

REFLEXÕES ACERCA DA PRODUÇÃO JUDICIAL NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: SOMOS MENORISTAS ENRUSTIDOS?

REFLECTIONS ON JUDICIAL PRODUCTION IN JUVENILE COURT: ARE WE ENROLLED MENORISTS?

Enio Gentil Vieira Júnior¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir, brevemente, a produção judicial e os discursos dos atores do sistema de justiça da infância e juventude: a prevalência da fala assistencialista e das antigas práticas tutelares como obstáculo à promoção de crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direito em âmbito processual. Também buscar-se-á verificar o contexto da formação dos atores do sistema de justiça o (mau) uso dos metaprincípios da proteção integral e absoluta prioridade em detrimento do direito objetivado da criança e do adolescente, como fator de repetição do modelo tutelar – menorista, formalmente revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Proteção Integral;

Melhor Interesse; Justiça da Infância e Juventude; Produção Judicial.

Abstract: This article aims to discuss, briefly, the legal production and the discourse of actors from the childhood and youth justice system: the prevalence of speech and of the old welfare guardianship as an obstacle to the promotion of children and adolescents to the condition persons entitled to procedural framework. Also pick up will check the context of the training of the actors of the justice system and the (bad) use of metaprincípios of full protection and absolute priority over the right of objectified children and adolescents.

Keywords: Full Protection. Best Interest. Childhood and Youth Justice. Judicial Production.

1 Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul, mestre em Direito, Estado e Sociedade pelo PPGD/UFSC, advogado da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, professor de Direito da Criança e do Adolescente da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), presidente da Comissão de Direito da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil/SC. Email: eniogentil@tjsc.jus.br.

1. INTRODUÇÃO

Passadas mais de duas décadas após a aprovação do texto final do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, é possível constatar que este ramo do direito vem sendo reconhecido como disciplina jurídica autônoma, portadora de normas e princípios próprios, pautados pela doutrina da proteção integral, reconhecedores de crianças e adolescentes como cidadãos, não mais qualificados por sua suposta *incapacidade*, mas pela condição peculiar de sujeitos de direitos. (VERONESE, 1999). Importa pontuar que isto ocorreu apenas ao final da década de 1980 – após longa caminhada, passou da inexistência jurídico-social (ARIÈS, 2006), passando à existência como objeto de intervenção do mundo adulto – do ponto de vista da normativa internacional (Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente) e constitucional (art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil), quando então, a crianças e adolescentes conferiu-se a condição efetiva de cidadãos. (VERONESE, 2011).

Somente a partir destes marcos normativos históricos acima citados, aos quais se podem incluir o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, pode-se dizer que tal parcela da população deixou a condição de meros objetos de intervenção do mundo adulto, construção que se sustentava entre o final do século XIX e final do século XX² e, inclusive do ponto de vista normativo, com os Códigos de Menores que se proliferaram pela Europa e América.

No entanto, ainda que se possa considerar o Direito da Criança e do Adolescente brasileiro avançado, hoje com princípios regentes expressos na legislação, de procedimentos bem delineados em legislação própria, de referências expressas ao contraditório e ampla defesa como orientação

2 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança é de 1989 e foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-Lei n. 28/90.

em toda espécie de processo que diga respeito a demanda da Justiça da Infância e Juventude, a produção judicial ainda é, em grande volume, *negadora de direitos*, ainda que sob pretexto protetivo.

Nos dizeres de Silva (2002, p. 07),

Em que pese a Convenção Internacional, o Estatuto e as novas posições interpretativas da Doutrina da Proteção Integral, a ‘proteção’, que não passa de preconceituosa e odiosa opressão de crianças e adolescentes vulneráveis, persiste fortemente às mudanças substanciais de paradigma.

Existe um considerável número de decisões (em sentido lato: acórdãos e juízos singulares) e manifestações do Ministério Público, assim como as de advogados e defensores públicos, que, numa aparentemente equivocada aplicação do princípio da proteção integral, acabam mais por violar os direitos e garantias das crianças e adolescentes do que propriamente promovê-los.

Há quase quatorze anos, corroborando a afirmação acima, Silva (2002, p. 08-09) sustentava, delimitando sua crítica às medidas socioeducativas que:

As novas disposições, garantistas e responsabilizantes do Estatuto continuam a ser interpretadas com os mesmos princípios simplistas e autoritários da antiga postura.

A “proteção”, o “superior interesse”, o “bem estar da criança e do adolescente”, a “reeducação”, a “ressocialização” justificam tudo. sSalvo exceções, sentenças, acórdãos, pareceres, defesas, recursos, relatórios, estudos de caso, diagnósticos, refletem os vieses do sistema “protetor” onde os adolescentes, ditos infratores, são “protegidos”, “reeducados”, “ressocializados”. Se o sistema é protetor. Se todos os atores processuais e administrativos buscam o “melhor interesse” do adolescente [...] não há necessidade de grandes e profundas justificativas.

Nos procedimentos de apuração de ato infracional, em que

se pode identificar um discurso aparentemente *esquizofrênico* por parte do Representante do Ministério Público, que ora se utiliza de um *direito penal escamoteado* (SPOSATO, 2006), ora se utiliza de um discurso de *bondade punitiva*. Passa-se boa parte do processo discutindo a gravidade do ato infracional praticado pelo adolescente, usam-se expressões duras como refrear a escalada criminosa do adolescente, mas, ao final, já nos requerimentos, utiliza-se de poucas linhas para falar em socioeducação.

Os princípios orientadores de aplicação das medidas socioeducativas, que dizem respeito a inúmeros outros aspectos que ultrapassam a questão do *fato infracional*, buscando algo além da criminalização dos adolescentes e a pouco compreendida *socioeducação*, passam despercebidos. A lógica, infelizmente, ainda é punitiva. A esferas que permeiam a socioeducação teimam em não se deixar escapar do campo do discurso.

Procedimentos verificatórios, previstos nos Códigos de Menores, continuam como *mortos-vivos* nas Varas da Infância e Juventude, agora revestidos da alcunha *representação do Conselho Tutelar*. Justo o Conselho Tutelar, órgão criado com o claro propósito, dentre outros, de *desjudicializar*, de evitar o *streptus judiciae* para as questões referentes à infância e juventude, sobrecarrega o judiciário com representações – na realidade, procedimentos verificatórios – abrindo mão de sua autonomia em troca de uma suposta *legitimação* pela caneta do juiz. São, como sempre foram, processos judiciais sem procedimento, regras ou norte, violadores de direitos, certamente.

Nos procedimentos de destituição do poder familiar, medida de *ultima ratio*, em que os pais perdem o poder-dever que o Estado os delega em favor de seus filhos, muitas vezes preparatórios para a adoção, à regra é de que criança e sua

família não sejam chamadas à condição de protagonistas, e, num processo notadamente *kafniano*, acabam separados, sendo jamais ouvidos, sob a *justificativa* de uma suposta *proteção integral*, ou *melhor interesse*.

Em tais situações, tem imperado a figura do *curador especial*, em que, oferecendo defesas formais, meramente legitimadoras da atuação do Representante do Ministério Público e da autoridade judiciária, advogados atuam como meros *colaboradores* ou *cooperadores*, do sistema de justiça. Como num espelho do velho modelo menorista de justiça, a ampla defesa e o contraditório, nesses casos, não passam de mera formalidade, de mero *verniz*.

No cotidiano das Varas da Infância e Juventude, nem o vocabulário foi substituído. Continuam a ser designados *Juizados*, os adolescentes são chamados *menores infratores*, *poder familiar* continua sendo *pátrio poder*. Outros termos muito utilizados, como a medida socioeducativa de internação, numa lógica invertida, infelizmente, são rebaixados à condição de eufemismos.

Boa parte dos atores do sistema de justiça, salvo raríssimas exceções, parecem ainda não haver absorvido o princípio da proteção integral e as demais garantias previstas no Estatuto. Resta ainda bem estabelecida a doutrina corporativista da situação irregular, infelizmente.

2. A ATUAL “ARQUITETURA” DAS FUNÇÕES E A RESISTÊNCIA DOS ATORES DIANTE DO SISTEMA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

De uma série de rupturas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, pode-se destacar a forma

como se passaram a conceber os atores do sistema de justiça da Justiça da Infância e Juventude. As figuras do juiz, do representante do Ministério Público e, da defesa, esta última praticamente inexistente no período anterior, foram objeto de profundas releituras. (VERONESE, 2011).

Abandonou-se a figura do juiz de menores, tido como um *bonus pater familiae*, assim como os tribunais de menores, ironicamente compostos por apenas um juiz cada um deles. Os poderes dos atores do sistema de justiça da infância e juventude foram consideravelmente reduzidos, ou melhor, limitados pela lei. Não havia mais a válvula de escape do prudente arbítrio da autoridade judiciária menorista, como ocorria expressamente nos Códigos de Menores.

Ao contrário do que previam os Códigos de Menores que o antecederam, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da complexidade do novo direito que se instalou, previu procedimentos mais ricos, com peculiaridades necessárias em vista da natureza das demandas que a Justiça da Infância aprecia. Não se trata mais do velho Juízo de cunho moralista e corretivo, como ocorria na justiça menorista. (VERONESE, 1999).

Na antiga legislação, por exemplo, o procedimento visando a perda do poder familiar (à época pátrio poder), assim com o de adoção, contavam com apenas três artigos cada (arts. 104 a 106 e 107 a 109). Nenhum deles fazia qualquer menção ao contraditório ou ampla defesa em favor das famílias. Já o procedimento de apuração de infração penal (versão menorista do procedimento de apuração de ato infracional), contava com apenas cinco dispositivos, o que, claramente, empobrece, ou desestimula o respeito ao contraditório.

Ora, não causa espanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao entrar em vigor, tenha gerado tanto desconforto àqueles que estavam habituados ao velho sistema, de

negação de direitos. Os mais atingidos foram os atores do sistema de justiça, que perderam poder, perderam discricionariedade. Juizes e promotores de justiça não foram destituídos, no entanto, de sua autoridade, mas certamente de sua conveniente autoritariedade.

Veronese há muito constatava que o Estatuto da Criança e do Adolescente por haver inovado em muitos aspectos, geraria, ao menos nos primeiros anos, dificuldades em sua aplicação, pois, além das mudanças conceituais trazidas, exigiria, também, a sua regulamentação, através de leis específicas em nível municipal, estadual e federal. (VERONESE, 1999).

A mesma autora reconhece que o Estatuto suscitou e tem suscitado o surgimento de uma nova e mais enriquecida doutrina em torno dos direitos infanto-juvenis. Entende que o Estatuto exigiu da sociedade como um todo, e dos juristas comprometidos e engajados com o tema, em particular, uma nova postura, um novo agir na defesa dos direitos da criança e do adolescente. (VERONESE, 1999).

O famoso juiz de menores do Rio de Janeiro, Alyrio Cavallieri (2005), autor da polêmica obra *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*, foi, por evidente, responsável por inúmeras críticas à Lei n. 8.069/90, principalmente no que se referia à mudança de paradigma quanto à autoridade judiciária, antes juiz de menores, dotado de discricionariedade quase ilimitada, agora juiz da infância e juventude, com atribuições limitadas pela lei e atuação moldada pelos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em depoimento ao jornalista Cláudio Figueiredo, Cavallieri (2005, p. 88), criticando a opção do legislador em reduzir a discricionariedade da autoridade judiciária nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, questiona:

O Estatuto – ECA – transformou aquele magistrado tuitivo,

protetor, em mero aplicador da lei. Estabeleceu que, na audiência em que o juiz tem o primeiro contato com o menor, o promotor fala por 20 minutos com direito a mais dez e o advogado ocupa o mesmo tempo, produzindo a defesa. Penso que esta nova postura adotada pelo ECA foi introduzida aqui erradamente por imitação de leis de outros países.

Mais adiante, ainda no depoimento concedido ao jornalista Cláudio Figueiredo, Cavallieri (2005), ilustra o desconforto dos atores do sistema de justiça quando da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua crítica, que abaixo segue, demonstra a preferência, que ainda hoje se observa por boa parte dos atores do sistema de justiça, pelo procedimento amigável entre juiz, promotor de justiça e defesa. Uma sala de audiência dos antigos juizados da infância, conforme reconhece Alyrio Cavallieri (2005, p. 88), mais parecia uma reunião familiar. Veja-se:

No meu tempo podia me dirigir a um rapaz daqueles e dizer algo, aconselhar. Atualmente não há mais a antiga autoridade do juiz tuitivo, uma autoridade protetora. [...] Além do mais, todas as audiências que fazíamos se davam como em colegiado. Estavam presentes o juiz, o promotor e o advogado, mas também, se fosse o caso, o assistente social e o psicólogo.

Apesar de sedutor, o discurso da reunião familiar, ou mesmo jurisdição familiar, não passa de uma das mais perigosas bandeiras do sistema de jurisdição menorista que, infelizmente, ainda se reproduz na prática de boa parte dos atores do sistema de justiça da infância e juventude.

Enquanto grande estudioso do direito do menor que foi, em 1978, Cavallieri, comentando o Código de Mello Matos, - vigente à época, mais precisamente o art. 131, cuja redação quase se repetiria no ano seguinte³, tenta justificar a discri-

3 Em 1979 foi aprovado o último Código de Menores brasileiro, BRASIL. LEI 6.697/1979 (Lei Ordinária), de 10 de outubro de 1979.

cionariedade que a lei conferia à autoridade judiciária em sua atuação. Aparentemente, considerava Cavallieri (1978) que a autoridade judiciária possuiria o prudente arbítrio capaz de garantir o bom uso dos poderes como que legislativos ali presentes. Veja-se:

Ao dar poderes como que legislativos e restritos a integrantes do Poder Judiciário, a lei visualiza as características do país, a dificuldade de conferir poderes a autoridades despreparadas [...] O esmero da redação do art. 131 chega ao cuidado de indicar à autoridade protetora que deverá usar de prudente arbítrio, o sendo do pai de família, o moderado membro da comunidade. (CAVALLIERI, 1978, p. 202).

A figura do *juiz tuitivo*, bom pai de família, detentor de discernimento superior aos demais membros da sociedade, como acreditava Alyrio Cavallieri (2005), consolidou-se no início do século XX. Deste período, adequado mencionar evento que parece marcante para a consolidação da figura do Juiz de Menores. Trata-se do Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em Paris, entre 29 de junho a 01 de julho de 1911 (MENDEZ, 1994), evento que reuniu representantes (delegados) de vários países da Europa, América do Norte e América Latina, que estabeleceu o norte do direito do menor por quase todo o século XX.

Mendez (1994, p. 18), que em sua obra *Das Necessidades aos Direitos* consome algum tempo analisando as Atas Originais do Congresso de Paris, cita importantes trechos desses preciosos registros históricos. Da fala do notório professor de Direito Penal M. Prins, ressalta:

[...] a pedra angular das reformas se baseia em alterar substancialmente as funções do juiz. O delegado belga o Congresso de Paris, o famoso professor de direito penal M. Prins, afirma que a jurisdição de menores deve possuir caráter familiar. Em diferentes graus, todos os delegados

concordam que este princípio, cujo requisito para plena realização passa pela anulação da figura da defesa. Neste sentido, tornam-se claras as palavras do delegado italiano que, citando Garofalo, afirma [...] sempre em nosso país, a defesa não se limita – diz Garofalo – a oferecer desculpas para os piores atos delituosos, mas também a fazer sua apologia. (MENDEZ, 1994, p. 18).

A posição sustentada do representante brasileiro no evento, defendendo certa simplicidade procedimental, orientação que vai ao encontro da comparação acima realizada, baseada na escassez de dispositivos processuais do Código Menores em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente. O conteúdo é esclarecedor:

Um jurista brasileiro da época oferece uma síntese clara dessas ideias, que dispensa qualquer comentário: O caráter principal desses tribunais é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas do julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter educativo ou coercitivo [...] Tribunal numeroso equivaleria à morte da luminosa criação. Basta um juiz para julgar. Mas esse juiz deve ser exclusivamente um juiz para menores; não deve, não pode exercer outra função.

Se nas grandes cidades, ou nas regiões onde o coeficiente da criminalidade é mais elevado, se torna necessária a criação de varas especiais do crime, também é imperioso que se designem juízes especiais para o julgamento dos menores. Tais juízes têm a missão espinhosa e difícil de se tornarem familiares com esse mundo misterioso e quase impenetrável que é a alma infantil. Cada qual deles será um juiz calmo, amorável, dedicado ao seu sacerdócio. Juiz-pai, eis a expressão que melhor o deveria caracterizar.

Nada de afetações prejudiciais. Nada de inquirições públicas. Nada de acusação e de defesa. (MENDEZ, 1994, pp. 25-26).

Inegável que o direito do menor, que vigorou durante quase todo o século XX, portanto, foi herdeiro dos temas

debatidos durante o Congresso de Paris e suas conclusões. Naquele período, pode-se dizer, consolidou-se, para o mundo, a figura da autoridade judiciária com amplos e quase irrestritos poderes, da ideia de jurisdição familiar, de *bonus pater familiae*, dos procedimentos simplificados dos Tribunais de Menores, etc.

O que se construiu naquele período compreendido entre o final do século XIX e início do século XX, em relação aos direitos de crianças e adolescentes vigorou até o início da década de noventa última. Tal discurso legitimava-se pela legislação. Uma rápida leitura de ambos os Códigos de Menores (de 1927 e 1979), do Código Civil de 1916, do Código Penal e suas exposições de motivos, do conteúdo das decisões judiciais, permite identificar o norte estabelecido há mais de um século.

Note-se que a primeira leva de profissionais formados sob a égide da doutrina da proteção integral, formou-se a partir da segunda metade da década de noventa.

Quanto aos Tribunais Superiores, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, apesar de se mostrar o mais avançado e apegado à Doutrina da Proteção Integral, parece não ser apreendido (ou aprendido!) a terminologia trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Na súmula 265 (BRASIL, 2002), cujo enunciado trata de questão afeta ao Direito da Criança e do Adolescente utilizou o termo *menor infrator*. Já na Súmula 383 (2009), que trata de regras de competência para ações envolvendo direitos de crianças e adolescentes, utiliza novamente a expressão *menor*.

Rosa (2007), ainda menciona uma espécie de *bondade totalitária* que norteia o trabalho dos atores do sistema de justiça da infância e juventude nos dias atuais. Conforme sustenta o autor, o resultado não é muito diferente daquele alcançado no

âmbito da antiga justiça menorista, em que se deixa novamente de lado a autonomia do sujeito adolescente para que se lhe apliquem aquilo que acreditam os adultos ser bom.

Tais profissionais podem ser rotulados como *menoristas enrustidos*, cuja base ideológica não é compatível com a doutrina da proteção integral (ROSA, 2007). É de se lastimar que tais profissionais, os alcunhados pelo mencionado autor de *menoristas enrustidos*, não correspondam propriamente a uma minoria dos atores do sistema de justiça. Inegável que ainda há decisões embasadas numa mentalidade retrógrada.

Ainda que, felizmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua matriz constitucional, tenha estabelecido a necessidade de defensor em todo e qualquer processo que diga respeito a direito de crianças e adolescentes (PASSETTI, 1995), infelizmente o Ministério Público, talvez por mero corporativismo, ainda não se desincumbiu de um papel de curador especial, que ora acusa, ora defende.

Barros (2013), a propósito da audiência pré-processual para a oitiva informal do adolescente, considera-a com grave ofensa às garantias processuais previstas na Constituição, das Regras de Beijing e do Pacto de San José da Costa Rica, portanto, inconstitucional.

Infelizmente, apesar da boa doutrina que bem se construindo em torno de um procedimento de apuração de ato infracional de matriz garantista, pouco se discute acerca da ampla defesa e contraditório que deve ser estendido às famílias destituídas do poder familiar em relação a suas crianças.

Tal ausência de parâmetros de atuação, no entanto, não parece limitar-se às figuras da autoridade judiciária e do Ministério Público. O defensor, seja público, dativo ou constituído, na maior parte das vezes, limita-se à função de cooperador da justiça da infância e juventude, chancelando a vontade e atuação

da autoridade judiciária e do Ministério Público. Não se coloca no processo na condição de porta-voz da criança e do adolescente, garantindo protagonismo processual e emancipação. Do contrário, torna-se porta-voz do juiz para com o destinatário da medida, como um pelego.

Da falta de entendimento acerca de sua função nos procedimentos afetos à justiça da infância e juventude, claramente demonstrando a herança menorista, que parece não querer deixar as varas da infância e juventude, interessante mencionar conhecido julgado do ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2003), pelo qual na ocasião, defensor dativo militante do Poder Judiciário do Estado do Paraná aceitara versão de fato descrito como ato infracional imputado a adolescente cliente seu, sem oferecer qualquer resistência à tese do Ministério Público, deixando de dar voz ao adolescente no correr do procedimento. Tal demanda alcançou as esferas superiores do judiciário brasileiro por meio de Recurso Extraordinário. Em seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence, observa o equívoco em confundir a jurisdição da infância com hipótese de jurisdição voluntária, com uma má definição do papel de cada ator do sistema de justiça.

Constatando-se que, na prática, não houve a desejada revolução no sistema de justiça da infância e juventude, mormente em âmbito processual e nem o desapego dos papéis históricos do juiz de menores, promotor/curador especial e defesa invisível, e identificados os velhos argumentos menoristas/tutelares na produção, pretende-se, mais adiante, analisar a maneira mais adequada para a aplicação do princípio e doutrina da proteção integral, do princípio do melhor interesse e dos dispositivos garantistas e direitos fundamentais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, dando-se conteúdo e profundidade adequada à constatação de que crianças e adolescentes são

sujeitos de direito também em âmbito processual.

Na obra organizada por de Pereira (1999), intitulada *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*, por exemplo, Brancher (BRANCHER, 1999); juíza de direito, sintetizou de forma magnífica as limitações que o Estatuto e trouxe a atuação do magistrado, descrevendo a figura do juiz da infância, ao contrário do juiz de menores, constatando que não se espera deste um sujeito diferenciado, um ser iluminado dotado de discernimento diferenciado, mas sim um profissional que atue na conformidade da lei.

Não se deseja mais um sujeito vocacionado, bom pai de família, conforme preferência do modelo anterior. Do contrário, fez-se necessário impor limites objetivos na atuação do estado-juiz. Essa limitação ocorreu por meio da vinculação do juiz da infância e da juventude aos princípios processuais (devido processo legal, contraditório, etc.).

Sempre que, todavia, o bom preparo e os bons propósitos não se observam na prática, estes espaços de discricionariedade abrem margem a práticas antigarantistas, afrontadoras aos princípios da legalidade e do respeito ao devido processo legal. (hespanhol; Soares, 2006).

Neste contexto, a formalização dos atos de um processo, com delineamento de um roteiro legal dando margens ao que pode e não pode ser feito por cada profissional em cada solenidade mostra-se uma importante estratégia garantidora da liberdade e dos demais direitos do cidadão cujo poder familiar esteja em discussão. (hespanhol; Soares, 2006).

Há que se considerar a existência de uma processualidade legal mínima no Estatuto da Criança e do Adolescente, figura legislativa de regência, que tem demandado interpretação que supere a instância meramente prescritiva das regras processuais e procedimentais legalmente descritas. (RAMIDOFF, 2008).

Necessário que se estabeleça uma processualidade própria e pertinente às regras processuais estabelecidas, antinomias e mesmo lacunosas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta ação acontecerá por meio da construção teórico-programática da interpretação não só por regras processuais, mas, principalmente, por princípios processuais, então orientados pelas garantias fundamentais, de cunho caracteristicamente humanitário. (RAMIDOFF, 2008).

Inegável, ainda, que a precocidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, primeira lei Latino-Americana publicada após a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente e de acordo com seus preceitos, permitiu algumas concessões menoristas em seu texto, como, por exemplo: a) o art. 186, § 2º, que somente prevê a suspensão obrigatória de audiência em procedimento de apuração de ato infracional por ausência de defensor se o ato infracional apurado constituir-se fato grave; b) arts. 126-128, que tratam da remissão em audiência pré-processual dirigida pelo Representante do Ministério Público, sem mencionar a presença de defensor; c) o art. 98, que estabelece aquilo que se convencionou chamar de situação de risco pela doutrina, que tem redação quase idêntica à do art. 2º, do Código de Menores, que tratava do menor em situação irregular, e serve como critério para a fixação da competência da Justiça da Infância e Juventude, no caput e parágrafo único do art. 148, que distingue a infância menos favorecida (clientela das varas da infância) e a melhor estabelecida (atendida pelas varas de família); d) art. 149, ainda que mitigado pelo seu parágrafo único, autoriza certa competência normativa aos juízes da infância e juventude, resultando, concretamente, em inúmeros toques de recolher; e) art. 112, IV, que reedita a medida de liberdade vigiada, típica do direito do melhor, na forma da liberdade assistida; f) o art. 166, que, além de permitir o seguimento do procedimento

de adoção à revelia dos pais meramente suspensos do poder familiar, ainda dispensa a assistência de advogado.

A este dispositivo, soma-se a “inovação” trazida pela reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/09, que reeditou o “princípio do superior interesse”, de matriz sabidamente menorista, em função do acréscimo do inciso IV, ao parágrafo único do art. 100, como princípio regente das medidas de proteção.

Na sua acepção originária, diante do mito da incapacidade de crianças e adolescentes – hoje se fala em condição peculiar de desenvolvimento – competia ao adulto determinar, casuisticamente, qual seria o melhor para a crianças, em ato de absoluta discricionariedade, diga-se, arbitrariedade, (SARAIVA, 2010). Tal regra, por evidente, aplicava-se à autoridade judiciária.

Saraiva (2010, p. 43) indica que a aplicação ilimitada deste recurso se sustenta sobre a lógica da incapacidade do menor, subtraindo-lhe a condição de sujeito de direito. Aduz, ainda, apoiando-se nos ensinamentos de Miguel Cillero, que reconhecida a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, todo interesse superior passa a estar mediado por referir-se estritamente ao direito declarado.

Não é, infelizmente o que se tem visto na prática. Em breve pesquisa aos sítios na internet dos Tribunais de Justiça do Estado de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná e do Distrito Federal e Territórios⁴, pôde-se observar que tanto o princípio do melhor interesse como o da proteção integral vêm sendo utilizados como “panaceia”, capazes de legitimar todo o tipo de medida no caso concreto. O mesmo se diga do Superior Tribunal de Justiça.

4 Em breve amostragem, pôde-se observar, que a expressão “proteção integral” apareceu 88 vezes nas ementas dos acórdãos do STJ, 227 nos do TJSC, 1330 nos do TJRS, 1467 nos do TJPR e 285 nos do TJDFT. Já a combinação “melhor interesse” verificou-se 47 no STJ, 360 vezes no TJSC, 797 vezes no TJRS, 1267 vezes no TJPR e 238 vezes no TJDFT.

Aparentemente, tudo se pode decidir em nome da proteção integral e do melhor interesse (e em qualquer sentido!), até mesmo a privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei e a destituição do poder familiar. Tais princípios são utilizados de forma tão repetitiva, que terminam por perder força.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Habeas Corpus n. 0057748-05.2011.8.19.0000⁵ necessitou enfrentar o mau uso do princípio da proteção integral pelo juízo de origem, visto que, a despeito do comando objetivo do art. 122 do Estatuto, que limita as hipóteses autorizadas da internação socioeducativa de adolescentes, em nome da proteção integral, encontrava-se o adolescente privado de liberdade no caso concreto.

No entanto, outra decisão do mesmo Tribunal, ao julgar a Apelação n. 0002715-16.2011.8.19.0037⁶, preferiu afastar a literalidade do artigo 122, do Estatuto, aplicando a medida de internação “como meio de afastar o menor do ambiente promíscuo em que se encontrava e para lhe garantir a proteção integral que a Constituição exige no seu artigo 227”, fazendo uso absolutamente equivocado do princípio mestre do direito da criança e do adolescente.

Curiosa ainda a construção do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, no julgamento da Apelação Cível n. 2012.069636-5⁷, criou o princípio híbrido do melhor interesse da criança à proteção integral, ocasião em que se decidiu pela manutenção de duas crianças em uma casa lar, em detrimento de sua reintegração à família natural.

5 TJRS. Habeas Corpus n. 0057748-05.2011.8.19.0000, Rel. Des. Rosa Helena Guita, em 14/02/2012.

6 TJRJ. Apelação n. 0002715-16.2011.8.19.0037. Rel. Des. Ronaldo Assed Machado, 09/02/2012.

7 TJSC, AC n. 2012.069636-5, de Rio do Sul, rel.: Des. Trindade dos Santos, j. 29/11/2012.

A Ministra Nancy Andrichi, no autos n. 111.130/SC⁸ (Conflito de Competência), entendeu que “a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas”, o que, apesar do aparente acerto na decisão, abre novo precedente à flexibilização das normas objetivas (portanto garantidoras de segurança jurídica) do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao invés de se aplicar tais princípios (metaprincípios) – proteção integral e melhor interesse – como meramente informadores do sistema de justiça da infância (o que não é pouco, diga-se), os julgados acima citados neles se amparam de maneira imediata, afastando a aplicação de normas objetivas previstas na legislação de regência.

Ora, tais princípios, ao menos aparentemente, deveriam servir para nortear o sistema de justiça da infância e juventude como um todo, jamais se bastando para fundamentar de forma imediata as decisões judiciais. A aplicação de medida de interdição depende da subsunção a uma das situações descritas no art. 122, do Estatuto, jamais se justificando imediatamente no melhor interesse ou absoluta prioridade.

O mesmo se diga dos procedimentos de destituição do poder familiar – que, ao contrário da situação dos adolescentes em conflito com a lei, não goza da mesma atenção da doutrina – somente deveria fundar-se em alguma das situações previstas nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil, ou no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

8 STJ. CC n. 111.130/SC, Rel. Ministra Nancy Andrichi, segunda seção, julgado em 08/09/2010, DJe 01/02/2011.

3. CONCLUSÃO

Inegável que a produção normativa do final da década de 1980 e início de 1990 representou uma mudança completa de paradigma ao patrimônio jurídico de crianças e adolescentes, desde então efetivos sujeitos de direito e destinatários de proteção especial do Estado.

Os princípios da proteção integral, fundamento básico da doutrina que leva o mesmo nome e constitui-se a viga mestra do direito da criança e do adolescente, e o do melhor interesse em sua acepção contemporânea que estabelece crianças e adolescentes como sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento e não meros incapazes, sem sombra de dúvida garantem seus destinatários como titulares de patrimônio jurídico próprio, oponível à sua família, poder público e sociedade em geral.

No entanto, a exemplo do que ocorre em outras esferas de convívio (família, poder executivo, etc.), no âmbito do judiciário parece ainda bastante sedutor o discurso autoritário, revestido de boas intenções (insistiu-se no presente artigo nas expressões *bondade punitiva* ou *bondade totalitária*) e com consequências nefastas, como a simplificação de procedimentos de demandam respostas mais complexas, a negativa do direito à defesa técnica, a aplicação dos *metaprincípios da proteção integral* edo *interesse superior* para a negação de direitos objetivados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apesar da clareza do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, que propõe, ou melhor, “impõe” um sistema de garantias, inclusive em âmbito processual, os atores do sistema de justiça preferem insistir em práticas tutelares, que não prezam nem pela participação nem pela emancipação dos sujeitos, utilizando-se, inclusive, dos princípios da proteção integral e do melhor interesse como forma de legitimar suas

próprias práticas violadoras de direitos.

Conforme se pôde observar nos julgados citados anteriormente (que representam uma ínfima parcela da produção judicial), quando enunciados, os princípios da proteção integral e absoluta prioridade via de regra servem para o afastamento de regras objetivas mínimas, tanto de direito material como processual, mostrando-se verdadeiras *facas de dois gumes*.

Inegável, portanto, que o direito da criança e do adolescente passa hoje por uma (natural) crise interpretativa, em que elementos de direito tutelar contaminam sua aplicação, seja pela desatualizada formação de boa parte dos operadores, de matriz menorista, pelos resquícios da antiga legislação do menor no corpo do Estatuto, ou pela despudorada aplicação dos metaprincípios orientadores do direito da criança e do adolescente em detrimento das regras objetivas de proteção.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, A. F. *A proteção como pretexto para o controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da situação irregular*. Revista do Ilanud, São Paulo n. 20, Ilanud, p. 7-15, 2002.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006.

Barros, Claudia Aparecida de Camargo. *A (in)constitucionalidade da fase ministerial do procedimento de apuração de ato infracional*. RDIJ, n. 2, p. 119-142, 2013.

BRANCHER, Naiara. *O estatuto da criança e do adolescente e o novo papel do poder judiciário*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Casa Civil. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Decreto n. 17.943, de 12 de outubro de 1927. Casa Civil. Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Revogado pela Lei n. 6.697, de 1979 que, por sua vez foi revogada pela Lei n. 8.069 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 285.571-5*. Relator Min. Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 13 fev. 03. Disponível em: <[236](http://www2.</p></div><div data-bbox=)

mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_29_4_1_1.php>. Acesso em: 26 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 265 de 22 de maio de 2002. Medidas sócio-educativas por ato infracional – Oitiva do menor infrator – Regressão. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0265.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 383 de 27 de maio de 2009. Competência – processo e julgamento – Ações conexas de interesse de menor. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0383.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

CAVALLIERI, Alyrio. *Alyrio Cavallieri em depoimento a Cláudio Figueiredo*. Rio de Janeiro, 2005.

_____. *Direito do menor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

hespanhol, André; Soares, Francisca de Assis. A oitiva informal e o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. In: FRASSETO, Flávio (Org.). *Apuração de ato infracional e execução de medida socioeducativa: considerações sobre a defesa técnica de adolescentes*. São Paulo: ANCED, 2006. p. 103.

MENDEZ, Emílio Garcia. *Das necessidades aos direitos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

PASSETTI, Edson, et al. *Violentados: crianças, adolescentes, justiça*. São Paulo: Imaginário, 1995.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008.

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

SARAIVA, João Batista Costa. *O superior interesse: o menor, a criança, a lei e os tribunais*. RDJ, v. 1, n. 2, p. 57-68, jul./dez. 2013.

Saraiva, Joao Batista da Costa. *Compêndio de direito penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPOSATO, K. B. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

Recebido em: 06/07/2018

Aprovado em: 05/09/2018