressão havia, mas fora passada, e o adolescente armou-se de faca para na rua esperar pelo próprio irmão, a quem atingiu, com um só golpe, causando lesões de natureza grave, não há falar em estado de legítima defesa que é admitida em prol de quem, "usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". A gravidade da situação que expôs a sério risco a vida da vítima, reclama tratamento mais adequado, revelando-se bem indicada a liberdade assistida. Apelo provido. (MAA)
Acórdão N° 70024917163 de Tribunal de Justiça do RS - Oitava Câmara Cível, de 10 Julho 2008 (TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

Acórdão N° 84608 de Primeira Turma, de 03 Junho 2005

STF. Supremo Tribunal Federal

Habeas Corpus

Magistrado Responsável: Min. Eros Grau

Demandado: Renato Olerino/ Pge-Sp - Waldir Francisco Honorato Júnior
(Assistência Judiciária)

ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. LIBERDADE ASSISTIDA.

Considerando a gravidade do ato infracional, bem como as características pessoais do adolescente, descabe o abrandamento da medida socioeducativa aplicada na sentença. A liberdade assistida deve ser aplicada quando se afigurar mais adequada para o acompanhamento, o auxílio e a orientação do representado. Inteligência do art. 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível N° 70012317871, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 24/08/2005)

Ao trazer à luz da discussão os clamores contraditórios que exalam por parte de juristas e do Judiciário e as jurisprudências e acórdãos que viabilizam cada vez mais a aplicação de medidas socio-educativas de liberdade assistida, buscou-se demonstrar que o grantismo jurídico perpetuado pelo contraditório e pela ampla defesa deve ser uma regra e não uma exceção nas questões envolvendo adolescentes infratores e o Poder Judiciário, representados pelo Juizado e Promotoria da Infância e da Juventude.

CONCLUSÃO

Finda a presente explanação acerca do garantismo penal como modelo garantidor do instituto da liberdade assistida, para ressocializar e reinserir adolescentes infratores na comunidade e na sociedade e, enfrentar os desafios para a efetividade dos direitos fundamentais da infância e adolescência, acredita-se ter logrado êxito em demonstrar o devido valor do referido instituto quando aplicado pelo Juizado da Infância e da Juventude, na reeducação e a ressocialização do adolescente infrator.

O ideal primeiro do instituto da liberdade assistida está assentado na premissa de que a sociedade tenha a oportunidade de ganhar mais um cidadão, mesmo que ressocializado e deixar de ter um marginal que permaneceu recluso. Para tanto, faz-se necessário que o Poder Judiciário busque aplicar uma medida sócio-educativa que não se apresente como branda demais, pois seria inócua no seu objetivo, nem severa ao extremo, pois poderia causar efeitos danosos, inclusive de levar o adolescente à morte civil pela exclusão social e familiar.

Nesse meio termo caberá sempre a medida de liberdade assistida, considerando que, de acordo com os resultados do sistema penitenciário regular (adultos), que se apresenta como falido na sua essência de reeducação, na esfera da Infância e da Juventude seria mais conveniente e lucrativo preparar o adolescente para regressar ao convívio social do que abandoná-lo e sujeitá-lo à própria sorte, aprisionado pelas muralhas da repressão e recluso na solidão das unidades de internação, onde, ao final do cumprimento da medida, seu retorno à comunidade passasse a representar um perigo maior, em virtude do aumento da periculosidade, que o seu convívio com adolescentes reincidentes e perigosos acaba por propiciar.

É preciso repensar a sistemática de adoção de medidas a partir da análise do Enunciado 17 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, ou Regras de Beijing, que enfatiza: “a resposta à infração será sempre em proporção, não somente às circunstâncias e gravidade da infração e às necessidades do menor, como também às necessidades da sociedade”, a sociedade clama por respostas rápidas e eficazes.

Nesse sentido, se a medida sócio-educativa visa, primordialmente, como o próprio nome indica, a regeneração e reinserção do adolescente no convívio social, necessário se faz refletir sobre a possibilidade de recuperação do adolescente infrator a partir dos objetivos primordiais de punir e regenerar, considerando, para tanto, que a regeneração pode trazer melhora enquanto que a punição pode injuriar e piorar ainda mais uma pessoa.

Quanto à presença do garantismo penal e judicial no sistema penal menorista, ainda caminha a passos lentos, uma lentidão causada, por um lado, pela contrariedade de parte do Judiciário em aceitar o Estatuto como um escopo regulador das relações do adolescente com o Juizado e Promotoria da Infância e da Juventude e, por outro, uma série de dificuldades relacionadas o instituto da liberdade assistida, que acabam por caracterizar a ineficácia do sistema, entre as quais, destaca-se:

- a inexistência ou a oferta irrisória de propostas pedagógicas;
- a falta de programas efetivos de preservação ou restabelecimento de vínculos entre adolescentes/família/comunidade;
- a carência e deficiência de pedagogos judiciais e aporte de instalações físicas adequadas à assistência e preparo do adolescente no meio aberto;
- a omissão ou a presença negligenciada dos pais ou responsável legal e conseqüente ausência de medidas punitivas a eles aplicadas;

- a deficiência ou negação do direito a educação regular e/ou ao ensino profissionalizante;
- a ausência destacada de programas assistências, pedagógicos, sociais e educacional voltados para o preparo e acompanhamento dos adolescentes, em face da progressão de medida ou do seu desligamento do sistema de internação para o meio aberto;
- Os programas que se encontram em funcionamento, são dotados muito mais de caráter legitimador do controle social da pobreza (cestas básicas, relatórios de situação familiar, visitas e relatórios da relação adolescente/família), do que propriamente exercer atividades práticas de reintegração, ressocialização e reeducação do adolescente infrator.

Essas dificuldades, de caráter estrutural, pertencem ao Estado, como também a ele é pertinente a adoção de medidas que minimize os efeitos do desaparecimento do sistema administrativo, que poderia contribuir para uma interpretação menos equivocada e mais contundente das normas elencadas no Estatuto.

A interpretação a que se refere evitará que se continue a impor medidas sócio-educativas embasadas nos princípios anteriormente praticados da “Doutrina da Situação Irregular”, uma interpretação que propiciará aos promotores, advogados, técnicos e juízes enxergarem a tutela, a proteção e o melhor interesse do adolescente, a partir das garantias constitucionais e processuais, como por exemplo: os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da medida e da desmistificação do sistema atual da Proteção Integral, considerado equivocadamente de protetivo, já que não vislumbram ou rejeitam o caráter punitivo, claramente visualizado nas restrições à liberdade e ao direito à convivência familiar e comunitária.

Esse conjunto de dificuldades, de contraditórios e de falta de sensibilidade dos organismos julgadores nas instâncias superiores, talvez justifique a falta de

jurisprudência, principalmente naquilo que concerne às garantias do habeas corpus e do devido processo legal.

Por fim, conclui-se que interpretação responsável e reflexiva do Estatuto poderá culminar com uma possível comparação com o sistema repressivo dos adultos, que tem sido menos criticado. A partir dessa análise, os executores do Direito podem se conscientizar que os adultos em conflito com a lei gozam de inúmeras prerrogativas idênticas às estabelecidas para adolescentes, como a substituição de medidas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana), inclusive do direito ao **sursis (liberdade assistida ou vigiada)**. Para os adultos essas medidas que não são facultativas, mas imperativas.

Em suma, os desafios para a efetividade dos direitos fundamentais da infância e adolescência passam, necessariamente, por um melhor aparelhamento do Estado para receber e reeducar adolescentes infratores, por uma análise mais criteriosa e menos contraditória do Estatuto por parte dos operadores do Direito, por uma mudança de comportamento da sociedade, da comunidade e da família e, por uma união de esforços, entre Estado, Judiciário e sociedade, que representa, com certeza, o garantismo inserido na aplicação de medida sócio-educativa, em especial, a medida de cunho punitivo e pedagógico: de liberdade assistida.

REFERÊNCIAS

BARROSO FILHO, José. *Do ato infracional*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2470>

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos*. 12/jun/1996. In: DHNET. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_cd.htm. Acesso em 04/set/2009.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

COMDICA, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Araçatuba. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Araçatuba/SP: Comdica, 2001.

CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos/RJ: FDC, 2004.

CORALINA, Cora. *Menor Abandonado* (In) Poemas dos becos de Goiás e estórias mais. Disponível em <http://www.vermelho.org.br/base.asp?texto=15122>. Acesso em 02.jan.2009.

ELIAS, João Roberto. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação sócio-educativa pública: inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed., rev, ampl, atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. *Liberdade Assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC, 2006.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira; BITTENCOURT, Sílvio Renato. *As políticas públicas e o Ministério Público como agentes garantidores do direito à convivência familiar e comunitária*

de crianças e adolescentes abrigados. In: *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 101. São Paulo: AASP, dez/2008.

FOUCAULT, Michel Foucault *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *A verdade e as formas jurídicas* 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GOIAS, Governo do Estado de. Juizado da Infância e da Juventude. *Acórdãos*. Disponível em <http://www.jij.tjgo.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia.php>. Acesso em 11.jan.2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Dicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2007.

ISHIDA, Walter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSBRASIL, Jurisprudência. STJ - Habeas Corpus HC 43554SP 2005/0067033-8, Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/80624/habeas-corpus-hc-43554>. Acesso em 07.jan.2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA JÚNIOR, Walter. Nada havíamos percebido... Crítica ao documentário “Ônibus 174”. Disponível em <http://www.geocities.com/walterlimajr/Cri-Onibus174.html>. Acesso em 03/set/2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1987.

NASCIMENTO, Gracile Augusta Ferreira do. *A educação e o trabalho do adolescente*. Curitiba: Juruá, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O perigo ideológico do garantismo penal*. Disponível em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_impresao.asp?campo=5198&conteudo=fixo_detalle. Acesso em 03.jan.2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convencion sobre Los Derechos Del Niño*. Disponível em <http://www.margen.org/ninos/derech8b.html>. Acesso em 05.jan.2009.

PACTO DE SAN JOSE. *Convencion Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acesso em 03.dez.2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REUTERS, Agência. Documentário "Ônibus 174" choca Rio BR ao relembrar tragédia. Produzido pela Agencia Reuters/Rio de Janeiro em 14/fev/2002. Publicado na Folha On-line. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u22513.shtml>, Acesso 03/set/2009.

ROSA, Alexandre Moraes de. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: UNESP, 2006.

SÃO PAULO, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. *Constituição da República Federativa do Brasil; Constituição do Estado de São Paulo; Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VLEX. *Liberdade assistida em jurisprudência*. Disponível em <http://br.vlex.com/lags/liberdade-assistida-1420933>. Acesso em 14/jan/2009.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org). *Direitos Humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ANEXOS

ANEXO A

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

Artículo 8. Garantías Judiciales

- 1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- 2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
- 3) La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
- 4) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
- 5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

ANEXO B

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas
el 20 de noviembre de 1989

Artículo 40

- 1) Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
- 2) Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
 - a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
 - b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

- i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
- ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
- iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- iv) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- v) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vi) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

- 3) Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:
 - a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
 - b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
- 4) Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

ANEXO C

MENOR ABANDONADO

(Cora Coralina)

I.

De onde vens, criança?
 Que mensagem trazes de futuro?
*Por que tão cedo esse batismo impuro
 que mudou teu nome?*

Em que galpão, casebre, invasão, favela,
 ficou esquecida tua mãe?...
 E teu pai, em que selva escura
 se perdeu, perdendo o caminho
 do barraco humilde?...

Criança periférica rejeitada...

Teu mundo é um submundo.
 Mão nenhuma te valeu na derrapada.

Ao acaso das ruas – nosso encontro.
 És tão pequeno... e eu tenho medo.
 Medo de você crescer, ser homem.
 Medo da espada de teus olhos...
 Medo da tua rebeldia antecipada.
 Nego a esmola que me pedes.
 Culpa-me tua indigência inconsciente.
 Revolta-me tua infância desvalida.

II.

Quisera escrever versos de fogo,
 e sou mesquinha.
 Pudesse eu te ajudar, criança-estigma.
 Defender tua causa, cortar tua raiz
 chagada...

És o lema sombrio de uma bandeira
 que levanto,
*pedindo para ti – Menor Abandonado,
 Escolas de Artesanato – Mater et Magistra*
 que possam te salvar, deter a tua queda...

Ninguém comigo na floresta escura...
 E o meu grito impotente se perde
 na acústica indiferente das cidades.

Escolas de Artesanato para reduzir
 o gigantismo enfermo
 da criança enferma
 é o meu perdido s.o.s.

Estou sozinha na floresta escura
 e o meu apelo se perdeu inútil
 na acústica insensível da cidade.
 És o infante de um terceiro mundo
 em lenta rotação para o encontro
 do futuro.

III.

Quisera a tempo te alcançar,
mudar teu rumo.

De novo te vestir a veste branca
de um novo catecúmeno.
És tanto e tantos teus irmãos
na selva densa...

E eu sozinha na cidade imensa!
“Escolas de ofícios Mãe e Mestra”
para tua legião.
Mãe para o amor.
Mestra para o ensino.

Passa, criança... Segue o teu destino.
Além é o teu encontro.
Estarás sentado, curvado, taciturno.
Sete “homens bons” te julgarão.
Um juiz togado dirá textos de Lei
que nunca entenderás.

- Mais uma vez mudarás de nome.
E dentro de uma casa muito grande
e muito triste – serás um número.

IV.

Há um fosso de separação
entre três mundos.

E tu – Menor Abandonado,
és a pedra, o entulho e o aterro
desse fosso.

E continuará vertendo inexorável
a fonte poluída de onde vens.

Errante, cansado de vagar,
dormirás como um rafeiro
enrodilhado, vagabundo, clandestino
na sombra das cidades
que crescem sem parar.

Há um fosso entre três mundos.
E tu, Menor Abandonado,
és o entulho, as rebarbas e o aterro
desse fosso.

Acorda, Criança,
hoje é o teu dia... Olha, vê como brilha lá
longe,
na manchete vibrante dos jornais,
na consciência heróica dos juízes,
no cartaz luminoso da cidade,
o ano internacional da criança