



Direito, Proteção e Inclusão Social

Direito, Proteção e Inclusão Social

Adryssa Diniz Ferreira de Melo
Carlos Luiz de Lima e Naves
Bernardo Araújo da Luz

Presidente

Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação e de Educação Básica

Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico

Ana Lucia Jankovic Barduchi

Camila Cardoso Rotella

Danielly Nunes Andrade Noé

Grasiele Aparecida Lourenço

Isabel Cristina Chagas Barbin

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

Thatiane Cristina dos Santos de Carvalho Ribeiro

Revisão Técnica

Adriana Cezar

Carlos Luiz De Lima e Naves

Fernanda Lara de Carvalho

Gustavo Henrique Campos Souza

Editorial

Camila Cardoso Rotella (Diretora)

Lidiane Cristina Vivaldini Olo (Gerente)

Elmir Carvalho da Silva (Coordenador)

Leticia Bento Pieroni (Coordenadora)

Renata Jéssica Galdino (Coordenadora)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Melo, Adryssa Diniz Ferreira de
M528d Direito, proteção e inclusão social / Adryssa Diniz Ferreira
de Melo, Carlos Luiz de Lima e Naves, Bernardo Araújo da
Luz. – Londrina : Editora e Distribuidora Educacional S.A.,
2018.
216 p.
ISBN 978-85-522-0671-2

1. Direito. I. Melo, Adryssa Diniz Ferreira de. II. Naves,
Carlos Luiz de Lima e. III. Luz, Bernardo Araújo da. IV.
Título.

CDD 340

Thamiris Mantovani CRB-8/9491

Sumário

Unidade 1 Princípios fundamentais à inclusão social	9
Seção 1.1 - Direito à diferença	11
Seção 1.2 - Políticas públicas de inclusão	27
Seção 1.3 - O idoso, a justiça e a inclusão racial	48
 Unidade 2 Da inclusão social da pessoa com deficiência, igualdade de gênero e a questão indígena	 71
Seção 2.1 - Das pessoas com deficiência e acessibilidade	73
Seção 2.2 - Da igualdade de gênero à liberdade sexual	90
Seção 2.3 - O índio cidadão	108
 Unidade 3 Dos direitos materiais às crianças e aos adolescentes	 129
Seção 3.1 - Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte I	131
Seção 3.2 - Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte II	146
Seção 3.3 - Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte III	159
 Unidade 4 Das garantias processuais às crianças e aos adolescentes	 173
Seção 4.1 - Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte IV	175
Seção 4.2 - Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte V	188
Seção 4.3 - Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte VI	201

Palavras do autor

Caro aluno!

Vamos abordar vários assuntos interessantes e que, já há algum tempo, viraram pauta indispensável de qualquer discussão com amigos e familiares. Sim, à medida que debatemos com nossos pares, somos provocados a refletir acerca de situações cotidianas que podem mudar nossa percepção sobre a realidade político-jurídica, criando convicções pessoais a partir de informações colhidas tanto em meios formais como informais. Nesta disciplina, um meio naturalmente formal, iremos nos debruçar sobre um assunto delicado: a inclusão social por meio de instrumentos jurídicos definidos politicamente, que possibilitarão às minorias acessarem bens e serviços que seriam impossíveis, não fosse a intervenção estatal.

O aumento do interesse dos cidadãos pela política nacional, devido às últimas eleições, foi responsável por desencadear discussões ideológicas razoavelmente acaloradas e, em algumas oportunidades, tendenciosas. Aliás, a revolução tecnológica dos meios de comunicação, como a internet e as suas redes sociais, contribuíram consideravelmente para a realização de debates políticos e sociais no Brasil. Inúmeras foram as pessoas que postaram posições políticas sobre o papel do Estado no nosso país? Sim, discutir prioridades refletem escolhas políticas que, por sua vez, provocam repercussão jurídica, tanto em sua origem ou quanto ao resultado concreto da decisão. Por meio dessas escolhas, transformadas em prioridades, poderemos avaliar a equidade das medidas a partir de critérios ponderativos de adequabilidade, como: necessidade, razoabilidade, proporcionalidade, determinabilidade e precisão para atingir os fins pretendidos.

Entretanto, é importante destacar que muito se discute atualmente acerca da preservação, ampliação ou redução do papel do Estado na sociedade contemporânea.

Muito poderia ser dito sobre isso, mas obviamente aqui não vamos explorar questões ideológicas em si, mas sim repercussões

jurídicas sobre as decisões (legislativas, executivas ou judiciais) que atinjam direitos fundamentais.

Quando mencionamos direitos fundamentais, devemos nos conscientizar que uma opção já foi feita e que esta se encontra hierarquicamente superior às escolhas pessoais de governantes, preferências de partido ou projetos dos demais representantes políticos. Certo é que todos nós estamos vinculados a um modelo axiológico, quer sejamos mais liberais, socialistas, progressistas ou conservadores. A menos que a Constituição seja profundamente alterada ou substituída, é sobre ela que sustentamos nossos argumentos, fundamentos, raciocínios e decisões. Para qualquer discussão sobre a matéria, em uma perspectiva jurídica, é imprescindível pressupor o princípio da soberania da Constituição.

Por tudo isso, levaremos você, caro aluno, a compreender alguns aspectos que devem moldar o nosso raciocínio de modo a se adaptar ao discurso jurídico. Este não é mais certo ou errado do que os demais, embora seja o único com natureza deontológica.

Somos livres para estabelecer políticas ou aplicar a lei dentro dos limites fornecidos por esta.

Nesse sentido, caro aluno, todo o cuidado é pouco. Independentemente do perfil com o qual tenha mais afinidade, é possível construir políticas públicas nacionais para a inclusão social, conciliando diversos interesses. Isso desde que cada debatedor assuma o compromisso de respeitar o núcleo essencial de cada direito fundamental.

Assim, partiremos, desde já, na primeira unidade, de conceitos fundamentais relacionados ao direito à vida, à igualdade, à liberdade, à autonomia e à autorrealização, para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Já nesta unidade, trabalharemos um tópico específico envolvendo o direito dos idosos e a inclusão racial como decorrentes do princípio da igualdade.

Na segunda unidade, discutiremos sobre o acesso de pessoas com deficiência e a nova lei que reformou o Código Civil para equiparar o tratamento entre pessoas com diversas características físicas e mentais. Também será importante esclarecer direitos

inerentes à diferença de gêneros e orientação sexual. Dentro desse mesmo tópico, teremos a oportunidade de explorar alguns aspectos que envolvem a questão indígena dentre outros.

Nas duas últimas unidades, o tema principal será o direito das crianças e dos adolescentes, independentemente de sexo, cor, nacionalidade ou qualquer outra característica. Os jovens devem ser prioridade para qualquer país minimamente consciente. São fisicamente indefesos e estão em fase de formação de personalidade. Enfim, sem qualquer receio de usar esse clichê, são eles o futuro da nossa nação. Cuidar bem das crianças e dos adolescentes de hoje é garantir uma vida mais tranquila para eles e para idosos, já que estes dependerão da força de trabalho do jovem para que o Estado consiga arcar com alguns serviços que todos nós um dia deveremos precisar.

Princípios fundamentais à inclusão social

Convite ao estudo

Caro aluno,

Nós o convidamos, neste momento, a relembrar alguns conceitos que serão fundamentais para a compreensão do discurso jurídico que fundamentará a aplicação de políticas públicas voltadas para a inclusão social.

Antes de tudo, é preciso entender que a Constituição é formada por um conjunto de normas fundamentais que disciplina a relação do Estado com o indivíduo (e deste com os demais membros da sociedade), garantindo o respeito a valores eleitos e construídos historicamente como essenciais para uma vida em sociedade e para cada pessoa individualmente. E por que uma pessoa é obrigada a contribuir mais, enquanto que outras podem receber mais por parte do Estado? Isso não seria violar o princípio da igualdade?

Será que conceder cotas para uns e não para outros ou mesmo disponibilizar bolsas de estudo somente em favor de uma classe não seriam medidas discriminatórias?

A desigualdade fática (isto é, social e econômica) é perceptível a olho nu e por dados objetivos. Não fossem determinadas intervenções diretas que a Constituição nos obriga a executar, algumas desigualdades demorariam centenas de anos para serem atenuadas senão agravadas, dependendo das circunstâncias. E quais são os instrumentos que a Constituição fornece para que o Estado aja a fim de reduzir esse desequilíbrio? É precisamente este o foco desta seção!

Contudo, para otimizar ainda mais nosso aprendizado, não poderíamos renunciar ao nosso contexto de aprendizagem. Nesta unidade, contaremos a história da Maria da Conceição, que é uma senhora idosa, afrodescendente e mãe de dois filhos. Mulher trabalhadora, Maria da Conceição foi contratada para trabalhar como empregada doméstica aos quatorze anos de idade. Na época, essa profissão era completamente desregulamentada pelo Estado. Prevalecia, na verdade, a compreensão de que os patrões faziam um favor ao convidar pessoas humildes para viverem numa casa confortável em troca de serviços domésticos. Dona Maria da Conceição aceitou a situação e trabalhou vários anos para a mesma família, tendo começado a ganhar salário mínimo somente aos 18 anos de idade.

Ao longo desta unidade, você, caro aluno, auxiliará Maria da Conceição nas diversas situações que envolverão sua vida e a de sua família. Vamos começar?

Seção 1.1

Direito à diferença

Diálogo aberto

Nesta seção, vamos falar sobre o princípio à vida e da dignidade da pessoa humana e o direito como mecanismo garantidor da inclusão social, por meio de algumas abordagens para reflexão.

Vamos, então, ver o caso de Maria da Conceição, uma mulher que trabalha muito para garantir uma vida digna para a sua família. Ao retornar de um longo dia de trabalho, Maria fez o jantar para os filhos e netos que moram em sua casa e dependem dela. Sua filha mais nova, Jéssica, de 18 anos e que estava desempregada, contudo, tinha uma notícia para lhe dar: estava grávida. Maria sabe o valor da vida, mas não se conteve. Jéssica foi realmente muito irresponsável. Como iria sustentar a criança que estava por vir? Jéssica teria que abandonar a escola? E o futuro, como seria? Foi uma noite tensa. Jéssica chorou e chegou a acusar Maria de não querer seu bem. Uma acusação injusta, já que Maria dedicou sua vida para servir à sua família. Jéssica foi levada ao médico na semana seguinte para que um profissional acompanhasse a gravidez. Após dois meses de gestação, a família já tinha se acostumado com a situação, quando, então, foram surpreendidos com uma nova notícia. Jéssica estava grávida de um feto anencefálico. A equipe médica sugeriu o aborto, mas Maria não aceitou isso. Achava que o aborto era crime em todos os casos. Como o Estado protege o direito à vida e poderia permitir simultaneamente a realização de um “assassinato”? Maria procura, assim, informações sobre esse procedimento interruptivo junto ao Núcleo de Assistência Jurídica da faculdade onde Matheus estuda. Ela quer saber se a filha autorizar o aborto ela será acusada de praticar algum crime. Suponhamos que você seja integrante desse núcleo de assistência, o que poderia explicar para Maria sobre o direito à vida e sobre a dignidade da pessoa humana?

Não pode faltar

Conforme já tivemos oportunidade de antecipar, a nossa disciplina abordará, especialmente nesta unidade, os direitos fundamentais que propiciam um tratamento igualitário entre pessoas ou grupos de indivíduos que são reconhecidos como mais ou menos dominantes diante de um contexto sociológico e jurídico. São inúmeras categorias que, pelo cenário atual, destacam-se em razão de algumas características, sendo estas capazes de impedir ou dificultar o acesso dos seus respectivos membros a bens e ou a serviços que a Constituição teria considerado essenciais para a realização da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que apenas neste breve parágrafo mencionamos alguns aspectos muito valiosos e que devem ser explorados de forma mais cuidadosa ao longo desta seção, quais sejam: a igualdade de tratamento, o direito à diferença e a dignidade da pessoa humana. Será que tudo isso está relacionado? Sim, integralmente!

Antes, porém, vamos fazer **uma breve introdução histórica** para você, caro aluno, compreender que nenhum direito é disponibilizado sem antes ter sido duramente conquistado.

Desde a segunda metade do século passado, a sociedade civil vem experimentando profundas mudanças culturais e de hábitos, as quais provocaram um efeito dominó sobre inúmeras áreas do pensamento e das relações humanas. A partir dessa mudança paradigmática sobre a democracia, ocorrida na década de 1950 até a revolução tecnológica, passando pelo avanço dos transportes e da comunicação, o mundo se tornou cada vez mais homogêneo, em seu todo, embora as comunidades locais tenham se transformado em ambientes notoriamente mais diversificados.

Veja que interessante! Apesar de serem movimentos antagônicos em alguns aspectos, sob outras perspectivas, podem ser considerados igualmente complementares. Se por um lado o Japão e a China se parecem cada vez mais com o Ocidente, por outro, temos bairros inteiros no Ocidente habitados por japoneses ou chineses. O mundo está mais uniforme, mas as nossas vizinhanças tornam-se cada vez mais heterogêneas.

Em todas as esferas e principalmente nas relações entre o indivíduo e o Estado, tudo vem evoluindo em um ritmo cada vez mais veloz. Até 1945, lembre-se que o simples fato de professar uma fé, ser opositor de um regime ou mesmo ter uma nacionalidade distinta da maioria circunstancial, já era motivo suficiente para que esse “estranho” fosse encarcerado e lá mantido como uma pessoa inimiga da sociedade. Por mais graves que sejam nossos problemas, nada se compara àquele modelo extremamente repressor. Pode-se afirmar, assim, que migramos de um modelo extremista de crueldade e banalização do mal para um paradigma em que os indivíduos, independentemente de quem sejam, sejam tratados pelos Estados como sujeitos de direito.

A presença recorrente da morte (em batalhas ou execuções cruéis, por exemplo) colaborou, ao menos, para valorizarmos a vida. A segregação racial e religiosa de milhares de pessoas serviu para restabelecer a liberdade como um bem. A perseguição autoritária da maioria reforçou a ideia da igualdade como política ostensiva de um Estado que se pretenda justo. Para tanto, diversos valores foram promovidos ao status de bens constitucionais, evitando-se assim que governantes autoritários não fossem alçados pelo ódio.



Exemplificando

Três exemplos emblemáticos retratam essa ideia. Movimentos liderados por Martin Luther King, nos Estados Unidos, e por Nelson Mandela, na África do Sul conseguiram desarmar a perseguição institucional promovida por seus respectivos governos e supremacistas brancos contra os negros desses dois países. A Europa, principalmente influenciada pela escola de Frankfurt na Alemanha, reergueu-se da catástrofe provocada pela ideologia nazifascista, ao promover reformas constitucionais e políticas para incluir a tolerância étnica e religiosa como valor inalienável de uma democracia.

O que são os direitos fundamentais? Você já deve ter visto que, para alguns doutrinadores, os direitos fundamentais devem ser definidos como aquelas normas caracterizadas por duas qualidades próprias: são universais e irrenunciáveis. Nesse sentido, a universalidade dos indivíduos estaria protegida por certos direitos subjetivos e esses mesmos direitos seriam indisponíveis aos seus

titulares. Não se trata de um conceito unânime, embora seja amplamente aceito pela doutrina brasileira.

Tudo bem, não é muito difícil entender as duas características dos direitos fundamentais, **mas o que seria um direito subjetivo?**

De acordo com Luigi Ferrajoli (2005), é o direito que provoca no titular a expectativa positiva (de prestação – dever de agir pelo Estado ou por alguém) ou negativa (de omissão – o direito de não sofrer algo por alguém ou pelo Estado) em relação a uma situação jurídica. A definição de direitos fundamentais permite-nos deduzir quatro consequências imediatas, a saber:

- Primeiramente é preciso salientar que a universalidade/ indisponibilidade não se refere ao exercício dos direitos. Por exemplo, a todos é garantido o direito de propriedade, mas isso não significa que todos tenham ou são obrigados a exercerem direitos patrimoniais. Garante-se o direito à vida, mas o Estado não pode punir aquele que tenta suicidar-se.
- Em segundo lugar, Ferrajoli (2005) destaca que, ao disponibilizar o direito para todos e de forma irrenunciável, pode-se criar um fundamento axiológico (material) para os direitos fundamentais. O que isso quer dizer? Simples, tendo todas as pessoas os mesmos direitos e com a mesma intensidade, logo, o Estado deve tratar a todos de forma igual, tanto sob consideração abstrata (igualdade formal) como em oportunidades para cercear carências (igualdade material). Em outras palavras, a igualdade formal é aquela em que a lei declara que todos são iguais perante ela, considerando-se que a lei não deve privilegiar ou prejudicar ninguém em razão de características próprias. Já a igualdade material vai além, reconhece que dentro dessa igualdade (observe o paradoxo) existem diferenças que podem ser compensadas por ações que visam equilibrar as relações.



Exemplificando

O art. 5º da Constituição da República de 1988 (CR/88) garante que todos são iguais perante a lei. À primeira vista, essa norma pode soar como uma mera igualdade formal, já que a sociedade brasileira não é dividida

em castas. Contudo, ao continuarmos a leitura dos demais dispositivos constitucionais, nota-se que a Carta Magna exige do Estado e das famílias um tratamento especial para as crianças e adolescentes. Especial por quê? São elas privilegiadas? Nada disso. O constituinte percebeu que indivíduos dessa faixa etária são extremamente vulneráveis em relação aos demais membros da população. Com isso, entendeu que em relação a elas, o Estado deveria se esforçar mais para reequilibrar essa distorção biológica e promover o progresso à medida que essas crianças envelhecem mais preparadas do que a geração anterior.

- A terceira consequência se aproxima mais de políticas globais. Os direitos fundamentais tornaram-se um gênero do qual os direitos humanos seriam uma espécie. Logo, independentemente da cultura ou da soberania de um Estado, alguns direitos possuiriam uma força imanente sobre todos os governos, ainda que esses não os reconhecessem em âmbito nacional.
- Por fim, e talvez o mais importante para a nossa lição: pense conosco, se temos direito à vida ou à saúde, isso significa que somos proibidos de morrer? Independentemente do preço do tratamento, o Estado é obrigado a pagar seus custos sempre? Vimos que os direitos fundamentais provocam uma expectativa positiva (ação) e negativa (abstenção) em favor do titular. Por outro lado, para provocar uma coação, é preciso que junto com um direito também exista uma norma específica secundária que antecipe a consequência pelo descumprimento. Segundo Ferrajoli (2005), essa norma secundária é o instrumento por meio do qual o Estado dispõe aos seus cidadãos meios para cobrar a realização daquela expectativa de direito, caso o interessado se sinta frustrado com a falta da prestação de serviço ou do bem almejados. Nesses termos, de acordo com o autor italiano, embora um direito possa estar previsto constitucionalmente, ele só gera fundamento para se cobrar do Estado a reparação, atuação ou interrupção de um dano na hipótese de também existir uma garantia que permita ao indivíduo atingido pleitear o *status quo* (situação anterior) por meio do poder judiciário.



Exemplificando

Suponhamos que uma mulher foi vítima de estupro por parte de um terceiro. Após dois meses do ato criminoso, ela descobre que esta conjunção carnal resultou numa gravidez não desejada. A gestante-vítima decide interromper a gravidez com base no art. 126 do Código Penal. Caso o pai da criança ajuíze uma ação para impedir o aborto, com base no direito à vida de sua criança, ele não terá fundamento legal para sustentar o pedido, vez que, neste caso específico (gravidez resultante de estupro), a legislação não permite a manifestação do pai ou de outros familiares interessados.

Pois bem, **a garantia primária é o direito de exigir do Estado**, por meio de instrumento legal específico, a interrupção de um ato violador de direitos fundamentais. No direito penal, podemos exemplificar com o *habeas corpus*. Diante de uma prisão ilegal, pede-se a concessão da ordem para restabelecer a liberdade indevidamente restringida. Já a **garantia secundária** é aquela com a qual o prejudicado pleiteará o ressarcimento, restituição, pagamento pelo ato indevido. Pelo exemplo anterior, se restar comprovado que agentes públicos incriminaram dolosamente o preso, ele tem direito de ser indenizado pelo Estado. Eis que há previsão por danos decorrentes de atos ilícitos provocados pelos órgãos estatais.

Diante disso, torna-se fácil entender e aceitar o direito à igualdade sob o contexto atual. Ferrajoli (2005) afirma que as características formais (universalidade e irrenunciabilidade) produzem um atributo valorativo (material) aos direitos fundamentais. E qual seria esse direito? Precisamente a igualdade, entendida de acordo com a máxima: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Essa frase não é do autor italiano, mas ela explica que o princípio da igualdade protege grupos minoritários de atos políticos ou jurídicos capazes de acentuar a desigualdade de tratamento. Suponhamos que uma lei no estado americano de Luisiana proibisse negros de entrarem em universidades daquela unidade federativa. Para além de racista, essa lei agravava uma desigualdade histórica naquela comunidade. Esse exemplo bizarro é verídico e, obviamente, foi corrigido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, vez que os dispositivos questionados violavam o princípio da igualdade formal e material.



Seria a mesma hipótese que ocorre no Brasil quando o governo federal criou cotas para afrodescendentes (negros e pardos) ingressarem às universidades públicas com uma média no processo seletivo diversa aos demais concorrentes?

Segundo Ferrajoli (2005), por meio das normas que privilegiam a igualdade material, tem-se como consequência a promoção da paz, o fortalecimento da democracia e, especialmente, o reequilíbrio das relações sociais que, isoladas, podem apenas agravar distorções fáticas. Em outras palavras, a igualdade tem o poder de reduzir a força das majorias, atingindo exercícios abusivos e, paralelamente, resguarda o conteúdo essencial de cada direito sobre o qual todos devem ter direito de exercer.

Mas isso não é tudo. Também podemos nos utilizar de um dos ensinamentos que nos foram dados por outro filósofo, igualmente influente na doutrina jurídica contemporânea. Trata-se de Ronald Dworkin (2012), um dos autores mais lidos por estudiosos e juristas no mundo inteiro, o qual diz: o princípio da igualdade deve ser tratado de acordo com o binômio que emana uma ordem dirigida ao estado, isto é: tratar a todos com igualdade de respeito e consideração.

Dworkin (2012) explica que, em todas as civilizações mais desenvolvidas, privilegiou-se socialmente a concepção de que o Estado deve garantir aos seus cidadãos a liberdade para definirem, dentro de um rol de valores, suas prioridades. Com isso, preservam-se tanto a personalidade como a autonomia do indivíduo. Por isso, Dworkin (2012) defende que os princípios da igualdade e liberdade seriam complementares e não antagônicos, ao contrário do que o senso comum possa sugerir.

Ultrapassado isso, qualquer direito universal e irrenunciável que propicie a igualdade, sem eliminar a liberdade (e vice-versa), deve ser tratado como um trunfo em favor da dignidade da pessoa humana. Esse argumento funciona como um escudo em favor dos titulares que poderão alegar em sua defesa sempre que se sentirem atingidos por decisões de maioria autoritárias e injustas.

Nesse sentido, qualquer política pública, decisão ou lei só pode ser elaborada/proferida quando contribuir para elevar cada homem/indivíduo/cidadão como um fim em si mesmo que se aproveitará dessa proteção em momentos de crise democrática.

O **direito à diferença** surge justamente como resultado entre a ponderação desses dois princípios: igualdade e liberdade. Se, por um lado, podemos ser tudo aquilo que não atinja um bem jurídico alheio, por outro, o Estado deve nos tratar com igualdade, independentemente da nossa origem, cultura, ideologia, senso estético etc. Ter autonomia para ser o que é, significa exercer a liberdade constitucionalmente consagrada dentro de uma moldura moral em relação à qual o Estado é obrigado a respeitar. Conforme afirma Eduardo Bittar (2009, p. 554), em artigo sobre o tema: “[...] O direito à diferença tem isto de particular, a ideia de que é possível que sejamos iguais na diferença, este que foi o lema adotado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal. [...]”.



Assimile

Será que pelo princípio da liberdade eu posso escolher ser criminoso, então? Discutiu-se muito essa questão, principalmente por ocasião do lançamento do filme “Laranja Mecânica”. A resposta pode lhe causar espanto, mas, juridicamente, sim, você pode! Como assim? Você pode ser quem você quiser ser. O Estado não pode punir alguém pelo exercício da própria personalidade, nem tampouco forçar alguém a aceitar um processo de ressocialização baseado no poder. Mas por que o Estado pune condutas criminosas? O Estado deve condenar ações ou omissões que atingiram ou teriam capacidade para violar bens jurídicos. Isso é completamente diferente de punir personalidades. Consequentemente, quando age de forma criminosa, cabe ao Estado proteger bens jurídicos (além da personalidade), nomeadamente: a vida, a liberdade, o patrimônio, a honra dentre outros. Quando uma conduta atinge o bem jurídico alheio, o Estado é obrigado a intervir para impedir que essa escolha continue violando valores tutelados pela Constituição. E o Estado faz isso tanto para dissuadir (prevenção geral negativa), impedir novos crimes (prevenção especial negativa) quanto possibilitar a reinserção de excluídos por meio de normas que incentivam a ressocialização penal durante o cumprimento da sanção imposta (prevenção especial positiva). Moralmente, é claro, que podemos censurar essa escolha. Isso todos fazemos, inclusive o próprio criminoso. O filme Carandiru retrata essa contradição da personalidade

em uma cena na qual dois assaltantes de uma joalheria voltam para a casa, sendo que um deles mata o outro quando desconfia que pode ser vítima de roubo também pelo comparsa. O criminoso aceita atingir o bem jurídico do outro, mas defende o seu próprio.

Em suma, o direito da igualdade e da diferença permitem, não obrigam, que um indivíduo expresse aquilo que sua personalidade é, de acordo com um modelo que esteja adequado tanto à sua identidade como aos bens jurídicos dos demais indivíduos. O direito à diferença se distingue do direito à igualdade formal para reafirmar a igualdade material dentro de uma liberdade autorizada constitucionalmente.

Bittar (2009), no mesmo sentido, afirma que a luta das minorias não se restringe à indiferença do Estado, mas ao reconhecimento de direitos. Por exemplo, não basta que os governos deixem de perseguir os judeus. É necessário igualmente reconhecer o direito de professar a fé e reequilibrar a relação entre essa comunidade.

Essa engenharia jurídica é muito interessante, mas a representatividade de movimentos minoritários tem que ser fortalecida. É preciso também forçar que os representantes do executivo e do legislativo criem garantias secundárias para suprimir lacunas que eternizam a inferioridade de uma origem ou escolha inerente às minorias.

O direito à diferença é a resposta social contra a imposição de um padrão cultural que o Estado pretenda estabelecer como um único modelo adequado. E talvez mais do que isso, o direito à diferença é uma mudança ideológica que antes preponderava e que presumia que todos éramos iguais. Todos nós temos uma característica que reflete uma posição minoritária. Bittar (2009, p. 555) considera que o direito à diferença “está baseado na ideia de que todos são diferentes entre si; e, propriamente, isto é ser humano, em sua singularidade. Para conceituar a ‘natureza humana’, deve-se, portanto, respeitar as singularidades”.

A única igualdade que o Estado deve preservar é que todos nós somos igualmente diferentes. E manifestamos isso de várias formas: gostos, tradições, preferências, prioridades, trajes etc. É com esse discurso ético, explorando a ideia da diversidade, fonte de riqueza cultural, que formaremos um parâmetro para compararmos com a nossa própria personalidade e, assim, projetarmos o que seremos a partir do que queremos, podemos e devemos fazer.

A reunião das diferenças que nos amplie as possibilidades sobre **como viver bem a vida**... Esse fundamento ético desenvolvido por Dworkin (2012) é imprescindível para entendermos que a ética não se relaciona com ter ou não uma vida boa (riqueza, viagens, baladas, popularidade), mas viver bem a vida com o que ela tem para lhe oferecer.



Assimile

Boa é um adjetivo que nos remete a uma sensação muitas vezes passageira. No entanto, bem é um advérbio de modo que nos traz a ideia de padrão comportamental mais perene. Viver a vida bem significa adotar um padrão de conduta responsável que concilie deveres, com desejos e condições a fim de realizar algo para si ou para outrem.

E, por essa razão, concluímos que hoje não mais se entende que a vida é uma obrigação que precisa ser preservada a qualquer custo.

A vida é um bem que necessita de preservação à medida que possa ser garantido um mínimo de dignidade. Forçar que o outro viva, sendo que viver torna-se um sacrifício extremamente oneroso para seu titular, não é respeitar o direito à vida, é forçar o exercício de um direito que juridicamente não é dever para o titular.

Gradualmente, a legislação brasileira vem reconhecendo que a dignidade é o único valor absoluto do nosso ordenamento. Ora, a vida não. Permitir a interrupção da gravidez pelas hipóteses previstas na lei (risco de morte para a mãe; resultado de estupro ou inexistência de viabilidade de vida extrauterina) é, no fundo, garantir que o Estado tente reunir instrumentos que propiciem a realização de diversos direitos fundamentais que possam colidir entre si em casos difíceis, como o aborto.

Em suma, coagir uma mulher a insistir com uma gravidez de risco é submetê-la a renunciar (por outrem) um direito (a vida) que lhe é inalienável (só ela pode fazer isso). Do mesmo modo, impedir que a gestante interrompa a gravidez, fruto de estupro, é coibir o exercício da personalidade e da liberdade de escolher como, quando e com quem ela se sacrificará para ter um filho. E, por fim, proibir a interrupção do aborto por doença gravíssima, como a anencefalia, é condenar a gestante a iniciar o velório do próprio filho 9 meses antes de ele nascer para morrer. Essas hipóteses estão previstas na lei ou na jurisprudência (último caso). Todas relativizaram o direito à vida para não sacrificar a dignidade. Isso tudo com o respaldo de garantias primárias e secundárias, pois o Estado deverá respeitar a vontade da gestante como também será obrigado a arcar com os custos inerentes a qualquer dos procedimentos previstos.



Assimile

O STF julgou em 2012 a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF/54) em que se discutia a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de fetos anencefálicos. Naquela oportunidade, os ministros entenderam que punir a mãe que interrompia a gravidez antecipadamente em razão de anomalia fetal seria uma violação aos princípios constitucionais, já que não havia vida merecedora de proteção penal. O feto seria incapaz de viver duas semanas após o seu nascimento, eis que a deformação provocava graves sequelas ao funcionamento do organismo do bebê. A proibição assim feria o direito de liberdade da mãe para escolher o melhor momento de encerrar o seu próprio sofrimento.

Finalmente, o Estado ponderará todos os direitos fundamentais no sentido de que eles atinjam proteções específicas e que preservem a dignidade de seus titulares, cujo exercício pode estar ameaçado. É esse exercício ponderativo que concretizará a dignidade da pessoa humana que pode estar em risco com um exercício arbitrário. A mãe pode querer se sacrificar para garantir o nascimento do filho. Ela só não pode ser coagida para isso. Do mesmo modo, a gestante pode escolher manter a gravidez que foi resultado de estupro, só não pode renunciar o direito de escolha sobre algo que ela nunca teve (opção de engravidar, de escolher o pai e manter-se grávida).

Por fim, o Estado não pode condenar um indivíduo à vida que provoque a ele e a todas as pessoas ao redor, tantos sofrimentos físicos quanto psicológicos, evitáveis com o avanço da medicina. A vida intrauterina de um portador de anencefalia é apenas abstrata, já que na realidade ele morreria pouco tempo após nascer. E não é isso que o direito à vida visa preservar. Aliás, foi sobre isso que o STF se manifestou ao julgar a ADPF 54. A Suprema Corte, por meio de tal julgamento, criou uma garantia secundária em favor das gestantes que mantinham a gravidez de um bebê virtualmente morto.



Pesquise mais

Se estiver interessado em saber todos os argumentos explorados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que descriminalizaram o aborto de fetos anencefálicos, consulte o seguinte link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Sem medo de errar

Que dor de cabeça dona Maria da Conceição está enfrentando, não é verdade? Trabalha o dia inteiro, tentar propiciar uma vida digna para seus filhos, uma vida que para ela sempre foi de muita batalha e sofrimento. Logo que ela chegou à sua casa depois de um dia duro de trabalho, foi informada que sua filha de 18 anos, desempregada no momento e sem ainda ter concluído o ensino médio, estava grávida. Essa responsabilidade e todo o cuidado iriam, provavelmente, ser de dona Maria da Conceição. Pior do que isso, quando todos já tinham se acostumado com a ideia de um novo integrante na família, surge, agora sim, um problema sério: o filho que Jéssica está esperando foi diagnosticado com anencefalia, uma doença séria, incurável e que inviabiliza a vida extrauterina. A equipe médica aconselhou a interrupção da gravidez, mas Maria da Conceição achava que isso era crime. Ela achava que interromper a gravidez era crime porque violava o direito à vida. Por isso, antes de sugerir à filha que mantivesse ou interrompesse a gravidez, Maria procurou orientação jurídica junto ao Núcleo de Prática Jurídica da faculdade, e você será

o profissional responsável por atendê-la e explicar-lhe todos os detalhes do direito à vida, dos direitos fundamentais envolvidos, a ponderação de bens jurídicos em conflito e a supremacia da dignidade da pessoa humana.

Vamos fazer uma pequena introdução para recordar o que já aprendemos e levantar argumentos que auxiliem na orientação para solucionar o conflito jurídico de dona Maria e sua filha Jéssica.

Os direitos fundamentais são direitos universais e indisponíveis. Se todos são titulares dessas situações jurídicas e ninguém pode aliená-las para outrem (sob pena de deixar de ser titular), deduz-se que o fundamento axiológico desses direitos é precisamente a igualdade da qual todos se tornam beneficiários, embora em intensidades diferentes, justamente para que eventuais desequilíbrios sociais possam ser compensados. Sendo direito subjetivo, criam-se duas expectativas: negativa e positiva. A primeira é inerente a qualquer direito dessa natureza, já que a garantia primária (abster-se de fazer algo que atinja o conteúdo essencial) é uma consequência imediata da inalienabilidade desses bens. Por outro lado, para exigir que o Estado adote uma conduta positiva, é necessário que haja previsão legal de imposição desse dever de conduta. No caso do aborto, devemos levar em consideração diversos aspectos, mas principalmente a autonomia do indivíduo, especialmente da gestante, para decidir que o aborto não é em si uma conduta reprovável, já que há circunstâncias em que esse ato é autorizado pela legislação, isto é, quando a gestação entra em conflito com outros direitos, os quais o Estado também deve tutelar. Nem todos os conflitos são resolvidos da mesma forma, contudo, quando o próprio Estado fornece uma garantia secundária consubstanciada numa obrigação de fazer (ele próprio), surge uma expectativa para que a gestante pleiteie a autorização de interromper a gravidez, sem que lhe provoque qualquer consequência jurídica. Conforme ficou respaldado pelo próprio Supremo Tribunal, essa interrupção sequer seria considerada uma conduta criminoso, já que não atingia propriamente a vida do feto, eis que era a própria anomalia incurável que tornava injustificável a manutenção forçada da gravidez, posto que o bebê morreria instantes depois de nascer.

Acabou o milho, acabou a pipoca

Descrição da situação-problema

Valdemar é um fumante contumaz. A todo momento ele inventa um pretexto para acender um cigarrinho em sua casa, no trabalho, na rua, com os amigos... Valdemar fora, porém, diagnosticado com câncer de pulmão. Ele se submeteu ao tratamento fornecido pelo plano de saúde, entretanto, não houve muito progresso. Seu médico particular lhe sugeriu ajuizar uma ação contra o Estado para pleitear um medicamento que custaria 100 mil reais por mês, mas que não se encontra disponível na lista fornecida pelo SUS. Segundo o oncologista, o tratamento com este medicamento não tinha resultados comprovados, mas poderia eventualmente funcionar. O advogado de Valdemar entra com a ação pedindo a compra de remédios pelo Estado, alegando, dentre outros motivos, que o direito à saúde está previsto no art. 6º da Constituição. Você é advogado da União e deverá apresentar uma contestação no sentido de alegar que o Brasil está passando por uma crise financeira aguda que restringiu verbas até mesmo as mais básicas aos serviços hospitalares e para a educação. Além disso, você deverá alegar outro fundamento jurídico referente à característica dos direitos fundamentais. Qual seria essa peculiaridade que poderá desonerar o Estado de arcar com essa prestação? Desenvolva o raciocínio jurídico.

Resolução da situação-problema

Como se sabe, os direitos fundamentais podem ser alimentados por duas espécies de garantias, segundo Ferrajoli (2005). A primeira é referente ao dever do Estado de não atingir o núcleo essencial desses direitos. O segundo corresponde à ideia de um dever previsto no ordenamento para o Estado agir no sentido de tutelar o bem jurídico em perigo, mediante uma consequência expressa. O direito à saúde é reconhecido como direito universal e indisponível. Contudo, para que o indivíduo faça jus ao seu exercício, é necessária uma garantia secundária que imponha ao governo a obrigação de agir por um modo determinado para proteger o direito. No caso

exposto, observa-se que, embora o paciente esteja protegido pela garantia primária, não se pode dizer o mesmo quanto à garantia secundária, já que a lista do SUS não autorizaria esse tratamento. Essa lista, aliás, tenta justamente garantir um tratamento mínimo para todos os usuários do sistema, sendo que qualquer acréscimo, principalmente em períodos de crise, pode representar um risco para todos os demais usuários que indiretamente arcarão com o custo de um tratamento tão elevado.

Faça valer a pena

1. Diversos autores já tentaram definir os direitos fundamentais a partir de inúmeros critérios. Ferrajoli (2005), contudo, anuncia que, ao analisar aspectos comuns desses direitos, ao longo da história, extraiu duas características essenciais.

Com base no texto dado, indique a única alternativa correta na qual constam as duas características formais para a constituição de um direito fundamental.

- a) Liberdade e igualdade.
- b) Autonomia e autorrealização.
- c) Universalidade e indisponibilidade.
- d) Universalidade e igualdade de tratamento.
- e) Garantia primária e garantia secundária.

2. Suponhamos que ao invés de o Estado facultar às gestantes optarem pela manutenção ou não da gravidez fruto de estupro, fosse o próprio Estado que as obrigasse a abortar com o objetivo de reduzir os gastos com crianças que não tenham sido desejadas pelos pais.

Se houvesse uma norma nesse sentido, esse dispositivo violaria diretamente qual dimensão dos direitos fundamentais?

- a) Garantia primária.
- b) Garantia secundária.
- c) Direito à diferença.
- d) Competência.
- e) Característica alienável.

3. Suponhamos que um estado federativo promulgue uma norma estadual determinado que em todos os concursos públicos realizados por qualquer ente da administração do estado, deverão ser destinadas vagas determinadas para deficientes, independentemente de sexo, cor ou opção religiosa.

Caso essa norma seja aprovada, qual princípio constitucional será mais amplamente reforçado?

- a) Liberdade de contratar.
- b) Igualdade formal.
- c) Autonomia.
- d) Autorrealização.
- e) Igualdade material.

Seção 1.2

Políticas públicas de inclusão

Diálogo aberto

Caro aluno, o que você achou da primeira seção? É diferente daquilo que estamos acostumados a ouvir em debates calorosos na televisão ou com os amigos, não é mesmo? Não dá para negligenciarmos o papel do Estado em uma sociedade carente de bens e serviços mais básicos ao ser humano. Sim, os direitos fundamentais servem para reequilibrar as relações que são muitas vezes atingidas por circunstâncias naturais, culturais ou econômicas que acabam provocando distorções que não podem ser mantidas numa sociedade que prega a igualdade como princípio fundamental do Estado.

Nesta seção, faremos um estudo sobre o papel das políticas públicas no combate à desigualdade e ao tratamento de forma mais digna ao ser humano. Para nos ajudar a contextualizar o conteúdo desta seção, elaboramos mais uma situação-problema que vai deixar nossa disciplina ainda mais interessante.

Sabemos que as pessoas são motivadas por propostas atraentes de trabalho, mas nem sempre elas se realizam. Dependendo da situação, o que parecia uma boa oportunidade pode virar um pesadelo... Você se lembra da Maria da Conceição? Bem, ela tem um irmão, Geraldo da Conceição, que com 18 anos saiu de casa em busca de uma vida independente. Geraldo foi atraído para uma proposta de emprego no interior da selva amazônica. Ele iria trabalhar em garimpos para retirar diamantes. Geraldo achava que ia ficar rico, mas a realidade foi muito mais dura do que ele imaginava. Ao chegar ao local de trabalho, o empregador lhe colocou ao lado de outras 200 pessoas que foram atraídas pela mesma proposta. A estrutura do local era completamente precária. Todos compartilhavam tendas para dormir durante poucas horas por noite. Eles só podiam fazer compras no mercado do próprio empregador e a não havia opção de desistir do trabalho. Isso porque o empregador deu ordens aos

seguranças da reserva para que os empregados só saíssem do local após quitarem a dívida contraída com o transporte, a alimentação e a hospedagem fornecidos durante o período. Porém, o valor do salário era insuficiente para pagar todas essas obrigações. Além dessa situação envolver questões do direito penal, essa condição de trabalho é merecedora de política pública? Existe algum conselho capaz de auxiliar a combater essa forma de trabalho?

Interessante essa questão, não é? Vamos fazer uma leitura atenta no nosso material para que o desenvolvimento das soluções para esse problema se torne mais simples.

Não pode faltar

Para compreender o período de transição paradigmática pelo qual a maioria das democracias dos Estados nacionais contemporâneos estão atravessando, **vamos fazer uma breve abordagem histórica dos eventos** ocorridos, principalmente no Brasil, e que nos possibilitaram chegar até o contexto político-jurídico atual.

A realidade brasileira, construída após o período ditatorial, exigiu por parte dos representantes políticos eleitos para a assembleia constituinte do Brasil medidas eficientes que pudessem compensar o preocupante déficit democrático notado, não apenas no âmbito eleitoral, mas também no que concerne ao acesso de bens e direitos essenciais para a garantia de uma vida digna entre os cidadãos brasileiros.

Sabe-se que o processo de redemocratização foi em si uma luta que se estendeu desde o fracasso das “Diretas Já” em 1984 até a promulgação da atual Carta Constitucional brasileira de 1988. Por outro lado, essa não foi a barreira mais complexa a ser transposta pelo nosso país. Havia milhões de pessoas que se encontravam à margem de um mínimo essencial. Sem teto, sem água, sem saúde e sem educação, uma parcela considerável da população não podia acessar qualquer bem ou serviço que deveria ser garantido universalmente a todos. Para os governos que se formaram até o estabelecimento desse novo modelo jurídico em nossa República, determinadas pessoas formavam apenas grupos estatísticos, já que a cidadania real lhes era completamente subtraída.

O novo sistema jurídico inaugurado pelos constituintes brasileiros assumia assim a responsabilidade de concretizar soluções que viabilizassem a universalização de bens e serviços com a participação dos verdadeiros interessados nos exatos termos em que a democracia contemporânea já nos exigia. Os excluídos ganharam direitos que não se resumiam apenas à escolha de representantes políticos, mas direitos que respeitavam a igualdade de tratamento, de respeito e de consideração.

Em suma, o Estado deixou de ser um mero expectador do progresso de cada família e a sociedade deixou de ser apenas uma beneficiária passiva das decisões adotadas supostamente em benefício dela. Enquanto o Estado tornou-se ele próprio o agente transformador das distorções econômicas e sociais, a sociedade civil transformou-se em protagonista dessa mudança a fim de que ela própria participasse das escolhas das medidas que seriam importantes para si, de acordo com as suas peculiaridades.

A reunião dos direitos sociais previstos desde o início do século XX com o direito de participação efetiva e democracia real provocou o fortalecimento da igualdade material, cuja dimensão era, até então, desconhecida pelos juristas.

A palavra-chave para a compreensão de políticas públicas é, portanto, a igualdade. Mas não é uma igualdade qualquer! É a igualdade material que respeita as individualidades e pondera soluções adequadas. Em outras palavras, respeito pelas diferenças e tratamentos peculiares para cada um são o que norteia as políticas de inclusão. **E como essas mudanças são operadas no dia a dia?**

Em primeiro lugar, fazia-se necessário efetivar os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição de 1988. Como foi dito na seção anterior, esses direitos propiciam o reequilíbrio das relações entre os mais fortes e os mais fracos. Vamos ver quais direitos são esses?

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)



Entretanto, nada disso seria possível sem capacidade financeira para sustentar esse modelo social. Aliás, essa é uma das diferenças mais marcantes entre os tradicionais direitos de liberdade e os direitos de igualdade. Enquanto os primeiros apenas dirigem uma regra de conduta para o Estado deixar de agir (deixar de privar a liberdade arbitrariamente, deixar de invadir domicílios sem mandados, deixar de quebrar sigilos bancários sem autorização), os direitos sociais exigem investimentos em instituições de ensino, sistemas de saúde, programas de moradia etc. Tudo isso demanda uma reserva orçamentária que deve ser garantida pelo Estado. A previsão a curto, médio e longo prazo é fundamental para o sucesso dos referidos programas que se apresentam como garantias secundárias em favor do cidadão.

Assim, o Brasil criou instrumentos jurídicos que possibilitaram o investimento no âmbito social de forma mais intensa, como o Sistema Único de Saúde (SUS), fundos de financiamento estudantil, programas de redistribuição de renda dentre outros. Finalmente, entrávamos numa fase de cumprimento daqueles preceitos obrigatórios da Constituição, previstos desde a sua promulgação. Estavam previstas tanto as garantias primárias (art. 6º da CR/88) quanto as secundárias (leis que instrumentalizavam a aplicação dos direitos abstratos). Tudo favorecia esse novo contexto socioeconômico: constituição democrática, economia estabilizada e mercado produtor próspero.

Contudo, em 2008, uma reviravolta do sistema financeiro global obrigou os Estados nacionais a repensarem suas atuações econômicas. Devido à excessiva disponibilização de crédito sem garantias para compra de imóveis no mercado americano, diversas instituições financeiras estadunidenses e europeias foram à falência. A partir do mesmo ano, os países emergentes, por sua vez, sofreram com a rápida escassez de crédito e o aumento dos juros. Os programas sociais, que eram sustentados por empréstimos feitos pelo Estado, foram diretamente atingidos. Sociedades empresárias nacionais também tiveram que abandonar seus negócios, provocando ondas de desemprego e, conseqüentemente, diminuições na arrecadação dos impostos e aumento dos gastos sociais que já estavam acima das respectivas capacidades orçamentárias.

O Estado social ruiu quando o Brasil estava apenas iniciando seu ingresso. Apesar disso, o caminho ou melhor, a consciência sobre a justiça social já está enraizada na cultura brasileira, graças à Constituição. O direito de igualdade persiste como prioridade para um Estado que deseja reduzir suas injustiças.

Talvez já não seja possível mais prover a universalização de todos os bens e serviços, apesar de ainda ser necessário garantir de forma sustentável o mínimo existencial entre os menos favorecidos. Serviços públicos como rede sanitária, escolas, universidades e tratamentos médicos ainda são fundamentais, independentemente do investimento feito neles. As estruturas do Estado analisadas pelo próprio contexto devem se adaptar regularmente para incluir com a intensidade adequada às necessidades próprias de seu tempo. Se a economia de um Estado se encontra em crise, os direitos fundamentais apresentam-se como trunfos em favor dos mais fracos para que esses não sejam ainda mais prejudicados do que já são na realidade presente.



Reflita

A ilegitimidade política advém da desigualdade social. Quanto maior a desigualdade presente em um Estado, maior será a ilegitimidade dos governantes. Tal afirmativa não vem de um discurso político ideológico, mas, como afirma Ferrajoli (2005), sustenta-se numa constatação empírica por meio de argumentos histórico-sociológicos. As garantias criadas por meio de políticas públicas fornecem o instrumento de proteção dos direitos para que, na vida real (para além do mundo jurídico), sejam efetivamente universais e irrenunciáveis. Compreender esses pressupostos é conscientizar-se de que o povo precisa participar politicamente das decisões que lhe atingirão para que as garantias sejam criadas na esfera jurídica e garantidas por meio de ações político-legislativas.



Pesquise mais

E o que acontece se o poder legislativo infraconstitucional for propositadamente omissivo ao deixar de criar garantias secundárias para acesso a direitos fundamentais sociais? Para Ferrajoli (2005), tratar-se-ia de uma lacuna legislativa que só poderia ser sanada mediante a intervenção do próprio órgão representativo. Mas Jorge Reis Novais

(2010), jurista português, tem um entendimento diverso. Segundo o catedrático lisboeta, direito fundamental é provido de uma dimensão objetiva de proteção em relação a qual todos os poderes constituídos devem submeter-se, inclusive o judiciário, independentemente de lei que regularize um direito subjetivo. Neste âmbito, o ativismo judicial surge como uma solução contra a arbitrariedade do parlamento. Pesquise mais sobre o ativismo judicial, especialmente acerca da permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto de fetos e direito de greve entre funcionários públicos.

Resumindo, os direitos sociais criam um ambiente de igualdade de oportunidade ao permitir que o indivíduo experimente as premissas básicas de uma vida digna com suas próprias aspirações e seus projetos de vida. Esses direitos são protegidos, como os demais direitos fundamentais, por um escudo de proteção contra governos autoritários. Trata-se assim de institucionalizar a política, criando padrões de atuação para que minorias privilegiadas não se sobreponham ao conjunto social. Em caso de descumprimento dos mínimos existenciais pelas esferas legislativas e administrativas, o trunfo dos direitos fundamentais é invocado (independentemente da natureza: liberdade ou igualdade) ao poder judiciário para que este reestabeleça a eficácia injustamente subtraída por decisões, decretos ou leis discricionárias. Isso tudo visa garantir a igualdade de respeito, de tratamento e de participação. Igualdade, liberdade e democracia participativa devem andar juntas para formar um ambiente plural e harmônico.

Com esse corpo normativo em vigor, o direito ao trabalho (e seus reflexos: salário, jornada, cargos etc.) deixa de ser uma norma abstrata e torna-se uma condição realmente acessível e equiparada principalmente em favor de grupos historicamente excluídos, como mulheres, idosos, negros e estrangeiros. A educação, da mesma forma, não é mais tida como uma igualdade formal de acesso, mas uma igualdade material pela qual se permite a compensação de fatores históricos, econômicos e culturais em benefício daqueles que enfrentaram mais dificuldades naturais para aceder: negros e pobres (no sentido legal). A segurança também é reforçada entre os grupos mais vulneráveis: idosos, mulheres e crianças, aumentando-

se o rigor das penas e de medidas protetivas. Grupos étnicos diversos também são beneficiados por uma rede de proteção que tutela não somente o direito de exercer sua cultura, mas tudo aquilo que esteja relacionado com a sua identidade, como o espaço em que vivem, seus símbolos e tradições. Como exemplos temos as comunidades quilombolas e indígenas.

Mas, em regra, a quem compete criar instrumentos para a realização dos direitos fundamentais entre os mais fracos? Sabe-se que o ideal é manter a harmonia entre as três funções do poder estatal, delegando aos órgãos eleitos pelo povo a atividade criativa e criadora de garantias que efetivam direitos fundamentais, isto é, o executivo e o legislativo por meio de políticas públicas. E como poderíamos defini-las?

Na obra *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, a autora Maria Dallari Bucci (2013) afirma que política pública é o programa de ação governamental. Trata-se, em verdade, de uma espécie de tecnologia jurídica elaborada para reduzir atrasos e desigualdades no seio social por meio de planos micro, meso e macro institucional. Vamos detalhar cada um desses termos a seguir.

A política pública se caracterizaria, portanto, como uma engenharia do governo ao unir as necessidades políticas com as ferramentas jurídicas dispostas na legislação. Por meio dela, organizam-se estrategicamente as ações e os investimentos do Estado para garantir resultados importante ao desenvolvimento da sociedade em seu todo, embora cada peça esteja relacionada entre si. Enfim, trata-se do meio pelo qual se profissionaliza a ação política, típica de um governo eleito para tal, com modelos jurídicos respaldados por técnicas previamente desenvolvidas do Estado (e, portanto, mais perenes e institucionalizadas). Para entender a dinâmica entre o governo e o Estado, vamos fazer uma analogia: o governo pode ser visto como um software e o Estado, um hardware, ou seja, dentro das possibilidades dispostas para um bom funcionamento de um computador, a política depende de um equipamento adequado (conjunto normativo) capaz de receber diversos programas/aplicativos (políticas públicas – garantias secundárias) que atuarão em diferentes áreas: trabalho, desenho, pesquisas e assim por diante (saúde, educação, trabalho e moradia).



Assimile

Em suma, conforme Bucci (2013, p. 34), a política pública deve ser tida como “[...] a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito[...]”.

Mas será que o judiciário não poderia intervir demasiadamente em políticas públicas, reduzindo o valor da democracia representativa? Bucci (2013) observa que a política jurisdicionalizada não significa perder o caráter democrático da representatividade, mas se insere no modo pelo qual a camada política poderá afirmar seus pleitos. Isto é, permitem-se classificar as necessidades a partir de cada categoria jurídica sobre a qual existe um processo prévio e eficiente para transformar o poder político em uma ação juridicamente adequada.

As políticas públicas proporcionam, assim, o fortalecimento das ações discutidas democraticamente e formuladas de acordo com as características dos direitos fundamentais para fortalecimento dos mais fracos e socialmente excluídos. Ao contrário do que o senso comum possa sugerir, o governo não administra o Estado em favor da maioria, mas em favor dos direitos fundamentais, a fim de reduzir as deficiências de grupos minoritários e para fortalecer o todo.



Assimile

Então a maioria deve ser desprezada? Não, a maioria também é protegida pelo conteúdo essencial inalienável dos direitos fundamentais. E como isso se observa no dia a dia? Suponhamos que o SUS esteja diante de duas opções de medicamento, contando apenas com um orçamento de mil reais. Com esse valor, o sistema único pode comprar mil vacinas com 100% de eficácia em favor de mil pessoas ou um medicamento para uma pessoa com eficácia discutível. Qual dos dois medicamentos deve ser adquirido? É claro que será aquele que beneficiará o maior número de pessoas e de forma mais eficaz.

As políticas públicas permitem a realização da democracia, ampliando o espaço de discussão das medidas e dos resultados obtidos para além de análises exclusivamente técnicas e com a participação daqueles que serão atingidos. Trata-se, portanto, de instrumentos que formam um padrão de atuação dentro

do qual tanto o Estado como a sociedade estão aptos a se anteciparem às consequências naturais e a participarem das ações governamentais, pautadas por fórmulas mais eficazes, razoáveis, racionais e compreensíveis.

De acordo com Bucci (2013), existem três planos em que a **política pública atuará: macro, micro e mesoinstitucional**. É necessário ressaltar, contudo, que a política se executa pelo governo e o direito, pelo Estado. Na política pública, o governo age com a força das pretensões sociais institucionalizada e estruturada pelas normas que regem o Estado. O governo não atua, desse modo, com liberdade para fazer ou abster-se de algo que se comprometeu eleitoralmente. Ele se submete às regras do Estado que limitarão o modo de agir para satisfazer as pretensões políticas. E isso se desenrola sob as três espécies antes anunciadas (macro, micro e mesoinstitucional).

A totalidade do governo se faz pelo plano macroinstitucional. Por outro lado, cada ação do governo é compreendida dentro do âmbito microinstitucional. A reunião de várias ações que não correspondem ao todo, mas a uma parte do governo, é tida como mesoinstitucional.

O Estado é formado por leis que criam uma estrutura que permite a elaboração de políticas pelos sucessivos governos que são eleitos para priorizarem determinadas dimensões jurídicas, as quais o voto popular elegeu como prioridade dentro de um período representativo. O governo, porém, não estabelece políticas de forma autoritária, mas sim respeitando os limites impostos pelo direito, isto é, de acordo com a ação governamental institucionalizada. Essas ações determinadas e microinstitucionais são traçadas em conformidade com o tempo e alcance pelo governo, sendo este último o elemento macroinstitucional. Em outras palavras, o conjunto de ações (microinstitucional) forma o elemento macroinstitucional (ou seja, o governo). Ocorre que o próprio governo pode reunir várias ações que se identificam segundo o mesmo objeto. Isto forma o plano mesoinstitucional para a saúde ou plano mesoinstitucional para a educação etc.



Exemplificando

Para combater a fome, foram criados os programas Bolsa-Escola, Auxílio-Gás (Vale-Gás), Bolsa-Alimentação, todas elas ações microinstitucionais que, reunidas, formavam uma ação mesoinstitucional. Nesse âmbito, será possível definir atribuições, fins e os meios imprescindíveis para cumprir todo o plano traçado pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. Posteriormente e com o mesmo fim, o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva propôs o Bolsa-Família, Fome Zero, dentre outros. Ambos os governos cumpriram obrigações constitucionais.

Mas para que serve essa estrutura? Não seria melhor se nos desfizéssemos de toda essa burocracia para atingirmos alguns fins que todos nós sabemos que são necessários para o “bem” da sociedade? Não exatamente! A estrutura jurídica não é apenas o meio para retardar e dificultar os atos pretendidos pelos governos transitórios, mas a imposição de limites para impedir que a política se exerça de forma bruta, violenta, insegura e lacunosa.



Assimile

Interessante notar que, durante a Idade Média, o Estado assumia realmente a identidade do seu governante. Naquela época, os meios e objetivos eram por ele elaborados e executados da forma como lhe convinha. Mas isso acabou já na segunda metade do século XVIII. O absolutismo do poder monarca foi abruptamente rompido com as revoluções inglesa, estadunidense e francesa. Naquela época, as lideranças revolucionárias iluministas decidiram institucionalizar as ações do Estado, ou seja, por meio da criação de regras sob as quais o próprio Estado (representado pelos seus governantes) estaria submisso. Desaparecia a filosofia de Luís XIV que resumia o Estado à figura do rei (L'État c'est moi) para surgir o Império da Lei (Estado de Direito). Todos submissos à vontade das instituições reunidas em conjuntos de leis (Império da Lei). E o modelo atual continua sendo do Estado de Direito? Não, também já evoluímos! Ao invés de um governo da maioria (típico de estados fascistas), a sociedade progrediu para o Estado de respeito a direitos fundamentais com a participação daqueles que serão atingidos. Esse modelo é chamado de Estado Democrático de Direito pelo qual nenhuma maioria circunstancial poderá sobrepor-se aos direitos fundamentais das minorias.

Pelo modelo atual do Estado, a soberania já não se relaciona com questões divinas, mas funda-se na proteção de bens jurídicos que beneficiaram todos e cada um individualmente. Trata-se, assim, de um paradigma inspirado pela noção humanista do direito que já não prioriza as características nacionais de cada povo, mas os fundamentos para a construção de uma “sociedade civil mundial”.

Estado, governo e administração constituem, então, a mesma coisa? Por um tempo, a resposta foi sim, hoje não mais.

Se por um lado, o Estado, de acordo com Dallari (2016, p. 100), pode ser definido como “a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, por outro, o governo reuniria os órgãos e as funções de poder que comandam a ordem jurídica do país a fim de conciliar as demandas apresentadas socialmente. Já administração pública pode ser definida como um conjunto de atividades que foram concebidas para a realização do interesse comum, gozando de maior ou menor autonomia, dependendo da competência atribuída a ela.

Nesse sentido, podemos afirmar que as políticas públicas são traçadas por governos transitórios que visam encerrar problemas sociais em respeito às normas fundamentais que constituíram a noção do Estado. Veja! O Estado, formado por uma ordem jurídica estável, protege bens que são imprescindíveis para a realização da dignidade de todos. Ocorre que, em determinados períodos históricos, alguns governos priorizarão tutelar uns bens, enquanto em outros, a proteção poderá ser mais intensa em áreas ou princípios distintos. Em todos os casos, são direitos que formam a noção de Estado atual.

Dito isso, como poderíamos conceituar a política pública?

De acordo com Benedito e Menezes (2013), as políticas públicas nasceram, enquanto uma lógica própria, nos Estados Unidos. Lá, seus idealizadores propunham projetar medidas a partir da constatação de problemas observados socialmente. Em outras palavras, sabemos que o convívio social pode provocar desequilíbrios naturais em relação aos quais a gestão pública deve centrar seus esforços.

Atenção

As políticas públicas consistem em um sistema elaborado e executado pelos órgãos que compõem o Estado e os quais projetam metas e meios necessários para alcançar a realização do bem-estar da população. Segundo se depreende da análise de Celina Souza, as políticas públicas são a tradução de propósitos do governo em planos “que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real” (2006, p. 33).

As políticas públicas analisam um cenário social para criar soluções adequadas de acordo com a capacidade financeira e as prioridades elencadas pelo Estado. Assim, as autoridades formarão um planejamento de execução a médio e longo prazo em relação ao qual acompanharão o desenvolvimento e monitorarão a eficácia das medidas. Caso os resultados alcançados não correspondam aos valores projetados serão feitas reavaliações constantes que determinarão a continuidade, mudança ou o encerramento das medidas.

Mas fique alerta com uma observação extremamente importante: no Brasil, adotamos constitucionalmente o modelo de Capitalismo de Estado por meio do qual a economia é guiada para que os princípios liberais sejam conciliados com as necessidades produtivas. Assim, as empresas também participam desse processo, principalmente em questões envolvendo políticas de inclusão social. Segundo Benedito e Menezes (2013), o fato de as empresas disporem de trabalho e renda possibilita a inserção social de grupos de pessoas impossibilitadas de acederem apenas com as regras do livre mercado (especializações, meritocracia, habilidades etc.).



Exemplificando

Numa competição selvagem, é claro que pessoas com deficiência seriam naturalmente preteridas pelo mercado em relação a adultos sadios. Do mesmo modo, estudantes mais humildes e, por questões históricas, os próprios negros, enfrentariam mais obstáculos para acessar às universidades do que os mais afortunados e brancos. Por isso, a necessidade de promover a inclusão desses grupos por meio de iniciativa privada, para que deficiências não sejam eternizadas em razão da luta descontextualizada do mais forte contra o mais fraco.

Mas qualquer problema social carece de política pública? Nem sempre. Como medir isso? Por meio dos seguintes questionamentos elaborados por Cohen e Matínez (2004) apud BENEDITO; MENEZES, 2013, p. 62)

- 
1. Existe um problema?
 2. Qual é o problema?
 3. Quais são os elementos essenciais do problema?
 4. Quem é afetado pelo problema?
 5. Qual é a população-alvo?
 6. Qual é a magnitude atual do problema?
 7. Quais são as consequências do problema?
 8. Conta-se com todas as informações sobre o problema?
 9. Há uma visão clara e definida do meio geográfico, econômico e social do problema?
 10. Quais são as dificuldades de se enfrentar o problema?

Avançando sobre o tema, a autora Celina Souza (2006) afirma que é possível realizar política pública por, pelo menos, três formas diversas, a saber:

a) Redistributivas: por meio destas, o Estado formula planos para reequilibrar distorções econômicas por meio da redistribuição da renda que ocorre com a entrega de recursos diretos ou financiamento a bens e serviços que seriam impossíveis para os beneficiados de outro modo.



Exemplificando

No Brasil, foram criadas ou intensificadas diversas políticas redistributivas nos últimos 20 anos. Com a estabilização da moeda e o crescimento econômico, governos estaduais e federal criaram o Bolsa-Família (antigo Bolsa-Escola, Auxílio-Gás) e o FIES (antigo Crédito Educativo e que atualmente financia estudantes que não têm condições de pagar pelos próprios estudos no ensino superior).

b) Distributivas: trata-se de ações que só poderiam ser realizadas pelo próprio Estado com a entrega de equipamentos e serviços em áreas pontuais. Essas políticas dependem de estado para estado, mas normalmente são prestados na forma de recolhimento de lixo e limpeza de rios e córregos.

c) Regulatórias: trata-se de uma medida legislativa que autoriza a realização das medidas descritas anteriormente. Esse modelo é realizado pelo parlamento que aprova a execução de políticas distributivas ou redistributivas pelos governos.

Conforme Benedito e Menezes (2013), no Brasil, podemos destacar alguns órgãos responsáveis pela promoção de políticas públicas de forma mais intensa. Para combater o desemprego, por exemplo, foi criado o Sistema S, que é composto pelo SESI, SENAI, SESC, SEBRAE, SENAR, SEST, SENAT e SESCOOP.

Já no âmbito de direitos humanos e das violações mais graves contra premissas da dignidade da pessoa humana, poderíamos destacar diversos órgãos que atuam no sentido de planejar a defesa de grupos mais vulneráveis. Nesse sentido, destacaríamos:

Figura 2.1 | Divisão de conselhos gerais no Brasil

Conselhos gerais	Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, atualmente designado como Conselho Nacional dos Direitos Humanos - CNDH
	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
	Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência
	Conselho Nacional de Promoção do Direito à Alimentação Adequada
	Conselho Nacional dos Direitos do Idoso
	Conselho Nacional de Combate à Discriminação

Fonte: Portal Brasil (2009).

Figura 2.2 | Divisão de conselhos específicos

Conselhos específicos	Conselho Deliberativo do Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas
	Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras em matéria de Adoção Internacional de Crianças
	Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de Crianças
	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos
	Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo

Comissão Intersetorial de Acompanhamento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Comissão Interministerial de Avaliação de casos de pessoas atingidas pela hanseníase

Fonte: Portal Brasil (2009).

Figura 2.3 | Divisão de comitês

Comitês	Comitê Nacional para Prevenção e Controle da Tortura no Brasil
	Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos – CNEDH

Fonte: Portal Brasil (2009).

O objetivo principal desses conselhos é promover e defender os direitos humanos no Brasil, elaborando ações preventivas, reparadoras ou mesmo punitivas contra as medidas que ameacem ou transgridam os direitos dessa natureza no país. São conselhos normalmente formados para controlar de forma participativa as políticas públicas nacionais, reivindicando pedidos de proteção a bens jurídicos negligenciados ou violados pelo próprio Estado. Esses conselhos também negociam soluções reunindo a sociedade civil com o poder público. A grande vantagem da sua instituição é descentralizar o poder e permitir a participação daqueles que são mais diretamente atingidos, independentemente do governo e da vontade política para satisfação de preceitos constitucionais.

E no âmbito global, será que existe alguma esfera de proteção dos direitos humanos ou estamos completamente sujeitos à arbitrariedade de potências econômicas e militares? Apesar de inexistir uma autoridade com poder para executar ordens em âmbito internacional, comunidades internacionais vêm criando entidades que protegem os direitos humanos em favor de todos os indivíduos, independentemente de seu país.

Segundo podemos extrair da obra da autora Flávia Piovesan (2017), os direitos humanos refletem, no fundo, a história da humanidade, já que são normas construídas e conquistadas gradualmente, à medida

que a sociedade avança (e regride, por que não?) em determinados contextos políticos. Citando Carlos Santiago Niño, Piovesan (2017) anuncia que o valor axiológico implícito em normas dessa natureza é a luta constante para reduzir o sofrimento humano, a violência das nossas ações e garantir a dignidade de todos.

Mas isso não é tudo. Os direitos humanos, embora tenham se desenvolvido ao longo dos últimos séculos, foram mais intensamente debatidos e elaborados a partir do final da Segunda Grande Guerra, quando a humanidade presenciou os horrores dos governos nazifascistas. O desprendimento do direito com os valores propiciou a criação de projetos supremacistas que visaram tão somente a eliminação de características inerentes aos seres humanos. Por isso, foram elaboradas a Declaração Universal de 1948 e a Declaração de Direitos Humanos de Viena, em 1993.

Esse conjunto normativo internacional foi projetado para defender as pessoas de ações muitas vezes organizadas pelos próprios governos que deveriam protegê-las. Seria o último e imprescindível refúgio de indivíduos que não poderiam contar nem mesmo com seus próprios representantes que se aproveitavam da soberania para estabelecer a tirania. Mas o mundo se conscientizou que acima da soberania existe a humanidade que é aquele fundamento que nos une enquanto pertencentes a uma única raça humana. Governo algum poderia nos subtrair.

As políticas nacionais foram assim relativizadas pela Declaração de 1948, que colocou o homem como sujeito universal de direitos. Esta carta introduziu o conceito de que a titularidade de determinados direitos não dependia do reconhecimento de governos locais, mas sim de acordo (...) com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único (...) para o seu exercício (PIOVESAN, 2016, p. 233). A indivisibilidade desses direitos permitiu impedir a eficácia conveniente, isto é, somente quando interessava aos governos tendentes ao autoritarismo. Com isso, formou-se a ideia de direitos universais que uniam prerrogativas civis, políticas e direitos sociais sobre os quais Estado nacional nenhum poderia renunciar.

Essa percepção influenciou a criação de outros tratados e organismos internacionais com âmbito de proteção em regiões próprias. Daí surgiu a Convenção Europeia dos Direitos

do Homem, o Pacto de San José da Costa Rica em favor dos Estados interamericanos. Esses acordos não se anulam, mas se complementam em razão das peculiaridades de cada região/continente. Isso é o que afirma a Declaração de Viena (1993, [s.p.]:

Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.



Piovesan termina sua reflexão ressaltando que a democracia e os direitos humanos são partes indissociáveis no contexto jurídico atual. Não há direitos humanos sem a participação e o respeito aos titulares e não há participação sem que direitos sociais, políticos e civis sejam devidamente cumpridos.

Sem medo de errar

Conforme tivemos a oportunidade de anunciar, Maria Conceição, mulher trabalhadora, tem um irmão que resolveu sair de casa para ganhar sua independência financeira e ter maior autonomia em sua vida. Escolheu também trabalhar de forma honesta. Diante de uma proposta para se tornar rico, Geraldo foi trabalhar em um garimpo para extrair diamantes de uma mina localizada na reserva de Vila Rica. Ao chegar ao local, junto com os demais empregados, Geraldo foi informado que os trabalhadores não poderiam sair da reserva sem antes quitarem suas dívidas com os empregadores. Eles foram cobrados por tudo que consumiam, desde o transporte até a moradia e alimentação. A dívida tornou-se impagável, já que os valores contraídos eram maiores do que a renda que recebiam pelo trabalho. Essa modalidade de trabalho é um problema social que justifica a intervenção por política pública? Existe algum conselho em âmbito federal que visa combater o problema?

O trabalho escravo no Brasil é um problema social que dura desde o início da nossa colonização e perdura até hoje. Embora a abolição da escravatura tenha sido promulgada há quase 150 anos, essa forma de trabalho informal persiste principalmente em garimpos e em trabalhos de carvoaria. Nesse sentido, pode-se afirmar que se trata de um problema que merece atenção do Estado que deverá

elaborar políticas públicas para reduzir esse aspecto nefasto contra a dignidade da pessoa humana. Para tanto, o Estado brasileiro criou o conselho específico para a erradicação do trabalho escravo. No caso narrado, nota-se que Geraldo encontrava-se em situação análoga à escravidão, eis que ele era impedido de sair do local de trabalho enquanto não quitasse dívidas que sempre superavam o valor percebido com a remuneração.

Avançando na prática

Menos condições, mais oportunidades

Descrição da situação-problema

Maria de Lourdes nasceu com uma síndrome que impedia o desenvolvimento da sua maturidade com o passar dos anos. Apesar de envelhecer com o tempo, Maria mantinha uma idade psicológica semelhante àquela de uma criança de 10 anos. Essa síndrome atrapalhava a sua capacidade cognitiva e de socialização. Ocorre que, assim como ela, várias outras pessoas sofrem com essa deficiência. Desse modo, o Congresso Nacional aprovou uma lei que determina a destinação de, ao menos, 10% das vagas de uma empresa particular para pessoas com qualquer tipo de deficiência (física ou intelectual) capaz de reduzir suas chances em um mercado de trabalho. Essa lei, no entanto, despertou um ódio em José Insensível. Ao se candidatar para uma vaga de trabalho, tomou conhecimento de que uma delas havia sido destinada para um deficiente que demonstrou ter menos capacidade do que ele para exercer o ofício. Ele lhe procura em seu escritório de advocacia e pede para que você lhe explique por qual motivo isso não seria discriminação e tratamento desigual. Como justificar um tratamento desigual para pessoas com deficiência?

Resolução da situação-problema

Os direitos fundamentais foram elaborados com o objetivo de reduzir a desigualdade real entre pessoas pertencentes a diversos grupos. Isso porque a igualdade é um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, não podendo permitir que determinadas

pessoas estejam excluídas do acesso a bens e serviços essenciais para o desenvolvimento digno. Nesse sentido, o Estado deve elaborar políticas públicas que proporcionem o acesso de alguns grupos a oportunidades que seus respectivos membros não teriam de outro modo. Assim, percebendo que várias outras pessoas sofrem com uma circunstância sobre a qual não tiveram responsabilidade e que isso as exclui de se inserir no mercado de trabalho, o Estado pode intervir para reduzir essa desigualdade de oportunidades, fazendo com que empresas estejam condicionadas a contratar empregados, desde que respeitem o número de vagas destinadas a pessoas com deficiência. O fundamento constitucional que sustenta essa política se respalda sobretudo no dispositivo que autoriza o Estado a organizar as atividades econômicas de forma que o interesse público também seja respeitado junto com o livre mercado.

Faça valer a pena

1. Sabe-se que o Estado pode promover políticas públicas de três formas diversas. Com base nisso, analise a seguinte definição de um dos programas do governo brasileiro:

“O Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) é um programa do Ministério da Educação destinado a financiar a graduação na educação superior de estudantes matriculados em cursos superiores não gratuitas na forma da Lei 10.260/2001. Podem recorrer ao financiamento os estudantes matriculados em cursos superiores que tenham avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação.” Disponível em: <<http://sisfiesportal.mec.gov.br/?pagina=fies>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

Com qual dos modelos de política pública a seguir o programa do FIES mais se identifica?

- a) Regulatório.
- b) Distributivo.
- c) Retributivo.
- d) Redistributivo.
- e) Segregacionista.

2. Analise o texto abaixo:

[...]O Presidente da Câmara de Vereadores de Barra Mansa, Marcelo Borges, promulgou três leis que beneficiam diretamente os idosos e deficientes físicos da cidade. (...) A Câmara promulgou, também, outras duas leis que amparam e facilitam o dia a dia dos idosos em Barra Mansa. A Lei 44.32 cria o disque denúncia de proteção aos direitos dos idosos. O serviço, proposto pelo vereador Luis Antônio Cardoso, receberá denúncias de maus tratos e desrespeito aos idosos através de uma linha telefônica 0800. As ocorrências serão encaminhadas aos órgãos competentes para as devidas providências. Todas as denúncias serão anônimas. [...]

Disponível em: <<http://www.camarabarramansa.rj.gov.br/atividades/noticias/903-camara-de-barra-mansa-promulga-leis-beneficiando-idosos-e-deficientes-fisicos>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

Com qual modelo de política pública a iniciativa da Câmara de Vereadores da cidade de Barra Mansa mais se aproxima?

- a) Distributivo.
- b) Retributivo.
- c) Regulatório.
- d) Redistributivo.
- e) Distributivo e redistributivo.

3. Analise o texto abaixo:

[...] A Lei Municipal 10.982, de 2016, proibiu a exposição de recipientes que contenham sal de cozinha em mesas e balcões de bares, restaurantes e lanchonetes. O caráter interventivo e pouco eficiente da norma, que pretende inibir o consumo do sal pelos seus prejuízos à saúde, foi apontado por vereadores da Comissão de Legislação e Justiça, que aprovou em 1º turno, nesta terça-feira (18/4), parecer favorável ao Projeto de Lei 167/17 que revoga a atual legislação. Para o autor da proposta, vereador Mateus Simões (Novo), campanhas educativas e refeições balanceadas nas escolas teriam mais resultados. [...]

A Lei do Sal, projeto que ficou conhecido por proibir a exposição de recipientes da referida substância nas mesas de bares e restaurantes, é considerada ineficiente para atingir as finalidades da política pública que a Câmara de Vereadores pretendia para a cidade de Belo Horizonte, em Minas Gerais.

Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunicaçao/not%C3%ADcias/2017/04/comissao-é-contra-proibiçao-do-sal-de-cozinha-em-mesas-de-bares>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

De acordo com o que se pode extrair da comissão que visa revogar a referida lei, o que faltaria no projeto de proibição do sal para que ele pudesse ser estabelecido como política pública?

- a) Não há problema social que a lei visa combater.
- b) As consequências do problema de hipertensão no corpo humano são desconhecidas da ciência.
- c) Não se consegue identificar qual é o território que será abrangido pela medida.
- d) Não há comprovação suficiente entre o consumo de sal em restaurantes com o aumento da hipertensão da população em geral.
- e) Ausência de um conselho específico para a proteção da alimentação adequada.

Seção 1.3

O idoso, a justiça e a inclusão racial

Diálogo aberto

Caro aluno, na última seção, tivemos a oportunidade de abordar o princípio da igualdade como norma orientadora das políticas públicas. Notamos que o dever dirigido ao Estado para reduzir déficits é uma dimensão inerente aos direitos fundamentais que exigem do Estado igualdade de tratamento e respeito em relação a todos os indivíduos. Somente com o desenvolvimento da doutrina sobre a igualdade material foi possível universalizar os titulares e, por conseguinte, os destinatários dos direitos fundamentais (especialmente os direitos de liberdade e os direitos sociais), os quais, efetivam a dignidade da pessoa humana. Com isso, relacionamos democracia como algo que supera o governo da maioria, assumindo o papel de uma ordem protetora dos direitos essenciais para a convivência humana pacífica e digna. Também exploramos a ideia de descentralização dos órgãos de fiscalização ao cumprimento de direitos fundamentais. Hoje, esta é uma tarefa distribuída tanto ao Estado quanto à sociedade civil representados em conselhos que podem acompanhar o cumprimento de políticas públicas. Se, eventualmente, os direitos não forem respeitados (nem mesmo por aqueles nacionalmente designados para tal), já existem órgãos internacionais aptos para tutelar esses bens em âmbito global, independentemente da soberania de cada país.

Nesta última seção da unidade introdutória do nosso livro didático, falaremos sobre direitos difusos, coletivos e o acesso à justiça, instrumentos próprios de tutela e ainda alguns grupos que são mais frequentemente submetidos à discriminação social, o que acaba por torná-los mais fragilizados nas relações em ambiente público e privado. Dedique-se ao estudo desses elementos e consulte os materiais indicados, assim como a bibliografia de referência.

O nosso trabalho aqui é apresentar para você toda a disciplina de forma didática e interessante. E não há nada que assuma ambas as características do que a análise de um caso prático, vamos a ele, então?

Maria da Conceição, 65 anos de idade, tinha uma vida difícil, mas ela era batalhadora. Num domingo de páscoa, toda a família tinha se reunido na casa da matriarca para comer uma de suas especialidades: bacalhau com creme de leite, uma delícia! Maria estava aguardando sua irmã mais velha, Ana Auxiliadora, que não via há 3 meses. Ana estava atrasada, apesar de ser conhecida por sua pontualidade. Maria ficou preocupada com a situação e resolveu ir até à casa de Ana. Quando lá chegou, Ana estava em um estado degradante dentro de casa. Deitada na cama, Ana estava doente, não se alimentava há dias e tampouco recebia tratamento. João, filho de Ana, morava com a mãe, mas não se importava com isso. Além de se apropriar do cartão pelo qual Ana recebia sua pensão, João já pensava na herança que iria receber quando Ana falecesse. Maria conversou com Ana alegando que esta situação não poderia continuar, mas Ana se recusava a procurar a polícia e “denunciar” o próprio filho. Será que é possível agir para proteger Ana? Foi praticado algum crime contra a irmã de Maria? João pode ser acusado por algum crime, mesmo sem a denúncia de Ana? Nesta seção, você aprenderá o fundamento sociológico e jurídico para a proteção dos idosos, assim como os procedimentos e as leis de proteção.

Não pode faltar

Ao longo desta disciplina, nós nos propusemos a abordar alguns grupos de indivíduos que se unem, ao menos, por uma característica em comum e que, em razão desta, seus membros poderão sofrer com algumas dificuldades ou discriminações no meio social. Desde tratamentos violentos, chegando a eventuais obstáculos para inserção ao mercado de trabalho, certo é que determinados grupos vulneráveis podem e devem receber por parte do Estado um tratamento que reequilibre eventuais distorções decorrentes de questões econômicas, históricas ou culturais.

Diante disso, surgiu a necessidade de o direito regular e tutelar situações que abranjam não mais a individualidade de uma pessoa, mas sim a coletividade de um grupo atingido por razões peculiares. **Assim, foram concebidos os direitos difusos e coletivos**, que formam o gênero “direitos supraindividuais” ou de “terceira dimensão”.

Lembre-se! Direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, também denominados direitos individuais. Esses estão previstos no art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988) e garantem a liberdade de ir e vir, a liberdade de escolher sua personalidade, seus princípios, religião, crenças etc. Os direitos de segunda dimensão são denominados direitos sociais. Esses, por sua vez, tendem a favorecer a igualdade material entre as pessoas. São direitos que exigem uma prestação pelo Estado que garante um mínimo existencial ao exercício da dignidade humana, quais sejam: direito à saúde, educação, alimentação, moradia etc. Estão previstos no art. 6º da CR/88.

Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, se inserem numa categoria mista entre direitos privados e públicos, embora sejam reunidos em razão da sua titularidade, ora sendo interesse de todos indistintamente (direito difuso), ora pertencentes a grupos certos e determinados ou determináveis (direitos coletivos ou passíveis de coletivização).

Qual é a vantagem para se criar ramos próprios no direito, como de primeira, segunda e terceira dimensões? Veja bem, além de podermos identificar, de forma mais didática e com mais propriedade, a qual grupo uma situação jurídica corresponde, existe igualmente uma razão de ordem utilitária, a saber: ajudamos a elaborar instrumentos jurídicos adequados para enfrentar adversidades, prevendo-se ferramentas mais eficientes diante de situações concretas de violação.

Suponhamos que a sociedade considere importante criar garantias de proteção a um grupo de vulneráveis. Podemos vislumbrar duas formas para tutelarmos concretamente os interesses dos respectivos titulares. Atribuir para eles próprios o dever de proteção ou delegar para entidades representativas. Ora, se eles dependerem apenas de si mesmos para pleitear seus respectivos direitos, sabe-se que os socialmente hipossuficientes continuariam fragilizados na hipótese de cada um tentar resolver seus próprios conflitos. Isso é lógico, não é? Sendo social ou economicamente mais fracos, a dificuldade de alguns grupos é justamente resolver por conta própria os problemas (obstáculos ou discriminações) que são maiores do que eles mesmos.

Em resposta a essa situação, o direito permite que determinados órgãos ou entidades atuem em nome de todos os membros da coletividade, já que individualmente os titulares teriam pouca ou nenhuma força para ganharem suas respectivas demandas. O direito já prevê essa espécie de atuação, a qual deu o nome de **direitos coletivos**. Qual a razão desse termo? Precisamente porque conseguimos identificar cada titular do bem-jurídico atingido, devido a uma característica juridicamente relevante que acaba destacando objetivamente os seus membros. Podemos exemplificar essa situação com os grupos vulneráveis que serão o objeto desta e das próximas seções, quais sejam: idosos, afrodescendentes, crianças, deficientes, população indígena, estrangeiros.

Por outro lado, o direito também dispõe de instrumentos capazes de defender certos bens jurídicos que são indispensáveis para todos, apesar de não ser possível individualizar seus titulares ou pessoas atingidas após uma ação/omissão transgressora. Isso porque todos sofreriam direta ou indiretamente com maior ou menor intensidade na hipótese de eventual violação, conforme observa Gajardoni (2012). Nesses casos, as pessoas perderiam o interesse de pleitearem o restabelecimento da coisa atingida, já que os ofendidos teriam sido prejudicados de forma pouco intensa ou teriam custos demasiadamente elevados para pedirem a indenização pelo dano que sofreram. Nesse sentido, Mazzili (2006 apud COELHO, 2011) nos esclarece que o ato lesivo contra determinadas classes de pessoas não poderia ser questionado individualmente pelos seus respectivos membros, já que tal medida tornaria o restabelecimento da coisa inviável, seja pelos custos de demandas complexas, seja pela dificuldade probatória que cada pessoa enfrentaria numa ação individual.

O conceito acima se refere aos direitos difusos que também recebem tratamento especial por parte do Estado no âmbito da nossa legislação. São exemplos desse grupo o meio ambiente e o patrimônio público. E qual a importância de saber as características desses direitos difusos? Bem, não iremos explorá-los nesta disciplina, contudo, é importante que saibamos diferenciá-los de outros gêneros pertencentes à família dos direitos de terceira geração. Por falar nisso, já defendemos exaustivamente que **os bens jurídicos supraindividuais provocam um efeito de imobilização** entre os titulares que, sozinhos, não se esforçam/estimulam suficientemente para requerer sua

efetividade concreta. Acompanhe o seguinte raciocínio: do que adiantaria prever medidas especiais para grupos de pessoas quando cada um é atingido isoladamente? No fundo, isso seria prever um direito, mas na prática, é igualmente não garantir a sua aplicação (eficácia). Eis que os problemas sociais seriam complexos demais para que um indivíduo atingido assumisse o papel para corrigir.

Em razão disso, **a legislação brasileira dispôs de procedimentos especiais**, cuja legitimidade seria transferida para entidades promotoras do bem comum à coletividade/grupos difusos, entre os quais podemos destacar: a União, os estados, os municípios, os órgãos da administração direta e indireta e, principalmente, o Ministério Público (MP).

Nesse âmbito de acesso à justiça e legitimidade, segundo podemos extrair do texto de Luciana Coelho (2011), o Ministério Público atua como um guardião da sociedade, em âmbito civil ou criminal, preventiva ou repressivamente para tutelar direitos dessa natureza. O MP age como função institucional prevista constitucionalmente na efetivação de justiça social e proteção ao Estado democrático de direito.

E quais grupos merecem proteção especial do Estado e das comunidades internacionais? De acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948 (ONU, 1948), os Estados devem assegurar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade.



Assimile

Para esta, obra utilizaremos a definição de Kant sobre a dignidade da pessoa humana. De acordo com Comparato (2003), Kant anunciava que não era suficiente para a humanidade agir ou deixar de agir apenas preocupada se tal ato causaria algum dano a outrem. Era preciso avançar nesse conceito, de forma que nós nos coloquemos também como responsáveis por agir para favorecer o outrem, tanto quanto possível. Isso porque, se eu sou o sujeito e o beneficiado da minha ação devo estender isso para todos, considerando o desejo dos demais membros da sociedade como se meus fossem. Immanuel Kant inaugura assim a dignidade da pessoa humana como uma ação que projeta o indivíduo (e todos os demais) como um fim em si. (COMPARATO, 2003)

Tratar a todos com igualdade de respeito e consideração em sua dignidade, significa respeitar os seres humanos, independentemente de características próprias, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião e idade. E, na hipótese de que qualquer uma dessas peculiaridades seja usada como pretexto para diminuição de grupos, o Estado deve compensar com políticas públicas para garantir aquela dignidade kantiana. É possível identificar quais grupos são normalmente submetidos à discriminação? Sim, nota-se que o próprio art. 2º do conjunto normativo internacional da ONU sinalizou algumas características, vamos ver? (...) Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação [...] (ONU, 1948).

Vamos falar desses grupos? Iniciemos pelo critério de idade, com os idosos. Em primeiro lugar, proteger o idoso não é apenas uma questão de humanidade/civilização/fraternidade, mas uma necessidade de saúde pública em âmbito global. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, em dados citados por Gajardoni (2012), entre os anos 2000 a 2050, a proporção de **pessoas acima de 60 anos** deverá dobrar para 22% sobre o número atual. Isso corresponderá a 1,2 bilhão de idosos no mundo inteiro! De acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em dados citados por Marques (2012), até 2020, serão 25 milhões de idosos no Brasil, mais de 10% da população atual.



Pesquise mais

Pela legislação brasileira, idoso é toda pessoa que tenha idade igual ou superior a 60 anos. Esse critério é usado para todos os serviços? Não. Por exemplo, o transporte urbano coletivo é disponibilizado gratuitamente apenas para os maiores de 65 anos de idade.

Por que a questão do idoso está relacionada com saúde? Marques (2012) explica que o envelhecimento provoca dificuldades biológicas que requerem cuidados especiais de tratamento. Problemas de funcionamento do corpo, declínio cognitivo e perturbações emocionais são alguns dos exemplos. Para além disso,

os idosos também sofrem com a violência praticada em âmbito doméstico ou externo. O mesmo autor nos detalha que, segundo as últimas projeções internacionais, entre 4% a 6% dos idosos já sofreram algum tipo de maus-tratos pelos próprios parentes, instituições públicas e privadas, como hospitais e asilos.



Exemplificando

Mas será que alguém tem coragem de agredir idosos? Sim, com mais frequência do que imaginamos. Marques (2012) exemplifica as espécies de agressões física ou moral mais comumente praticadas contra os idosos, são estes: maus-tratos, violência sexual, abuso econômico, abandono afetivo e material. O que o direito pode fazer para conter isso? Além de a prática de um crime contra idoso ser tratada ora como causa de aumento, ora como circunstância agravante, a própria discriminação à população idosa também está prevista como um crime em si, com base no art. 96 da Lei 10.741/03. Este tipo-penal prevê reclusão de seis meses a um ano e multa.

Observe o contexto no qual o idoso pode estar inserido: o aumento da dificuldade física, aumento de doenças relacionadas com a idade, solidão, redução da capacidade laboral, sujeição à violência, discriminação social etc. Você acha que o idoso merece ou não uma proteção especial? Pensamos que sim, aliás, esses fatores convenceram o nosso constituinte a prever direitos próprios e mais protetivos em razão da idade, a saber: assistência social, previdência, alimentos, moradia, trabalho, transporte gratuito, atendimento preferencial etc. É bastante coisa! Tudo isso se encontra disposto, seguindo peculiaridades próprias em favor dos idosos. Mas quem é efetivamente o responsável pela fiscalização e pelo cumprimento desses direitos? Todos nós! Porque, de acordo com a legislação brasileira, a proteção em favor do idoso é compartilhada entre os entes federativos, a sociedade e a família, com responsabilidade solidária entre si.



Pesquise mais

A Constituição da República prevê o serviço social em favor do idoso, para lhe garantir meios de subsistência e tratamento próprios para a velhice. Nesse sentido, são direitos à cobertura por morte, invalidez, acidentes de trabalho. E se o idoso não tiver contribuído com a

previdência social, ficará ele completamente desamparado? Não, o art. 203, inc. I preceitua que a ausência de contribuição não impede que o idoso seja assistido por meio de um benefício denominado Amparo Social ao Idoso, garantido pela Lei Orgânica da Assistência Social, conhecida como LOAS (BRASIL, Lei nº 8.742, 1993).

É preciso que todos se unam para que o idoso não sofra com a ausência de um lar, de alimentação e tratamentos médicos adequados. Tudo isso, conforme art. 230 da Constituição (BRASIL, 1988).



Reflita

Que os pais devem assistir a seus filhos, todos sabem disso, mas será que os filhos também devem cuidar dos pais? Será que o direito pode cobrar que um ser capaz também assista a outro igualmente capaz?

Você, enquanto filho, neto, sobrinho, sabe o que pode fazer pelos seus pais, tios e avôs. **Mas, o que o Estado pode fazer pelos idosos?** Conforme ressalta Prevelato (2015), os cuidados com o idoso são inerentes ao desenvolvimento da nossa civilização. Não se trata, portanto, de cuidados fúteis ou fazer com que se sintam apenas mais jovens. É muito mais do que isso! Trata-se efetivamente de concretizar políticas públicas de conscientização sobre a importância de todos para uma sociedade que conviva pacificamente com as diferenças.



Reflita

Como, efetivamente, um idoso pode ser útil para a sociedade, tendo ele perdido sua capacidade de trabalhar com o mesmo rendimento de antes? Aliás, perdeu essa capacidade ou mudou a forma de trabalho?

Além da Constituição, temos dois instrumentos legislativos importantes para a valorização do idoso. O primeiro foi promulgado com a lei 8.842 de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso. Essa lei colaborou para assegurar a efetividade de direitos sociais e individuais dos idosos previstos constitucionalmente, permitindo a realização da autonomia, integração e a participação dos maiores de 60 anos em discussões com relevância social. O

art. 3º da mesma norma reforçou 5 princípios que sustentam a política nacional em favor dos idosos, são estes (BRASIL, Lei nº 8.842, 1994):



- A responsabilidade compartilhada entre Estado, família e sociedade civil para a proteção dos direitos dos idosos.
- O envelhecimento dos indivíduos é uma situação natural a qual desperta o interesse de todos.
- Políticas antidiscriminatórias.
- O idoso como sujeito e destinatário das políticas desta lei.
- Reequilíbrio das distorções econômicas e sociais.

Em seguida, no ano de 2003, veio o tão celebrado **Estatuto do Idoso**. Isso ocorreu, após tramitação do projeto de lei que durou sete anos de discussões no Congresso Nacional. Além dos direitos previstos constitucionalmente em favor dos idosos, o Estatuto também passou a disciplinar, sob a esfera infraconstitucional, normas que determinam a realização de políticas públicas capazes de preservar a saúde física e mental, que fomentem atividades sociais e intelectuais aos maiores de 60 anos e que promovam a proteção integral dos idosos. O Estatuto também dispõe que aos idosos fica garantida a prioridade ao acesso de serviços e direitos fundamentais, como à vida, saúde, liberdade, ao trabalho, lazer e à cidadania. De acordo com o art. 3º do mesmo documento, o idoso tem precedência para atendimento em órgãos públicos e entidades privadas, bem como o direito de preferência em políticas públicas, recursos dos governos e muito mais.



Assimile

Lima e Xavier (2014) afirmam que o direito de proteção integral é a forma projetada pelo Estado para efetivar direitos humanos inerentes à condição do idoso, satisfazendo suas necessidades que são diversas de um adulto. Se, por um lado, a criança e o adolescente precisam de um apoio para o desenvolvimento de suas capacidades, o idoso requer suporte para reduzir os efeitos biológicos de envelhecimento.



Todos os idosos são iguais? Também não, além das dificuldades próprias de cada sexo, o idoso também recebe tratamento ainda mais especial dependendo da idade. Conforme recente alteração promovida no Estatuto, idosos com idade superior a 80 anos terão prioridade de atendimento de saúde em relação a outros idosos. Ficou curioso para saber como ficou a nova lei, pesquise mais sobre essa alteração no site da Agência Brasil.

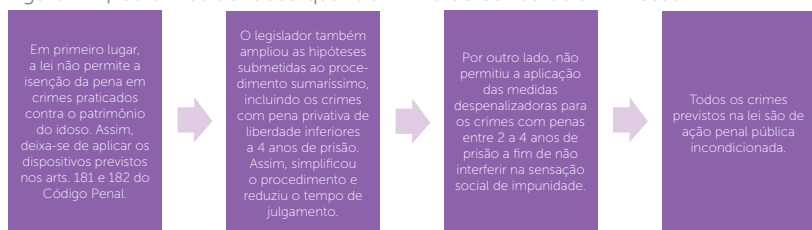
E caso as pessoas responsáveis por cuidar dos idosos não cumpram com essa obrigação, existe alguma consequência para elas? Sim, afinal, uma norma sem consequência não é regra, mas sim conselho. Estas preveem implicações graves para os transgressores. Veja o quadro!

Figura 1.3 | Crimes contra idosos

CRIMES				
Art. 96: Discriminar pessoa idosa. Pena: 06 meses a 01 ano de reclusão	Deixar de prestar assistência ao idoso. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano	Abandonar o idoso. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos	Expor a perigo a integridade e a saúde do idoso. Pena: detenção de 2 meses a 1 ano	Apropriar-se de ou desviar bens do idoso. Pena: reclusão de 1 a 4 anos e multa.

Fonte: adaptado de Brasil (2003).

Figura 1.4 | Garantias do idoso quando vítima de condutas criminosas



Fonte: adaptado de Brasil (2003).



Observe o detalhamento da Figura 1.4, para melhor entendimento:

- O que é uma medida despenalizadora? É uma medida ou um processo que dificulta ou impede a aplicação de penas privativas de liberdade.

Ao invés de sofrer uma pena, o acusado de praticar um crime contra o idoso pode fazer transação penal, suspender o processo etc.

- E ação penal pública incondicionada? Alguns crimes exigem a manifestação da vítima para iniciar a investigação. O Estatuto do Idoso foi expresso ao excluir essa condição para investigar crimes previstos na lei. Portanto, o idoso não precisa anuir, informar ou procurar a polícia. Qualquer pessoa pode fazê-lo em seu lugar quando ele sofrer os crimes previstos no Estatuto.

Mas agora vamos falar de um assunto igualmente sério e delicado, a proteção aos afrodescendentes. Isto é, debateremos sobre um problema social que já perdura 500 anos no nosso país e que ainda está longe de encontrar soluções realmente eficazes. A igualdade racial precisa ser realmente levada a sério para que Brasil promova finalmente justiça social de verdade.



Reflita

Mas antes de iniciarmos os primeiros esclarecimentos sobre igualdade racial, façamos uma breve reflexão sobre a seguinte questão: é adequado privilegiar uma raça em detrimento de outra para combater justamente o racismo? A melhor forma de defender um grupo social não seria neutralizar a discussão do racismo ao invés de segregar alguns com vantagens que não são estendidas universalmente? Será que medidas assim não alimentariam mais o ódio do que a tolerância?

Essa interpretação sobre as ações afirmativas representa uma visão distorcida sobre medidas que tenham natureza compensatória ou distributiva. Compensar o quê? Uma breve nota histórica pode sintetizar o cenário social brasileiro. A entrada de negros no Brasil foi o maior deslocamento forçado registrado na história da humanidade. Os negros foram escravos e tratados como incapazes durante séculos. É inquestionável que isso provocou uma sequele social que não pode ser contornada por medidas paliativas ou revanchismos históricos, mas com políticas públicas sérias efetivadas por meio do direito fundamental! Sim, exigem-se compensações incisivas em favor dos negros, caso contrário, perpetuaremos os privilégios daquele período vergonhoso, reproduzindo distorções injustas no presente e no futuro.

Será que no Brasil ainda há reflexos desse período escravocrata? Sim, afinal, por qual motivo ainda há um predomínio tão forte de afrodescendentes no sistema carcerário? Por outro lado, por que há tão poucos no ensino público entre cursos mais disputados das nossas universidades? Se a ciência biológica nos equipara como iguais e do mesmo modo o direito assim nos declara, é evidente que existem barreiras para uns e não exatamente para outros. Por essa razão, nós temos a obrigação (e, mais do que isso, temos condição!) de reverter esse quadro.

É preciso ter consciência para entendermos que o elemento “humanidade” seja o único critério relevante entre os seres humanos. Tratar desrespeitosamente uma pessoa (por ela ser de cor ou origem diversa) é uma ignorância injustificável numa sociedade que, além de ser majoritariamente mestiça, deveria prezar minimamente pelo saber. Insistir com condutas injuriosas e racistas é orgulhar-se da própria estupidez. O próprio Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre isso em sede de *habeas corpus* impetrado por um réu acusado de crime de racismo, vejamos:

Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais (...) A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003.

”

O objetivo do Estatuto da Igualdade Racial (EIR) é precisamente reduzir essa herança do Brasil-colônia que insiste em julgar a qualidade dos indivíduos pela simples cor da pele ou origem de seus ascendentes. Com base nesse pensamento, no ano de 2010, o Congresso promulgou a Lei de n.º 12.288 que pretendeu justamente reduzir desequilíbrios gravíssimos em todas as áreas sociais.

Sobre o Estatuto da Igualdade Racial é forçoso ressaltar que a lei não cria direitos e obrigações próprias para a população negra. Trata-se mais, em verdade, de um postulado ético-jurídico elaborado para contribuir pela redução de situações discriminatórias, conforme acentuam Neto et al. (2012). Em outras palavras, as ações legais ali previstas estão voltadas, principalmente, para combater a intolerância racial experimentada no exercício da prestação de serviços públicos ou privados no território brasileiro, como na saúde, educação e habitação. Sendo assim, o Estatuto tem o grande encargo de socorrer a população negra contra a diferença sentida por ocasião de serviços e bens públicos. Isto é o que garante o art. 1º, Lei nº 12.288 (BRASIL, 2010).

O que pode ser considerada uma atitude discriminatória contra uma raça? É a própria lei que nos responde, vamos ver?



Para efeito deste Estatuto, considera-se: I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada. (BRASIL, 2010)

Certo! Impedir alguém de exercer um direito em razão de cor, raça ou descendência é uma conduta discriminatória. No entanto, ainda nos resta saber algo: **como distinguir pessoas por questão racial, se a própria ciência nos considera pertencentes à mesma raça humana?** A resposta para essa pergunta está prevista na própria lei que define os critérios para a identificação do negro, veja!



IV – população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga. (BRASIL, 2010)

O Estatuto, além disso, previu também a criação do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), por meio do qual as políticas públicas serão organizadas e articuladas para superar as desigualdades de oportunidade e de tratamento entre etnias e raças distintas. Algumas diretrizes estão previstas na própria Lei n.º 12.288/10 e no Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Esses documentos reconhecem a desvantagem histórica pela qual a população negra foi submetida e estabelecem técnicas para enfrentar ações discriminatórias vividas diariamente. Uma das formas para melhorar a relação entre Estado e população negra encontra-se disposta no art. 53 do Estatuto.

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra. Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social. (BRASIL, 2010)



O Estatuto, enfim, reconhece o problema da exclusão social sofrida pela população negra. Isso ocorre, no entanto, sem subordinar estruturalmente a população branca. Aliás, essa é a diferença mais significativa entre uma medida racista e outra que visa uma ação afirmativa. Na primeira hipótese, cria-se uma situação artificial de inferioridade de um grupo para sustentar um privilégio para outro (nazis x judeus, por exemplo). Na segunda, equilibram-se distorções com medidas compensatórias e distributivas, objetivando a emancipação social de um grupo inferiorizado por questões históricas, culturais e econômicas (JUBILUT, 2013).

Outra forma de permitir o reequilíbrio de grupos vulneráveis procede-se justamente por meio de ações afirmativas, um dos instrumentos mais debatidos e polêmicos inaugurados pela Constituição. Segundo Gomes (2001 apud AGUIAR; MENDES, 2016), as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de medidas elaboradas politicamente para enfrentar a discriminação baseada em critérios de raça, gênero, etnia e com o objetivo de "(...) corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens

fundamentais como a educação e o emprego [...]." (GOMES, 2001, p. 23 apud AGUIAR; MENDES, 2016, p. 40).

As ações afirmativas não podem ser resumidas como medidas de redistribuição financeira, mas de realização de justiça sobre cenários em que gerações de pessoas são condenadas por circunstâncias culturais do passado, cujos efeitos perduram com o tempo. É a aplicação mais típica do princípio da igualdade substancial, eis que tenta promover oportunidades de exercício a direitos sociais em favor de grupos marginalizados, cuja situação não pode ser enfrentada apenas com a boa vontade dos seus respectivos membros.

No Brasil, as ações afirmativas foram regularizadas pela Lei de 12.711 (BRASIL, 2012). Por meio dessa norma, os institutos técnicos e as universidades federais passaram a disponibilizar, ao menos, 50% das vagas em favor dos estudantes que sejam egressos do ensino público e cuja renda *per capita* familiar esteja fixada em um salário mínimo e meio, no máximo. As vagas deverão ser distribuídas proporcionalmente entre negros, pardos e indígenas.

É dito reiteradamente por pessoas que foram excluídas de processos seletivos para preenchimento de vagas em instituições públicas de ensino que as ações afirmativas representadas pelas cotas não teriam efetividade suficiente para resolver o problema da desigualdade social. É verdade! Mas a negligência e as cotas podem ser o primeiro passo para uma transformação e evolução cultural.

Sem medo de errar

Ana foi encontrada por Maria numa situação degradante. Sem acesso à alimentação e a tratamento médico, Ana estava definhando, enquanto seu filho lhe subtraía sua pensão e não lhe dava qualquer tipo de assistência. Ana não queria envolver a polícia para um assunto particular e doméstico, mas Maria, sua irmã, sabia que João tinha passado de todos os limites. O que Maria pode fazer por Ana? João cometeu algum crime? Qual seria o melhor procedimento?

Sabe-se que, por questões físico-biológicas e emocionais, o idoso pode sofrer com condutas violentas e reiteradas dentro do próprio contexto familiar. O receio da solidão, a dependência para

a realização de algumas tarefas e a fragilidade do próprio corpo podem incentivar os descendentes ou colaterais a abusarem das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Em razão disso, a fim de aumentar a proteção em favor desse grupo de pessoas – que está em situação de vulnerabilidade –, reequilibrar essa distorção e, com isso, efetivar o princípio da igualdade material de tratamento, o legislador retirou da esfera de liberdade do idoso representar contra seus agressores, já que a vontade das pessoas maiores de 60 anos de idade poderia se contaminar por desvantagens que o direito não deve proteger. Assim, Maria poderá fazer uma notícia crime contra João, pois o Estatuto do Idoso determina que as ações penais correspondentes aos crimes previstos no mesmo conjunto normativo devem ser públicas incondicionadas (isto é, não dependem da anuência da vítima). Além disso, João praticou, ao menos, dois crimes: deixar de prestar assistência à mãe e ainda apropriar-se de sua pensão. As duas penas somadas retiram do juizado especial criminal a competência para instruir a ação penal, eis que superam 4 anos de pena privativa de liberdade. Dessa forma, o procedimento será comum e ordinário.

Avançando na prática

É preciso garantir proteção a todos

Descrição da situação-problema

De acordo com dados fornecidos pelo IPEA, as principais vítimas de violência no Brasil são normalmente homens, jovens, negros com baixa escolaridade e que cresceram em regiões sem infraestrutura. Para piorar, entre a década passada e a atual, o número de homicídios aumentou 17,2%, crescendo a vulnerabilidade população negra diante da violência urbana. Perante esses dados, a Associação de Afrodescendentes do Estado do Rio de Janeiro (entidade fictícia) procurou seu escritório preocupada com o aumento de assassinatos de negros na respectiva unidade federativa. Você, como advogado, deve fazer um parecer para justificar uma ação respaldada por política pública para a proteção de negros. Existe algum fundamento sociológico que justifique essa proteção? Há algum dispositivo legal que possa fundamentar uma política pública de proteção?

Resolução da situação-problema

O contexto histórico-social dentro do qual uma pessoa encontra-se inserida não serve para justificar seus atos individuais, mas explica a cultura a qual a pessoa teve acesso e que influenciou, embora não tenha determinado, a adoção de posturas e condutas individuais. Em outras palavras, somos todos responsáveis pelos nossos atos, mas nossas ações decorrem de inúmeras possibilidades e informações apre(e)ndidas ao longo da própria criação. É importante que isso seja reforçado para que a sociedade saiba que, embora cada indivíduo negro carcerário seja responsável pelos crimes por ele cometidos, a população negra (generalizando) é aquela que mais intensamente encontra-se submetida à violência urbana e, conseqüentemente, sofre dentro desse contexto. A marginalização está tão presente, por razões históricas e sociológicas, que os negros são as maiores vítimas de crimes contra a vida cometidos no Brasil. Curiosamente e não havendo coincidência alguma, o mesmo dado é notado em outros países mais ricos e com histórico escravocrata semelhante, como os Estados Unidos. Nesse sentido, as políticas públicas devem ser traçadas para reduzir a vulnerabilidade de pessoas inocentes que são a maioria e igualmente alvos de ações criminosas. A população negra precisa de uma proteção especial para reequilibrar a desvantagem histórica e social. Uma das medidas projetada pelo legislador para efetivar o princípio da igualdade substancial no âmbito de segurança pública foi justamente a inclusão do art. 53 ao Estatuto da Igualdade Racial, por meio do qual tenta oferecer novas oportunidades para o negro autor de crimes, incentivando a ressocialização e, simultaneamente, proteger a população negra, em geral, alvo principal de crimes contra a vida.

Faça valer a pena

1. A doutrina desenvolveu alguns ramos do direito a fim de identificar características próprias de suas respectivas espécies e principalmente desenvolver mecanismos de proteção mais efetivos para cada modelo de norma. Com base nisso, analise o trecho seguinte retirado de uma reportagem:

“Nos últimos meses, os dois principais processos que tramitam na Justiça Federal contra a mineradora Samarco e suas proprietárias, Vale

e BHP Billiton, foram suspensos. Elas são responsáveis pela barragem do Fundão, que rompeu em novembro de 2015 em Mariana (Minas Gerais), causando o maior desastre ambiental do país (...)"

Fonte: Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/10/politica/1502388130_370220.html>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Com base no texto jornalístico, responda: qual é a natureza do bem jurídico atingido com o rompimento da barragem em Mariana?

- a) Direito coletivo.
- b) Direito difuso.
- c) Direito de liberdade.
- d) Direito à educação.
- e) Direito à proteção integral.

2. A doutrina se desenvolveu ao longo dos últimos anos a fim de reforçar os mecanismos de proteção ao idoso em razão de suas características. Analise o trecho de um texto jornalístico a seguir:

"Um idoso, de 67 anos, registrou um Boletim de Ocorrência na Delegacia Participativa de **Presidente Prudente**, na madrugada deste sábado (14), após ter sido agredido pelo próprio filho, o qual se irritou por não ter conseguido dinheiro para comprar drogas e bebidas."

Fonte: <<https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/idoso-e-agredido-com-socos-por-nao-ter-dinheiro-para-filho-comprar-drogas-e-bebidas.ghtml>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Com base nas informações dadas, identifique a única opção correta dentre as alternativas.

- a) Ser idoso no Brasil não é uma característica juridicamente relevante que possa fazer jus a um tratamento especial por parte do Estado.
- b) Somente o Estado deve zelar pela dignidade do idoso, estando os familiares isentos do dever de proteção.
- c) Esse crime admite ser instruído no Juizado Especial Criminal.
- d) A notícia contém um erro técnico, já que são considerados idosos apenas os indivíduos com idade igual ou superior a 70 anos.
- e) Trata-se de um evento que não tem interesse jurídico, eis que a discussão ocorreu apenas em âmbito doméstico.

3. "Quem conta "piadas" que ultrapassam o limite do bom gosto, não raro, diz ser adepto do politicamente incorreto. Como se isso fosse *hype* ou

cool e, portanto, justificasse tudo. Censura é uma coisa abominável. Mas não pode ser confundida com a proibição de usar meios de massa que possuem concessão pública para a apologia à discriminação étnicas, à homofóbica, à xenofobia e a preceitos e intolerâncias que é o que certas piadas fazem...”

Disponível em: <<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2012/12/17/o-humor-deve-ter-limites-ou-vale-tudo-em-nome-da-liberdade-de-expressao/?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 16 nov. 2017.

Por que humor dirigido a afrodescendentes deve receber um tratamento mais cuidadoso por parte do estado do que aquele dispensado em caso de ofensas a grupos majoritários?

- a) As majorias não devem ser protegidas pelo Estado.
- b) Em um Estado Democrático de Direito somente as minorias devem ser protegidas.
- c) Piada não tem limite, pois se trata de exercício de liberdade de expressão.
- d) Os direitos fundamentais devem reequilibrar distorções sociais, pelo que as minorias estão naturalmente fragilizadas merecendo medidas mais intensas para reduzir eventuais condutas que possam provocar discriminações.
- e) Todos devem ser tratados pelo Estado somente sob a dimensão formal do princípio da igualdade.

Referências

AGUIAR, Thales Bruno de; MENDES, Luiz Carlos Duarte. O princípio da isonomia em face das ações afirmativas no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 94, n. 1, p. 207-220, 2016.

AMADO, Aécio. Publicada lei que garante prioridade especial a idosos maiores de 80 anos. **Agência Brasil**, 13 jul. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-07/partir-de-hoje-idosos-maiores-de-80-anos-passam-ter-prioridade>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BENEDITO, Alessandra; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Políticas públicas de inclusão social: o papel das empresas. 2013. **Revista Ética e Filosofia Política**, n. 16, v. 1, jun. 2013. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_benedito.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 551-565, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67869/70477>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. PORTAL BRASIL. **Órgãos e fóruns**. 2009. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/orgaos-e-foruns>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, **Estatuto do Idoso** (2003). Brasília, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm>. Acesso em: 17 nov 2017.

BRASIL, **Lei nº 8.842** (1994). Brasília, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL, **Lei de 12.711** (2012). Brasília, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 17 nov 2017.

BUCCI, Maria Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. Interesse e legitimação na defesa dos Direitos Difusos e Coletivos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9340>. Acesso em: 16 nov. 2017.

COHEN, Ernesto; MARTÍNEZ, Manoel. Formulación, Evaluación y Monitoreo de Proyectos Sociales. Santiago: CEPAL, 2004 apud BENEDITO, Alessandra; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Políticas públicas de inclusão social: o papel das empresas. 2013. **Revista Ética e Filosofia Política**, n. 16, v. 1, jun-2013. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_benedito.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo. **Elementos da teoria geral do estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Antonio Cabo e Gerardo Pisarello (Eds.). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2005.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. (Saberes do Direito; 34 - Teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

Gomes, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: O Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUBILUT, Liliana Lyra. **Direito à diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. Saraiva, 2013. v. 2.

LAURIA, Bianca; MALTA, Paula; DÁTILO, Maria. Jornada do Núcleo, 2015, Marília. **Inclusão social da pessoa idosa no contexto acadêmico**: a importância da universidade aberta da terceira idade como possibilidade de educação permanente ao idoso. Marília: Unesp, 2015. 13 p. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/jornadadonucleo/inclusao-social-da-pessoa-idosa.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

FRANÇA LIMA, Karlla Karolinne. ALENCAR XAVIER, Yanko Marcus. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB, 2014, João Pessoa. **A humanização da proteção integral do idoso no ordenamento jurídico brasileiro**. Florianópolis: Conpedi, 2014. 496 p. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=88d4d7db55b11ebb>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

MARQUES, Ivan Luís. **Direitos difusos e coletivos V**: idosos e portadores de deficiência. (Saberes do Direito; 38) São Paulo: Saraiva, 2012.

MATTOS NETO, Antonio de; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Direitos humanos e democracia inclusiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, MATTOS, Antonio de.; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Direitos humanos e democracia inclusiva**. 1 ed. Saraiva, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

ONU. **Vienna Declaration and Programme of Action (A/CONF.157/23)**, 25 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em: 8 nov. 2017

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.dez. 2006, p. 20-45.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Movimentos Sociais e Conselhos. **Cadernos ABONG**, n. 7, p. 7-19, jul. 1996.

Da inclusão social da pessoa com deficiência, igualdade de gênero e a questão indígena

Convite ao estudo

Caro aluno, chegamos à segunda unidade. Nela teremos a oportunidade de conhecer alguns outros grupos de indivíduos que podem sofrer com distorções sociais, as quais produzirão oportunidades e tratamentos sociais distintos. Tal desequilíbrio provoca obstáculos ao acesso de bens e serviços que devem ser garantidos a todos. Ocorre que, por enfrentar mais dificuldades para usufruir desses direitos, o Estado tenta compensar essa vulnerabilidade por meio de políticas públicas inclusivas.

Tudo isso já vimos na Unidade 1. Esta nova fase dos nossos estudos contribuirá para o esclarecimento de outros grupos vulneráveis, quais sejam: os deficientes, os indígenas, entre outros.

Na primeira seção, abordaremos a inclusão dos deficientes como indivíduos capazes. Sim, a presunção hoje, pelo ordenamento jurídico vigente em nosso país, muda radicalmente o tratamento antes dispensado, sobretudo, aos deficientes intelectuais. É impostergável garantir o acesso mais simples para pessoas diagnosticadas com alguma anomalia. Por outro lado, já se provoca aqui uma reflexão: será que essa mudança de paradigma será suficiente para permitir a realização das vontades de pessoas com deficiência?

Na seção seguinte, vamos tratar de um tema que tem levantado polêmicas nas redes sociais devido à divulgação de filmes, novelas e exposições de arte que o abordam a questão, ora para conscientizar, ora para confundir. Já desconfiaram sobre o que nos referimos? Afinal, mulheres,

gays, lésbicas, transexuais e bissexuais precisam de uma tutela especial por parte do Estado? São efetivamente grupos perseguidos ou vulneráveis?

Por fim, discutiremos igualmente o papel das comunidades indígenas no Brasil, sua importância para a afirmação de uma identidade nacional e, por isso, a necessidade de preservação da sua cultura. Um conselho para esta última seção e para toda as outras é: nenhum grupo deve ser romantizado, tampouco discriminado. Ninguém é bom por ser índio, negro, deficiente, homossexual e/ou idoso, e nem as respectivas comunidades e representantes lutam para serem reconhecidos por isso. Todos lutam para equiparar distorções devido às dificuldades/discriminações/limitações naturais ou sociais, a fim de que a sociedade inteira possa exercer seus direitos e usufruir da dignidade da pessoa humana sem obstáculos criados por preconceitos. De acordo?

Diante disso, vamos apresentar para você três situações-problema que refletem o cotidiano das pessoas que apresentam determinadas características físicas, biológicas ou étnicas e que, por isso, acabam sofrendo preconceitos e discriminações que vão além de dificuldades naturais. Para tanto, elaboramos um contexto de aprendizagem, cuja história e cujos personagens são fictícios, embora as situações narradas pudessem ter ocorrido com qualquer pessoa que apresente referidas condições de vulnerabilidade (deficiência, gênero e etnia indígena). Toda a história será narrada no também fictício Hospital São Pedro. No primeiro caso, envolveremos a questão da acessibilidade; no segundo, o tratamento dispensado para pessoas que nascem e são registradas com um gênero, mas se sentem parte de outro. Por fim, as diferenças culturais da população indígena e como isso pode interferir na legislação nacional.

Temas muito atuais e instigantes, então, é hora de trabalhar!

Seção 2.1

Das pessoas com deficiência e acessibilidade

Diálogo aberto

Caro aluno, preparado para iniciar a Unidade 2? Vamos então! Nesta seção, vamos nos debruçar sobre a Lei nº 13.146/2015, que alterou radicalmente a disciplina sobre a capacidade dos deficientes físicos ou intelectuais para a realização de atos jurídicos na vida civil. Apoiado numa nova compreensão inclusiva de pessoas com características diferentes, o legislador resolver confiar no próprio discernimento do deficiente intelectual para ele exercer a sua personalidade e individualidade da forma que ele próprio julga mais adequada para si. Isso porque, ao invés de se preocupar com a questão patrimonial, o legislador agora prioriza a dignidade da pessoa humana do deficiente, que pode e deve fazer atos que julga serem importantes para si.

Pois bem, para compreender melhor esse novo paradigma inaugurado pelo legislador em 2015, vamos explorar um caso fictício envolvendo o Hospital São Pedro.

O Hospital São Pedro foi projetado em 1871, por ordem de Dom Pedro II, que queria um centro de saúde na cidade do Rio de Janeiro, a qual era, até então, a capital do Império. O objetivo do monarca era construir um centro de saúde que pudesse tornar-se referência na América Latina, igualando-se aos melhores hospitais existentes na Europa e na América do Norte. Dom Pedro II não poupou esforços junto à sua esposa, a imperatriz Teresa Cristina, para trazer os melhores profissionais, equipamentos e arquitetos capazes de erguer um dos prédios mais suntuosos da Cidade Maravilhosa. Para esse hospital ele deu o nome de São Pedro, a fim de que a ciência e os valores religiosos andassem sempre juntos nesse centro de saúde.

Já em 2017, Rodolfo Rodrigues trabalha como diretor do Hospital São Pedro, no Rio de Janeiro, capital. Profissional muito dedicado ao seu ofício, Rodolfo tenta garantir o melhor atendimento possível para as pessoas que mais precisam de cuidados em momentos delicados. Ele tenta manter a reputação do hospital, que recebe a população em geral, proveniente de todo o estado fluminense, e que busca sempre

os melhores especialistas de cada área. Contudo, nem sempre é possível corresponder às expectativas dos usuários. Uma das grandes dificuldades de Rodolfo Rodrigues é a questão da acessibilidade. O hospital foi tombado pelo patrimônio histórico da cidade, significando que qualquer obra deve ser autorizada por órgãos competentes. Apesar de existirem algumas adaptações, são poucas as opções de acessibilidade. E foi exatamente isso que aconteceu em agosto de 2017. Miguel Mesquita precisou ser internado no hospital após uma crise renal. Porém, por ser deficiente físico, ele não conseguia chegar ao andar de atendimento, pois ele não é acessível (não possui elevador ou rampa de acesso). Miguel se sentiu humilhado com a situação, pois teve que pedir ajuda para funcionários e visitantes para poder ser carregado. Como garantir o direito de acessibilidade às pessoas? Quem Miguel deve acionar a fim de que essa situação não se repita?

Não pode faltar

Após o Estado brasileiro assumir um compromisso em âmbito internacional, por meio da Convenção de Nova Iorque (2007), para alterar o tratamento dispensado às pessoas com deficiência, o Congresso Nacional promulgou, em julho de 2015, a Lei nº 13.146, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Esse conjunto normativo alterou o Código Civil de 2002, mais nomeadamente as disciplinas referentes à capacidade civil e à curatela. Observe um trecho do texto legal:

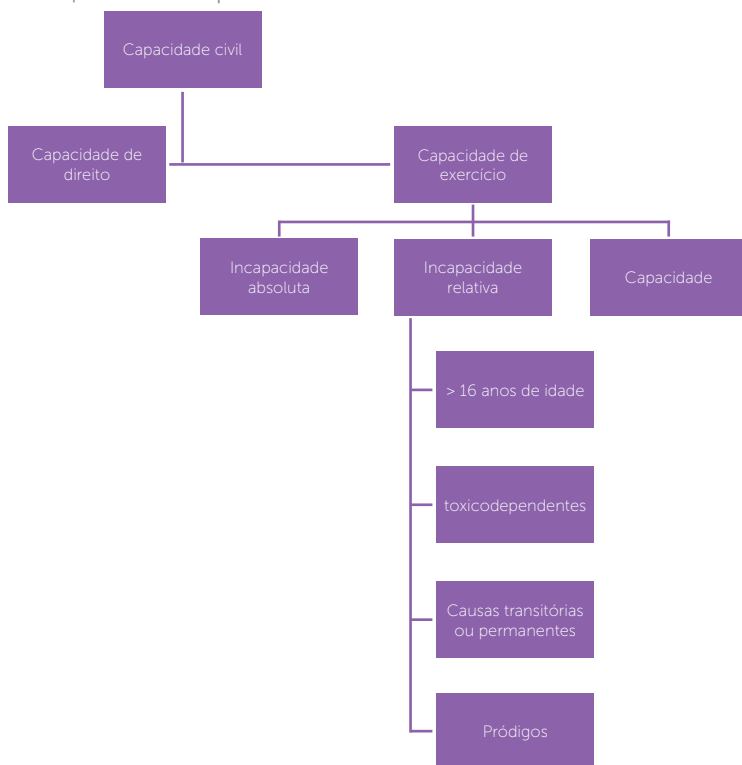


Art. 2º - Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015, [s.p.])

Neste conceito, observa-se que a deficiência pode se manifestar de várias formas, incluindo aspectos físicos e intelectuais. Independentemente do modo pelo qual esse impedimento se manifesta, de acordo com o Professor César Fiúza (2015), a definição promovida pelo legislador concretiza o desejo de uma política pública voltada para garantir a igualdade de oportunidade tanto entre pessoas sadias como entre deficientes.

A mudança sobre os critérios da capacidade civil alterou significativamente não apenas o direito em abstrato mas também a experiência sobre o direito no dia a dia de cada indivíduo. De acordo com a nova compreensão materializada em lei, Cezar Fiuza (2015) adverte que a realização de atos na vida civil estará mais associada à capacidade concreta para o seu titular assumir e cumprir suas obrigações e desejos do que as presunções legais anteriores que impediam o respectivo titular de manifestar e concretizar a própria vontade. Em regra, seriam capazes todas as pessoas com idade igual ou superior a 18 anos. Como assim? Antes deficientes eram titulares de direitos, mas não podiam exercê-lo? Sim, explica-se. A capacidade de direito é inerente à personalidade de qualquer pessoa. Trata-se, assim, daquilo que é chamado de capacidade de gozo, que segundo o art. 1º, do Código Civil (BRASIL, 2002), é atribuída para toda a pessoa na ordem civil. Ainda está difícil? Olhe este quadro!

Figura 2.1 | Quadro de capacidades



Fonte: elaborado pelo autor.

E quem seriam os incapazes?

Sempre foi assim? Muito pelo contrário! O Código Civil de 1916 declarava incapaz a pessoa pertencente ao grupo de “louco de todos os gêneros”. Naquele período histórico, bastava designar alguém como louco para criar obstáculos ao exercício de sua autonomia. Caso fosse observada uma deficiência mental, seria necessário interditar o dito louco, em processo próprio, para então ser-lhe nomeado “em seu favor” um curador. As aspas foram colocadas propositadamente.

Figura 2.2 | Diálogo Ilha do Medo

Conversa retirada do filme “A Ilha do Medo”

Rachel Solando: Você acha que sou louca?

Dr. Marshall: Não.

Rachel Solando: Mas, se eu lhe disser que não sou louca, isso não ajudaria muito, não é? É uma ideia genial. Se as pessoas divulgarem a todos que uma pessoa é louca, o fato de ela negar apenas confirma um dos estágios da loucura, que é a negação. Assim, confirma a sua insanidade.

Dr. Marshall: Reação de autodefesa.

Fonte: adaptado de A Ilha do Medo (2010)



Pesquise mais

Agora, imagine se você fosse tachado de louco e jogado em um campo de concentração. Sim, isso aconteceu aqui mesmo no Brasil, e sobre o tema indicamos a leitura da obra:

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro** – vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

Segundo Fiuza (2015), o papel do curador desvirtuou-se de seus objetivos iniciais. Ao invés de proteger, a curatela representava uma intervenção contínua e injustificada em atos que o próprio interditado poderia executar. Sob o pretexto de proteger os interesses (patrimônio) do deficiente (considerado incapaz), a legislação criava obstáculos para a realização da sua dignidade.

Aliás, diziam que a principal dificuldade enfrentada por um deficiente era a própria legislação a qual, ao invés de o proteger, criava ainda mais limitações para as pessoas executarem suas atividades, as quais seriam capazes de exercer, mas eram impedidas por presunção legal, embora tivessem consciência e vontade para tanto.

E hoje? Hoje, não mais. O art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência já menciona que a promulgação da lei visava efetivar a igualdade de condições para o exercício de direitos de liberdade entre pessoas sadias e com deficiência.

Ao contrário do que o Código Civil de 1916 preconizava, a prioridade da proteção ao patrimônio como um valor supremo, o Código atual se submete à Constituição, que elegeu a dignidade humana o único princípio absoluto da nossa legislação para o qual todos devem convergir. Já ressaltamos que o homem é um fim em si mesmo e não há qualquer argumento, pretexto político ou norma jurídica que poderá relativizar essa premissa dentro do paradigma atual, certo?

A ciência jurídica foi obrigada a evoluir diante dos estudos sobre o nível de cognoscibilidade das pessoas. O legislador deste século compreendeu que existem níveis em que um adulto poderá compreender ou controlar suas próprias ações e desejos. A partir disso, subdividiram-se as espécies entre “necessário discernimento”, “discernimento reduzido” ou “sem desenvolvimento mental completo”.

Em outras palavras, a lei entende que o fato de uma pessoa demonstrar uma dificuldade cognitiva não significa que ela possa exercer sua vontade ou mesmo sua individualidade. Hoje, é a vontade do deficiente representada ou assistida (conforme a intensidade da anomalia) que deve guiar suas ações. Conforme Fiuza (2015, p. 112) ressalta: “(...) o exercício é limitado, mas não é restringido, uma vez que se houvesse restrição senão atingiria a própria qualidade de pessoa. (...)”.

Observe na figura, que a própria lei enumera os atos que podem ser praticados pelas pessoas com deficiência.

Figura 2.3 | Exemplo de atos legais

Atenção!
Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Fonte: adaptado de Brasil (2015, [s.p.])

Observe como essa condição se estabeleceu após a lei nº 13.146/2015: ao invés de submeter todas as pessoas com deficiência cognitiva ao mesmo plano de tratamento, o legislador permitiu a análise de cada caso para que os indivíduos com essas características pudessem regular suas próprias vidas e serem auxiliados em outros atos jurídicos.

Com isso, exclui-se a interdição como o fenômeno que antes eliminava o exercício concreto da personalidade pelo deficiente.

Qual é a diferença para o modelo anterior? Somente o juiz poderá avaliar, com fundamentação ampla, sobre a necessidade de intervenção para determinados atos jurídicos – em relação ao(s) qual(is) o deficiente cognitivo não poderia exprimir sua vontade. Nas palavras de Assumpção (2015, [s.p.]), “(...) uma forte carga argumentativa justificará qualquer sentença que determine a máxima intervenção sobre a autonomia devido ao apelo à técnica da representação. (...)”.

A representação não foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro, mas foram ampliadas as formas de acompanhamento da vontade (agora, sim) em favor do deficiente. Vamos resumir para ficar mais fácil de entender? Com as mudanças ocorridas em 2015:

- pessoas sem deficiência acima de 18 anos continuam sendo plenamente capazes;

- pessoas com deficiência qualificada, ou seja, portadoras de uma anomalia que impeça o autogoverno, são consideradas relativamente incapazes e serão submetidas à análise quanto à necessidade de acompanhamento por um curador.

Nesse sentido, o projeto terapêutico será composto por três espécies de atuação pelo curador:

- poderá o curador ser representante para todos os atos;
- poderá o curador ser representante para alguns atos e assistir a outros;
- poderá o curador ser somente assistente.

Atenção

O Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou o art. 1768 do Código Civil, que passou a consignar o termo ação de curatela, ao invés de ação de interdição. Ocorre que, por um deslize do legislador, o Código de Processo Civil também foi reformado no mesmo período. O novo dispositivo ressuscitou o termo ação de interdição. E agora? Defende a doutrina que o termo correto a ser utilizado seria ação de curatela e não interdição. A interdição sugere uma limitação de direito (incompatível com o modelo atual), enquanto a curatela, por sua vez, induz à ideia de promoção de direitos, o que foi promovido pela Convenção de Nova Iorque e pelo EPD.

E o que deve constar em uma decisão que determina a curatela?

- Que seja proporcional às necessidades e às circunstâncias peculiares do caso.
- O prazo de duração.
- A motivação para a decretação da curatela.

Quais são os limites da curatela?

- Deve versar sobre patrimônio e negócio jurídico.
- Não pode decidir sobre questões matrimoniais ou sobre direitos do próprio corpo, sexualidade ou trabalho do deficiente.

Pronto, já exploramos dois extremos! E aquelas pessoas deficientes que não perdem a capacidade cognitiva, mas têm reduzida a capacidade de se expressarem e de se fazerem compreender? Para elas, criou-se o instituto da **tomada de decisão apoiada** (art. 1783 – A, do Código Civil). Ao invés de serem tratadas como relativamente incapazes, agora são capazes, embora possam ser servidas pela presença de outras pessoas, que lhes aconselharão sobre a decisão que poderá ser tomada a seu favor. Neste último caso, não haverá representação nem curador, mas pessoas que ajudarão a esclarecer seus atos.

Pela tomada de decisão, o deficiente ajuizará uma ação civil de jurisdição voluntária, em que pede a nomeação de duas pessoas para apoiarem a decisão sobre o ato civil. Essas pessoas deverão passar por uma prova de idoneidade, serem confiáveis e, ainda, manterem algum tipo de vínculo com o deficiente. Os apoiadores escolhidos terão o papel de acompanhar o deficiente em suas decisões na vida civil, esclarecendo para ele aspectos necessários sobre o ato que desejar praticar.



Pesquise mais

O dispositivo que disciplina a tomada de decisão está previsto no art. 1783-A (BRASIL, 2002). O legislador teve o cuidado de explicá-lo minuciosamente. Leia o artigo na íntegra para se aprofundar no assunto.

Então, vamos recapitular o que vimos até o momento:

- O art. 84, do EPD, assegura à pessoa com deficiência o direito de exercer sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. Essa é a regra.
- Somente se necessário e excepcionalmente a pessoa com deficiência será submetida à curatela. Não se deve mais falar em ação de interdição, mas em ação de curatela.
- A pessoa com deficiência e que consiga se expressar e compreender ainda pode fazer uso da tomada de decisão apoiada.

Uma observação importante: o pedido pela Tomada de Decisão Apoiada deve partir do próprio deficiente, que chegará à conclusão de que precisará ser aconselhado por terceiros para definir uma situação da vida civil. Esses atos são considerados válidos? Segundo o art. 1783-A, do Código Civil, os atos produzidos pelo deficiente (aconselhado pelas pessoas indicadas por ele e nomeadas em juízo) são válidos em relação a terceiros, condicionados aos limites do acordo de atuação dos conselheiros. Se houver conflito de opinião entre o deficiente e os conselheiros, será o juiz quem definirá a situação. Isso, aliás, é o que diz o §6º, do art. 1783-A: "Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão." (BRASIL, 2002, [s.p.])



Exemplificando

Durante a venda de um imóvel junto ao deficiente/interessado, os apoiadores não precisam assinar o contrato junto ao apoiado, mas o comprador poderá solicitar que aquelas pessoas nomeadas pelo juiz descrevam sua participação e os limites de sua atuação em benefício do deficiente. Tal medida tem o objetivo de garantir segurança jurídica ao negócio pactuado.



Refleta

O autor Cesar Fiuza (2015) faz uma observação importante. Se o deficiente considera que precisa de auxílio para tomar uma decisão, se é ele quem define os limites da tomada de decisão e ainda pode pedir o cancelamento dessa ajuda, seria realmente correto delegar para o juiz a responsabilidade de decidir a questão? Ora, se o deficiente pode pedir o término da decisão, por que impor a ele uma decisão judicial?

Mas, ainda assim, será seguro realizar negócio jurídico com o deficiente? Será que ele se encontra também protegido? De acordo com a nova disciplina dada pelo Estatuto, os atos praticados pelos deficientes são válidos, eis que eles deixaram de ser incapazes. Essa é a regra. Qual é a exceção? Se o deficiente não puder exprimir a sua vontade ou se for nomeado um curador para atuar em nome do beneficiado. Ainda assim, caso o deficiente realize o ato

respaldado pela presunção de capacidade, mas cuja vontade tenha sido propositadamente corrompida por terceiros, o Código ainda resguarda o interesse dos deficientes com os institutos da boa-fé objetiva e da eticidade.



Assimile

Segundo o autor Daniel Henrique Rennó Kisteumascher (2015), boa-fé objetiva são os deveres inerentes às partes em uma relação jurídica material, os quais possibilitam o equilíbrio entre as funções de cada uma para a realização do ato.

Sobre as pessoas com deficiência física, o Estatuto também promoveu alterações significativas, a fim de garantir o maior exercício possível da liberdade e da acessibilidade, vamos ver?

Tem-se que acessibilidade seria a possibilidade de se garantir mobilidade à pessoa com deficiência, tornando a sua locomoção mais autônoma possível em prédios, áreas públicas, meios de transporte e demais bens e serviços que exijam a sua presença física. Isso significa que as pessoas com essa peculiaridade devem se mover de um local ao outro sem que o percurso seja marcado por obstáculos ou interrupções (BEGALLI, 2013).

Posteriormente, o termo acessibilidade foi evoluindo, a fim de também absorver o desenvolvimento de mecanismos exteriores que reduzissem a dificuldade do deficiente durante a sua locomoção em locais públicos. Enquanto que os primeiros estudos se reportavam mais para a recuperação física do deficiente, posteriormente, os estudiosos passaram a investir também em pesquisas para revisar elementos arquitetônicos que pudessem eliminar ou reduzir o sacrifício sofrido por pessoas sob essa condição.

Mais tarde, a sociedade se conscientizou que a acessibilidade das pessoas com deficiência deveria também envolver algo além da liberdade de ir e vir, mas a efetiva inclusão de qualquer pessoa que esteja com dificuldade transitória ou permanente de locomoção. Para tanto, iniciou-se uma nova visão, pela qual o Estado não poderia medir esforços no sentido de fornecer políticas públicas aptas para fomentar a participação da pessoa com deficiência nas

decisões de interesse social. A pessoa com deficiência não poderia ser mais tratada como um sujeito apenas passivo das relações sociais, mas também como construtora e realizadora de anseios próprios e de terceiros.

Assim, a Lei nº 13.146/2015 efetivou o exercício de direitos de cidadania e participação em assuntos de interesse próprio e social em favor da pessoa com deficiência. A acessibilidade une, dessa forma, o direito de liberdade (ir e vir) com o exercício da cidadania, principalmente no âmbito de serviços sociais. Diante disso, não bastava apenas impor o livre trânsito da pessoa, mas fornecer também oportunidades de participação social.

Instituiu-se, desse modo, o conceito de desenho universal, por meio do qual os ambientes e serviços a serem utilizados pela população devem ser projetados com o propósito de garantir o uso de todas as pessoas, sem a necessidade de adaptações ou “puxadinhos”. De acordo com esse modelo, os serviços sociais prestados no território nacional devem ser elaborados a fim de contemplar todas as pessoas independentemente de suas características peculiares. Consequentemente, os espaços devem ser de uso universal, flexível, simples e intuitivo, e exigirem baixo esforço pelos usuários. Isso é o que se depreende do art. 55, §1º, da Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015).

E quando for impossível aplicar a regra do desenho universal num espaço de prestação de serviço público? Neste caso, a legislação permite a adaptação de forma excepcional, desde que a forma cumpra com seus fins. Isso é chamado de adaptação razoável, através da qual também se impõe aos prestadores e seus respectivos ambientes a utilização universal, embora adaptada às circunstâncias peculiares e incontornáveis da edificação. Esse é o caso dos prédios históricos. Cada caso deverá ser pensado individualmente, a fim de desenvolver soluções que conciliem o valor histórico e a necessidade de inclusão de todos.

E se o responsável não regularizar o imóvel, o que poderá ser feito contra ele? Segundo podemos extrair do art. 4º, §1º, desse mesmo diploma, a omissão poderá ser considerada uma espécie de discriminação por razões de deficiência (BRASIL, 2015). Mas sendo um ente privado, também se pode cobrar reforma para adaptar os

espaços à pessoa com deficiência? A resposta é positiva, e você sabe o porquê? Desde 2001, vige em todo território nacional o Estatuto da Cidade, por meio do qual se determina aos titulares de propriedades o dever de zelar pela função social a elas inerentes. Uma das funções é justamente propiciar a acessibilidade ao ambiente.

Claro que toda essa lei provocará aumentos de custos para a administração pública e empresários, logo, os serviços prestados às pessoas com deficiência poderão ser sobretaxados, certo? Errado! De acordo com a nova lei, a pessoa com deficiência não pode ser cobrada a mais em razão dessa sua condição. Lógico! Se assim não fosse, a exclusão viria por critérios econômicos, contrariando os próprios fins da norma. Qualquer aumento deve ser diluído para todos os usuários. E se a pessoa com deficiência for cobrada a mais, o que acontece? De acordo com o art. 8º, “recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência” (BRASIL, 2015, [s.p.])

E existem outros avanços também concretos na lei? Sim, vamos a eles!

- No que se refere às instituições de ensino, a Lei nº 13.146 também previu que se deve assegurar um sistema inclusivo, oferecendo meios de acessibilidade nas dependências dos edifícios.
- A nova lei também dispôs que os planos de saúde não podem recusar ou impedir a pessoa com deficiência de ingressar nos seus respectivos planos. Aliás, essa conduta tornou-se criminosa e sujeita à pena de detenção de dois a cinco anos. Mais do que isso: incorre na mesma punição aquele que negar emprego ou recusar assistência médico-hospitalar devido à deficiência.
- Para garantir a acessibilidade, a lei dispôs que 10% dos dormitórios de hotéis devem ser adaptados para as pessoas com deficiência. Do mesmo modo, o poder público deve garantir a acessibilidade de pessoas em espaços públicos, incluindo teatros, cinemas, auditórios e estádios.

Falamos de escolas, planos de saúde e teatros, mas o mais importante são os hospitais. Será que não existe nada a respeito?

Sim, o Estatuto apenas reforçou o que já estava previsto desde 1989, com a Lei nº 7.853, que previa o acesso da pessoa com deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados. Esses estabelecimentos devem ser providos com acesso próprio, em que se facilite a circulação, incluindo a facilidade de chegada e de saída. A todos os ambientes deve-se promover o trânsito sem obstáculos, seja para a circulação horizontal, seja para vertical (ANS, 2012). O descumprimento fica sujeito às sanções por discriminação, sobre as quais já nos referimos.



Pesquise mais

Você ficou curioso com outras hipóteses de acessibilidade? Não deixe de pesquisar as demais alterações promovidas pela lei.

O que fica de lição com essa nova lei? Não basta garantir a igualdade formal de pessoas vulneráveis. É preciso instituir instrumentos legais para garantir a efetividade de princípios constitucionais abstratos, a fim de propiciar a verdadeira experiência diária dos respectivos titulares de direitos. Isso é o que a garantia secundária promove, e o papel do legislador é justamente este: observar uma carência e incluir instrumentos que compensam distorções de todas as ordens. Isso foi exatamente o que foi feito e, por isso, esperamos mais!

Sem medo de errar

O Hospital São Pedro foi construído ainda no século XIX pelo Imperador Dom Pedro II, que visava proporcionar o melhor e o mais moderno atendimento para os habitantes da então capital brasileira, o Rio de Janeiro. Ocorre que 150 anos se passaram desde a inauguração do prédio, incompatibilizando-o com as exigências atuais. Apesar de bem conservado, tendo sido tombado pelo patrimônio histórico, o hospital não conseguiu promover reformas para garantir acesso aos pacientes com deficiência. Aliás, Miguel Mesquita, nosso personagem, tentou justamente ser atendido, mas a ausência de adaptação do prédio o impediu de se locomover

livremente. Foi necessário requisitar a ajuda de várias pessoas para o carregarem até o recinto onde seria atendido. Existe alguma obrigação de edifícios adaptarem sua estrutura para receberem pessoas com deficiência? E se o prédio for protegido pelo patrimônio histórico, é possível reformá-lo? Qual é a consequência pelo não cumprimento dessa exigência?

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é um importante marco da legislação nacional ao impor, na esfera infraconstitucional, obrigações já contidas na lei maior brasileira. Além de promover a igualdade substancial entre as pessoas com deficiência e os demais indivíduos, o legislador também se preocupou em garantir a acessibilidade dessas pessoas aos prédios e serviços públicos. A lei instituiu, assim, que qualquer edifício que possa ser utilizado pelo público deve garantir um espaço acessível a todos, considerando todas as possíveis características dos usuários. Isso quer dizer que o desenho do edifício deve ser planejado para que a utilização seja universal. Isso é o que se denomina desenho universal. Contudo, o legislador também previu hipóteses em que esse plano ideal de acessibilidade não seja atingido por circunstâncias peculiares de cada caso. A proteção das características históricas de um prédio tombado preenche essa excepcionalidade. Neste caso, ao invés de garantir a plenitude do desenho universal, exige-se que os administradores e proprietários de edifícios históricos adaptem seus ambientes para permitirem a acessibilidade maior possível. Isso significa que todas as pessoas devem ter acesso, embora os recursos possam ser alternativos. O não cumprimento provoca a incidência do ilícito referente à discriminação sob a modalidade omissiva. De acordo com a situação-problema narrada, caracterizou-se justamente essa discriminação à pessoa com deficiência por ela não ter tido a oportunidade de se locomover de forma autônoma em razão da precariedade da estrutura oferecida pelo Hospital São Pedro.

Avançando na prática

Na saúde e na doença, declaro...

Descrição da situação-problema

Mauro é deficiente intelectual, mas conseguia exteriorizar sua própria vontade. Mauro apaixonou-se por Maria José, que também era deficiente intelectual, cuja anomalia também não lhe afetava

a capacidade de exprimir a própria vontade. Assim, os dois lhe procuram como advogado e perguntam se eles podem se casar e se precisam da autorização dos pais para tal, mesmo tendo mais de 18 anos. É possível realizar esse matrimônio?

Resolução da situação-problema

De acordo com a nova lei, as pessoas com deficiência maiores de idade são presumidas como capazes. Além disso, tem-se que, no caso concreto, Mauro e Maria José também conseguem exprimir a própria vontade apesar da anomalia. Nesse sentido, eles podem realizar atos da vida civil, inclusive o casamento, sem autorização expressa e formal de seus pais, já que eles são capazes de realizar a própria vontade.

Importante ressaltar que, ainda que se estivessem inseridos no contexto da curatela, isso não afetaria tal decisão, pois o instituto da curatela diz respeito apenas às questões negociais. Tudo isso em conformidade com o art. 6, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Faça valer a pena

1. A Lei nº 13.146 fez importantes mudanças no Código Civil tratando sobre a inclusão de pessoas com deficiência. Leia o texto a seguir, publicado por uma reportagem:

Está em vigor a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.146/2015). Sancionada pela presidente Dilma Rousseff (PT) em agosto do ano passado, a legislação (também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência) alinha a Justiça brasileira às determinações da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da ONU.

É, certamente, uma vitória. Trata-se de mais uma ferramenta para garantir que todos os direitos do cidadão com deficiência sejam respeitados e permite, finalmente, que a pessoa com deficiência se defenda, de forma concreta e substancial, da exclusão, da discriminação, do preconceito e da ausência de acesso real em todos os setores.

Fonte: VENTURA, Luiz Alexandre Souza. Está em vigor a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. **Estadão**, 4 jan. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/lei-brasileira-de-inclusao-entra-em-vigor/>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

De acordo com o novo paradigma, inspirado na Constituição, qual seria o principal fundamento dessas mudanças?

- a) Proteção ao patrimônio.
- b) Maior controle à pessoa com deficiência.
- c) Limitação da vontade da pessoa com deficiência.
- d) Aumento da autonomia da pessoa com deficiência.
- e) Conceder maiores poderes para o curador.

2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência entrou em vigor em 2015, trazendo algumas alterações no que concerne à capacidade dos deficientes, sobretudo, das pessoas que apresentem alguma forma de deficiência cognitiva.

A respeito dessas modificações, assinale a única alternativa correta:

- a) Sobre incapacidade, é possível afirmar que os indivíduos que, por causa transitória ou permanente, não puderem manifestar a sua vontade já não são considerados relativamente incapazes, mas absolutamente incapazes.
- b) Sobre incapacidade, é possível afirmar que todos os indivíduos que sejam caracterizados como pessoas com deficiência já não são tratados como absolutamente incapazes, mas, sim, relativamente incapazes.
- c) A tomada de decisão é um instrumento que foi inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do qual o apoiado ouvirá duas pessoas, as quais lhe esclarecerão circunstâncias e elementos sobre o ato jurídico pretendido pela pessoa com deficiência.
- d) A pessoa com deficiência deverá escolher outros dois indivíduos confiáveis e idôneos para exercerem a curatela.
- e) Em regra, a pessoa com deficiência não pode contrair matrimônio.

3. Leia a reportagem a seguir:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traz regras e orientações para a promoção dos direitos e liberdades dos deficientes com o objetivo de garantir a essas pessoas inclusão social e cidadania, entra em vigor neste sábado (2). Oficialmente denominada “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”, a nova legislação garante condições de acesso à educação e à saúde e estabelece punições para atitudes discriminatórias.

Fonte: BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência entra em vigor.

Diante das informações acima, analise as assertivas a seguir:

I – Poderão ser anulados os atos promovidos por pessoas com deficiência que não possuíam a capacidade de exprimir a sua vontade no negócio jurídico pactuado se se comprovar a ausência de boa-fé da outra parte.

II – Presume-se a incapacidade da pessoa com deficiência para a realização dos atos jurídicos.

III – O tratamento dispensado à pessoa com deficiência foi equiparado aos menores de 16 anos.

Está(ão) correta(s):

- a) Somente as assertivas I e II.
- b) Somente as assertivas I e III.
- c) Somente as assertivas II e III.
- d) Somente a assertiva III.
- e) Somente a assertiva I.

Seção 2.2

Da igualdade de gênero à liberdade sexual

Diálogo aberto

Muito bem, caro aluno, vamos prosseguir nossos estudos para alcançarmos com robusto conhecimento os aspectos que permeiam o direito, a proteção e a inclusão social, de maneira dedicada e condensada. Parece difícil? Que nada!

Vamos, juntos, rememorar nosso pano de fundo: você se lembra do Hospital São Pedro, que no longínquo ano de 1871 fora forjado, pelo imperador, para ser referência na prestação de serviços médicos e na luta pela vida humana? Em nosso tempo, ano de 2017, temos o Hospital São Pedro, no Rio de Janeiro, capital, onde nosso personagem, Rodolfo Rodrigues, exerce a função de diretor da entidade, sempre pautando sua atuação para além da presteza inerente aos cuidados da saúde, nos valores éticos e, na medida do possível, cristãos – aqueles mesmos que acompanharam a fundação do centro médico. Mas nem tudo são flores, querido aluno. A sociedade, como sabemos, evoluiu de maneira meteórica, de forma que os atuais anseios da comunidade global não são mais os mesmos do século XIX. E isso é muito evidente, não é verdade? Não precisamos de muito esforço para chegar a essa conclusão. Mas prossigamos.

Ora, estamos, então, no ano de 2017, e Rodolfo Rodrigues, você bem se recorda, conseguiu resolver a questão da acessibilidade. Acontece que os problemas teimam em aparecer e, portanto, persistem, já que estamos em uma sociedade que se desenvolve em um ritmo muito mais veloz do que a burocracia estatal é capaz de acompanhar. Considere que, superada aquela dificuldade inicial, no mês seguinte, Rodolfo deparou-se com uma situação inusitada: uma família solicitou ao hospital autorização para a realização de cirurgia de redesignação sexual em favor do Sr. Jorge dos Santos, o qual nasceu biologicamente homem, mas desde criança se sentia e se reconhecia como mulher. Ocorre

que, por ser mantido por igrejas e associações cristãs que não autorizaram a realização da cirurgia de redesignação sexual, uma vez que tal procedimento vai contra os valores religiosos, o hospital negou a autorização para a cirurgia. Além disso, os representantes que mantêm financeiramente o hospital alegaram que o objetivo daquele centro de saúde é propiciar o melhor tratamento possível para doenças, logo, de acordo com os representantes do hospital -, “problemas sexuais” deveriam ser tratados em outro espaço.

Diante dessa situação, aluno, surgem alguns questionamentos: quais são os direitos dos homossexuais e transgêneros? É possível fazer uma cirurgia de redesignação sexual? A conduta do hospital está de acordo com os padrões éticos a serem observados na sociedade atual? O hospital pode sofrer algum tipo de responsabilização pela conduta? Esses desafiadores questionamentos devem instigar a sua reflexão nesta seção, e você deve buscar respondê-los ao longo do nosso estudo.

A família do Sr. Jorge dos Santos, indignada com a conduta do hospital, lhe procurou como advogado para esclarecer a situação. Você, como exímio advogado que é, antes de qualquer coisa, deve elaborar um parecer bem fundamentado sobre os direitos que assistem o indivíduo transgênero.

Curioso para aprender? Imagino que sim! Então, não se acanhe e venha comigo!

Não pode faltar

Nossa disciplina compreende um programa bastante interessante e que se interliga com incontáveis outros ramos do direito e outras ciências de cunho social. Em um primeiro olhar, já vamos notar facilmente o entrelace com o direito constitucional, quer ver?

Historicamente, a mulher, desde os modernos teóricos do contratualismo, foi vista pelo direito como sendo talhada para as atividades do lar, tais como cuidar da casa, preparar o alimento, reproduzir e educar os filhos no ambiente doméstico. O homem, nessa altura – e infelizmente isso perdura em diversos rincões de nosso país –, era o “chefe de família”, o legítimo responsável por consolidar o estado social que se erguia sob as bases contratuais

(FERRAZ; LEITE, 2015). Ora, não suportando essa realidade e percebendo com justeza que a mulher não poderia ser relegada ou excluída de participar ativamente da construção da sociedade, sobretudo dos aspectos da justiça e do direito, *simplesmente pelo fato de ser mulher*, passou a militante feminista a galgar seu espaço: teve início a luta pela igualdade de oportunidades, de inserção paritária no mercado de trabalho, da participação no cenário político e, inclusive, do direito ao voto. É claro, então, que começamos a enfrentar naquela sociedade altamente paternalista de outrora um movimento contracorrente corajoso e engajado. Por isso, hoje, temos uma sociedade que pretende respeitar os direitos de todos e, com especial enfoque, das mulheres, quando em situação de vulnerabilidade.

E isso tudo é muito interessante! Sabe por quê? Pelo fato de que desse movimento que se insurgia contra os costumes arcaicos que determinavam com que as mulheres somente fossem as “senhoras do lar” é que, hoje, todas as mulheres em nossa sociedade têm a possibilidade de alcançar os maiores voos: demonstrar toda sua capacidade e competência no atual mundo global, contribuindo de maneira relevante para o desenvolvimento social. E isso tudo foi a porta de ingresso aos demais movimentos de luta pelo direito das minorias, dos vulneráveis. Faz sentido, não é mesmo? E é muito legal! Quer ver?

Quando pensamos na questão da identidade de gênero e das pessoas transgênero, logo devemos ter em mente o princípio da igualdade. Sim, porque gênero é um conceito formulado nos anos 1970, para diferenciar a dimensão biológica da dimensão social. Um pouco confuso? Vamos explicar.

Para bem entendermos, temos que, antes, diferenciar dois pontos bem importantes: e o binômio sexo/gênero. O sexo, sim, diz respeito à faceta biológica do ser humano. O sujeito ou nasce homem, ou mulher, e esse é seu **sexo**, biológico. Agora, no que diz respeito ao **gênero**, temos que ter em mente que se trata de uma identificação socialmente construída a partir das vivências e da dimensão interna da pessoa enquanto sujeito que interage no processo de construção social e cultural.

E esse conhecimento nos é muito importante para distinguirmos a dimensão biológica da dimensão social, baseando-nos no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, no entanto, a maneira de ser homem e de ser mulher é realizada pela cultura. Assim, **gênero** significa que homens e mulheres são produtos da realidade social, e não decorrência da anatomia de seus corpos. Percebe? Simplesmente, não se pode permitir que uma pessoa tenha tratamento diverso unicamente por ser homem ou mulher. E a mesma solução vale para o sujeito transgênero.



Vocabulário

O que significa transgênero? Conceituamos para você, caro aluno, veja: indivíduo que se identifica com um gênero diferente daquele que corresponde ao seu sexo atribuído no momento do nascimento.

Vivemos em um Estado democrático de direito, constitucionalmente consagrado, e que resguarda os direitos fundamentais das pessoas, independentemente daquilo que forma a personalidade do indivíduo. O Estado não pode punir a pessoa pelo que ela é, tampouco lhe restringir direitos sem que haja uma justificativa constitucional (proteção de direitos fundamentais). A função do Estado é proteger direitos fundamentais, pelo que poderá proibir e punir condutas lesivas.

E quando a proteção de um princípio provoca, necessariamente, a restrição de outro? Veja só: todas as pessoas possuem o direito ao livre exercício de sua crença. Da mesma sorte, a liberdade sexual é um fundamento do exercício da cidadania, da vida com dignidade. São dois princípios de mesma ordem que se confrontam, não é mesmo? Como resolver? Ficou curioso? Ora, para resolver esse conflito, nos socorremos do instituto da *ponderação*, já que não há no direito brasileiro qualquer princípio ou direito *absoluto*. Então, é efetivamente justo que a pessoa religiosa não ache nada divina a presença de um transgênero, o que também em nada implica na inviabilidade de o sujeito que se sente pleno assim o ser! Agora se em nome de um ou de outro nós passamos a invadir a esfera individual do sujeito que nos é diferente, teremos um conflito em que um princípio fundamental anula o outro. E isso nunca pode ser admitido!

Por isso, nos socorremos da ponderação, no caso concreto de choque entre a liberdade sexual e a de crença, para que prevaleça aquela que não anula a outra. E é exatamente aqui que inicia nosso conteúdo propriamente dito.

Nosso objeto de estudo é mais importante do que você imagina, caro aluno. Infelizmente, desde as conquistas democráticas observadas com o fim da ditadura militar em nosso país, o alcance de uma sociedade igualitária e justa encontra alguns entraves. Cabe a nós a busca pelas soluções desses obstáculos, não é mesmo? E para a consecução desse nobre objetivo, não pode faltar o estudo da **igualdade de gêneros**, conteúdo pelo qual iniciamos a nossa seção.

Mas, antes de tudo, nos cabe a seguinte indagação: o que é gênero? Na acepção da palavra, significa a clássica definição da **diferenciação social que se faz entre masculino e feminino** – podemos já antecipar como um exemplo de proteção de gênero pelo legislador brasileiro a popularmente conhecida Lei Maria da Penha. Mas, no mesmo compasso em que a sociedade evoluiu, e por se tratar de um conceito eminentemente social, essa definição deve, igualmente, ser incrementada, já que a orientação sexual e todos os consectários que dela derivam tornaram a questão não mais simplista, exigindo uma conceituação mais complexa.



Assimile

Atualmente, entende-se que **gênero** é definido como a percepção que detém determinado grupo social acerca das assimetrias sexuais que emanam dos corpos e das mentes dos seres humanos, não necessariamente ligada à natureza biológica.

Você percebe, então, que o conceito de gênero na sociedade atual não é mais ligado tão somente a uma questão biológica, como inicialmente nos vem à cabeça, não é? E por isso mesmo é que nos deve ser sempre gravado, já que contempla o mais atual conceito utilizado na república brasileira. Veja, aluno, que a diferenciação biológica entre homem e mulher sempre existirá e a ela chamamos de sexo, entretanto, o gênero, como vimos, vai além disso. E a *identidade de gênero*, consequentemente, deve ser compreendida como a manifestação da dimensão íntima que o sujeito tem sobre ser homem ou mulher, independentemente do sexo biológico. Ficou claro?

E já aqui, caro aluno, evoluímos em nossa marcha. Assimilado o conceito de gênero, passemos a falar da igualdade entre eles. O conceito de igualdade que adotamos aqui se divide em duas vertentes: **a igualdade de todos perante à lei – igualdade formal – e a igualdade de todos, ainda que, em sua dimensão interna, sejam desiguais – igualdade material.** Aplicando tal conceito à noção de gênero, conclui-se que, quando se fala em igualdade de gênero, significa dizer que todos, *independentemente* de gênero ou orientação sexual, devem ser tratados de maneira igualitária, quer seja perante a lei, quer seja de forma igual na exata medida de suas diferenças. E é esse o objetivo principal que deve ser buscado por uma sociedade organizada, sobretudo tendo em vista que a nossa Constituição consagra, em seu artigo 5º, caput, de maneira expressa, que **todos são iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a **inviolabilidade do direito à igualdade**, dentre outros. Outra vez, a mesma tecla: todas as pessoas têm orientação sexual, todas! O Estado, com isso, não pode proibir, nem tampouco punir, a forma pela qual o indivíduo se reconhece como tal, já que a Constituição protege o direito à personalidade, e não apenas uma forma de personalidade circunstancialmente majoritária. Não se trata de ideologia de um ou outro grupo político. Aliás, esse tema sequer deveria ser tratado pelas casas parlamentares, já que essa interpretação decorre de uma análise técnica sobre um princípio já consagrado na Constituição, como dito, o direito à personalidade. A opção política constitucional já foi feita, razão pela qual os efeitos jurídicos inerentes ao núcleo essencial de preceito não poderiam ser agora restringidos pelos legisladores.

Por isso, reafirma-se: a liberdade sexual deve ser garantida; aí entram direito, proteção e inclusão social. Devemos lutar por uma sociedade que inclui e protege a pessoa, independentemente de sua sexualidade/personalidade.



Refleta

Em nossa sociedade, temos diversas medidas, inclusive leis protetivas do direito das mulheres. Muitas delas são fruto da luta do movimento feminista. Tais medidas trazem em sua essência a diferenciação entre o gênero feminino e masculino. Por que, então, tais medidas não são consideradas discriminatórias, mas necessárias?

Em conclusão, aluno, o que se entende é que o gênero não pode ser motivo hábil a legitimar qualquer ato discriminatório, sendo dever do Estado assegurar que as diferenças de identidade de gêneros sejam preservadas, na exata extensão de suas assimetrias, independentemente de estarmos diante de um homem, de uma mulher ou de uma pessoa transgênero! Mas o que é transgênero? Essa nova figura, até pouco tempo atrás pouco reconhecida em nossa sociedade, é fruto da nova conceituação de gênero que vimos acima, dada a sua complexidade. Mas, e aí? Como podemos conceituar a figura do transgênero?



Assimile

Transgênero é aquele indivíduo que nasce com um sexo biológico, homem ou mulher, mas o seu gênero não corresponde a ele. Ou seja, o cidadão não se reconhece como sendo homem, caso tenha nascido biologicamente homem, tampouco como mulher, se tenha nascido mulher. Temos, também, como transgênero a pessoa que não se identifica com nenhum dos gêneros, masculino ou feminino, e que, em sua identidade de gênero, ora sente-se mulher, ora sente-se homem.

Aluno, destacamos que o conceito de transgênero em nada se relaciona com a questão da orientação sexual, ok? Logo, associar a homoafetividade ao conceito de transgênero está errado. Para que tenhamos um bom domínio sobre esse assunto que pode parecer confuso, vamos juntos identificar esse outro eixo de estudo que temos sobre a sexualidade. Diz Patrícia Sanches, em obra coordenada por Ferraz e Leite, que:



A homossexualidade e a heterossexualidade estão ligadas ao desejo sexual e, portanto, também se diferenciam da transexualidade, que está ligada à identidade de gênero. Um, ao desejo sexual por homem ou mulher, outro, ao sentir-se como homem ou mulher. (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 272-273)

Você consegue perceber a diferença? Vamos demonstrar. O indivíduo **gay** ou homossexual é aquele que possui desejo sexual, aqui compreendidas as relações íntimas e sexuais, pelo sujeito do mesmo sexo. Todavia, não significa que o gay seja necessariamente

um transgênero, entendeu? São dois vetores de análise que não se confrontam. **Bissexual**, por sua vez, é aquele cidadão que tem desejo sexual tanto por homem como por mulher, que busca relações afetivas e sexuais com pessoas de quaisquer dos sexos/gêneros. Então, se esse mesmo cidadão não se reconhece no sexo em que biologicamente nasceu, ele é bissexual e transgênero. Perfeito? Consegue visualizar? Esse é o raciocínio.



Exemplificando

Ao longo da biografia de Laerto Coutinho, nota-se que a artista negou aquilo que cultivava em sua intimidade: sempre se reconheceu como mulher, vindo a assumir o gênero feminino, independentemente da sua orientação sexual, somente por volta de 2004. Laerte é, assim, uma pessoa transgênero, compreendeu? Para ilustrar, veja mais em: <<http://ego.globo.com/famosos/noticia/2015/05/cartunista-laerte-fala-de-sexualidade-e-comenta-transicao-de-bruce-jenner.html>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

O indivíduo transgênero, como qualquer sujeito de direito, deve ser tratado de maneira absolutamente igualitária, já que tão somente se diferencia, conceitualmente, por não ter identidade de gênero com aquele sexo que biologicamente nascera. E isso tem implicações, inclusive, nas demais áreas da vida humana. Por exemplo, e isso será importante que você saiba para as situações que se apresentarão, pode um sujeito alterar seu registro civil por ser transgênero? Ele deve fazer cirurgia de redesignação sexual para tanto? Como se dá a alteração do registro? Em recentíssima decisão, o Ministro Dias Toffoli respondeu positivamente para a primeira questão. A alteração do registro civil se dá pela ação de retificação de registro civil. O autor deve ter mais de dezoito anos e apresentar fundadas razões para o pedido. Não basta meramente manifestar a vontade, independentemente se a pessoa é transgênero, compreendeu?

Resumindo: a igualdade de gênero, assegurada pelo princípio igualitário insculpido na Constituição brasileira, assegura que nenhum indivíduo pode ser alvo de discriminação por conta do seu gênero. Além disso, traz como consequência outras questões de igual relevância, como a liberdade sexual e do relacionamento afetivo multigênero. Para que se possa assegurar a igualdade de gênero,

deve-se reconhecer a liberdade de o indivíduo, independentemente do seu gênero, se relacionar com a pessoa que escolher. Sem a garantia dessa liberdade básica, não se pode falar em igualdade, não é mesmo?

A questão da *liberdade sexual* carrega, comumente, um ranço de preconceito: em nossa sociedade machista e conservadora, a sua abordagem, muitas vezes, torna-se um tabu. É exatamente por isso que nós, estudiosos dessa matéria, devemos nos debruçar sobre o assunto e propor soluções para que cheguemos a um mundo mais justo e igualitário. Vamos, então conceituar, liberdade sexual?

A **Liberdade sexual** diz respeito ao direito à sexualidade que, por seu turno, tem elo íntimo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ficou confuso? Não se assuste, é simples: a Constituição brasileira, em seu art. 1º, assegura a todo ser humano a proteção da sua dignidade enquanto pessoa, o direito à sexualidade está contido nesse amplo conceito de dignidade, eis que definir sua orientação integra o rol de valores mínimos necessários para assegurar uma existência digna. Então, a liberdade sexual deve ser entendida como um direito intrínseco ao ser humano e, portanto, devendo se resguardar o seu *livre exercício*, sob pena de notório tratamento discriminatório e violador do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Esse princípio da dignidade, aluno, deve sempre nos nortear sobre como tratar a questão da liberdade sexual. E é certo que todas essas situações devem ser muito bem entendidas e estar claras para o sujeito e para a sociedade. Por exemplo: como você imagina que se dá o procedimento para intervenção cirúrgica de redesignação sexual? Simplesmente, o operando, um belo dia, acorda, escova seus dentes, olha-se no espelho e resolve que não quer mais ser João, quer virar Maria. É assim? Isso é possível? Saiba que essa é uma possível questão de prova. Ora, como você é um aluno dedicado e precavido, não cairia numa casca de banana dessas, não é mesmo? Para que um cidadão possa requerer tal procedimento, inclusive por intermédio do Sistema Único de Saúde, ele deve preencher alguns requisitos, como ser maior de 21 anos, frequentar tratamento psicoterápico por, no mínimo, dois anos, apresentar laudo psicológico ou psiquiátrico que recomende a operação, além de um diagnóstico que lhe ateste transexualidade.

Viu só como estamos estudando situações muito importantes para a vida em sociedade? E justamente por isso devemos ter bem prementes os conceitos trabalhados. Nesse sentido, observe a importante lição da renomada professora Maria Berenice Dias:

A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais. (DIAS, 2008, (DIAS, 2008, [s.p.]



Agora, outra questão que se põe em nosso campo de estudo e que deriva da liberdade sexual é a do relacionamento afetivo multigênero. E que você, como dedicado aluno que é, já decifrou. Ora, se a liberdade sexual é garantida constitucionalmente e por diplomas jurídicos internacionais, tais como o Pacto de San José da Costa Rica (por exemplo, o art. 11, em especial nº 2, que garante a dignidade às pessoas, e o art. 24, que garante a igualdade (COSTA RICA, 1969) é de todo lógico que o relacionamento afetivo multigênero ou, quem sabe melhor dizendo, o relacionamento afetivo em geral seja objeto de proteção do Estado, não podendo incidir ação discriminatória sobre qualquer pessoa, independentemente do seu exercício do direito à sexualidade. Ou seja, a liberdade sexual contempla todo e qualquer relacionamento – obviamente, aqui, excetuados aqueles considerados ilícitos – sendo irrelevante a eleição do gênero pelo indivíduo.

Ainda não é tudo. Temos que ter bem claros todos os elementos de estudo que circundam o direito à convivência familiar, os direitos humanos e conhecer como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando situações que lhe são postas ao julgamento. Portanto, mais do que nunca, isso não pode faltar. Vamos lá!

O *direito à família*, então, é mais um direito que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque se trata de um direito social, de segunda geração, e se se prende com a garantia ao indivíduo

de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009). E parece exatamente essa a conotação de família, não é mesmo? O artigo 226, da CF, já estabelece que a família é a base da sociedade (BRASIL, 1988). Então, é a família uma espécie de célula social envolta nos vetores de comunhão e que se fortalece para que todos, a partir de si, vivam em sociedade de maneira salutar e harmoniosa. É dizer que o direito à convivência familiar é um direito humano constitucional que deriva da dignidade da pessoa humana e que, portanto, deve ser preservado, independente da família em referência ser formada por multigêneros, por famílias denominadas poliafetivas, enfim, apenas importando que a convivência familiar se manifesta como um dos escopos consagrados na Constituição. E justamente por ser direito humano é que já foi objeto de provocação jurisdicional em instância extraordinária: o STF.

Vamos ver, em concreto, sobre o que estamos falando? Faremos isso por meio do estudo de um importante julgado do Supremo que enfrentou de maneira pormenorizada a questão da igualdade de gênero, liberdade sexual e direito à família. O STF, por ocasião do julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República em 2009 (Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno), e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo governo do estado do Rio de Janeiro em 2008 (Relator: Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno), ambas de relatoria do eminente Ministro Ayres Britto, se pronunciou sobre a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva.

Resumidamente, esse julgamento observou o relacionamento multigênero como uma realidade social inegável. Invocou o direito à igualdade de gênero, à liberdade sexual e ao relacionamento afetivo em livre exercício. Todos esses direitos possuem sustentáculo na origem, no princípio da dignidade da pessoa humana. São, portanto, direitos fundamentais, pelo que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o *Direito à convivência familiar*, independentemente do fato da formação dessa entidade familiar tenha se dado entre pessoas do mesmo gênero.

A decisão final do Supremo Tribunal foi no sentido de reconhecer formas plurais de família, asseverando como fundamental para o escorrito encaminhamento da sociedade em harmonia com os ditames constitucionais, os quais, conforme aprendemos, vedam toda discriminação, em especial aquela que acarrete, no dizer do Ministro Relator Ayres Britto (STF, ADI 4277 e ADPF 132), “desigualação jurídica”.

Assim, o STF reconheceu a denominada multifamília ou o poliamor, calcado, sobretudo, no humanismo reconhecido como uma categoria constitucional, reafirmando o caráter primordial do direito à família para o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Agora que já sabemos como essas questões de gênero à liberdade sexual são tratadas em nosso ordenamento pátrio, que tal explorarmos um pouco daquilo que se tem de dispositivos legais que atribuem caráter protecional de gêneros no Brasil e em outros sistemas jurídicos? É muito interessante. Por isso, mais uma vez, não pode faltar.

O estudo comparado sobre a legislação de proteção de gêneros é algo de muita importância para conseguirmos entender em que caminho anda nossa sociedade, hoje entendida como sociedade global, para a consecução de um mundo humanizado. Já pudemos conversar sobre a situação da mulher, inicialmente relegada à condição de dona do lar, não é mesmo? Ao longo da história, até emergir a luta promovida pelo feminismo, a mulher não teve a possibilidade de ativamente interferir nos trilhos a serem percorridos pela sociedade. E isso desde já causava uma hipossuficiência. Imagine, então, o transgênero? Havia uma clara situação de vulnerabilidade em desfavor da mulher e do transgênero. E de maneira coesa e coerente, vamos procurar estudar a legislação protetiva.

Além de toda essa especial proteção da igualdade de gênero por nós já estudada, é importante que saibamos, caro aluno, que muitos outros diplomas legais regulam essa situação. Os principais que se prestam a tutelar os direitos referentes à igualdade de gênero e inclusão do vulnerável, pela evolução temporal, são a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher, de 1948, que assegura às mulheres os mesmos direitos cíveis de que

gozam os homens. Foi internalizada no Brasil quando da edição do Decreto nº 31.643, de 1952. Após, tivemos a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953, que garantiu, entre outros, o direito ao voto nas mesmas condições para mulheres e homens, bem como a possibilidade de as mulheres se elegerem para todos os organismos públicos em sufrágio. Também merecem destaque, nesse estudo comparado, as Convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil no séc. XX, e que visavam à promoção de um ambiente de trabalho que não discriminasse as mulheres por conta de seu gênero. São documentos legais internacionais que foram internalizados pelo Brasil e que buscam efetivamente resguardar a igualdade de gênero. Todavia, um relevante exemplo de legislação de proteção de gênero é a Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, que carrega em seu âmago o combate à violência doméstica de gênero. Já fixou o STJ, no conflito de competência nº 88.027, que o sujeito ativo pode ser, inclusive, mulher, ressaltando a ideia de igualdade de gênero, desde que a vítima tenha relação de hipossuficiência e vulnerabilidade e se reconheça como não homem.

Essa lei é, portanto, o exemplo mais nítido de legislação protetiva de gênero e que vem tendo interpretações jurisprudenciais no sentido de resguardar esse direito à liberdade sexual e igualdade de gênero. E ela teve de ser promulgada porque os casos de violência doméstica sempre tomaram boa arte do noticiário brasileiro. Infelizmente, a violência de gênero atinge níveis alarmantes no mundo todo. Por isso, diante de uma necessidade tão forte de se buscar proteção efetiva das mulheres enquanto hipossuficientes ou vulneráveis em relação aos seus agressores, é que sobreveio a lei em questão. E o pior é que foi necessário que uma guerreira mulher fosse vítima de violências bárbaras, que indignaram toda a nação, para que o legislador editasse referida norma: a Sra. Maria da Penha, a quem a lei faz popular alusão.



Pesquise mais

Sobre a legislação protetiva, em especial no que diz respeito à Lei nº 11.340, de 2006, Lei Maria da Penha, aportou recente decisão do Juiz Titular da Comarca de São Gonçalo, no RJ, na Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos autos do processo tombado em juízo sob o nº 0018790-25.2017.8.19.0004, que enfrentou, de

maneira dedicada, as questões envolvendo a igualdade de gênero, liberdade sexual e proteção do sujeito hipossuficiente. Para visualizar de maneira concreta o que viemos estudando, pesquise mais sobre referida decisão no seguinte link: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/juiz-concede-medidas-protetivas-para-transsexual-internada-a-forca-por-nao-aceitar-sexo-biologico>>. Acesso em: 16 dez. 2017. Há ainda importantes alterações que eclodiram recentemente nessa lei. A principal delas diz respeito ao fato de poder a autoridade policial conceder medidas protetivas, o que acaba trazendo uma polêmica na doutrina especializada. Pesquise mais sobre essas alterações no seguinte link: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/17/alteracoes-em-curso-na-lei-maria-da-penha-prejudicam-mulheres/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

Em jeito de conclusão, caro aluno, esse conteúdo não pode faltar para que tenhamos um proveitoso desenvolvimento do conhecimento do direito, da proteção e inclusão social. Gostou? Espero que sim. A matéria é interessante e desafiadora. Prossigamos juntos!

Sem medo de errar

Nossa situação fática que circunscreve a matéria já nos é familiar, certo? Lembra-se do Sr. Jorge dos Santos? Aquele mesmo cidadão que, não mais suportando ver sua aparência física e sendo um transgênero, queria muito, em busca de sua dignidade, fazer a cirurgia de redesignação sexual.

Rodolfo Rodrigues, na condição de diretor do hospital em que Jorge dos Santos pleiteou a realização de cirurgia de redesignação sexual, por intermédio de sua família, teve de negar a execução do procedimento, já que isso iria, segundo orientações superiores, confrontar os valores cultuados pelos mantenedores da instituição. A família, inconformada, procurou os seus serviços, solicitando, então, a confecção de um parecer técnico acerca da situação fática e jurídica que envolve o Sr. Jorge dos Santos. Vamos, ao parecer:

Parecer jurídico

Solicitante: família de Jorge dos Santos.

Temática: possibilidade de recusa por centro hospitalar em realizar cirurgia de mudança de sexo.

Do relatório:

Cuida-se de situação fática-jurídica envolvendo o Sr. Jorge dos Santos, que nasceu homem na acepção biológica da palavra, mas que desde a infância se reconhecia como mulher. Ocorre que, por ser mantido por instituições cristãs que não autorizaram a realização da cirurgia de redesignação sexual vez que tal procedimento se chocaria com os valores religiosos preservados pelos mantenedores da unidade médica, o hospital negou a autorização para a realização da cirurgia. Além disso, os representantes que mantêm financeiramente o hospital alegaram que o objetivo deste centro de saúde é propiciar o melhor tratamento possível para doenças, logo – de acordo com os representantes do hospital –, “problemas sexuais” deveriam ser tratados em outro espaço.

É o relatório.

Do parecer propriamente dito:

A Constituição Federal consagrou em seu texto o direito fundamental à igualdade. Dessa assertiva, extraímos que nenhum sujeito pode sofrer qualquer discriminação de gênero. No caso concreto, o Sr. Jorge dos Santos, desde a infância, somente se reconhece como mulher. Assim, a rejeição do hospital violenta sua dignidade humana, já que lhe trata de maneira discriminatória e lhe veda o direito à liberdade sexual e de reconhecimento de gênero, todos direitos humanos fundamentais que constitucionalmente são preservados. Nesse sentido, já decidiu o STF, acerca da possibilidade de alteração de registro civil, que não se pode promover qualquer situação fática-jurídica que resulte em “desigualação jurídica”. Também, por força da mesma Constituição, vivemos em um

Estado laico. Logo, não pode o hospital rejeitar a realização de um procedimento cirúrgico que não impende riscos ao paciente e em nome de valores alegadamente cristãos. Portanto, não pode o hospital tratar de maneira discriminatória o paciente, sendo, sim, sua situação de fato e de direito merecedora de saúde, já que afeta o sujeito em sua mais íntima dimensão. Não há, assim, qualquer escusa do hospital em não realizar a cirurgia.

É o parecer e como vai fundamentado.

Local, data.

Advogado

OAB/XY

Avançando na prática

Acima de qualquer coisa: é pessoa humana

Descrição da situação-problema

João, nascido menino, amante de futebol, sempre se destacou por sua habilidade na modalidade. Por esse talento, ele foi contratado pela equipe do Intermunicipal, para compor as categorias de base e, quem sabe, vir a firmar-se como um grande jogador profissional. Saiu, então, de sua cidade, Valezinhos, um pequeno município no interior do estado de Minas Gerais. Acontece que João, chegando em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, efetivamente encontrou todas as condições para desenvolver seu esporte. Mas aí também o Intermunicipal teve de lidar com uma situação que extrapolava totalmente o esporte: João, convivendo tanto com seus colegas de clube, cada vez mais não conseguia se reconhecer como homem. Assim, na insuportável sensação de não se ver em si mesmo, João procurou a diretoria do clube para proceder à retificação de seu registro civil, querendo que passasse a constar, ao invés de João, Maria. Você, enquanto diretor jurídico do Intermunicipal, foi convocado a explicar a situação ao rapaz.

Resolução da situação-problema

A situação de João é efetivamente um problema de cunho social que atinge um sem número de pessoas. É uma questão de identidade de gênero. Acontece que João somente se vê como Maria, sendo essa condição indispensável para a sua vida enquanto sujeito em si mesmo. Por isso, em nome de sua dignidade humana, dos valores constitucionais previstos no princípio da igualdade, sobretudo a material, e com base em entendimento consolidado pelo STJ (processo em segredo de justiça) de que, inclusive, os transexuais têm direito à retificação do registro civil, é claro caso de interpretação extensiva, sendo direito de João passar a ser registrado como Maria, desde que realize a medida judicial pertinente. Tudo em nome do direito à liberdade sexual, à identidade de gênero, ao princípio da igualdade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Portanto, o que importa: se João, se Maria, a pessoa deve ser respeitada e ter suas garantias resguardadas, em nome da construção de uma sociedade justa e igualitária.

Faça valer a pena

1. A questão do gênero vem sendo discutida de maneira bastante acalorada em nosso país. Isso porque, sabidamente, o Brasil é uma república que preza pelo estado democrático de direito, pelo respeito às garantias individuais, mas que também é composto por grande parcela da comunidade com cultura maciçamente cristã.

Acontece que, sem desprezar a cultura e a religião brasileiras, sobre o conceito de gênero, é correto afirmar:

- a) Atualmente, gênero pode ser conceituado como o sexo biológico da pessoa, independentemente dos direitos humanos das pessoas.
- b) Atualmente, gênero pode ser conceituado como o sexo biológico da pessoa, exatamente por conta dos direitos humanos das pessoas.
- c) Atualmente, gênero pode ser conceituado como o sexo psicológico da pessoa, independentemente dos direitos humanos das pessoas.
- d) Atualmente, gênero pode ser definido pela percepção interna do sujeito relativamente ao grupo ao qual pertence, não sendo critério primordial o biológico.
- e) Atualmente, gênero pode ser definido pela percepção interna do sujeito relativamente ao grupo ao qual pertence, sendo critério primordial o biológico.

2. A sexualidade é um dos elementos que devem ser levados em conta pelo Estado quando este se manifesta para protegê-la, já que deriva diretamente da natureza do ser humano. Significa dizer que o sujeito somente goza de sua dignidade quando possui liberdade sexual plena.

Nessa esteira, com base em seus conhecimentos sobre sexualidade, assinale a alternativa correta:

- a) A sexualidade é elemento importante, já que toda a pessoa a possui. Por isso, homem é homem e mulher é mulher, pouco importando ao Estado como o sujeito se sente.
- b) A sexualidade é elemento que não importa à sociedade, já que toda a pessoa a possui. Por isso, homem é homem e mulher é mulher, não cabendo ao Estado buscar saber como o sujeito se sente.
- c) A sexualidade está presente em todo o ser humano, já que deriva exatamente dessa condição: não há dignidade humana sem sexualidade.
- d) A sexualidade está presente em todo o ser humano, nada tendo a ver com a dignidade da pessoa humana.
- e) A sexualidade somente está presente no homem que, como patriarca da família, deve fruí-la como melhor lhe condizer.

3. Caio e João são um casal. Eles optaram por proceder à adoção de uma criança, para, enfim, constituírem uma família feliz, invocando, para tanto, o direito à família.

Considerando a história de Caio e João, assim como o posicionamento já exarado pelo STF, assinale a alternativa correta:

- a) Caio e João jamais poderão formar uma família, porque a orientação de ambos viola dispositivos legais.
- b) Caio e João jamais poderão formar uma família, já que nenhuma criança irá querer conviver com pais do mesmo sexo, conforme decidiu o STF.
- c) Caio e João poderão formar uma família, já que o STF reconheceu a possibilidade da formação da família "poliamor".
- d) Caio e João não poderão formar uma família, já que o STF reconheceu a possibilidade da formação da família "poliamor".
- e) Caio e João jamais poderão formar uma família, eis que são do mesmo gênero.

Seção 2.3

O índio cidadão

Diálogo aberto

Muito bem-vindo à nossa última seção desta importante segunda unidade! Saiba que temos trabalhado os conteúdos que são de vital interesse para a construção de uma sociedade que se quer mais justa, digna e pacífica. E é exatamente esse o nosso papel enquanto estudantes da matéria. Por isso, querido aluno, por termos chegado até aqui, você está de parabéns!

Nosso tema, agora, é o índio enquanto cidadão, que detém uma *especial proteção constitucional* enquanto grupo vulnerável – o indígena. Você rapidamente perceberá que continuamos na mesma batida: um diálogo intenso com os demais ramos do Direito, em especial o constitucional, procurando trazer sempre aquilo de mais interdisciplinar e interessante para a sedimentação de uma formação técnica sólida e robusta, para enfrentarmos de peito aberto todas as injustiças que por ventura nos sejam apresentadas pela vida profissional, além de nos prepararmos efetivamente para as provas diárias e certames da vida, que são inerentes ao sucesso de um profissional das ciências sociais aplicadas com elevado gabarito.

Diante desse cenário, vamos estudar dedicadamente neste material, que foi pensado de maneira didática e pedagógica, a necessidade de buscar a garantia de se proporcionar ao povo indígena uma *participação social relevante e cidadã*. Visando ao nosso objetivo, dividimos nossa matéria em quatro principais tópicos curriculares (da inclusão dos índios; sua participação social; exercício da cidadania; crimes cometidos por e contra silvícolas).

Para tanto, devemos também ter em mente nosso contexto. Nosso personagem da vez chama-se Ipojucan Tapajós, um cacique da tribo indígena de Tapajós. Após um parto complicado de Potira Tapajós, sua esposa, ele teve que encaminhá-la para o hospital, já que Potira estava sofrendo dificuldades ao parir, pois o procedimento já durava muitas horas. Potira foi encaminhada ao

Hospital São Pedro, no Rio de Janeiro, aquele mesmo dirigido por Rodolfo Rodrigues, e depois de muito esforço da equipe médica, os profissionais conseguiram salvar a mãe e o filho.

Mas nem tudo são flores, já diria o poeta: a criança nasceu com falta de oxigenação no cérebro, o que provocaria graves sequelas para a vida inteira. Nessa situação, cientes de que a cultura indígena permite o infanticídio de crianças que nascem com deficiência, o hospital não pretende devolver o recém-nascido para a família indígena, a qual, por sua vez, se revoltou com essa decisão. Já havia, inclusive, uma família disposta a adotar. Quais direitos indígenas devem ser protegidos e adequados em relação ao ordenamento jurídico brasileiro? Esse é o principal questionamento que devemos responder ao final da nossa seção. Na resolução da nossa situação-problema, a Funai, diante da indignação dos indígenas em relação ao comportamento do hospital, determinou que eles o procurassem para saberem de seus direitos. Você deverá exarar parecer sobre a questão, enquanto advogado expert na matéria.

Pronto para destrinchar a questão indígena, a última em nosso programa nesta unidade? Temos certeza que sim, pois já construímos, com seguros passos, os alicerces sobre os quais agora nos apoiamos para sermos competentes profissionais e, principalmente, inclusivos, protetores e justos!

E para termos essa plena condição, vamos finalizar nossa unidade com a entrega de um produto. Curioso? Exatamente, teremos que elaborar uma justificativa para resolver a seguinte situação. Uma tribo isolada recebeu de uma fundação uma lancha para que os indígenas pudessem chegar a um centro urbano mais rápido possível em caso de emergência. Ocorre que um fazendeiro, percebendo uma grande oportunidade de adquirir esse bem, resolveu propor uma permuta (troca) entre o barco com uma espingarda, cujo preço estava avaliado em 1/10 (um décimo) do valor venal da lancha. O índio aceitou o negócio sem compreender e ter ciência de todas essas questões. Você é um funcionário da Funai e deverá procurar uma solução para esse imbróglio, já que a fundação ficou insatisfeita com a conduta do fazendeiro. Independentemente das questões legais sobre compra e venda de arma de fogo, esse negócio seria válido?

Qual lei deverá ser aplicada neste caso: Lei da Pessoa Deficiente ou o Estatuto do Índio? Redija um relatório em que explica a solução.

Não pode faltar

Como você bem sabe, vivemos em um mundo global altamente tecnológico, onde a velocidade e a importância da informação são notáveis elementos que incidem na vida humana. Portanto, para a consecução de uma vida inclusiva, plural, múltipla, em que as diferenças sejam resguardadas e as garantias preservadas, devem ser considerados. E é exatamente nesse contexto que emerge a questão do indígena enquanto grupo socialmente vulnerável, para que tenha, na sua cultura, possibilidade de gozar de uma vida digna e feliz, mesmo que inserido em uma sociedade que carrega costumes tão distintos dos seus. Por isso mesmo é que o **indígena** possui especial **proteção constitucional**, sendo ela expressamente prevista nos artigos 231 e 232.

Diz o artigo 231, da Carta Maior da República, que “[...] São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens [...]” (BRASIL, 1988, [s.p.]). Ora, é justamente dessa vulnerabilidade que podemos extrair a importância e a sensibilidade que tocam o tema. O processo de séculos e séculos de aculturação ao qual fora submetido o índio, quase que dizimado populacional e culturalmente, deixa cicatrizes profundas. E aí é que nós entramos, operadores do Direito: devemos sempre ter como norte a necessidade de propagar a luta por uma sociedade que inclui, acolhe, abraça as diferenças e busca a igualdade, em especial, no que diz respeito ao **índio cidadão**, que garante a chamada **autodeterminação dos povos**. No caso do índio, na sociedade atual, que é totalmente dissonante dos seus costumes e cultura, essa autodeterminação deve ser buscada mais ainda, já que significa a possibilidade de o povo indígena participar da construção democrática da República. Daí porque o índio enquanto cidadão merece uma seção inteira em nossa disciplina.

Agora, você deve se perguntar: ok, o índio, hipossuficiente, vulnerável, possui proteção constitucional, devendo ter sua cultura, seus costumes e suas terras preservados. Ora, mas não basta essa previsão abstrata. E aí, como efetivamente proteger esse grupo socialmente desamparado? Exatamente, meu amigo. Devemos fomentar a implementação de políticas públicas que tragam eficácia a essa proteção formal, garantindo sua inclusão social. Em outras palavras, essa inclusão passa necessariamente pela adoção de práticas governamentais e sociais que tragam o índio à cidadania, à participação social efetiva, enfim, que lhe permitam o gozo de uma vida social que ao mesmo tempo lhe preserve a cultura, mas que também lhe permita participar de maneira ativa em sua construção (da sociedade).



Exemplificando

Um belo exemplo de adoção de medidas inclusivas buscando garantir o índio enquanto cidadão são as cotas nas universidades públicas brasileiras. As políticas públicas de cotas de ingresso ao ensino superior são efetivamente um exemplo da tão importante **inclusão social do indígena**. São as chamadas ações afirmativas, que proporcionam ao índio, enquanto um ser humano socialmente excluído do universo acadêmico no cenário brasileiro, uma possibilidade, ainda que paliativa, de reparar os prejuízos decorrentes de séculos de abandono social.

Isso tudo é verdade. Agora, temos que definir o que é indígena. Não é uma tarefa fácil, já que se tem a informação histórica de que há um sem número de etnias indígenas, o que torna o critério étnico insuficiente, embora muito relevante. Assim, vamos propor uma saída de mestre, estilo “James Bond”, para não sofrermos com dificuldades, ok? Vamos tratar o índio cidadão de uma maneira genérica e abstrata no que interessa ao Direito, entendendo essa definição em seu sentido amplo, pegando carona no entendimento já consolidado pelo STF, certo? Isso nos será importante, e acaba nos deixando com uma conceituação pertinente para a evolução dos nossos estudos.

Então, veja! O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Pet. 3.338, sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, definiu que a proteção constitucional do indígena se aplica em benefício de todos

os indígenas, independentemente de se o sujeito já sofreu algum tipo de aculturação ou de inserção aos costumes cultuados pela sociedade não indígena. Basta que o sujeito se sinta e se entenda como índio, que é garantido pela proteção constitucional.



Pesquise mais

O julgamento em análise foi televisionado, como de praxe. Acontece que é um interessante exercício assisti-lo. Ele pode ser encontrado em diversos links, na página oficial do STF, no YouTube. **Pesquise mais** a partir do primeiro link. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B6kWgruDdSk>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Na mesma página, você terá acesso a diversos links sobre o julgamento.

Os povos indígenas, podem ser vistos como grupos étnicos que cultuam um estilo de vida diferente, que ostenta heranças culturais marcantes e peculiares que até hoje lhes imprimem uma certa diferenciação no comparativo com a totalidade da população não indígena. Eles se apresentam notadamente com desigualdade de chances se levarmos em conta os demais brasileiros. Os indígenas não possuem proteção de seus direitos enquanto brasileiros comuns no exercício da cidadania, e muito menos na condição de uma nítida minoria desprotegida (MATOS NETO; LAMARÃO NETO; SANTANA, 2012).



Assimile

E a que isso se deve? Mais uma vez, justamente pela dívida histórica de opressão aos costumes e à vida indígena que perpassou ao longo dos anos no Brasil. Então, podemos definir de maneira simples que o indígena é aquele sujeito que se reconhece como índio e que sofre de uma vulnerabilidade social e cultural forte em relação à sociedade não indígena. E é exatamente essa a razão pela qual merece a **inclusão social**.

Mas não é só, querido aluno. Não basta que o indígena seja incluído socialmente. Ele deve efetivamente ter **participação social**. Isso parece familiar a você? Exatamente, meu caro: estamos já no nosso segundo tópico da matéria. Vamos, então, aprender a necessidade de se garantir a participação social do índio.

Um real exercício de cidadania pressupõe uma real participação social. Por isso, o indígena conta, além da proteção constitucional, com a Fundação Nacional do Índio (Funai), que visa justamente promover essa participação. É o chamado “órgão coordenador da política indigenista”, responsável por catapultar uma efetiva representatividade do índio na sociedade. Consoante podemos ver em seu próprio site, a Funai “[...] apoia o processo de participação dos povos indígenas com o objetivo de possibilitar a discussão dos seus direitos e garantias, como medidas de intervenção, de forma a impactar na realidade local nas comunidades indígenas, alterando e qualificando políticas públicas relacionadas a povos indígenas” (FUNAI, 2017, [s.p.])

Significa dizer que, além do regramento trazido pela Constituição Federal e da sabida necessidade de implementação de políticas públicas inclusivas, o índio conta com um órgão que zela especificamente por sua participação na criação dessas mesmas políticas públicas para a transformação de sua realidade. E isso por que, caro aluno? Exatamente: para que essas políticas públicas caminhem na mesma direção do interesse indígena, ceifando a possibilidade de serem tão somente realizadas medidas inócuas ou, num pior cenário, de cunho eleitoreiro, meramente decorativas. Por isso, tendo como foco a preservação de sua cultura e seus costumes, o indígena deve participar socialmente, por exemplo, na construção de políticas educacionais que contemplem um currículo interdisciplinar, multicultural, o qual lhe permita interagir com a sociedade não indígena na escola, sendo promovido um intercâmbio de experiências e a fruição do constitucional direito à educação. Da mesma sorte, deve participar de maneira ativa nas decisões que envolvam suas terras, expressamente protegidas pela CRFB, ainda que pertencentes à União.

Enfim, deve o índio possuir representação efetiva na construção dessas políticas públicas para que sua participação social não fique restrita ao mundo legal, mas encontre eco na realidade social. E, havendo essa participação, e optando o indígena, em viver sob os costumes da sociedade não indígena, mantendo, de igual sorte, sua cultura, certo é que ele deve ter para si consagrados todos os direitos sociais garantidos na sociedade civil organizada.



Imagine que Sepé Tiaraju, um descendente indígena homônimo do grande herói das guerras guaraníticas ocorridas entre 1750 e 1756, na atual região das Missões, Rio Grande do Sul, e que ainda cultua seus costumes com firme devoção, passa a, em nome de uma mais eficaz participação social indígena, trabalhar junto à Funai, em apoio. Para tanto, passa a perceber remuneração, com CTPS devidamente registrada. Passado o tempo de contribuição, tendo adimplido com todas as suas obrigações, e defendendo os interesses de seu povo acima de tudo, ciente de que, na cultura indígena, não há o instituto da aposentadoria. Poderia Sepé Tiaraju aposentar-se? Teria ele esse direito social?

O índio deve ser acolhido por intermédio de adoção de medidas inclusivas. Damesma sorte, deve ter representação ativa na construção de políticas públicas que lhe garantam efetiva participação social. Já sabemos disso. Agora parece que nos falta algo. Ora, não basta que se busquem todas essas situações protecionais em benefício do vulnerável povo indígena sem lhe garantir um eficiente exercício da cidadania. E daqui vamos justamente para nosso terceiro tópico: o exercício da cidadania pela comunidade indígena.

Já definimos o que é povo indígena para efeito de nosso estudo. Temos conhecimento de que esse povo deve ser incluído socialmente, com uma participação efetiva na construção democrática da sociedade. Mas sobre o exercício de cidadania? Precisamos, antes de tudo, definir o que é cidadania, correto? Vamos lá!

Cidadania é o mecanismo pelo qual o sujeito se torna ativo na construção da sociedade regada pelo Estado, se materializando como partícipe dessa mesma sociedade. É um princípio fundamental, insculpido no artigo 1º, inciso II, da CF. É a **cidadania** que permite ao sujeito/cidadão sentir-se e agir enquanto um membro que integra o Estado, já que aceita esse poder constituído como sujeito político, mas tem garantidos seus direitos em face do poder alcançado a esse mesmo Estado (SIQUEIRA JUNIOR, 2016). É, em palavras simples, a ideia de que eu, enquanto cidadão, possuo minhas garantias e liberdades individuais, sendo um sujeito ativo na construção desta mesma sociedade, que é regulada pelo Estado, mas que deve nos

respeitar enquanto sujeitos de direitos, já que todos nós (eu, você e a comunidade) outorgamos esse poder de regência social.

De posse desse conceito, e trazendo à tona tudo aquilo que já tivemos a oportunidade de aprender nesta mesma seção, já sabemos muito bem como deve funcionar o exercício da cidadania pelo índio. Perfeito: o indígena, enquanto cidadão, deve ser um sujeito ativo na construção da sociedade e que participa enquanto membro do Estado, mas que preserva suas garantias e liberdades, tendo, inclusive, a especial tutela constitucional de seus costumes, sua cultura e suas terras. É dizer: o **exercício da cidadania pelo índio** passa diretamente pelo respeito à sua cultura, mas também pela sua participação na construção das determinações do Estado enquanto ente político, assim reconhecido, e que, por sua vez, deve respeitar os direitos indígenas.

Só que esse mesmo Estado não pode, em nome de todo esse especial caráter protetivo que o índio detém atualmente, deixar, em alegado respeito aos costumes e à cultura indígena, que os membros desse povo possam cometer ou sofrer crimes sem qualquer controle. É certo que o povo indígena enquanto grupo social também vivencia muitos conflitos, os quais, razão ou outra, acabam descambando na violência. E aí, como fica a tutela desses episódios? Ora, é exatamente o tópico final desta nossa incursão. Outro aspecto bastante interessante e desafiador é justamente este conflito: os **crimes praticados pelo ou contra o povo indígena**; a necessidade de responsabilização penal do agente versus a necessidade de respeito à cultura indígena. Curioso? Temos certeza que sim. Sem rodeios, então, vamos explorar essa matéria.

O que se tem de complicação aqui é, basicamente, a questão da competência. Parece simples, não é mesmo? Ledo engano. O problema é o seguinte: o artigo 109, da CF, determina as hipóteses de competência da Justiça Federal. Nesse dispositivo, o inciso IV determina que é atribuição jurisdicional da Justiça Federal processar e julgar crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Tratamos de uma situação bastante aberta e que contempla os interesses indígenas. Já que a questão do índio é uma preocupação constitucional e, negavelmente, interesse da União. E temos também, em complemento mais pontual, o inciso

XI, que diz que cabe à mesma Justiça Federal julgar a disputa sobre direitos indígenas, o que remete diretamente ao comando do artigo 231, da CF, que define esses direitos indígenas.

Portanto, o leque de crimes de competência da Justiça Federal se abre e é extraído dos dispositivos citados, conforme já decidido pelo STF no Habeas Corpus nº 91.313, sob a relatoria da eminente Ministra Ellen Gracie, que calcificou a ideia de que não se resumem às hipóteses de conflitos sobre terras indígenas. Os demais casos são, portanto, de competência da Justiça Comum Estadual. E quais demais casos seriam esses? Todos os crimes comuns praticados pelo índio ou contra ele, desde que não versem sobre is direitos indígenas anteriormente ventilados.

Ficou claro? Vamos lá: se o crime foi cometido pelo ou contra o índio, mas levando em conta a disputa sobre direitos indígenas, a competência é da Justiça Federal. Se o índio cometeu um crime comum ou figurou como vítima, a competência recai sobre a Justiça Estadual. É o que se chama de crimes praticados pelo ou contra silvícola, que significa índio em estado selvagem. Bacana, não é? Nesse sentido, não basta que o indígena esteja envolvido no crime, é preciso que haja efetivamente interesse da União (como direito indígena) para atrair a competência para a Justiça Federal. Não bastasse a consolidada jurisprudência do STF, temos que saber também do enunciado da Súmula nº 140, do STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

Mas, dirimida a questão da competência, devemos sempre ter em mente que, muitas vezes, há situações nas quais ficamos diante de momentos tensos em relação aos costumes indígenas e aos considerados não indígenas. E também, para isso, é que temos toda essa preocupação constitucional e judiciosa no sentido de que os conflitos sejam sempre pacificados de maneira que se respeitem as garantias e as liberdades de todos, resguardada a autodeterminação e os costumes do povo índio. E isso é instigante de nossa matéria: percebemos que os assuntos vão se entrelaçando e formando uma concatenação lógica que, ao fim, objetiva a construção de uma sociedade justa. Compreendido? Certo que sim! Então, prosseguimos!



Também é muito importante que saibamos que o respeito à cultura indígena às vezes, se choca com valores que, na cultura não indígena, são muito caros. Claro exemplo é o infanticídio, visto como um gesto de amor pelo índio, e como desrespeito à vida pelo não índio. Como fica a questão? Pesquise mais nesta elucidativa reportagem do programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão.

Por fim, querido aluno, temos que também conhecer o outro importante instrumento normativo que regula a situação do indígena brasileiro. Falamos, agora, do Estatuto do Índio, dos idos anos setenta – 1973, para ser preciso –, e que traz algumas implicações importantes. Portanto, a Lei nº 6.001/1973 dispõe sobre o Estatuto do Índio, sendo assim popularmente conhecida. É uma lei que traz uma série de princípios e conceitos para moldar como deve se dar a relação da sociedade brasileira não indígena com os índios. Você deve saber que esse Estatuto, por ser anterior à CF, tem sua principal orientação trazida pelo já revogado Código Civil de 1916. E no que isso nos importa? É que ele ostenta uma espécie de ranço no sentido de tratar o índio enquanto um sujeito relativamente incapaz. Com a nova orientação advinda da promulgação da Constituição, o índio passou a ser visto como sujeito de direitos, que deve ter sua cultura amplamente preservada. Por isso, os dispositivos do Estatuto do Índio que forem contra as diretrizes constitucionais são ineficazes. Mas essa relação da sociedade brasileira não índia com a indígena contempla exatamente quais espécies de índios; ora, as três espécies, querido aluno: os povos indígenas isolados – que não têm relação qualquer com a sociedade não indígena, tampouco com outras tribos de índios. Estes são absolutamente incapazes. Os semi-integrados – que possuem alguma relação com a sociedade brasileira não índia; e os integrados – que vivem efetivamente na sociedade civil brasileira. E essa divisão é encontrada no próprio Estatuto. Podemos perceber claramente essa diferenciação que leva como binômio integração/capacidade civil. Viu só? É aquele resquício pré CF de 1988 de que falávamos há pouco.

E quando o índio isolado realiza um negócio jurídico com um cidadão estranho à tribo, ou seja, uma transação de compra e venda, aluguel, o que o Estatuto do Índio nos orienta? A lei diz que, inexistindo a participação de órgãos tutelares competentes:

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. (BRASIL, 1973, [s.p.]).

Mas o Estatuto da Pessoa com Deficiência não se aplica ao caso? Não! O próprio Código Civil exclui seus efeitos em relação aos indígenas, veja (BRASIL, 2002, [s.p.])

Art. 4º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (NR).

E além de tratar dessa situação da capacidade do índio na sua relação com a sociedade brasileira não indígena, esse Diploma legal traz uma importante disposição, em seu artigo 57, quando assegura que (BRASIL, 1973, [s.p.]):



Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Significa que, já nesse Estatuto, há previsão da permissão, em homenagem ao respeito dos costumes dos povos índios, de uma espécie de direito repressivo indígena, desde que respeitadas as restrições normativas e a manutenção do conteúdo essencial de cada princípio. Assim, havendo um conflito entre dois princípios - direito à cultura contra outro valor (propriedade, vida, liberdade) -, deve-se respeitar aquele cujo exercício não anule completamente o outro princípio em conflito.



Exemplificando

Suponhamos que um fazendeiro adquira um terreno que futuramente seja declarado como reserva indígena. Posteriormente, o Estado deverá desapropriar e indenizar o proprietário. O direito de propriedade do fazendeiro foi atingido, mas não foi anulado, já que ele poderá adquirir outras áreas com o mesmo valor.



Refleta

E se o conflito envolvesse a vida de um índio e o direito de preservação da cultura, qual dos dois deveria prevalecer? Será que a vida de uma pessoa morta tem volta? Pergunta meramente retórica, caro aluno!

Bacana, não é? Agora sabemos como funciona a relação da sociedade civil organizada brasileira com os povos indígenas.

Estamos, então, preparados para enfrentar os desafios que a vida, tanto profissional quanto acadêmica, nos proporcionará, de forma plena e satisfatória, com o consequente sucesso almejado. E isso por quê? Porque aquilo que não pode faltar está na ponta da língua, no sentido de sermos profissionais humanizados, mas, sobretudo, eficientes na luta pelo resguardo das minorias, pela proteção dos vulneráveis, pela inclusão de todos. Em resumo: estamos aptos para encarar a luta pela justiça. Eis, mais uma vez, a tremenda importância de nossa disciplina. Até aqui, foi um enorme prazer estar ao seu lado!

Sem medo de errar

Eis um momento efusivo, querido aluno! Vamos juntos construir e realizar o produto que nos fora pedido lá no início da seção, lembra-se? Para tanto, teremos que saber os direitos dos indígenas, o respeito aos seus costumes e a possibilidade de intervenção da sociedade não indígena nessas questões peculiares. Vamos, agora, resolver nossa situação-problema, e não se esqueça de que, ao final, ainda temos que entregar nosso produto! Sedento por esse conhecimento? Apostamos que sim!

Então, Ipojuca Tapajós e Potira tiveram seu filho sob os cuidados do Hospital São Pedro, no Rio de Janeiro. Acontece que, em decorrência de complicações no parto, o nascituro nasceu com graves sequelas, as quais são incontornáveis. Sabedor de que a cultura da tribo Tapajós determina o sacrifício da criança enquanto prova de amor, mas acreditando fazer um bem maior, qual seja o respeito à vida humana, o hospital não entregou o recém-nascido aos pais. Os indígenas, revoltados, foram encaminhados, por intermédio da Funai, ao seu escritório para saber quais são seus direitos. Agora, lhe cabe a confecção de um parecer sobre a situação fática-jurídica que se apresenta.

PARECER JURÍDICO

Solicitante: Funai; Ipojuca Tapajós e Potira

Temática: cultura indígena; direitos indígenas

Do relatório:

Trata-se de situação de fato atinente aos direitos dos indígenas. Em síntese, do parto levado a efeito pela equipe médica do Hospital São Pedro, nasceu o infante filho do cacique Ipojuca Tapajós e de sua esposa Potira. Acontece que a criança nasceu com sequelas graves, razão pela qual, na cultura do povo indígena, o sacrifício do menor seria uma medida de amor. Esta é a matriz fática que envolve o caso.

Do parecer técnico:

Vista e analisada a situação, temos que invocar o comando do artigo 231, caput, da CF, que assim reza: “São reconhecidos aos índios **sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições**, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (grifo nosso). A Carta Maior da República apregoa que são consagrados os direitos às crenças e aos costumes, no que nos

importa. Assim, **temos o conflito entre dois bens jurídicos bem definidos**: o direito à vida humana e o direito à própria cultura. E nesse confronto pontual, em que pese o comando específico do art. 231, da CF, nos parece claro que o direito à vida deve prevalecer. Portanto, o infanticídio cometido alegadamente em nome do amor, ainda que algo inerente à cultura da tribo Tapajós, não pode ser respeitado, pois o direito à vida é proeminente. Ainda, vale lembrar, a título de ilustração, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1057/2007, que se encontra aguardando apreciação do Senado Federal, que traz a seguinte ementa: “Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”; a seguinte explicação: “Projeto de Lei conhecido como ‘Lei Muwaji’, em homenagem a uma mãe da tribo dos suruwahs, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente”.

Logo, o ponto é sensível, porém deve prevalecer o direito à vida, sendo recomendável ao hospital não entregar a criança aos indígenas, em nome da preservação do bem maior em colidência com o bem menor.

É o parecer, com seus próprios fundamentos. Gostou da solução? Parece lógica. Ainda assim, pode não ser completamente pacífica. Como o direito é uma ciência argumentativa, a solução pode depender de circunstâncias eventualmente debatidas por cada parte. A beleza dessa ciência encontra-se justamente na arte de argumentar.

Gostou dessa desafiadora situação-problema? Que bom, agora você vai ficar ainda mais empolgado. Vamos finalmente entregar nosso produto, um relatório em que você, na condição de funcionário da Funai ajuda a solucionar aquele problema envolvendo o fazendeiro e o índio, vamos lá?

É importante destacar, inicialmente, que a legislação brasileira considera o índio completamente isolado como um indivíduo incapaz para a execução de negócios jurídicos na sociedade brasileira. Ocorre que a incapacidade não advém da Lei da Pessoa Deficiente, mas sim do Estatuto do Índio, que estabelece algumas

condições para que o indígena tenha permissão legal para efetuar transações de qualquer gênero com as pessoas não integrantes de tribos. Consequentemente, a Lei nº 6001/73 ainda dispõe que os negócios realizados pelo índio são nulos porque não geram efeito legal. Assim, por mais que as partes tenham anuído com a troca, o fazendeiro não poderia ter proposto esse negócio, já que uma das partes era incapaz e não estava assistido por um órgão tutelar competente. Portanto, tanto a espingarda quanto a lancha deverão ser devolvidas para os seus antigos proprietários, conforme dispõe o art. 8º, da Lei nº 6001/73.

Gostou da solução? Nas próximas seções, veremos problemas ainda mais desafiadores. Um grande abraço e até a Unidade 3!

Avançando na prática

Índio mata índio: e agora, quem poderá julgar?

Descrição da situação-problema

Ubiraci é um jovem da tribo indígena dos Pataxós. Em sua tribo vive a também jovem Pocahontas, uma bela índia, muito alegre e contente. Acontece que Ubiraci nutre um amor platônico por Pocahontas, sem nunca ter contado a ela o seu nobre sentimento. Mas, como era de se esperar, Pocahontas não ficaria sem pretendentes: Ubirajar, outro índio da mesma tribo, pede a bela índia em namoro, o que fora respondido positivamente. Até aí tudo bem, não fosse o ataque de fúria que tomou Ubiraci: o jovem rapaz não suportou ver sua amada com outro, pelo que, descontrolado, matou Ubirajar com seu arco e flecha. Nessa situação, não tendo qualquer relação com direitos indígenas, se tratando de um crime comum, portanto, foi devidamente apurado e remetido à Justiça Federal, por denúncia do MPF. Você, enquanto juiz federal, é instado a atuar no processo, para receber ou não a denúncia.

Resolução da situação-problema

Estamos diante de uma situação fático-jurídica, que enseja um conflito de competência. Isso porque você, enquanto juiz federal,

ao manusear o processo, percebeu que não incumbe à sua unidade jurisdicional receber a denúncia em tela. Portanto, você deve despachar suscitando, de ofício, conflito de competência.

Processo nº unificado CNJ: xxxyyy.

Vistos e analisados os autos.

Trata-se de crime comum de homicídio praticado por silvícola contra silvícola. Todavia, o fato não tem qualquer relação com direitos dos índios, assim designados na CRFB.

Em assim invocando o teor da Súmula nº 140, do STJ, assim como da jurisprudência já consolidada do STF, suscito, de ofício, conflito negativo de competência, declinando em favor da Justiça Comum Estadual. Portanto, com fulcro no artigo 113, do CPP, e seguintes, represento e determino pela remessa dos autos ao TRF para que diga do conflito suscitado.

Cumpra-se.

Diligências legais

Data, Local

Juiz Federal

Faça valer a pena

1. O índio possui um título e capítulo especial na Constituição da República Federativa do Brasil. Por ser um povo vulnerável socialmente, emana essa proteção constitucional, que tenciona sua inclusão e o respeito aos seus costumes e à sua cultura.

Considerando o enunciado e seus conhecimentos acerca da questão do índio, assinale a alternativa correta:

- a) É importante essa proteção constitucional no sentido de se preservar a autodeterminação do povo indígena. Autodeterminação é a capacidade de participar democraticamente da construção da sociedade.
- b) É importante essa proteção constitucional no sentido de se preservar a autodeterminação do povo indígena. Autodeterminação é a capacidade de poder se comportar como bem entender.
- c) Não é importante essa proteção constitucional no sentido de se preservar a autodeterminação do povo indígena. Autodeterminação é, portanto, um conceito que desinteressa ao estudioso do Direito.
- d) É inconstitucional essa proteção, eis que trata o índio como desigual. Por isso, acarreta o desrespeito à autodeterminação da sociedade branca e amarela.
- e) É importante essa proteção constitucional no sentido de se preservar a autodeterminação do povo indígena. Autodeterminação é a incapacidade de participar democraticamente da construção da sociedade, já que o índio não possui consciência para assim agir.

2. O índio deve ser visto sob a túnica do “índio cidadão”. Acontece que, para assim construirmos uma sociedade que o contempla como tal, é imprescindível conhecer o conceito de cidadania, o que pode até parecer, mas não é nada simples.

Com base em seus conhecimentos e no enunciado, assinale a alternativa correta:

- a) Cidadania é a faculdade que o sujeito tem de reconhecer ou não o Estado enquanto ente supremo.
- b) Cidadania é o meio pelo qual o sujeito reconhece o Estado enquanto ente supremo, abdicando de sua participação social, mas fazendo jus ao bem-estar social.
- c) Cidadania é o meio pelo qual o sujeito participa da construção da sociedade, deixando de reconhecer a entidade do Estado, brigando por suas garantias e liberdades.
- d) Cidadania é o meio pelo qual o sujeito participa da construção da sociedade, reconhecendo a entidade do Estado, mas dotado de garantias e liberdades.
- e) Cidadania é a capacidade que o sujeito tem de usufruir de seus direitos e garantias, independentemente da figura do Estado.

3. A Constituição Federal ostenta uma especial proteção ao indígena, visto como povo vulnerável em decorrência do processo de aculturação a que fora submetido ao longo do tempo no Brasil. Por isso, preocupou-se o

constituente em definir algumas competências jurisdicionais específicas no que concerne aos direitos dos índios. Considere que houve uma disputa entre uma multinacional exploradora de celulose, que buscava plantar eucalipto em uma localidade que se configura como terras indígenas, e a tribo, que se insurgia contra essa medida.

Tendo em vista os direitos do indígena e a especial proteção constitucional, assinale a alternativa correta acerca da competência para processar e julgar o caso concreto:

- a) No caso, há conflito sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Portanto, compete à Justiça Federal julgá-lo.
- b) No caso, há conflito sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Portanto, compete à Justiça Estadual julgá-lo.
- c) No caso, há conflito sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Portanto, compete ao primeiro juízo que tomar conhecimento do confronto, em nome da especial proteção do índio.
- d) No caso, há conflito sobre o componente predatório das plantações de eucalipto. Por ser uma questão ambiental, se refere ao índio, indiretamente. Assim, é de competência da Justiça Estadual.
- e) No caso, há conflito sobre o componente predatório das plantações de eucalipto. Por ser uma questão ambiental, se refere ao índio, indiretamente. Assim, é de competência da Justiça Federal.

Referências

ABGLT. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. **Manual de comunicação LGBT**. Disponível em: <<https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunica%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf>> Acesso em: 27 dez. 2017.

ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores**. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2017.

_____. **Estatuto do Índio**. Promulgado em 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Autora: Procuradoria Geral da República. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Autor: Governo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Guia de atuação do Ministério Público: pessoa com deficiência**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9767-guia-de-atuacao-do-ministerio-publico-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

COSTA RICA. **Convenção Americana sobre direitos humanos**. San José: Comissão Interamericana de direitos humanos, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 24 nov. 2017.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Palestra proferida no I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA. Goiânia, 2008. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 16 dez. 2017.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, Cesar Augusto de Castro; RACHID, Filipe Dias Xavier. A nova teoria das incapacidades. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 25., Brasília, 2015. **Anais...** Florianópolis: Conpedi, 2015.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/participacao-indigena-na-construcao-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

JUBILUT, Lílíana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo; MAGALHÃES, José Luiz (Coords.). **Direito à diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2

JUBILUT, Lílíana Lyra. **Direito à diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. **A efetiva aplicação do princípio da boa-fé pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bfdafe35424837ef>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

MATOS NETO, Antônio José de; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues (Orgs.). **Direitos humanos e democracia inclusiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (Coords). **Cidadania**: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000100012>. Acesso em: 31 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos**: liberdades públicas e cidadania. São Paulo: Saraiva, 2016.

STF. **A constituição e o supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1160&tipo=CJ&termo=37>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

STJ. 9 maio 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 16 dez. 2017.

WITTMANN, Luísa Tombini (Org.). **Ensino d(e) história indígena**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

Dos direitos materiais às crianças e aos adolescentes

Convite ao estudo

Olá, querido aluno! Vamos dar início a mais uma unidade do nosso estudo sobre Direito, Proteção e Inclusão Social. Nesta unidade que iniciamos agora vamos falar sobre os direitos, garantias, medidas protetivas e outros aspectos relativos à criança e ao adolescente. Nosso conteúdo é interdisciplinar, vamos passear pelo Direito Constitucional, pelo Direito Civil, Penal e Processual.

Estamos, desde o início do nosso material, falando sobre a proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, da inclusão desses grupos em nossa sociedade e da proteção ao princípio da igualdade. Nesta unidade não vai ser diferente, nosso enfoque continua o mesmo, porém, agora voltaremos o nosso olhar para as crianças e adolescentes, certo? Você vai entender porque eles, assim como os idosos, os índios, as pessoas com deficiência, os transgêneros, e outros, merecem uma proteção especial. Vai também conhecer a legislação específica que institui as medidas protetivas, e como esses indivíduos, em razão da sua pouca idade, são tratados perante o Direito Penal.

Nosso conteúdo se inicia com uma introdução ao sistema de proteção da criança e do adolescente, abordaremos alguns aspectos gerais da legislação especial, seus princípios norteadores, objetivos e principais direitos fundamentais a serem protegidos. Na sequência, falaremos sobre a política de atendimento à criança e ao adolescente, sobre a sua organização e objetivos, bem como conheceremos quais as medidas protetivas a eles destinadas. Na última seção desta

unidade, veremos como o Direito penal trata as crianças e os adolescentes. Aprenderemos o conceito de ato infracional e como ele é punido, assim, finalizaremos com o estudo das medidas socioeducativas.

Para tornar o nosso estudo mais dinâmico e realista, como de costume, vamos introduzir um pequeno contexto que nos acompanhará no decorrer desta unidade. Vamos conhecer a história da família Batista: o Sr. José Aparecido e D. Rosa se casaram em 1987 numa cerimônia simples, mas repleta de amigos e familiares. O casal lutou muito para conquistar seus objetivos e constituir uma família sólida, juntos tiveram três filhos. O primeiro se chama Mateus e tem 18 anos de idade. Menino trabalhador, Mateus conseguiu seu primeiro emprego como entregador de pizza. Em seguida, Mateus foi aprovado no concurso para guarda municipal de Belo Horizonte, era o orgulho da família.

O segundo filho, Diego, nasceu quatro anos depois de Mateus e hoje tem 14 anos de idade, Diego não gosta muito de compromisso, mas é um dos meninos mais populares no bairro. Apesar de novo, os antecedentes criminais de Diego envergonhariam qualquer adulto. Com 12 anos, por exemplo, Diego foi expulso da escola por portar drogas em sua mochila. Com 13 anos foi pego com munição e com 14 anos ainda vai sofrer um grande trauma em sua vida.

João é o mais novo, 11 anos de idade, e o mais introvertido. Não gosta muito de praticar atividades ao ar livre, não tem amigos: nem na escola e nem mesmo na vizinhança. João guarda uma recordação que nunca quis compartilhar com nenhuma outra pessoa. João precisa de ajuda.

Muito bem, aluno. Agora você conhece toda a família Batista. Durante esta unidade, nos defrontaremos com algumas situações envolvendo os jovens Mateus, Diego e João. Você, utilizando todos os conhecimentos adquiridos, deverá ajudá-los a resolver as situações em que se encontram.

Seção 3.1

Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte I

Diálogo aberto

Nesta primeira seção vamos entender porque as crianças e adolescentes merecem uma proteção especial, quais os seus principais direitos fundamentais e como eles são assegurados. Falaremos sobre o direito à vida e à saúde, quais as especificidades dele no que se refere à proteção do menor, do direito ao respeito e à dignidade, que é inerente a todo ser humano, mas merecendo especial atenção quando se trata de uma pessoa em fase de desenvolvimento e, ainda, do direito à convivência familiar e comunitária, fazendo relação com o dever dos pais, com ênfase nos desdobramentos práticos.

Como de costume, nosso estudo será feito a partir de uma situação-problema que você terá que resolver com base nos conhecimentos aqui adquiridos. Vamos conhecê-la?

Estamos no contexto da família Batista. Aqui vamos falar um pouco de Mateus, o filho mais velho do casal Batista, lembra? Logo que foi aprovado para o cargo de guarda municipal, Mateus casou-se com sua namorada, Jéssica, que havia conhecido ainda quando os dois estudavam no ensino fundamental. Jéssica logo engravidou de Mateus aguardando a chegada de um menino. Ocorre que no dia do nascimento de Giovani, Jéssica passou por uma séria dificuldade no parto. A equipe médica tentou salvar Jéssica, mas não foi possível, ela faleceu poucas horas depois de ter proporcionado o momento mais feliz para o casal. Mateus ficou transtornado. Parou de ir ao trabalho e entrou em grave depressão e começou a rejeitar a criança, que julgava ter sido a responsável pela morte da esposa. A família de Jéssica ficou preocupada com a situação e resolveu procurar um especialista. Aluno, você é um respeitado advogado e por isso foi consultado pela família de Jéssica acerca de quais providências podem ser tomadas para proteger os direitos

de Giovani. A família quer saber se Mateus possui alguma obrigação com a criança e, caso positivo, quais são elas?

Não pode faltar

Como vimos, nesta unidade falaremos sobre os direitos e a proteção das crianças e dos adolescentes. No âmbito internacional, o grande marco do reconhecimento da proteção aos direitos das crianças foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, celebrada pela ONU em 1959.

No nosso país, antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o sistema de proteção da criança e do adolescente restringia-se aos menores em situação de abandono ou estado de delinquência. Todavia, com os novos valores reconhecidos pela Constituição de 1988 e pelos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, passou-se a ter um sistema de **proteção integral da criança e do adolescente**. E o que isso significa? Quer dizer que todo e qualquer menor está abarcado pelo sistema especial de proteção, deixam de ser objeto apenas de uma política assistencial para serem titulares de direitos subjetivos.



Assimile

Quando se fala em proteção integral, refere-se àquela que abrange todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Assim sendo, de acordo com o princípio da proteção integral, a todas as crianças e aos adolescentes devem ser prestadas a assistência material, moral e jurídica (ELIAS, 2010).

Nesse sentido, o texto constitucional é muito claro, quando em seu art. 227 institui como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Visando implementar aquilo que o texto constitucional previu, foi então criado o conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual se funda em três importantes pilares: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, o reconhecimento de que estão em uma condição peculiar de desenvolvimento e, por isso, fazem jus a uma legislação especial, e o reconhecimento de que possuem prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.

E por que crianças e adolescentes merecem uma proteção especial? Ora, justamente por estarem em uma idade de desenvolvimento, além de gozarem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a criança e o adolescente são sujeitos de direito e precisam ter asseguradas condições a todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. É isso que preleciona o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Estamos falando de crianças e adolescentes, mas afinal, quem pode ser considerado como criança e como adolescente perante a lei? Esse questionamento é de crucial importância para o nosso estudo, aluno. Veja, apesar de parecer algo óbvio, a conceituação de criança e adolescente emerge da letra da lei, justamente para que não haja dúvidas sobre a sua condição, é, portanto, um conceito objetivo.



Assimile

De acordo com o art. 2º do Estatuto da Crianças e do Adolescente (Lei 8.069/90), consideram-se crianças as pessoas com idade inferior a 12 anos. Já os adolescentes são indivíduos com idade entre 12 a 18 anos.

A partir disso, pode-se concluir que a legislação especial de proteção à criança e ao adolescente aplica-se aos menores de 18 anos. Entretanto, o parágrafo único do art. 2º do Estatuto (BRASIL, 1990) prevê, em caráter excepcional, a possibilidade de aplicação do mesmo às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, nos casos expressamente previstos em lei.



No caso da emancipação, instituto jurídico pelo qual o menor adquire a maioridade civil por concessão dos pais, o adolescente ao ser emancipado perde a sua condição de adolescente, eis que se torna apto para realizar todos os atos da vida civil? Ou seja, deixa de fazer jus a proteção especial?

Aluno, é importante observar que a diferenciação entre criança e adolescente por faixa etária consta na lei nacional. O instrumento internacional destinado à proteção dos menores, a Declaração dos Direitos da Criança (UNICEF, [s.d.]), se refere de forma geral a todos os menores entre 0 e 18 anos, não fazendo essa distinção que a lei nacional faz.

Agora que você já sabe quem é considerado como criança e adolescente perante a lei brasileira, a quem o Estatuto da Criança e do Adolescente se aplica, e o porquê da existência de uma legislação especial, vamos então conhecer quais são os direitos fundamentais assegurados a esse grupo de pessoas e seus respectivos desdobramentos?

O art. 4º do ECA (BRASIL, 1990), reproduzindo a previsão constitucional constante no art. 227 (BRASIL, 1988) dispõe como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Percebe-se que, como todo e qualquer indivíduo, a criança e o adolescente têm direito à garantia de uma vida digna, no que se insere direitos fundamentais como educação, esporte, lazer, alimentação e outros. Todavia, a diferença entre a proteção desses direitos quando se trata de um adulto ou de uma criança/adolescente está na prioridade que estes últimos possuem. Como vimos, a própria letra da lei atesta a referida prioridade.

Mas, e o que ela significa na prática? Significa que as crianças e os adolescentes terão a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na

execução de políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude, conforme o parágrafo único do art. 4º do ECA (BRASIL, 1990).

O direito à vida e o direito à saúde, além da previsão constitucional constante no art. 196 (BRASIL, 1988), também possuem previsão expressa no ECA. O art. 7º do Estatuto (BRASIL, 1990), ao dispor sobre o direito à proteção à vida e à saúde, expõe que essa proteção deve ser feita através da efetivação de políticas sociais públicas que permitam o **nascimento e desenvolvimento** sadio e harmonioso da criança. Na sequência dos demais dispositivos, prevê uma série de direitos e medidas protetivas à gestante. O que você entende disso, aluno? Vamos pensar um pouquinho, não fique confuso.

Vimos mais acima que se define como criança toda pessoa natural com idade inferior a 12 anos, não foi? Então, por consequência desse conceito, os fetos ou nascituros também são considerados, para os efeitos da lei, como crianças, já que têm menos de 12 anos, certo? Então, a eles se aplicam os dispositivos da legislação de proteção especial. Sendo assim, a mulher gestante também terá, por consequência lógica, algumas garantias de tratamento à saúde previstas pela legislação especial de proteção à criança e ao adolescente, como reflexo da aplicação da mesma aos fetos e nascituros.

Em suma, o que se quer dizer é que a efetivação do direito à saúde e à vida da criança e do adolescente **começa** pelo atendimento e tratamento médico da gestante, pela garantia de uma gestação saudável através do monitoramento das condições do feto e da mãe, que é imprescindível para que haja um desenvolvimento saudável pós-parto. Aluno, o objetivo do sistema de proteção da criança e do adolescente é tutelar a garantia ao direito à vida e à saúde desde a sua concepção, por isso, nas normas especiais contidas no ECA encontram-se medidas protetivas à gestante.

Mas a proteção à saúde da criança e do adolescente não se esgota aí. Ele também se estende ao amparo psicossocial destinado aos pais, através do programa de planejamento familiar, por exemplo, que envolve prestações para a prevenção de gravidez indesejada até o tratamento para a concepção, regulamentado pela Lei 9.263/96. Aluno, a garantia do direito à saúde das crianças e dos adolescentes

envolve todas as medidas necessárias para garantir não apenas a sua integridade física e mental, mas também a de seus pais e a qualidade do ambiente familiar em que vive, indispensável para o completo e saudável desenvolvimento do menor. Portanto, a proteção do direito à saúde da criança e do adolescente não se limita a mera prestação de um serviço médico-hospitalar, como vimos, vai muito além.

Nesse sentido, o art. 227, §1º da Constituição Federal determina que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo a preceitos como a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; e a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Além dessa previsão constitucional, o ECA em seu art. 11 (BRASIL, 1990) também assegura às crianças e aos adolescentes o **acesso integral** às linhas de saúde, as quais serão prestadas pelo Sistema Único de Saúde, observado o princípio da igualdade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. O estatuto ainda veda o tratamento discriminatório das crianças e adolescentes deficientes, garantindo o seu atendimento de saúde conforme suas necessidades gerais e específicas (art. 11, §1º). Da mesma forma que um adulto deficiente, conforme já estudamos em seção anterior, a criança deficiente também deve ser tratada com dignidade.

Institui também o dever do poder público de fornecer às crianças e adolescentes os medicamentos, próteses, órteses e tecnologias necessárias para o tratamento de saúde ou reabilitação (art. 11, §2º), e, nos casos de internação da criança ou adolescente, a obrigação de os estabelecimentos de atendimento à saúde proporcionarem todas as condições necessárias para a permanência integral de um dos pais ou responsável no acompanhamento do menor (art. 12). Também é obrigação dos estabelecimentos de prestação à

saúde, quando suspeitarem que a criança ou adolescente é vítima de maus tratos ou tratamento degradante, comunicar a situação ao Conselho Tutelar da localidade para que sejam tomadas as devidas providências (art. 13).

Aluno, seguindo na previsão específica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o ECA (art. 15) também menciona expressamente que são assegurados, com prioridade, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Ou seja, enfatiza a condição das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos subjetivos, não é mesmo?

Esses direitos se concretizam, como já vimos em outra oportunidade, através de políticas públicas voltadas à proteção da criança e do adolescente. Dentre elas, podemos destacar o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF, que é um programa de ação continuada desenvolvido pelo poder público, com o objetivo de realizar ações e serviços básicos continuados para famílias em situação de vulnerabilidade social, com o objetivo de fortalecer os vínculos familiares e comunitários, e prevenir a exposição do menor a situações de risco.

Sabemos que a liberdade, o respeito e a dignidade são direitos de todo ser humano. O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de reproduzir os direitos já assegurados pela própria Constituição, se preocupou em tentar explicitar no que consiste a liberdade, o respeito e a dignidade dos menores. A liberdade dos menores se subdivide em: liberdade física, que é aquela relacionada ao direito de ir e vir, de frequentar lugares públicos e espaços comunitários; liberdade de expressão e liberdade religiosa; liberdade de brincar e praticar esportes, liberdade de participar da vida política, ou seja, de exercer a sua cidadania (na forma da lei, somente os maiores de 16 anos têm direito ao voto); liberdade de participar da vida familiar e comunitária e liberdade de buscar auxílio, refúgio e orientação.

Entretanto, é imperioso destacar que a liberdade da criança e do adolescente encontra restrições e limites impostos pela própria lei, que se justificam exatamente pela sua condição de desenvolvimento e o diferem de um indivíduo adulto. Portanto, essa liberdade não é absoluta.



Exemplificando

Um exemplo clássico dessa limitação à liberdade das crianças e dos adolescentes está na impossibilidade de viajar sozinho ao exterior sem a autorização judicial. A autorização somente é dispensável quando o menor está acompanhado de ambos os pais, o acompanhamento de um deles, mas com a autorização expressa do outro. É o que o próprio ECA disciplina em seu art. 84.

Da mesma forma, quando se trata de questões relacionadas a cultura e lazer, encontram-se meios de limitação à liberdade da criança e adolescente. Claro, limitações legais, e fundadas no interesse do próprio menor, visando o seu desenvolvimento físico e mental de forma saudável. É por isso que o poder público, através do órgão competente, possui a incumbência de regular os espetáculos públicos, filmes, programas de televisão, e outros. Deve informar o conteúdo dos mesmos e a faixa etária para o qual é recomendado.



Pesquise mais

Sobre o assunto, o STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre a legalidade do ato de estabelecimento que proibiu a entrada de menor acompanhado dos pais em espetáculo de teatro considerado impróprio para a idade. Veja na íntegra alguns acórdãos proferidos pelo STJ e os argumentos utilizados, é uma discussão muito interessante!

Pesquise o acórdão do Recurso Especial 1072035/RJ, proferido pela Terceira Turma no dia 28/04/2009 e publicado no DJE no dia 04/08/2009; e o Recurso Especial 1209792/RJ, também da Terceira Turma, data do julgamento 08/11/2011 e publicado no DJE dia 28/03/2012. Ambos estão disponíveis no site do STJ.

Toda criança e adolescente tem direito ao respeito. Mas na prática, no que isso consiste? Quer dizer que o menor deve ter a sua integridade física, psíquica e moral preservadas, as mesmas são invioláveis. Isso abrange, por exemplo, a preservação da imagem do menor, da sua identidade. É em nome do direito ao respeito que o art. 143 do ECA

veda a divulgação de atos judiciais, policiais ou administrativos a que se atribua a autoria a um menor, da mesma forma veda notícias com divulgação de imagens, do nome, filiação, parentesco, residência e outros meios de identificação da criança ou adolescente. Essa vedação também se aplica aos casos em que a criança ou adolescente é vítima de crime que possa expor a sua honra.

O direito ao respeito possui intrínseca ligação com o direito à dignidade. A especificação desses direitos, no Estatuto, pretende deixar bem claro a vedação ao tratamento degradante ao menor, a sua coisificação, ao aproveitamento da sua condição de ser em desenvolvimento que o torna vulnerável. Em suma, a criança e o adolescente estão especialmente protegidos contra qualquer tipo de tratamento degradante, desumano, cruel, ou que cause malefício ao seu desenvolvimento, sendo um dever do Estado, das famílias e da sociedade em geral zelar pela sua proteção.

Outro ponto sensível dentro do universo dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes é o direito à convivência familiar e comunitária. A convivência familiar consiste então no direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (MACIEL, 2015).

O art. 19 do ECA institui expressamente o direito da criança e do adolescente de ser **criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes**.

Veja bem, querido aluno, quando o dispositivo se refere ao seio da sua família, está falando da sua família genitora, de sangue, o menor apenas será privado dessa convivência quando em seu ambiente tiver a presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. É o caso, por exemplo, de crianças que são filhas de pais toxicodependentes, essas crianças são retiradas do seio da sua família genitora, mas, não ficam em situação de abandono. Porém, apesar do disposto só fazer menção a essa situação, existem outras condições que poderão gerar a perda do poder familiar, e a retirada da criança do seio da sua família consanguínea, como o caso dos menores que são abandonados por seus pais.

Aluno, quando o menor está no seio familiar o pátrio poder é exercido pelos pais, ou por aquele responsável que detenha a sua guarda. Entretanto, é preciso atentar que esse poder familiar deve ser exercido em observância ao direito ao respeito e à dignidade do menor, como já vimos. Apesar do direito à convivência familiar garantir que o menor seja criado e educado no seio da sua família consanguínea, nos casos em que a dignidade da criança ou do adolescente estiver em risco algumas medidas deverão ser tomadas.

Em 2014, foi promulgada uma lei muito importante, a Lei 13.010/14, que ficou conhecida como “Lei Menino Bernardo” ou “Lei da palmada”. A mesma alterou a redação do art. 18 do ECA, e veio para alargar o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. Independentemente do fato de o menor estar sendo educado pela sua família consanguínea, por família substituta, ou em instituição de acolhimento, a vedação ao tratamento cruel e degradante permanece, e todas as pessoas que vierem a praticá-lo, sejam os pais, integrantes da família, ou qualquer pessoa responsável pelos cuidados com o menor, estarão sujeitas às penalidades previstas no art. 18-B do ECA.

Aluno, a promulgação da referida lei causa polêmica em nossa sociedade até os dias atuais. O tratamento cruel e degradante do menor, bem como o seu abandono, já eram considerados criminosos e prevista a sua respectiva penalidade pelo Estado antes mesmo da promulgação da “Lei Menino Bernardo”. A lei fala da proibição do castigo físico, a famosa “palmada”. O Estado pretende então proibir que os pais utilizem essa forma de educação aos seus filhos, teria ele esse poder de interferência na escolha dos pais? Punir esse tipo de conduta não seria punir o meio-termo utilizado pelos responsáveis na criação dos menores? Fica o questionamento.

Fato é que quando a convivência no seio da família genitora comprometer a integridade do menor ou o seu desenvolvimento saudável, compete ao poder público tomar as medidas necessárias para a proteção do menor. Assiste aos menores nessas condições uma série de direitos, de forma que não sejam privados de uma convivência familiar e comunitária, ainda que em família substituta ou em instituição de acolhimento, vamos conhecê-los?

Quando o menor está inserido em um programa de acolhimento familiar, deve haver a reavaliação da sua situação no máximo a cada seis meses, a fim de que a autoridade judiciária, baseada em relatório elaborado por equipe interdisciplinar, decida pela reintegração familiar do menor ou pela colocação em família substituta. A permanência do menor no programa de acolhimento não pode exceder o prazo de dois anos, salvo quando comprovada a necessidade e a medida atenda ao seu interesse, devendo a decisão ser fundamentada por autoridade judiciária. Além disso, a reintegração do menor ao seio familiar deve ser a medida preferencial em detrimento das outras.

O direito à convivência familiar garantido ao menor também abarca o dever dos pais, já que esses são os responsáveis pela criança e pelo adolescente, não é mesmo? É por isso que o Estatuto não é omissivo nesse ponto, e impõe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse do menor, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Tal previsão visa garantir que a criança não fique em situação de desamparo. Sustentar e garantir condição digna de vida ao menor, incluindo a sua educação, não é uma vontade dos pais, mas mais do que isso, uma obrigação legal. Ainda que os pais não desenvolvam afeto pelo menor, ou não tenham uma convivência próxima, a obrigação de sustento continua existindo, podendo inclusive ser cobrada judicialmente, como sabemos, através da ação de alimentos prevista no Direito Civil.



Refleta

Tendo em vista o direito à convivência familiar, os pais estão obrigados a dar afeto aos filhos menores? Como fica essa questão?

O Poder Judiciário vem julgando alguns casos sobre abandono afetivo e impondo a reparação civil, com base nos danos morais, dos pais ao menor. Você concorda? Reflita!

Além da convivência familiar, o menor também possui o direito à convivência comunitária, que nada mais é do que o direito à convivência em sociedade, na escola, nos locais que frequenta, convivência com os amigos, entre outros. As experiências vividas

pela criança e pelo adolescente fora do âmbito familiar também auxiliam no seu desenvolvimento físico e mental. As amizades e relacionamentos que ele desenvolve nessa fase da vida contribuem imensamente para a formação do seu ser, por isso o direito à convivência comunitária é tão importante.

Lógico que, assim como os demais direitos, como vimos no caso do direito à liberdade, a convivência comunitária também sofrerá algumas restrições, sempre levando em consideração o princípio basilar do sistema de proteção da criança e do adolescente: **a prevalência do interesse do menor**. Esse é o bem maior a ser resguardado e que deverá nortear toda e qualquer atuação que envolva crianças e adolescentes. O seu bem-estar deve ser colocado como prioridade.

Sem medo de errar

Você já possui conhecimentos suficientes para resolver a situação-problema proposta, aluno. Vamos a isso? Todo conhecimento deve ser colocado em prática, é para isso que estudamos, não é mesmo?

O jovem Mateus casou-se com sua namorada de infância Jéssica, a qual foi o grande amor de sua vida. O jovem casal estava muito feliz esperando um filho, porém por um infortúnio da vida, Jéssica veio a óbito durante o parto do filho Giovani. Mateus, como esperado, ficou muito abalado com o acontecimento. O problema é que seu abalo emocional começou a influenciar em sua relação com o menor, passando a rejeitá-lo, negar afeto e apoio financeiro à criança.

A situação emocional de Mateus é compreensível, o abalo sofrido pela morte precoce da esposa foi muito forte. Mas, não se engane, aluno, isso não pode ser motivo para que o pai se exima dos seus deveres para com seu filho.

O ECA, em seu art. 19, institui expressamente o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, o que abrange o seu pai. Logo, a convivência de Giovani com o pai é um direito assegurado pela lei. Ademais, Mateus, como pai, possui deveres, como o sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhe ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e

fazer cumprir as determinações judiciais, conforme preleciona o art. 22 do ECA.

Dessa forma, a família de Jéssica deve buscar que Mateus cumpra com o seu dever paterno, inclusive mediante ação judicial, se for o caso.

Avançando na prática

“Laranjinha” e os cinco irmãos

Descrição da situação-problema

Renato, mais conhecido como “Laranjinha”, é um menino de oito anos de idade que reside com sua mãe e mais cinco irmãos em um bairro muito pobre na cidade de São Paulo. “Laranjinha” é um menino doce e muito esperto, mas em razão das condições familiares teve que deixar de estudar para trabalhar, vendendo balas nos semáforos da cidade.

A mãe do menino, Rosilene, é uma jovem moça castigada pela vida e que, não vendo mais perspectivas em um futuro melhor, acabou se entregando para o vício das drogas. Rosilene é usuária e dependente de craque. Pelo uso contínuo do entorpecente, a mãe deixou de cuidar de “Laranjinha”, filho mais velho, e dos outros menores. As crianças estão vivendo em situação precária, sem alimento, sem estudo e sem uma moradia digna, seu único sustento vem das balas que “Laranjinha” vende.

Diante dessa situação, o que pode ser feito para garantir os direitos dos menores, filhos de Rosilene? Que tipo de ajuda “Laranjinha” pode buscar para si e seus irmãos?

Resolução da situação-problema

O art. 19 do ECA institui expressamente o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O dispositivo legal trata como prioridade a manutenção da

criança no seio da família consanguínea, desde que seja um ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Ora, no caso apresentado, a própria mãe é uma pessoa dependente de substâncias entorpecentes, e vem comprometendo o desenvolvimento saudável dos menores, lhes privando do direito a uma existência digna.

Os menores, "Laranjinha" e seus irmãos, têm direito a serem inseridos no programa de acolhimento familiar, de responsabilidade do poder público, para que a situação seja contornada. Eles deverão ser conduzidos a uma instituição de acolhimento, e deve ser prestado auxílio para que a família se recomponha. No prazo máximo de seis meses a situação deve ser reavaliada, para que a autoridade judiciária, com base no relatório feito por uma equipe interdisciplinar, diga se os menores têm condições de serem reinseridos no seio da família consanguínea e voltem ao convívio com a mãe, ou se serão encaminhados para uma família substituta.

Faça valer a pena

1. O Direito, Proteção e Inclusão Social é um ramo muito importante quando se fala na construção de uma sociedade justa. E, nesse sentido, superados os modelos de Estado que não privilegiavam os direitos fundamentais das pessoas, tivemos a consagração do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o respeito aos direitos fundamentais se consolidou. Acontece que as crianças igualmente eram desamparadas até esse momento.

Considerando o enunciado, a respeito dos direitos protetivos constitucionais das crianças, a partir da promulgação da CF de 1988 e da consolidação dos diplomas internacionais, é correto afirmar:

- a) Todas as crianças e adolescentes passaram a contar com um sistema de proteção integral.
- b) Todas as crianças e adolescentes passaram a contar com um sistema de proteção parcial.
- c) Somente as crianças vulneráveis passaram a contar com um sistema de proteção integral.
- d) Todas as crianças e adolescentes em condição de abandono passaram a contar com um sistema de proteção integral.
- e) Todos os adolescentes passaram a contar com um sistema de proteção parcial.

2. A criança e o adolescente encontram especial proteção constitucional no Brasil, por conta de sua natural posição de hipossuficiência. Não bastasse, no sentido de regulamentar e mais bem efetivar essa proteção, foram criados alguns mecanismos para tanto. O principal deles, a consagração do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A respeito do ECA, leia as assertivas abaixo e assinale a alternativa que contempla os pilares do Estatuto.

- a) A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos; condição peculiar de desenvolvimento; prioridade de tratamento aos menores em situação de abandono.
- b) A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos; condição peculiar de desenvolvimento; prioridade na preservação de direitos.
- c) A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos; condição peculiar de inferioridade humana; prioridade na preservação de direitos.
- d) A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos; condição peculiar de desenvolvimento; tratamento igualitário na preservação de direitos.
- e) A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos; condição peculiar de inferioridade; tratamento igualitário na preservação de direitos.

3. Quirino é uma criança cheia de sonhos e esperanças. Com apenas três anos, convive em um ambiente muito triste e que não lhe parece permitir um desenvolvimento sadio, já que seu pai agride sua mãe, seu irmão é contumaz usuário de drogas, e as condições de habitação são precárias.

Considerando que Quirino foi retirado do lar e entregue à criação junto a uma família substituta, e que sua família se encontra em tratamento por intermédio de programas sociais do governo, assinale a alternativa correta:

- a) A criação por família substituta no Brasil é proibida. É direito de Quirino ser criado por sua família biológica.
- b) Quirino vive uma situação excepcional. Por isso, pode ser criado pela família substituta, sendo-lhe preservada a convivência familiar.
- c) Quirino vive uma situação excepcional. Por isso, pode ser criado pela família substitutiva, sendo-lhe vedada a convivência familiar.
- d) Quirino vive uma situação infelizmente comum. Por isso, não pode ser criado pela família substitutiva, devendo ser criado pela família biológica.
- e) A criação por família substituta no Brasil é a regra quando a criança nasce em família de origem pobre. Por isso, Quirino deve ser criado pela família substituta.

Seção 3.2

Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte II

Diálogo aberto

Olá, aluno!

Vamos continuar falando sobre o sistema de proteção especial das crianças e adolescentes. Na seção anterior vimos alguns aspectos introdutórios, nesta vamos conhecer a política de atendimento e as medidas protetivas existentes em favor dos menores. Veremos quais os princípios norteadores da política de atendimento destinada aos menores, no que eles consistem e como são colocados em prática. Também aprenderemos o que são as chamadas medidas protetivas, por quem podem ser aplicadas e a que se destinam. E, como de costume, teremos uma situação-problema a ser resolvida, a qual nos ajudará a colocar em prática o nosso conteúdo.

Lembra que no início da nossa unidade conhecemos a família Batista, composta pelo casal e mais três filhos? Nesta seção, vamos falar sobre João, aquele filho que apresenta alguns problemas, recorda?

Em 2016, José Aparecido e Rosa Batista, pais de João, tiveram que se ausentar de casa por alguns dias. Chamaram um tio distante que estava disponível para cuidar das crianças. João, que na época contava com 10 anos de idade, tinha medo de escuro e pediu para dormir no mesmo quarto do tio. Em determinada hora da noite, João acordou e percebeu algo estranho, seu tio estava nu ao seu lado e o próprio menino já não estava mais vestido. João tentou sair do quarto, mas foi impedido pelo tio, que o fez jurar que tal episódio jamais seria compartilhado com qualquer outra pessoa. João guardou esse segredo e esse trauma. Alguns anos depois, resolveu falar com seus pais sobre o ocorrido. O que poderá ser feito para ajudar João com esse episódio traumatizante? Existe alguma medida protetiva no Estatuto da Criança e do Adolescente destinada a salvaguardar os menores que passam por essa situação

de abuso? A quem a família poderá recorrer? Quem poderá aplicar a medida protetiva, caso haja?

Não pode faltar

No conteúdo desta seção, como dito, vamos falar sobre a política de atendimento à criança e ao adolescente e as medidas protetivas. Ambas estão detalhadamente previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, vamos conhecê-las?

Como vimos na seção anterior, durante muito tempo o sistema de proteção a crianças e adolescentes restringia-se àqueles que se encontravam em situações específicas, como abandono, por exemplo. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade e o progressivo reconhecimento e fortalecimento dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, documento sobre direitos humanos mais aceito na história universal, que colocou a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e reconheceu a necessidade de uma proteção especial a eles, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, esse sistema evoluiu para a proteção integral da criança e do adolescente, o que implicou, por óbvio, em uma mudança na política de atendimento voltada para este fim: se antes ela se destinava apenas a uma parcela dos menores, hoje se destina a todos que se encontram na respectiva faixa etária.

Quando se fala em “política de atendimento” está se referindo ao conjunto de ações e programas que, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, visa a promoção do bem-estar coletivo, a administração dos recursos destinados ao fim específico, o atendimento das demandas que se enquadrem no objetivo pretendido, sejam elas de caráter geral ou específico, e todos os outros meios de auxílio na proteção de direitos fundamentais. Portanto, quando se fala na política de atendimento à criança e ao adolescente, refere-se aos meios pelos quais essa proteção especial se dá na prática.

A Constituição Federal, quando impõe, no art. 227 (BRASIL, 1988), à família, ao Estado e à sociedade o dever de assegurar uma série de direitos às crianças e aos adolescentes, também prevê, no §7º do mesmo artigo, que as ações governamentais de assistência social que visem o atendimento da criança e do adolescente deverão seguir as seguintes diretrizes: descentralização político-administrativa e participação da população.



Assimile

Em resumo, a política de atendimento à criança e ao adolescente é desenvolvida por todos os entes federativos: União, Estados e Municípios. Compete à União a coordenação e a elaboração de normas gerais, já a coordenação e a execução dos respectivos programas competem aos Estados e Municípios, bem como a entidades beneficentes e de assistência social. A população também poderá atuar, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Nesse sentido, corrobora o Estatuto da Criança e do Adolescente ao dispor (BRASIL, 1990, art. 86) que a política de atendimento dos menores será realizada através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, de todos os entes federativos. Portanto, aluno, ao dispor dessa forma, reforça o entendimento de que na política de atendimento à criança e ao adolescente deve-se ter uma cooperação entre Estados, União, Distrito Federal e Municípios, e da própria sociedade, vez que se admitem ações de iniciativa não governamental. Compreendido até aqui? Vamos prosseguir.

Bem, aprendemos que a política de atendimento é composta por um **conjunto articulado de ações**, e aí você se pergunta: ora, mas que ações são essas? Aluno, o legislador se preocupou em criar um rol mínimo, especificando quais as linhas de ação obrigatórias para a consecução do objetivo maior pretendido pelo ECA. Ou seja, elencou quais as ações que não podem faltar em nenhuma hipótese, elas são de caráter obrigatório. Entretanto, pode haver outras ações que não estejam previstas neste rol, apesar de amplo, desde que voltadas para o objetivo maior que é a proteção da criança e do adolescente.

As linhas de ação previstas pelo legislador estão dispostas no art. 87 do ECA (BRASIL, 1990). A doutrina, por sua vez, organiza essas linhas de ação especificadas pelo legislador em grupos. Um grupo composto pelas **políticas sociais básicas (inciso I do art. 87)**, aquelas de caráter universal a serem prestadas a todas as crianças e adolescentes, que visam a satisfação do mínimo necessário para que eles tenham uma existência digna, ligadas à efetivação dos direitos mais primários, como a saúde, educação, lazer, trabalho, habitação e outros. Um segundo grupo composto pelas **políticas de assistência social e proteção especial (incisos II, III e IV do art. 87)**, voltadas a todos os menores que estejam em estado de necessidade, seja por fatores econômicos ou outros, por exemplo, maus tratos e abandono. Um terceiro grupo englobando as **políticas de garantia (incisos V, VI e VII do art. 87)** que visam a proteção jurídica e social dos direitos fundamentais dos menores.

Aluno, essas linhas de ação possuem diretrizes bem traçadas. Além da descentralização político-administrativa e da participação popular que estão dispostas no art. 227, §7º da Constituição (BRASIL, 1988), o ECA (BRASIL, 1990), em seu art. 88, elenca algumas outras normas que devem guiar a política de atendimento às crianças e adolescentes, por exemplo, a **municipalização**, à qual passamos a dar especial enfoque.

Ao mesmo tempo em que a política de atendimento aos menores deve ser descentralizada, cabendo a sua efetivação a todos os entes federativos, também deve observar o princípio da municipalização, insculpido também no art. 204 da CF/88 (BRASIL, 1988), segundo o qual, deve ser dado maior poder e responsabilidade aos municípios para o desenvolvimento dos programas de proteção à criança e ao adolescente. Essa ampliação da atuação municipal é de suma importância no âmbito da proteção das crianças e dos adolescentes, pois possibilita uma atuação do poder público mais direcionada e condizente com a realidade local, mais próxima da população e das suas reais necessidades. O atendimento da criança e do adolescente não pode ser uniforme em todos os locais, vez que cada região possui uma realidade diferente.



Exemplificando

Por exemplo, em muitos municípios da região Norte do país, onde a agropecuária e o latifúndio são comuns, a exploração do trabalho

infantil é uma realidade muito presente, sendo necessária a atuação do poder público através de programas específicos para o combate e assistência a esses menores, realidade que já não é tão patente em municípios mais desenvolvidos e urbanos, como São Paulo. Entretanto, nesse município outra realidade muito forte é a dos menores com dependência de substâncias químicas. Logo, a política de atendimento não pode ser homogênea, já que as necessidades específicas são variáveis em cada região e os programas de apoio e assistência ao menor deverão corresponder a essas necessidades.

Por essa razão, aluno, em um país com a dimensão geográfica do Brasil, a municipalização do atendimento da criança e do adolescente fortalece a eficácia do seu sistema de proteção.

Mas tenha calma, aluno. Não tire nenhuma conclusão precipitada! A municipalização não acarreta dizer que o município é o único responsável em proporcionar o atendimento às crianças e adolescentes, ok? Em que pese ele ampliar o rol de responsabilidades do município, não o restringe. Muito pelo contrário, o próprio ECA (BRASIL, 1990), para que não restem dúvidas, trouxe a previsão da **responsabilidade primária e solidária do poder público**, segundo a qual a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes, salvo nos casos expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais. É o que dispõe o art. 100, parágrafo único, inciso III do Estatuto (BRASIL, 1990).



Pesquise mais

Aluno, em razão da nossa limitação de espaço, focamos aqui nos aspectos mais relevantes da política de atendimento à criança e ao adolescente. Entretanto, você não deve deixar de lado a leitura da letra da Lei para assimilar melhor o conteúdo, até mesmo porque evitamos aqui transcrever os dispositivos legais. Para que você complemente o seu conhecimento acerca das diretrizes da política de atendimento à criança e ao adolescente, das suas linhas de ação e seu funcionamento, leia o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) do art. 86 ao 97. Você deve buscar também ler os respectivos dispositivos em sua

versão comentada. Para isso, sugerimos a seguinte leitura: TAVARES, Patrícia Silveira; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Parte II: a rede de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.).

Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Dando continuidade ao nosso conteúdo, vamos agora falar sobre as medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Primeiro, é importante conhecermos o conceito para entender o que são essas medidas:



Assimile

As medidas protetivas nada mais são do que providências que visam salvaguardar qualquer criança e adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação (MACIEL, 2015, p. 723).

E quando essas medidas são aplicáveis? Ora, como se depreende do próprio conceito, serão aplicáveis sempre que se estiver diante de uma violação ou ameaça aos direitos das crianças e adolescentes. O art. 98 do ECA (BRASIL, 1990), nesse sentido, especifica que essa violação/ameaça pode ser ocasionada por diferentes fatores: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de conduta do próprio menor. Portanto, em todas essas hipóteses serão aplicáveis as medidas protetivas previstas no Estatuto.

Como e por quem as medidas protetivas devem ser aplicadas?

Medidas protetivas são aplicáveis pela autoridade competente, a qual poderá ser autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar, a depender da medida a ser aplicada. Quando aplicadas pelo Conselho Tutelar as medidas podem ser revistas pelo juiz, conforme previsão do art. 137 do ECA (BRASIL, 1990) e, quando não houver Conselho Tutelar instalado no local, a competência será exclusivamente da autoridade judiciária, conforme art. 262 do ECA (BRASIL, 1990).

A sua aplicação jamais pode ter conotação punitiva, pois não é este o seu objetivo, bem como, deve visar, na medida do possível, o fortalecimento do vínculo familiar e comunitário, evitando ao máximo o isolamento do menor e observando as suas necessidades pedagógicas.



A aplicação das medidas protetivas deve observar uma série de princípios inerentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Alguns deles já são nossos conhecidos, como a proteção integral, a responsabilidade primária e subsidiária do poder público, a condição do menor como sujeito de direitos e o princípio do melhor interesse. Porém, existem outros importantes princípios que você deve conhecer, para isso, faça uma leitura atenta do art. 100 do ECA.

Vamos conhecer quais são as medidas protetivas? Aluno, o ECA dispõe de um **rol exemplificativo** das medidas protetivas, o que significa que elas não se restringem à previsão legal do art. 101 (BRASIL, 1990), podem estar previstas em outros diplomas legais e outros dispositivos, devendo ser aplicadas com base nos mesmos princípios.

Antes de mais nada, é importante esclarecer que as medidas protetivas, quando compatíveis entre si, podem ser aplicadas concomitantemente, de acordo com o caso concreto e com sua necessidade para a proteção dos direitos do menor. Assim, em diversos casos você vai se deparar com a aplicação de mais de uma medida protetiva na busca pela efetiva proteção da criança ou adolescente, não estranhe, isso é comum e desejável. Portanto, pode-se dizer que o rol das medidas protetivas previsto no ECA, além de ser exemplificativo, admitindo outras medidas, também é cumulativo por força do art. 99 do mesmo diploma (BRASIL, 1990).

Agora, vamos saber quais medidas estão previstas no art. 101 do ECA (BRASIL, 1990) e no que elas consistem. A primeira medida prevista é a do "encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade", essa medida deve ser aplicada pelo Conselho Tutelar, de acordo com o art. 136, I do ECA, em situações em que, por exemplo, verifique que um menor está frequentando festas ou espetáculos impróprios para a sua faixa etária. Outra medida que também está prevista no art. 101, e pode ser aplicada de forma complementar à situação dada como exemplo, imaginando que o menor se recusa a cumprir as regras ou a obedecer seus pais, é a "orientação, apoio e acompanhamento temporário", essa medida também é aplicável pelo Conselho Tutelar e deve se dar no seio familiar.

Quando, por exemplo, o Conselho Tutelar verificar que por ato dos pais ou seu, o menor não está frequentando a escola, tendo em vista que a educação é um direito fundamental protegido pela Constituição e pelo Estatuto, deverá, de acordo com a previsão do art. 101, III do ECA (BRASIL, 1990), determinar a “matrícula e frequência obrigatória do menor em estabelecimento oficial de ensino fundamental”. Imagine que o Conselho Tutelar verifica que a ausência do menor na escola é decorrente do enfrentamento de uma grave crise familiar, poderá então, nessa ocasião, conjugar à medida anterior a “inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente”, prevista no inciso IV do art. 101 (BRASIL, 1990).

Uma situação, infelizmente, muito comum é a dos menores vítimas de abusos, violências ou qualquer outra situação degradante, que lhe causa traumas. Para isso, também existe medida protetiva. O Conselho Tutelar, verificada a necessidade de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico para garantir o direito à saúde do menor, deverá requisitá-lo, podendo o mesmo ser feito em regime hospitalar ou ambulatorial, conforme dispõe o art. 101, V (BRASIL, 1990). Nesse cenário, a autoridade competente pode concluir que a violência que o menor vem sofrendo e que está causando danos à sua saúde decorre do vício de um de seus responsáveis em substâncias tóxicas, e para isso, outras medidas protetivas deverão ser determinadas, a depender da gravidade e evolução da situação, como: a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; o encaminhamento do menor para instituição de acolhimento, a sua inclusão em programa de acolhimento familiar; e, a mais drástica de todas, a colocação em família substituta.



Refleta

Será que o Conselho Tutelar poderia destituir o poder familiar em decorrência de uma situação de perigo provocada pelos pais em relação aos seus filhos devido ao vício em substâncias psicoativas? Essa questão da competência do Conselho Tutelar é assunto para outra seção, tudo bem? Por enquanto, reflita sobre a gravidade dessa medida e qual seria o órgão mais adequado para restringir esse direito constitucional.

Caro aluno, todas as situações que elencamos aqui são exemplificativas, para que você compreenda as diversas realidades que podem ocorrer na prática e que cada uma delas ensinará a aplicação de uma, ou mais, medidas protetivas diferentes, de acordo com a necessidade no menor no caso concreto. Porém todas elas possuem traços em comum, que são justamente os princípios que as norteiam. Esses nunca podem ser perdidos de vista pelas autoridades competentes, sob pena do esvaziamento do Estatuto; da sua ineficácia.

Sem medo de errar

Muito bem, caro aluno. Chegou a hora da verdade, analisar a situação-problema e, através de todo o conhecimento adquirido até aqui, resolvê-la. Vamos lá?

Nosso problema envolve o trauma sofrido por João, uma criança indefesa que foi vítima de abuso sexual praticado pelo seu tio, que acabou lhe trazendo problemas psicológicos. Então, aluno, é incontestável que houve a violação de direitos básicos do menor. Diante dessa violação, você precisa responder: O que poderá ser feito para ajudar João com esse episódio traumatizante? Existe alguma medida protetiva no Estatuto da Criança e do Adolescente destinada a salvaguardar os menores que passam por essa situação de abuso? A quem a família poderá recorrer? Quem poderá aplicar a medida protetiva, caso haja?

Você aprendeu que existem diversas providências que visam salvaguardar qualquer criança e adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação, que são as chamadas medidas protetivas. Tais medidas possuem previsão legal no art. 101 do ECA (BRASIL, 1990), que contém um rol exemplificativo e cumulativo dessas providências.

As medidas protetivas podem ser determinadas pela autoridade judicial ou pelo Conselho Tutelar.

Dentre as medidas protetivas previstas no referido dispositivo está a requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, a ser feita pelo Conselho Tutelar. Dessa forma, verificado que João está sofrendo com graves consequências psicológicas da conduta

praticada por seu tio, deve ser requisitado o tratamento adequado ao seu problema, junto ao Conselho local, a fim de salvaguardar a sua saúde e integridade mental. Caso não haja Conselho instalado no local, deverá ser requisitada a própria autoridade judiciária, ao Juiz da Vara da Infância e Juventude.

O abuso sexual de menores, infelizmente, é uma prática recorrente. Mesmo nos casos em que ele não é praticado por um dos pais, mas por um parente que não reside com o menor, tem sido motivo apto a influenciar inclusive no direito de visita dos pais ao menor a fim de manter a criança o mais longe possível de qualquer contato com o possível agressor. Veja, nesse sentido, interessante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. TUTELA DE URGÊNCIA. SUPOSTO ABUSO SEXUAL DE MENOR POR PARTE DO AVÔ PATERNO. SUSPENSÃO DAS VISITAS DO PAI, COM QUEM MORA O PROGENITOR. DECLARAÇÕES DA CRIANÇA (7 ANOS) CONFIRMANDO O FATO. ACAUTELAMENTO NECESSÁRIO, AINDA QUE DUVIDOSO O ATO. VISITAÇÃO DO PAI, MEDIANTE SUPERVISÃO E FORA DE SUA RESIDÊNCIA, QUE NÃO ENCONTRA ÓBICES. MEDIDA RECOMENDÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

”

Apresentando o quadro inicial indícios de abuso sexual por parte do avô paterno à neta, ainda que duvidoso o ato, prudente, no caso, a modificação das visitas concedidas ao pai - que tem fortes vínculos com o progenitor, com quem mora - para que sejam feitas de forma supervisionada e longe da residência deste, evitando contato com o suposto agressor, mas mantendo o convívio paternal salutar.

(TJ-SC - AG: 466401 SC 2009.046640-1, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 19/03/2010, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n.2009.0466401, de Joinville. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8469910/agravo-de-instrumento-ag-466401-sc-2009046640->>. Acesso em: 8 jan. 2018.)

Portanto, aluno, tendo em vista que o rol do art. 101 do ECA não é um rol taxativo, e é, ainda, cumulativo, além do tratamento médico

que está previsto no ECA, diante da suposta situação de abuso, devem ser tomadas todas as medidas necessárias para a proteção do menor, a fim de mantê-lo em segurança e longe do agressor.

Avançando na prática

Bibi Irreverente

Descrição da situação-problema

Bianca, ou Bibi, como é conhecida na comunidade em que mora, é uma menina linda e sempre muito alegre, desde criança. Sempre apresentou um comportamento irreverente, gostando de quebrar regras. Quando criança, era muito sapeca, e vivia dando muitos sustos em seus pais, Leonor e Luís, um jovem casal que, por trabalhar o dia todo fora de casa, passava pouco tempo com a menina, que ficava na casa de vizinhos e amigos a maior parte do tempo.

Bibi cresceu e completou 15 anos. O seu comportamento irreverente só piorou e Bibi, que já se acha adulta, começou a frequentar festas na comunidade. Ocorre que essas festas são proibidas para menores de 18 anos, mas Bibi não se importa, ela gosta mesmo de transgredir as regras.

Certo dia, em uma das festas houve uma batida do Conselho Tutelar, e Bibi foi descoberta. Pediram a sua identidade e viram que ela ainda era menor de idade, logo não devia estar naquele ambiente sabidamente restrito.

Diante dessa situação, como deverá agir o Conselho Tutelar? Quais medidas devem ser adotadas?

Resolução da situação-problema

O Conselho Tutelar, a fim de proteger os direitos de Bibi, ao encontrá-la frequentando ambientes proibidos para a sua faixa etária, deve proceder o seu encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade. Ao analisar o histórico do seu comportamento e relação familiar, deve também, de forma complementar, proceder a orientação, apoio e acompanhamento temporário do menor e da família, com o objetivo de adequar o

comportamento de Bibi e instruir seus pais, para que a menor não se exponha mais a situações de risco.

Faça valer a pena

1. O Estado, a família e a sociedade têm o dever de garantir as necessidades das crianças e adolescentes, assegurando a proteção dos seus direitos fundamentais. Para isso, o ECA prevê uma série de medidas protetivas.

Sobre as medidas protetivas à criança e ao adolescente, assinale a alternativa correta:

- a) As medidas protetivas estão taxativamente previstas no art. 101 do ECA.
- b) As medidas protetivas podem ser aplicadas por qualquer pessoa que verifique a violação de direitos do menor.
- c) As medidas protetivas devem obedecer ao princípio do melhor interesse.
- d) As medidas protetivas devem ser aplicadas por uma autoridade judicial.
- e) As medidas protetivas são aplicáveis somente no caso de uma violação concreta de direito fundamental.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente, visando a proteção máxima dos direitos dos menores, se fundamenta em alguns princípios básicos, dentre os quais está o da **municipalização** e o da **responsabilidade primária e solidária do poder público**.

Sobre os referidos princípios, leia as assertivas abaixo e assinale a única alternativa correta:

- a) De acordo com o princípio da municipalização, o responsável pela proteção da criança e do adolescente é o município.
- b) Pelo princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público, entende-se que somente os entes públicos são responsáveis pela proteção das crianças e adolescentes.
- c) Pelo princípio da municipalização, entende-se que o município deve custear toda a política de atendimento das crianças e dos adolescentes.
- d) Segundo o princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público, a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes é de responsabilidade das três esferas do governo.

e) O princípio da municipalização acaba por excluir a aplicação do princípio da responsabilidade primária e subsidiária do poder público, devendo o município ser o único responsável.

3. Joãozinho é o filho mais novo de José e Maria. Seus pais trabalham nas ruas da cidade vendendo balas para poderem sustentar a família. Todos os filhos ajudam na venda, inclusive Joãozinho, que só tem 10 anos de idade. Em razão disso, Joãozinho não consegue frequentar a escola e parou de estudar.

Leia e analise o caso acima. Após, assinale a alternativa que contém a medida protetiva prevista no art. 101 do ECA para salvaguardar o direito à educação de Joãozinho:

- a) Inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente.
- b) Inclusão do menor em família substituta.
- c) Encaminhamento do menor para instituição de acolhimento, a sua inclusão em programa de acolhimento familiar.
- d) Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.
- e) Matrícula e frequência obrigatória do menor em estabelecimento oficial de ensino fundamental.

Seção 3.3

Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Parte III

Diálogo aberto

Olá, caro aluno! Estamos nos encaminhando para o final desta unidade, está gostando? Espero que sim! E, como não podia ser diferente, vamos fechar esse terceiro ciclo com chave de ouro: falando sobre a prática de ato infracional e as respectivas medidas socioeducativas. Curioso? Vamos então conhecer a Situação-problema desta seção, e fique atento desde já aos detalhes e questionamentos lançados, você deverá tê-los em mente durante todo o aprendizado para facilitar a resolução ao final, certo?

Vamos agora saber melhor o que aconteceu com Diego, o segundo filho do nosso casal Batista. Numa terça-feira à tarde, Diego e um amigo, Anderson, de 11 anos de idade, estavam andando pela cidade de Belo Horizonte quando avistaram uma blitz da polícia militar. Diego e Anderson decidiram correr da blitz, mas os policiais perceberam a movimentação e decidiram perseguir os dois rapazes. Quando finalmente os alcançaram, os policiais localizaram uma carteira com dinheiro, cartões e identidade de terceiros dentro da mochila que um dos dois portava. Ao serem indagados de quem pertencia essa carteira, eles disseram que tinham encontrado na rua. Mas ao averiguar a situação, os policiais descobriram que um jovem tinha sido roubado poucas horas antes justamente por dois adolescentes. Diego e Anderson foram encaminhados diretamente para a Central de Apreensão de adolescentes na capital, onde seriam ouvidos por policiais. Você, no papel de defensor público, foi designado para cuidar da defesa dos menores. Diante disso, precisa esclarecer aos menores os seguintes questionamentos: Adolescentes e crianças praticam crimes? Qual é a consequência jurídica sobre os atos praticados por indivíduos dessa faixa etária?

Não pode faltar

Vamos começar nosso conteúdo falando sobre ato infracional. Certamente você já deve ter ouvido falar ou até mesmo utilizado esse termo, não é mesmo? Mas o que ele significa? Seria uma espécie de crime?

De acordo com o art. 103 do ECA, o ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Ora, aluno, o ato infracional nada mais é do que uma conduta que se equipara ao crime ou à contravenção penal e cometida necessariamente por um menor adolescente.



Assimile

Dessa forma, o ato infracional é análogo ao crime, **mas não pode ser definido como tal**, eis que seus autores são inimputáveis.

Aqui, merece especial destaque o conceito de criança e adolescente, vamos relembrar? Criança, de acordo com a legislação brasileira, é todo menor de 12 anos e adolescente entre 12 e 18 anos incompletos. Sendo assim, uma vez que o adolescente completa 18 anos, adquire a maioridade penal, deixando então de fazer jus à proteção especial trazida pelo ECA, e já não se podendo mais falar em ato infracional, mas sim, delito/crime.

Aluno, a imputabilidade penal do menor de 18 anos possui previsão constitucional, no art. 228, e infraconstitucional, no art. 104 do ECA. Em razão dessa imputabilidade, o menor não pode ser punido penalmente, entretanto, a figura do ato infracional foi criada pelo legislador justamente para que o menor não deixe de receber a resposta do Estado pelo cometimento de conduta ilícita que atinja bens jurídicos de terceiros, mas ao mesmo tempo tenha preservados seus direitos fundamentais e a sua condição de pessoa em desenvolvimento. É por isso que se justifica o tratamento de matéria penal pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece um sistema diferenciado para a apuração da conduta ilícita cometida por menores.



Tema que está muito em voga nos últimos anos é o da redução da maioridade penal. Certamente você já deve ter ouvido algum tipo de discussão sobre isso, aluno. Agora que você já compreende quais os objetivos do sistema de proteção à criança e ao adolescente, tem conhecimento de que a imputabilidade penal do menor de 18 anos está prevista na Constituição, assim como outros direitos fundamentais dos menores, você acha adequado que os menores de 18 anos respondam de forma diferenciada pelos ilícitos penais cometidos?

Aspecto relevante nesse contexto é o momento em que deve ser verificada a idade do autor da conduta ilícita. Aluno, a apuração dessa condição sempre deve levar em conta **a idade do menor no momento em que praticou o ato ilícito**, independente do momento em que será punido. Se à época do fato faltava um mês (ou mesmo um dia) para o menor completar 18 anos, então ele estará sob a proteção especial e terá cometido um ato infracional.



Exemplificando

O art. 157 do Código Penal (BRASIL, 1940) descreve a conduta do roubo, da seguinte forma: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. E, para quem praticar tal conduta, a aplicação da pena de reclusão de 4 a 10 anos e multa.

Imagine que um jovem, prestes a completar dezoito anos pratica exatamente a conduta descrita no art. 157. Isto é plenamente possível, sabemos. Entretanto, apesar de tal conduta, sua respectiva penalidade está prevista no Código Penal, o fato não será considerado como crime, porque foi cometido por um inimputável, logo será um ato infracional, merecendo o tratamento da legislação especial.

Agora imagine que a mesma conduta, exatamente a mesma, é praticada por um jovem que recém-completou 18 anos, aí sim, estaremos diante de um crime, pois este jovem é penalmente imputável, devendo responder por seus atos na forma da legislação geral.

Portanto, aluno, o ato infracional deve ser, assim como um delito/crime, um fato típico, antijurídico e culpável. Correto? Porém,

apesar de terem estruturas semelhantes, eles são distintos, nunca os confunda.

A grande diferença de tratamento entre a conduta criminosa ou delituosa e o ato infracional está na sua punibilidade, percebe? Nas medidas que serão aplicadas ao autor do fato. Na primeira hipótese aplicam-se as penalidades descritas no Código Penal, e no segundo? Quais as medidas aplicadas ao menor que comete um ato infracional?

Antes de conhecermos essas medidas, é necessário fazer um esclarecimento. Você prestou atenção que fizemos referência ao conceito de criança e adolescente, não foi? Fizemos isso porque ambos podem cometer ato infracional, mas o tratamento dispensado será diferente. De acordo com o art. 105 do ECA, quando uma criança praticar um ato infracional, as medidas aplicáveis serão as medidas protetivas previstas no art. 101, aquelas que estudamos na seção passada! Entretanto, quando o ato infracional for praticado por um adolescente, as medidas aplicáveis serão outras, as chamadas medidas socioeducativas.

Antes de tratar das referidas medidas, o legislador se preocupou em definir expressamente alguns direitos invioláveis do menor, sobretudo em relação à privação de liberdade.



Assimile

A criança jamais poderá ser colocada em situação de privação de liberdade, em nenhuma hipótese. O adolescente também não deve ser privado da sua liberdade, salvo nas hipóteses de flagrante ato infracional ou mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial, conforme prevê o art. 106 do ECA.

Quando houver a apreensão de um adolescente, deve haver a comunicação imediata à família ou pessoa por ele indicada e à autoridade judiciária, com a respectiva informação do seu local de recolhimento, bem como a sua soltura deve ser priorizada, devendo o menor ser colocado em liberdade assim que possível (art. 107). Havendo a necessidade de internação preventiva de adolescente, antes da sentença determinando a aplicação de medida socioeducativa, a mesma só pode se dar pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias e mediante decisão fundamentada com a

demonstração de indícios suficientes de autoria e materialidade do fato, e da inarredável necessidade de internação (art. 108). Além disso, o adolescente que possuir a sua correta identificação civil não poderá ser submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada (art. 109). Esses direitos, quando da aplicação das medidas socioeducativas, jamais podem ser esquecidos.

Certo, então já sabemos que o ato infracional é uma conduta típica, antijurídica e culpável cometida por um menor. E quando esta conduta é praticada, qual a resposta do Estado? Exatamente isso que você está pensando, aluno: as medidas socioeducativas! Elas são a resposta do Estado à prática do ato infracional.

Em princípio, as medidas socioeducativas são instrumentos para educar o adolescente e responsabilizá-lo como estratégia pedagógica. São ainda um meio de defesa social, tanto no combate ao ato infracional praticado, como na promoção da educação do adolescente para que no futuro não venha a incorrer no mesmo erro. Os objetivos e a execução das medidas socioeducativas são regulamentados pela Lei nº 12.594/12, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), o qual é coordenado pela União e composto pelo conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvam a execução das medidas socioeducativas, pelos sistemas distritais, estaduais e municipais e todos os planos, programas e políticas específicas de atendimento ao adolescente que esteja em conflito com a lei.



Pesquise mais

Aluno, para aprofundar seus conhecimentos sobre as medidas socioeducativas é importante que você saiba como funciona o Sinase, por isso recomendamos a leitura da Lei 12.594/12.

A aplicação das medidas socioeducativas, além dos direitos fundamentais que devem ser preservados, como vimos acima, deve levar em consideração alguns critérios essenciais previstos no art. 112, §1º do ECA: a capacidade do adolescente de cumprir a medida, as circunstâncias e a gravidade da infração cometida. Ou seja, a medida socioeducativa deve ser proporcional ao ato praticado.

Além disso, assim como na aplicação das medidas protetivas, devem ser observadas as necessidades pedagógicas do menor, e ser dada preferência à medida que preze pelo fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, onde o legislador fixou uma penalidade correspondente para cada crime, no ECA não há uma previsão específica dos atos infracionais e das respectivas medidas socioeducativas correspondentes. Entretanto, apesar de não terem sido previamente fixadas pelo legislador, qualitativa ou quantitativamente em relação a cada fato, não poderá a autoridade judiciária, quando da respectiva aplicação, se afastar da aferição quanto aos critérios mencionados (MACIEL, 2015).

Você percebe então a importância desses princípios, caro aluno? São eles que irão balizar a escolha da medida socioeducativa a ser aplicada em cada caso concreto!

Muito bem. E quem deverá aplicá-las? Como já dito, as medidas socioeducativas só podem ser aplicadas por uma autoridade judicial. A autoridade competente para tanto é o Juiz da Vara da Infância e da Juventude. Ele é a autoridade competente para determinar a aplicação de uma medida socioeducativa quando comprovado o cometimento de ato infracional e houver provas suficientes da autoria e da materialidade da infração. Logo, o Conselho Tutelar e outras autoridades não podem aplicar tais medidas, veremos o porquê disso na próxima unidade.

Aluno, agora vamos conhecer quais são as medidas socioeducativas que tanto falamos? Elas estão previstas no art. 112 do ECA e são as seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Vamos conhecê-las melhor?

- A **advertência** é a medida mais branda, por isso, para a sua aplicação o legislador não exigiu a comprovação da autoria do ato infracional, somente da sua materialidade (art. 114, parágrafo único do ECA). Assim, havendo certeza da ocorrência do ato e indícios da sua autoria pelo menor, a advertência poderá ser aplicada pelo juiz. Ela consiste em uma censura verbal reduzida a termo, na prática, a uma “chamada de atenção”, a fim de alertar o menor sobre a sua conduta e de que não a repita, esclarecendo-o de que a prática

reiterada de atos infracionais será passível de outras sanções mais graves (art. 115 do ECA).

- A **obrigação de reparar o dano** só pode ser aplicada quando comprovada a autoria do ato, e quando a conduta do menor tiver resultado em um prejuízo material à vítima (art. 116). Nessa medida, em especial, deve ser observado o critério da capacidade do menor em cumpri-la, imagine que o dano material causado seja de um valor muito além daquilo que o menor pode arcar. Nessas situações, comprovada a impossibilidade da reparação, a medida poderá ser substituída por outra, sempre observando a proporcionalidade.

- A **prestação de serviços à comunidade** exige, da mesma forma, a comprovação da autoria e consiste na realização de trabalhos de interesse geral sem contraprestação pecuniária, ou seja, trabalho voluntário. Deve levar em consideração o horário escolar do menor, pois não pode prejudicá-lo, bem como não pode exceder ao prazo de seis meses (art. 117 do ECA).

- A **liberdade assistida** deve ser aplicada quando percebida a necessidade de o menor, devido ao seu comportamento, receber acompanhamento, auxílio e orientação de uma pessoa com idoneidade moral e capacidade técnica para tanto, a qual será designada pelo juiz para referida tarefa. É uma penalidade mais grave, eis que restringe a liberdade do menor, entretanto, o mantém no seu seio familiar. As atribuições do orientador, responsável pelo acompanhamento do menor incluem, por exemplo, a supervisão da frequência e do aproveitamento escolar do menor, promovendo, inclusive, sua matrícula, e a realização de diligências que propiciem a sua profissionalização e a sua inserção no mercado de trabalho (art. 119 do ECA). Deve ser fixada pelo prazo mínimo de seis meses.

- A **inserção em regime de semiliberdade**, por ter como consequência a privação de liberdade do menor, só pode ser aplicada mediante a observância do devido processo legal. Quando for considerada necessária sob o ponto de vista pedagógico e todos os outros critérios necessários a serem observados na aplicação das medidas socioeducativas, poderá ser aplicada desde o início, ou também como forma de transição para o regime aberto. A escolarização e a profissionalização do menor nesse regime são obrigatórias (art. 120, §1º do ECA), além disso, outras atividades externas podem ser realizadas, independente de autorização

judicial, o responsável pelo estabelecimento em que o menor está inserido deverá avaliar a conveniência das atividades. Destina-se ao cometimento de atos infracionais graves, ou a prática reiterada dos mesmos.

- A **internação em estabelecimento educacional** é a medida mais drástica e extrema, somente deve ser aplicada em último caso, quando o menor cometeu um ato infracional grave e apresenta sinais de perigo para a sociedade, justificando a sua reclusão. Obedece ao critério da excepcionalidade, pois só podem ser aplicadas nas hipóteses previstas no art. 122 do ECA “quando tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; quando houver reiteração no cometimento de outras infrações graves ou o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta” (BRASIL, 1990). É aconselhável a realização de um estudo multidisciplinar prévio à decisão pela internação do menor, para avaliar a sua real necessidade. Da mesma forma que a semiliberdade, por ser uma medida restritiva de liberdade só pode ser aplicada com a observância do devido processo legal. Deve observar também o critério da brevidade, sendo aplicada pelo menor tempo possível e devendo a sua manutenção ser reavaliada no máximo a cada seis meses e jamais exceder a três anos. Além disso, quando o menor completar 21 anos, a sua liberação será compulsória. Deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Como nenhuma medida socioeducativa tem caráter punitivo, durante o cumprimento da internação será obrigatória a realização de atividades pedagógicas a fim de educar e melhorar o comportamento do menor, cumprindo assim os preceitos estabelecidos pelo ECA. Admite-se a internação provisória, antes da prolação da sentença, pelo prazo máximo de 45 dias (art. 108 e 183 do ECA).



Pesquise mais

Aluno, existe uma interessante discussão sobre a aplicação da internação provisória quando da incidência dos incisos I e II do art. 122 do ECA. A jurisprudência não é uniforme no tratamento do assunto, é bom que você tenha conhecimento de posicionamentos antagônicos!

Sugerimos a leitura da decisão proferida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento do HC 2004.059.02495. E da decisão proferida pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento do HC 700008957904.

Aluno, por fim, é importante destacar que as medidas socioeducativas, assim como as medidas protetivas, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a previsão contida no art. 99 do ECA. Por óbvio, desde que erificada a possibilidade da cumulação. A medida de internação, por exemplo, dificilmente poderá ser cumulada com a prestação de serviço à comunidade.

Podem ser cumuladas também uma medida socioeducativa e uma medida protetiva, eis que de acordo com o art. 112, VII do ECA, ao cometimento de ato infracional também são aplicáveis quaisquer das medidas previstas no art. 101, I a VI.

Agora vamos à prática!

Sem medo de errar

Preparado para colocar seus conhecimentos em prática, aluno? Estamos com você nessa e vamos lhe ajudar a resolver o caso, ok?

Você foi designado como defensor público dos menores Diego e Anderson, de 11 anos de idade. Lhe informaram que eles estavam andando pela cidade de Belo Horizonte quando avistaram uma blitz da polícia militar e decidiram então correr da blitz, mas os policiais perceberam a movimentação e decidiram perseguir os dois rapazes e ao os alcançarem localizaram uma carteira cheia de dinheiro, cartões e identidade de terceiros dentro da mochila que um dos dois menores portava. Ao averiguar a situação, os policiais descobriram que um jovem tinha sido roubado poucas horas antes justamente por dois indivíduos e associaram os dois menores à autoria do ato danoso. Agora os dois querem saber de você o que pode acontecer com eles.

Você aprendeu nessa seção que os menores de 18 anos não cometem crime, mas sim ato infracional, pois são penalmente inimputáveis, conforme dispõe o art. 228 da Constituição Federal e o art. 104 do ECA. Por essa razão, a figura do infracional foi

criada pelo legislador, justamente para que o menor não deixe de receber um tratamento por parte do Estado pelo cometimento de conduta que atinja bens jurídicos. Ocorre que essa reação deve, ao mesmo tempo, visar a preservação de direitos fundamentais e a sua condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, ainda que inimputáveis, Diego e Anderson não estão isentos de sofrer a devida resposta do Estado pelos seus atos.

É importante observar que eles, por terem menos de 12 anos completos, são considerados pela lei brasileira como crianças, logo, a eles não pode ser aplicada nenhuma medida restritiva de liberdade, tampouco as chamadas medidas socioeducativas, as quais se destinam aos menores entre 12 e 18 anos incompletos. De acordo com o art. 105 do ECA, quando uma criança praticar um ato infracional, as medidas aplicáveis serão as medidas protetivas previstas no art. 101.

Sendo assim, Anderson e Diego sofrerão uma resposta do Estado, mas essa resposta não terá o caráter punitivo. Deverá observar as suas necessidades pedagógicas e primar pela manutenção do seu convívio familiar e comunitário, além de todos os outros direitos fundamentais previstos no ECA e na Constituição Federal.

Avançando na prática

O explosivo Mariano

Descrição da situação-problema

Mariano, desde muito novo, apresentava desvios no seu comportamento. Durante a infância foi expulso de diversas escolas por agredir seus coleguinhas, física e verbalmente. Seus pais fizeram de tudo para tentar melhorar seu comportamento, proporcionando-lhe o melhor estudo, tratamentos médicos e psicológicos. Mas de nada adiantou, a personalidade violenta de Mariano só piorou.

Após completar 15 anos, Mariano se envolveu em uma calorosa discussão com um colega. Enfurecido, Mariano partiu para a agressão física e esmurrou o colega até ele perder os sentidos, e poucos dias depois veio a óbito.

A família de Mariano, muito preocupada com as consequências da conduta do menor, lhe procura, como advogado, para esclarecer

o que pode ocorrer com o jovem. Quais medidas podem ser aplicadas? Quem irá aplicá-las? Mariano pode sofrer alguma medida restritiva de liberdade?

Resolução da situação-problema

São considerados inimputáveis os menores de 0 a 18 anos incompletos. A apuração dessa condição sempre deve levar em conta a idade do menor no momento em que praticou o ato ilícito, independente do momento em que será punido. No caso narrado, como Mariano possui 15 anos de idade, considerado pela lei como adolescente, está acobertado pela legislação especial, mais precisamente o ECA. Logo, Mariano, ao matar o seu colega, não cometeu um crime, mas sim um ato infracional grave e receberá a devida resposta do Estado.

Levando em consideração a idade do menor e a gravidade do ato praticado, deverá ser aplicada uma medida socioeducativa, a critério do juiz da Vara da Infância e Juventude que irá analisar o caso.

A escolha da medida a ser aplicada deverá observar todos os requisitos legais e os direitos fundamentais do menor. As medidas restritivas de liberdade, considerando que Mariano é maior de 12 anos, poderão ser excepcionalmente aplicadas, desde que observado o devido processo legal. Se necessário, ele poderá ser colocado em um regime de liberdade assistida, no qual receberá o acompanhamento, auxílio e orientação de uma pessoa com idoneidade moral e capacidade técnica para tanto, a qual será designada pelo juiz para referida tarefa, ou inserido em regime de semiliberdade se considerado necessário sob o ponto de vista pedagógico, ou, em caso extremo, poderá ser internado em estabelecimento educacional, se observadas as hipóteses previstas no art. 122 do ECA.

Faça valer a pena

1. Os menores de 18 (dezoito) anos são considerados penalmente inimputáveis. Tal consideração advém da previsão contida no artigo 228 da Constituição Federal e do artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suma, significa que o menor de 18 anos não pode ser punido criminalmente.

Sobre a medida dos atos ilícitos cometidos pelos menores de 18 anos, leia as assertivas abaixo e assinale a alternativa correta:

- a) Aos menores de 18 anos aplicam-se as sanções previstas no Código Penal.
- b) Aos menores de 18 anos não se aplica nenhuma sanção, pois são inimputáveis.
- c) A consequência jurídica dos atos infracionais praticados pelos menores de 18 anos está resguardada no ECA.
- d) Os menores de 18 anos, por serem inimputáveis, não praticam ato ilícito. Logo, não há sanção.
- e) Os crimes praticados pelos menores de 18 anos serão punidos na forma prevista no ECA.

2. As medidas socioeducativas são instrumentos para educar o adolescente e promover a sua responsabilização perante a sociedade, entretanto, como estratégia pedagógica e não punitiva. São, portanto, um meio de defesa social, tanto no combate ao ato infracional praticado, como na promoção da educação do adolescente para que no futuro não venha a incorrer no mesmo erro.

Sobre as medidas socioeducativas, leia as assertivas abaixo e assinale a alternativa correta:

- a) A aplicação da medida socioeducativa levará em consideração a capacidade do adolescente de cumprir a medida, as circunstâncias e a gravidade da infração cometida.
- b) A escolha da medida socioeducativa aplicável ao caso concreto será feita pelo representante do Conselho Tutelar.
- c) As medidas socioeducativas não podem ser aplicadas em conjunto com as medidas protetivas.
- d) As medidas socioeducativas podem ser aplicadas a qualquer menor entre 0 e 18 anos.
- e) As medidas socioeducativas restritivas de liberdade podem ser aplicadas em qualquer situação.

3. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recomendou ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) que regulamente e fiscalize o cumprimento dos ritos que devem preceder a internação de adolescentes em conflito com a lei. A sugestão consta em relatório produzido pelo Programa Justiça ao Jovem, do CNJ, sobre o sistema socioeducativo daquele Estado. O documento foi encaminhado às autoridades do Poder

Judiciário e Executivo na semana passada. Durante visitas às unidades de internação sul-mato-grossenses, em maio do ano passado, as equipes do CNJ verificaram a inexistência “de fluxo bem definido para as providências previstas no art. 175 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que dizem respeito à apresentação ao Ministério Público (MP) e ao Judiciário, pela autoridade policial, do adolescente apreendido em flagrante por ato infracional de natureza grave”.

Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58264-justica-ao-jovem-faz-sugestoes-ao-tjms>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

Sobre as medidas socioeducativas restritivas de liberdade referentes à internação, leia as assertivas abaixo e assinale a opção correta:

- a) O menor, quando internado, será proibido de realizar atividades externas.
- b) A internação deverá perdurar pelo tempo necessário, não existindo um prazo máximo para a execução da mesma.
- c) A restrição da liberdade do menor deverá sempre iniciar pelo regime semiaberto.
- d) O menor pode ser internado em estabelecimento prisional.
- e) A internação pode ser aplicada em caráter provisório.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Lei nº 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: 22 mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014**. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Agravo de instrumento: AG 466401 SC 2009.046640-1. 2010. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8469910/agravo-de-instrumento-ag-466401-sc-2009046640->>. Acesso em: 8

UNICEF. Convenção sobre os direitos da criança. [s.d.]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 8 jan. 2018.

Das garantias processuais às crianças e aos adolescentes

Convite ao estudo

Olá, querido aluno! Seja bem-vindo a mais uma unidade.

Com certeza, você já acumulou muitos conhecimentos novos até aqui, não foi mesmo? Mas ainda temos muito o que aprender, lembre-se: o aprendizado é um exercício contínuo. Então, vamos iniciar a última unidade da nossa disciplina com muito entusiasmo, combinado? Esse é o nosso pacto.

Esta nova unidade, assim como a anterior, está focada no estudo do sistema de proteção das crianças e adolescentes, mas nela veremos alguns aspectos mais específicos e práticos desse sistema. Iniciaremos, na primeira Seção, falando das garantias processuais que todos os menores possuem, aquelas garantias que devem ser observadas sempre que um menor está no polo passivo de um processo judicial. Conheceremos a estrutura, a competência e como se dá o funcionamento do Conselho Tutelar que tanto temos nos referido. Já na Segunda Seção, abordaremos todos os aspectos e particularidades do procedimento do ato infracional. Finalizaremos com a Terceira Seção, que tratará da parte recursal e dos crimes e infrações administrativas cometidas contra as crianças e os adolescentes.

Como de costume, em cada seção, você se deparará com uma situação-problema a ser resolvida através do conteúdo estudado, afinal, a teoria deve vir aliada à prática, não é mesmo? Isso facilita o seu aprendizado. Vamos, então, conhecer o contexto em que estamos inseridos nesta unidade? Fique atento!

Ricardo Bragança de Sá é um rico comerciante que vive na cidade de Salvador, Bahia. Pai viúvo, Ricardo criou seus filhos, Maurício Bragança de Sá e Renata Bragança de Sá, sozinho, já que a mãe das crianças faleceu durante o parto do filho mais novo, Maurício. Por essa razão, Maurício foi bastante mimado na infância. O fato de ter perdido a mãe tão cedo, fez com que Ricardo satisfizesse todos os desejos do caçula. Com 15 anos de idade, Maurício foi pego com uma organização que praticava atos análogos ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes sintéticas, existindo também uma acusação de prática de ato análogo ao porte de armas e homicídios na região. Ele foi apreendido pela polícia e encaminhado para a Vara da Infância e Juventude da comarca, onde também se encontravam a delegacia, o Ministério Público e a defensoria pública, todos especializados em atuação com crianças e adolescentes.

O desenrolar dessa história, você vai conhecer no decorrer das seções. Sei que você está curioso e ansioso para adquirir novos conhecimentos, por isso, vamos logo começar!

Bom trabalho!

Seção 4.1

Direitos fundamentais da criança e do adolescente – Parte IV

Diálogo aberto

Muito bem, aluno! Pronto para mais uma seção? Vai ser legal, lhe garanto!

Nessa primeira seção da última unidade, vamos conhecer quais as garantias processuais (isto é, aqueles direitos que devem ser observados no curso de um processo) assistem os menores. Essas garantias são muito importantes, adianto a você, sem elas, o processo (ou um ato específico) pode ser anulado, sabia? Sobretudo, naqueles processos que tratam da apuração de ato infracional com a cominação de medida socioeducativa restritiva da liberdade. Por isso, o conhecimento dessas garantias é essencial para a sua formação profissional, aluno; então, vamos aprendê-las. Vamos conhecer também a estrutura, a formação e a competência do famoso Conselho Tutelar, o qual já falamos aqui tantas vezes. Agora você vai conseguir compreender para que ele realmente serve. Vamos começar, então?

Mas antes, vamos conhecer a nossa situação-problema, lembrando que ao final você terá que encontrar a solução para ela, ok? Estamos falando de Maurício, filho de Ricardo Bragança de Sá, um rico comerciante que vive na cidade de Salvador, Bahia. Pai viúvo que criou sozinho seus filhos, Maurício Bragança de Sá e Renata Bragança de Sá, já que a mãe das crianças faleceu precocemente. Ao observar o sofrimento do caçula, Ricardo mimou o menino, acreditando que estava apenas garantindo a sua proteção. Com 15 anos de idade, Maurício foi pego com uma organização que praticava ato análogo ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes sintéticas, existindo também a acusação da prática de ato análogo ao porte de armas de fogo, bem como acusações de homicídios (análogos) na região, alguns desses atos cometidos há mais de três anos atrás. Foi apreendido pela polícia e encaminhado para a Vara da Infância e Juventude da comarca, onde também se encontravam o delegado, o

representante do Ministério Público e o membro do Conselho Tutelar, todos especializados na atuação com crianças e adolescentes.

Primeiramente, Maurício foi ouvido pela autoridade policial, que deixou de advertir o adolescente sobre o direito de ficar em silêncio e ser acompanhado por um advogado. Nesse sentido, a autoridade policial ofereceu ao adolescente a possibilidade de reduzir a pena, caso ele apresentasse uma confissão. Maurício acreditou na proposta e confessou ter praticado todas as infrações, inclusive as mais antigas. Com a confissão, o delegado encerrou a investigação e demais depoimentos, encaminhando os autos para o juiz manifestar-se.

Você, aluno, na condição de membro do Conselho Tutelar e, portanto, como representante da sociedade pela salvaguarda dos direitos do menor, ao presenciar essa situação, deve se questionar: Esse procedimento está correto? Se não, quais as consequências disso? Quais as garantias do menor?

Como você já sabe, nesta unidade, deverá ser entregue um produto final: um parecer ministerial sobre as garantias processuais dos menores e as consequências do seu descumprimento. Nesta seção, você analisará alguns aspectos relevantes para a elaboração do seu produto.

Vamos conferir a resposta mais adiante! Continue firme.

Não pode faltar

As garantias processuais asseguradas por lei às crianças e adolescentes devem ser observadas em todo o processo de apuração de ato infracional. Você certamente já ouviu falar muitas vezes sobre a garantia do devido processo legal, não é? Isso porque o **devido processo legal é uma garantia constitucional**, que deve ser assegurada a todo e qualquer indivíduo, conforme disciplina o art. 5º, LIV (BRASIL, 1988), ao determinar que ninguém será privado da sua liberdade sem o devido processo legal. Mas, o que isso significa? Boa pergunta!

A garantia constitucional do devido processo legal é o que assegura que todo e qualquer processo seja conduzido de acordo com a lei, que nenhum indivíduo será condenado por um processo que não esteja

dentro da legalidade. É o devido processo legal que fundamenta a obrigatoriedade de observância de todas as outras garantias processuais legalmente previstas, sendo algumas delas inclusive decorrentes dessa garantia maior. Compreendeu?



Assimile

No âmbito das garantias do processo, o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como **postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas**. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso, senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica. (Grifo nosso) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 565.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além de reproduzir a garantia do devido processo legal prevista na Constituição (Art. 110 do ECA), determinando que nenhum adolescente poderá ser privado da sua liberdade sem o respeito a essa garantia, também traz expressamente previstas (Art. 111 do ECA) outras garantias processuais dos menores. Se tais garantias previstas na legislação especial não forem observadas, será ferida a garantia constitucional contida no art. 5º, LIV; logo qualquer ato processual cometido em desconformidade com elas ensejará um vício sujeito à nulidade (ou anulabilidade), dependendo da gravidade da violação. Vamos então conhecer quais as garantias processuais especificamente contidas no ECA?

- **Pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional:** Ao adolescente, quando do início do processo, deve ser dada ciência de todos os fatos que lhe estão sendo atribuídos a autoria, para que possa melhor se defender. Dessa forma, a petição que inicia o processo de aplicação de medida socioeducativa deve conter a narrativa detalhada do ato que se pretende imputar ao adolescente, incluindo data e horário da sua ocorrência e demais circunstâncias fáticas. Além disso, alguns autores, como Roberto João

Elias, consideram necessário que seja feito o devido enquadramento legal do ato mediante a indicação do respectivo artigo do Código Penal, para que então possa ser vislumbrada a existência de um ato infracional. Vamos entender um pouco mais sobre?

Assim, conforme o inc. I, o adolescente deve saber do que está sendo acusado, para melhor se defender. Daí, a petição, que dá início à ação socioeducativa, deve se assemelhar à denúncia que dá início ao processo penal. Deve-se, portanto, descrever os fatos com todas as circunstâncias, data e horário em que ocorreram e, também, o dispositivo penal que foi infringido, pois, conforme o art. 112, é necessária a prática de ato infracional para que se aplique a medida socioeducativa, caso contrário, somente poderão ser aplicadas as medidas específicas de proteção do art. 101 do Estatuto. (ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 152.)

- **Igualdade na relação processual:** Ao adolescente deve ser assegurada a produção de todos os meios cabíveis de prova, deve ser-lhe disponibilizadas todas as espécies de prova admitidas pela lei, para que possua a sua ampla defesa garantida.
- **Defesa técnica por advogado:** Possui relação também com a garantia da igualdade processual supramencionada, eis que a defesa por advogado é um mecanismo que evita a desigualdade na relação processual. Por isso, a defesa técnica dos adolescentes nos processos de apuração de ato infracional é obrigatória. Importante destacar que devido à recente mudança no Estatuto da Ordem dos Advogados, essa defesa técnica não mais se limita a fase judicial, devendo, também, por força do art. 7º, inc. XXI, do referido estatuto, ser observada da fase de investigação ou inquérito policial (BRASIL, 1994).
- **Assistência judiciária gratuita e integral:** Quando o menor não tiver condições de constituir advogado particular, caberá ao juiz designar defensor público para representá-lo em juízo, tendo em vista a obrigatoriedade da defesa técnica.
- **Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente:** Garante ao adolescente a possibilidade

de se manifestar sempre que necessário para prestar esclarecimentos, bem como para o seu depoimento pessoal. Por autoridade competente entende-se não apenas o juiz, mas também o representante do Ministério Público e o Defensor Público.



Exemplificando

Imagine, por exemplo, que apurado o cometimento de ato infracional foi aplicada ao menor a medida socioeducativa de inserção em regime de semiliberdade, entretanto, tal medida foi descumprida reiteradamente pelo menor. Antes de ser aplicada uma medida mais gravosa, como a internação, o menor deve ser obrigatoriamente ouvido. Nesse sentido, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 265, com o seguinte teor **“É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa.”** (Súmula 265, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT6TEMA0>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

- **Direito de solicitar a presença dos pais ou responsável em qualquer fase do processo:** Essa garantia é essencial para a integridade psicológica do menor durante o processo, assegurando-lhe a presença e apoio dos seus responsáveis. Também pode ser utilizada para que eles prestem esclarecimentos durante o processo, quando necessário.

Aluno, você consegue perceber que todas essas garantias processuais visam garantir a legitimidade de uma restrição aos direitos individuais do adolescente, que, pela própria vulnerabilidade, merecem uma proteção especial? Elas foram expressamente elencadas pelo legislador justamente pela condição peculiar em que o menor se encontra, a de uma pessoa em desenvolvimento. Essas garantias processuais, portanto, fazem parte de todo o sistema de proteção à criança e ao adolescente, sendo mais um dos instrumentos de proteção e de defesa dos seus direitos previstos na legislação especial. Ademais, também é importante frisar que a maioria dessas garantias decorrem de preceitos constitucionais, logo, a sua violação direta acarreta a nulidade do processo.

Muito bem aluno, agora vamos à segunda parte do nosso conteúdo: o Conselho Tutelar. Já mencionamos ele algumas vezes, mas agora vamos aprender mais detalhadamente quais as suas funções, estrutura e funcionamento. Vamos lá?

O Conselho Tutelar é instituído pelo art. 131 do ECA, que o conceitua como um órgão permanente, autônomo e não jurisdicional, que tem por finalidade zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes. A **missão institucional** do Conselho Tutelar é, portanto, representar a sociedade na salvaguarda dos direitos das crianças e dos adolescentes, naquelas questões que demandem medidas de cunho não jurisdicional (MACIEL, 2015, p. 532).

Do conceito atribuído pelo legislador ao Conselho Tutelar, destacam-se **três características essenciais: permanência, autonomia e ausência de competência jurisdicional**. Da permanência, decorre a impossibilidade de extinção do órgão, ou seja, uma vez criado não será extinto, apenas renovados os membros que o compõem. Da autonomia, decorre a sua não subordinação a outro órgão do Poder Público, suas decisões são autossuficientes, submetidas apenas aos ditames legais. E da ausência de competência jurisdicional, decorre a limitação das suas ações somente a atos administrativos, eis que somente o Poder Judiciário possui competência para praticar atos jurisdicionais.

Aluno, apesar de a lei não falar expressamente de sua interpretação sistemática, se depreende que o Conselho Tutelar é um órgão colegiado, primeiramente pelo próprio termo “Conselho” e também por outras expressões utilizadas, como deliberações. Assim, todas as decisões tomadas pelo Conselho Tutelar devem ser resultado da manifestação de vontade da maioria ou unanimidade de seus membros (MACIEL, 2015).



Reflita

Por ser autônomo, os atos praticados pelo Conselho Tutelar se submetem à apreciação de legalidade pelo Poder Judiciário?

Agora que você já sabe o que é e quais as principais características do Conselho Tutelar, é importante se perguntar **como e por quem ele é criado**, não é mesmo? Essa resposta também está na letra da lei, mais precisamente no art. 134 do ECA, segundo o qual o Conselho Tutelar

será criado através de lei municipal de iniciativa do Poder Executivo local, a qual disporá sobre o local, dia e horário do seu funcionamento, bem como sobre a remuneração dos seus membros.

Em cada município, ou em cada região administrativa do Distrito Federal, deve haver pelo menos um Conselho Tutelar (Art. 132 do ECA). Ou seja, a existência do Conselho Tutelar é essencial, mas a quantidade de Conselhos existentes em cada município vai depender da realidade local.

E a **composição do Conselho Tutelar**, como se dá? Os membros do Conselho são escolhidos pela própria população, por isso que é um órgão que representa a sociedade. É composto por cinco membros, que terão mandatos de quatro anos, podendo ser reeleitos uma única vez por igual período (Art. 132 do ECA).

E **quem pode ser conselheiro?** Boa pergunta, aluno! Qualquer pessoa pode candidatar-se a membro do Conselho Tutelar de seu município, entretanto, para isso precisa preencher alguns pré-requisitos: reconhecimento de idoneidade moral, idade superior a 21 anos e residir no município. Esses são os requisitos necessários para que uma pessoa exerça a função de conselheiro membro do Conselho Tutelar, de acordo com o art. 133 do ECA. No entanto, o município pode estipular outros requisitos complementares através da lei que cria o Conselho Tutelar, tendo em vista a sua competência legislativa suplementar.



Pesquise mais

Aluno, a questão da comprovação da idoneidade moral do conselheiro Tutelar é um tema que levanta diversos questionamentos, uma vez que o legislador não estabeleceu critérios específicos para a sua aferição. Sobre o tema, Kátia Andrade Maciel traz interessantes apontamentos, inclusive com indicação de decisões de jurisprudências acerca do assunto. Por isso, recomendamos que você leia as páginas 547 a 550 da obra *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, de sua autoria. (MACIEL, Kátia Andrade. *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015)

Da mesma forma que o legislador previu os requisitos mínimos para o exercício da função de conselheiro, também previu as situações em que ela não poderá ser exercida, as quais estão dispostas no art. 140, o qual impede de servir no mesmo Conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhado, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado.

As atribuições do Conselho Tutelar, como já dito, limitam-se a atos administrativos, não podendo exercer atos jurisdicionais, próprios do Poder Judiciário. A maioria das atribuições do Conselho Tutelar estão dispostas no art. 136 do ECA, dentre as quais, uma das mais importantes é a aplicação das medidas específicas de proteção constantes do art. 101, I a VII, como já vimos anteriormente, lembra? É ele o órgão responsável também por promover o atendimento e o aconselhamento aos pais ou responsável, por meio da aplicação das medidas previstas no art. 129, I a VII. Além disso, é responsável pela execução das suas próprias decisões, podendo para isso requisitar os serviços públicos que se façam necessários, como: a prestação de atendimento médico e outros. Da mesma forma, quando verificar o descumprimento de suas decisões, deve informar ao Poder Judiciário, já que é ele que possui a competência jurisdicional; também deve promover o encaminhamento ao Ministério Público de notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente, ou, ainda, encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; dessa forma, toda vez que forem necessárias para a proteção dos direitos dos menores medidas que extrapolem a sua competência, deverá encaminhar a situação à autoridade competente. Possui ainda competências mais burocráticas, como a expedição de notificações, a solicitação de certidões de nascimentos ou óbito dos menores. Também é responsável, como representante da sociedade, pelo assessoramento do Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Nos casos de violação dos direitos previstos no art. 220, II da CF/88, é sua atribuição promover a devida representação, em nome do menor e da família. Deve, também, quando esgotadas as possibilidades de manutenção da criação e do adolescente junto à família natural, representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar.

Aqui você deve ter especial atenção, aluno, o Conselho Tutelar possui competência apenas para fazer a representação junto ao Ministério Público, mas só quem pode determinar a retirada do menor do seio familiar é o juiz da Vara da Infância e Juventude. Já aprendemos isso, está lembrado? Não se esqueça!

E, por fim, compete ao Conselho Tutelar a promoção e incentivo dentro da comunidade e de grupos profissionais de ações para a divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes.

Todas as funções desempenhadas pelo Conselho Tutelar são imprescindíveis para a proteção dos direitos da criança e do adolescente, não à toa, a lei explicita a necessidade da sua criação em todos os municípios.

Dito tudo isso, ainda resta uma pergunta a ser feita: como se determina a **competência** do Conselho Tutelar? O art. 138 do ECA determina que se aplica a mesma regra da competência do juiz da Infância e Juventude prevista no art. 147 do mesmo Estatuto. De acordo com tal regra, a competência será definida pelo domicílio dos pais ou responsável, na falta deles, pelo domicílio onde se encontra o menor. Excepcionalmente, nos casos de ato infracional, a competência será do órgão do local da ação ou omissão. Fácil, não é?

Pronto aluno, agora você já está craque e pronto para colocar em prática todos esses novos conhecimentos!

Sem medo de errar

Pronto para solucionar a questão? Vamos relembrar brevemente nossa situação- problema: Mauricio de Sá Bragança, 15 anos de idade, foi pego com uma organização criminosa que praticava tráfico internacional de substâncias entorpecentes sintéticas, existindo também a acusação da prática de porte de armas e homicídios na região. Foi apreendido pela polícia e encaminhado para a Vara da Infância e Juventude da comarca onde também se encontravam a delegacia, Ministério Público e defensoria pública, todos especializados na atuação com crianças e adolescentes. Lá, primeiramente, foi ouvido pela autoridade policial, que deixou

de advertir o adolescente sobre o direito de ficar em silêncio e ser acompanhado por um advogado. Nesse sentido, a autoridade policial ofereceu ao adolescente a possibilidade de reduzir a pena caso ele apresentasse uma confissão. Maurício acreditou na proposta e confessou ter praticado todas as infrações. Com a confissão, o delegado encerrou a investigação e demais depoimentos, encaminhando os autos para o juiz manifestar-se.

Muito bem, você, como membro do Conselho Tutelar, representando a sociedade na defesa dos direitos dos menores, já verificou que o procedimento adotado pelo delegado deve ser considerado nulo, não é mesmo? Isso porque ele feriu as garantias processuais que são asseguradas aos menores. O delegado induziu o adolescente a realizar uma confissão, suprimindo o seu direito de defesa.

Ademais, não o informou claramente sobre todos os atos que estavam sendo imputados a ele, nem o esclareceu sobre o seu direito constitucional de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si. Também violou a garantia da obrigatoriedade da defesa técnica, expressamente assegurada pelo art. 111, III do ECA, a qual, de acordo com a previsão do art. 7º, XXI do Estatuto da OAB, também se estende a fase investigação.

O menor também tem direito, de acordo com o art. 110, VI do ECA, de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento, o que também não foi permitido nem informado para ele.

Diante de todas essas violações, pode-se concluir que o procedimento não observou o devido processo legal, garantia constitucional. Logo, por violar a constituição, é considerado nulo.

Avançando na prática

A forma garante legitimidade

Descrição da situação-problema

Juninho foi abandonado por seus pais ainda criança. Foi criado no morro do Alemão, por uma tia, irmã do seu pai. Desde criança,

Juninho tem contato com o crime, mas sem nunca ter se envolvido efetivamente com ele.

Hoje, com 14 anos, Juninho tem muitos amigos traficantes. Acabou recebendo uma proposta de um deles para fazer o transporte de uma “mercadoria” e receber uma porcentagem da venda. Juninho não viu problema, e acabou fazendo o tráfico. Ocorre que Juninho foi pego pela polícia, respondeu ao processo por ato infracional e foi determinado pelo juiz da Vara da Infância e Juventude a aplicação da medida socioeducativa de inserção em regime de semiliberdade.

Entretanto, Juninho se revoltou, pois nunca teve a intenção de cometer um ato fora da lei. Resolveu então não cumprir a medida. Ciente do descumprimento, o Ministério Público informou ao Juízo e solicitou a regressão do regime. O juiz, diante da comprovação do descumprimento da medida socioeducativa, imediatamente determinou a internação de Juninho em estabelecimento educacional.

Você, analisando a conduta do juiz, deve se perguntar: a conduta do juiz está correta? Ele observou os ditames legais no momento de realizar a regressão da medida socioeducativa? Se não, como ele deveria ter agido?

Resolução da situação-problema

A regressão da medida socioeducativa pode ocorrer, entretanto, para isso, o menor deve ser obrigatoriamente ouvido. Essa obrigatoriedade decorre da garantia processual que lhe assegura o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já foi inclusive consolidada através da Súmula 265, que diz expressamente que **é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa**. Portanto, o juiz não observou uma **garantia processual**, o que acarreta nulidade ao processo.

Juninho, só poderia passar do regime de semiliberdade para o regime de internação após a sua oitiva perante as autoridades competentes, sem isso, o seu direito de defesa, a igualdade processual, a capacidade de produzir provas ficam prejudicadas, o que acarreta uma desobediência do devido processo legal.

Faça valer a pena

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de reproduzir a garantia do devido processo legal prevista na Constituição (Art. 110 do ECA), determinando que nenhum adolescente poderá ser privado da sua liberdade sem a sua observância, também traz expressamente previstas (Art. 111 ECA) outras garantias processuais dos menores.

Acerca das garantias processuais previstas no ECA, leia as assertivas a seguir e assinale a alternativa correta.

- a) A garantias processuais previstas no ECA se aplicam somente para os processos que não envolvam atos infracionais graves.
- b) Quando o menor oferecer resistência, as garantias processuais poderão, excepcionalmente, não ser aplicadas.
- c) O menor somente terá o direito de ser ouvido pessoalmente quando houver dúvida sobre a autoria do ato infracional.
- d) A obrigatoriedade da defesa técnica por advogado se aplica aos casos em que há a aplicação de medida socioeducativa restritiva de liberdade, nos demais, ela poderá ser dispensada.
- e) O direito à assistência judiciária gratuita integral outorga ao juiz o dever de designar defensor público para a defesa do menor toda vez que ele não tiver condições de constituir advogado particular.

2. O Conselho Tutelar é instituído pelo artigo 131 do Estatuto de Proteção da Criança e Adolescente. O legislador o conceituou como um órgão permanente, autônomo e não jurisdicional, que tem por finalidade zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes.

Sobre as principais características do Conselho Tutelar, leia as assertivas e assinale a alternativa correta.

- a) O fato de ser um órgão permanente, significa que uma vez criado não será extinto, apenas renovados os membros que o compõem.
- b) A autonomia do Conselho Tutelar é apenas orçamentária, todas as suas decisões dependem da aprovação do Poder Executivo Municipal ao qual está vinculado.
- c) O Conselho Tutelar, apesar de não ser um órgão jurisdicional, tem poder para decidir em definitivo conflito envolvendo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

- d) A permanência do Conselho Tutelar significa a sua imutabilidade, isto é, a sua composição só pode ser modificada através de lei municipal.
- e) O Conselho Tutelar é um órgão singular, as decisões podem ser tomadas por cada conselheiro, individualmente, ou, quando necessário, de forma colegiada.

3. O Conselho Tutelar é composto por cinco conselheiros, os quais são escolhidos pela própria população, por isso que é um órgão que representa a sociedade. Cada conselheiro terá mandato de quatro anos, podendo ser reeleito uma única vez por igual período (Art. 132 do ECA).

Sobre os requisitos para o exercício da função de membro do Conselho Tutelar, leia as assertivas e assinale a alternativa correta:

- a) Os requisitos para o exercício da função de conselheiro tutelar serão elaborados por cada município, de acordo com a realidade e necessidade local, através de lei municipal.
- b) O ECA estipula requisitos básicos para o exercício da função de conselheiro tutelar, podendo o município, se entender necessário, na lei de criação do Conselho, acrescentar outros.
- c) O requisito relativo idade é facultativo, utilizado apenas como critério de desempate nas eleições.
- d) A idoneidade moral do conselheiro não inclui atos da sua vida privada.
- e) Somente funcionários públicos ligados à administração local podem ser membros do Conselho Tutelar.

Seção 4.2

Direitos fundamentais da criança e do adolescente – Parte V

Diálogo aberto

Muito bem-vindo, querido aluno e aluna!

Aqui estamos nós, outra vez, prosseguindo em nossos estudos, para termos o domínio suficiente dos conhecimentos que enredam o estudo do Direito, Proteção e inclusão social, a fim de sermos profissionais capacitados para fazer a diferença na sociedade. Vamos lá!

Nesta seção, vamos dar seguimento ao estudo do procedimento da apuração do ato infracional. É algo de muita importância para nossa formação, por isso, devemos continuar com muita dedicação e atenção. Você verá que é uma matéria coesa, que carrega uma continuação lógica com o que estudamos até então, e nos dará suporte para conhecermos, após a última seção, o procedimento de maneira una e lógica. Está bem? Para tanto, temos que saber do nosso pano de fundo, ou seja, nosso contexto, que desdobra na situação que, ao final, teremos de resolver. Lembra-se de Maurício, o adolescente que nos acompanha ao longo desta unidade?

Pois bem, Maurício ficou internado durante todo o período em que esteve sob julgamento. Antes disso, contudo, Maurício foi ouvido numa audiência perante o Ministério Público, oportunidade em que seu pai também prestou alguns esclarecimentos. Nesse dia, Ricardo Bragança de Sá afirmou que Maurício sofria com problemas de desvio de padrão comportamental, sendo diagnosticado com síndrome de Borderline. Apesar dessa justificativa, o Ministério Público ofereceu a representação contra Maurício. Ato imediato, o magistrado recebeu a peça ministerial e marcou audiência para outubro de 2017 a fim de ouvir tão somente o menor infrator e seus responsáveis. Nessa audiência judicial, contudo, somente o advogado de Maurício acompanhou o adolescente. Findo esse ato, o juiz designou nova audiência três meses mais tarde, para ouvir as testemunhas e proferir o julgamento. Se você fosse advogado de

Maurício, quais vícios poderiam ser alegados durante a tramitação desse processo? O que poderia ser alegado para anular o ato? Esta e outras questões serão desenvolvidas aqui, e elas serão essenciais para elaborarmos o nosso produto já no final da unidade. Como você viu, vamos elaborar um parecer que exigirá de você o conhecimento de diversos conteúdos lecionados neste material. Não perca o foco! Vem comigo!

Não pode faltar

Vamos dar início a mais uma etapa do nosso conteúdo? Somando a tudo o que já aprendemos antes, agora vamos conhecer o procedimento do ato infracional, como se dá o processo de apuração e as suas etapas.



Assimile

O procedimento de apuração do ato infracional possui um rito próprio, diferente do rito processual penal comum, disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ele se divide em três fases: fase policial, fase de atuação do Ministério Público pré-processual e a fase judicial.

1. A primeira fase é a fase policial, a qual pode se iniciar de duas formas distintas

Casos de flagrante (Art. 172 e 173 ECA): verificado o flagrante do ato infracional, o menor será apreendido e encaminhado por qualquer cidadão, ou por autoridade policial, à sede policial especializada, para que seja lavrado o auto de apreensão, o qual também poderá ser substituído pelo boletim de ocorrência circunstanciado quando o ato não for praticado mediante violência ou grave ameaça. Já nos casos em que se verificar essa prática, deverá a autoridade policial proceder a lavratura do auto de apreensão mediante a oitiva das testemunhas e do menor, apreender os objetos utilizados no ato e requisitar os exames ou perícia necessária para a comprovação da autoria do ato (BRASIL, 1990).

Essas medidas são necessárias para garantir a proteção ao direito de defesa do menor, em observância às garantias processuais que aprendemos na seção passada, lembra? O menor não pode ser

apreendido sem essas medidas, nem sem a comprovação da autoria do fato que está sendo imputado a ele.

Casos em que não houver flagrante (Art. 171 ECA): Quando não houver o flagrante do ato, a fase policial se inicia com o registro da ocorrência, o qual pode ser realizado por qualquer cidadão. Nesses casos, a autoridade policial só poderá promover a apreensão do menor quando estiver com um mandado judicial que a determine (BRASIL, 1990).

Em todos os casos, quando a autoridade policial proceder a apreensão do adolescente, deverá imediatamente comunicar à autoridade judicial e encaminhar o menor até a Vara especializada (Art. 231, 106 e 107 ECA).

2. Fase de atuação do Ministério Público

Quando o menor for apreendido e um dos pais ou responsável comparecer à delegacia, o adolescente poderá ser imediatamente liberado mediante a assinatura de termo de compromisso e responsabilização por sua apresentação ao representante do Ministério Público no mesmo dia, ou, na impossibilidade, no dia seguinte, a menos que devido à gravidade do ato cometido seja recomendável que o menor permaneça sob internação. Uma vez apresentado ao representante do Ministério Público, ele procederá a **imediate e informal** oitiva do menor e, se possível, dos pais ou responsável, vítima e testemunha (Art. 179).



Reflita

O legislador se utilizou da palavra informal ao tratar da oitiva a ser realizada pelo Ministério Público. Muito bem, aluno, isso significa dizer que essa oitiva é facultativa, certo? Sendo assim, caso não haja a oitiva do menor antes das providências a serem adotadas pelo Ministério Público haveria a violação das garantias processuais que aprendemos na seção anterior? Reflita!

Caso não seja feita a apresentação do menor no prazo legal, o representante do Ministério Público procederá à notificação dos pais ou responsável para que apresente o menor, podendo inclusive requisitar o auxílio da polícia civil ou militar para que a notificação seja efetivada, tudo na forma do art. 179 do ECA (BRASIL, 1990).

Após o cumprimento do rito trazido pelo artigo em referência, com a apresentação do menor, deverá ser encaminhado pela autoridade policial o auto de apreensão para que o Ministério Público avalie a gravidade do ato e, de livre entendimento e convicção motivada, opte pelo **arquivamento dos autos**, pela **concessão da remissão** ou pela **representação ministerial para a aplicação de medida socioeducativa dirigida ao Juiz**. É exatamente esse o procedimento descrito pelo art. 180 do ECA que estabelece as providências que podem ser adotadas pelo Ministério Público nessa fase (BRASIL, 1990).

Mas veja bem, aluno, o Ministério Público não decide sozinho, necessita da homologação judicial, por isso se o membro do MP entender pelo **arquivamento do feito ou pela remissão** em benefício do menor, em termo fundamentado contendo o resumo dos fatos, **os autos deverão ser remetidos ao juízo para que proceda a homologação**. Assim, quando o Parquet (Ministério Público) concede a remissão e nela inclui a aplicação de medida socioeducativa para o adolescente, promove nos autos a sua opção em não representar, submetendo esse entendimento ao Poder Judiciário, que decidirá se o homologa, determinando, ou não, ao jovem o seu cumprimento (MACIEL, 2015).

Tendo o magistrado concordado com o entendimento do promotor de justiça, o feito é arquivado ou a remissão concedida. Discordando, o juiz remeterá os autos ao procurador-geral de Justiça do Estado para apreciação, mediante despacho fundamentado, que poderá reiterar a posição do promotor de piso, hipótese em que a representação inicial deve ser levada a efeito pelo juiz, ou, o PGJ discordando da posição do promotor, os autos são encaminhados para outro representante do MP no primeiro grau, à semelhança do que ocorre do processo penal.

Por outro lado, se o agente ministerial optar pelo prosseguimento do feito, deverá, por petição, descrever com brevidade os fatos, a classificação do ato praticado e o rol de testemunhas, se for o caso, de maneira independente de prova pré-constituída, representar pela instauração do procedimento para a aplicação de medida socioeducativa condizente com o ato praticado em desfavor do menor infrator. Esse procedimento, por sua vez, terá que ser **concluído em no máximo 45 dias**. Se assim proceder o MP, o juiz, recebendo o procedimento, designará audiência para

apresentação do adolescente, ocasião em que terá de decidir pela manutenção da internação ou não. Resguardado o teor normativo do art. 108 do ECA acerca do prazo máximo de 45 dias para a internação (BRASIL, 1990).

Aluno, ao mesmo tempo que o procedimento deve ser concluído em 45 dias, quando o menor estiver em regime de internação, deve-se destacar que não há a prescrição da aplicabilidade das medidas socioeducativas, ou seja, mesmo transcorrido tempo razoável do seu cometimento, o Estado ainda poderá aplicar as medidas necessárias. Isso porque não se trata de uma pretensão punitiva do Estado, não é mesmo? Recorda o que aprendemos sobre os objetivos das medidas socioeducativas? Pois é, justamente por elas terem esse objetivo, de proteção pedagógica do menor, não se pode falar em prescrição, eis que esses sempre serão deveres do Estado para com os menores sob a sua tutela.



Atenção

É imperioso ressaltar que as normas do processo penal se aplicam ao procedimento especial do ECA apenas subsidiariamente e naquilo que não lhes forem contrárias (Art. 152, ECA).

Como estamos vendo, as diferenças entre o rito comum penal e o rito especial para a apuração de ato infracional são significativas, por isso, não tente se utilizar da regra geral (BRASIL, 1990).

Como estamos vendo, as diferenças entre o rito comum penal e o rito especial para a apuração de ato infracional são significativas, por isso, não tente se utilizar da regra geral (BRASIL, 1990).



Exemplificando

Por exemplo, no processo penal, o Ministério Público nos casos de ação de iniciativa pública incondicionada, verificada a materialidade do fato e havendo prova suficiente da autoria é obrigado a oferecer denúncia, o que já não ocorre no procedimento de apuração de ato infracional, em que o órgão ministerial conta com uma prerrogativa de avaliar, levando em consideração o interesse social, qual o melhor caminho a ser adotado para a ressocialização do menor, podendo concluir pelo arquivamento ou remissão do procedimento, ainda

que presentes os elementos suficientes para a representação. Outra diferença relevante é a de que ao elaborar a petição de representação, o MP não está obrigado a indicar qual a medida socioeducativa que pretende ver aplicada ao final do processo, como ocorre no processo penal, em que ele deve indicar a pena. O art. 182, § 1º ECA (BRASIL, 1990), ao estabelecer os requisitos da representação não impôs essa obrigatoriedade, bem como facultou que ela seja feita oralmente.

3. Fase judicial

A fase judicial se inicia após o encaminhamento da representação feita pelo Ministério Público, caso opte por ela. Nos demais casos, de arquivamento e remissão, a atuação judicial será referente à homologação da decisão do MP, ou, em não concordando com ela, ao encaminhamento dos autos ao procurador-geral de Justiça.

Uma vez proposta a representação, cabe ao juiz analisar se ela preenche os requisitos do art. 182, § 1º do ECA, bem como se a conduta descrita corresponde a um ato infracional e se foi cometida por adolescente. Quando verificar o não preenchimento dos requisitos, de acordo com o entendimento jurisprudencial, o juiz poderá rejeitar a petição, extinguindo o processo sem resolução de mérito. Preenchidos todos os requisitos e recebida a representação, o juiz dará início a chamada **ação socioeducativa**. Se na representação houve pedido de internação provisória, o juiz decidirá sobre ele e designará data para realização da audiência de apresentação do menor, dando a devida ciência de tudo aos pais ou responsável (Art. 184 do ECA). Aqui aluno, necessário lembrar da garantia processual da obrigatoriedade de defesa técnica do menor, assim, o menor deverá estar acompanhado de advogado na audiência designada pelo juiz e caso não esteja, caberá ao juiz a nomeação de defensor público para representá-lo e a designação de nova data de audiência para que o menor compareça devidamente representado por profissional habilitado para fazer a sua defesa técnica.

Caso os pais ou responsável do menor não sejam localizados, ou quando houver qualquer conflito de interesses entre eles e o menor, o juiz deverá nomear um curador especial. No caso do próprio adolescente não ser localizado, o juiz poderá expedir mandado de busca e apreensão e suspender o feito até que o menor seja

localizado e possa comparecer à audiência de apresentação. Caso o adolescente esteja internado, da mesma forma, deverá ser notificado para comparecer à audiência, junto com seus pais ou responsável.

Veja, aluno, que o comparecimento do menor à audiência designada pelo juiz é condição imprescindível para o prosseguimento do feito, isso porque é nessa audiência que o juiz deverá colher o seu depoimento, e, como já aprendemos, a oitiva é um direito e garantia processual do menor, que lhe assegura a sua ampla defesa. Por isso, que essa etapa não pode ser deixada de lado em nenhuma circunstância.

Se após a oitiva do menor e responsáveis, o juiz verificar a necessidade, por exemplo, de uma avaliação médica do menor, poderá requisitar a opinião de um profissional qualificado, da mesma forma pode solicitar laudos técnicos e estudos psicológicos e sociais que entenda importantes para compreender a situação de cada caso, a fim de avaliar a estrutura familiar do menor e aplicar a medida socioeducativa compatível com os interesses do adolescente e adequada para a sua ressocialização e bem-estar.

Poderá também o juiz, durante o curso do processo, decidir pela remissão, se esse for o seu entendimento, desde que ouvido o representante do Ministério Público. Caso não opte por conceder a remissão ao menor, as próximas etapas dependerão da gravidade do caso e das provas a serem produzidas, como depoimentos de testemunhas, perícias, dentre outras. Caso as partes dispensem expressamente a produção de outras provas após a audiência de apresentação, o juiz poderá já proferir o julgamento, ou, se necessário, designar audiência de continuação.



Atenção

A desistência de produção probatória não é admitida quando a prova se resumir à confissão do adolescente, conforme entendimento da Súmula 342 do STJ (Súmula 342, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 581), ou seja, quando a única prova da autoria do ato for a confissão do adolescente, as partes não poderão desistir de outros meios probatórios, sobretudo o advogado responsável pela defesa do menor, sob pena de desrespeito às garantias processuais.

Se após a fase probatória restar comprovada a materialidade do ato e a sua autoria pelo menor, poderá o juiz aplicar qualquer uma das medidas socioeducativas que entenda adequada ao interesse do menor, observados os preceitos legais. Ou, no caso de ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 189 do ECA, não será aplicada nenhuma medida, havendo a imediata liberação do adolescente, inclusive se ele estiver em regime de internação preventiva (BRASIL, 1990).

Proferida a sentença, se aplicada medida socioeducativa restritiva de liberdade, tanto o adolescente (ou seus pais ou responsável) como o defensor deverão ser intimados. Já quando não for o caso de aplicação de uma medida restritiva de liberdade, bastará a intimação do defensor público ou advogado do menor. Assim se encerra a primeira fase da atuação judicial, a atuação do juiz singular em primeira instância. A fase recursal aprenderemos na próxima seção, combinado?

Antes de finalizarmos, é importante fazer referência a alguns aspectos gerais do procedimento do ato infracional, aluno. Lembra que aprendemos anteriormente que os atos judiciais, policiais e administrativos que envolvam a autoria por menores não podem ser divulgados? Pois é, por essa razão, o procedimento deverá tramitar em sigilo e sem a divulgação dos nomes do adolescente, pais ou endereço.

O procedimento de ato infracional também conta com prioridade de tramitação, tendo em vista a necessidade de uma resposta célere do Estado à conduta infracional, a fim de atender aos interesses do menor e proteger o seu desenvolvimento e bem-estar. Por isso, o próprio ECA, como já tivemos a oportunidade de ver anteriormente, estabeleceu um prazo máximo de 45 dias para a tramitação do procedimento quando o menor estiver internado provisoriamente (Art.183 c/c art. 108 do ECA). Da mesma forma, mesmo quando o adolescente estiver em liberdade, você pode observar que o legislador cuidou de prever medidas que tornem o processo mais célere que o procedimento comum, justamente pela necessidade de especial proteção ao menor (BRASIL, 1990).



Pesquise mais

Aluno, percorremos com eficiência todo o caminho do procedimento de apuração do ato infracional. Entretanto, é indispensável que você

faça uma leitura atenta dos dispositivos legais que tratam sobre assunto. Agora que você já tem conhecimento razoável, conseguirá compreender melhor a letra da lei e fazer a correta interpretação dela. A leitura da letra da lei é muito importante também para a fixação do conteúdo. Portanto, recomendamos uma leitura atenta, sempre destacando aqueles pontos essenciais, do art. 171 ao art. 189 do ECA (BRASIL, 1990). Bom trabalho!

E então, aluno? Gostou? Você deu mais um passo em direção à construção do seu futuro profissional, é aos poucos que vamos caminhando e consolidando nosso conhecimento. Parabéns! Continue sempre atento e não deixe de colocar em prática o que aprendeu até aqui.

Sem medo de errar

Vamos, lá, meu amigo e minha amiga!

Devemos agora, então, resolver a situação que nos fora proposta no início da seção. Maurício é um adolescente que esteve internado ao longo de todo o período em que foi alvo de julgamento. Antes disso, porém, Maurício foi ouvido numa audiência perante o Ministério Público, quando seu pai, o Sr. Bragança de Sá, também esclareceu alguns pontos. Nesse dia, Ricardo Bragança de Sá disse que Maurício sofria com problemas de desvio de padrão comportamental. Ele foi diagnosticado com síndrome de borderline. O Ministério Público não se satisfaz e ainda assim ofereceu a representação contra Maurício. Imediatamente, o magistrado recebeu a peça acusatória e designou audiência para outubro de 2017, a fim de ouvir tão somente o menor infrator e seus responsáveis. Nessa audiência judicial, entretanto, Maurício esteve acompanhado somente de seu advogado. Encerrada a solenidade, o juiz designou nova audiência, três meses depois, a fim de ouvir as testemunhas e julgar.

Primeiro, você, enquanto advogado de Maurício, deve alegar que, uma vez constada a síndrome de borderline, o adolescente poderia ter sido encaminhado a tratamento médico, ao invés de ser submetido a todo o procedimento para a apuração e julgamento pela prática do ato infracional.

Também, há vício, por excesso de prazo, eis que o rito de apuração de ato infracional, por natureza, consagra a celeridade, não podendo ultrapassar o prazo de 45 dias, conforme o teor do artigo 183, do ECA, o que, no caso concreto, foi desrespeitado de maneira robusta (BRASIL, 1990).

E mais, outro vício importante e flagrante é que Maurício esteve somente acompanhado do defensor, na ausência dos pais, portanto. Em verdade, conforme determina o ECA, o jovem deve obrigatoriamente ser acompanhado dos pais ou responsáveis legais. Nessa impossibilidade, deve ser nomeado curador especial que o represente, garantindo-se assim a celeridade, mas preservando os direitos individuais do adolescente, o que, da mesma sorte, não aconteceu.

São essas irregularidades ou vícios, caro aluno, que ocorreram no procedimento que apura eventual ato infracional praticado por Maurício. Viu só? O procedimento é lógico e coerente, desde que acompanhemos o conteúdo do ECA e os princípios constitucionais, sempre saberemos resolver as situações que nos forem postas.

Avançando na prática

O jovem promissor: um infrator ou uma vítima?

Descrição da situação-problema

Zequinha é um adolescente de 13 anos que possui um futuro muito promissor. Compõe as categorias de base do time de futebol Oriximingau Futebol Esporte, um clube patrocinado por uma indústria alimentícia, com especial aporte na produção leiteira. Ele vive em São José de Ribamar, uma cidade situada na região metropolitana de São Luís, no Maranhão.

Em uma das incursões de sua equipe, para a disputa de um campeonato sub-14 anos, em uma competição que ocorreria em São Paulo, capital, Zequinha, chegando lá, ficou deslumbrado, nunca havia visto algo tão grandioso.

Houve a estreia, e Zequinha foi o grande destaque: marcou três

gols. A repercussão foi tanta que Jonelsom, um grande empresário do futebol, convidou o adolescente para uma visita em seu apartamento. Lá, o pior aconteceu: Zequinha furtou muitas joias e objetos de pequeno porte. Mas o arrependimento bateu, e tão logo chegou no alojamento de seu time, Zequinha ligou para Jonelsom e devolveu aquilo que havia sido furtado. O garoto argumentou que, ao ver tanto luxo e riqueza, só pensou em ajudar sua família. Não satisfeito, Jonelsom chamou a polícia e o jovem foi apreendido. Após isso, você, enquanto promotor de Justiça, recebe o procedimento. Nessa situação, qual a solução que você poderia dar ao caso?

Resolução da situação-problema

Bem, antes de mais nada, você, enquanto representante do Ministério Público, deve verificar a legalidade do procedimento, desde a fase policial. Estando o rito devidamente obedecido, apresentado o menor com o auto de apreensão, você deverá definir se manifesta pelo arquivamento dos autos, pela concessão da remissão ou pela representação para a aplicação de medida socioeducativa dirigida ao Juiz, conforme o teor do art. 180 do ECA. No caso, verificando que não houve prejuízo, que o menor se arrependeu, confessou e devolveu o bem subtraído que ficou por pouco tempo fora do patrimônio de Jonelsom, seria mais razoável propor o arquivamento ou, no máximo, a remissão, a critério do promotor de Justiça, pela notada insignificância da conduta. Essa, aluno, seria a solução a ser dada ao caso de Zequinha.

Veja bem, são situações como essas que serão apresentadas a você na vida prática. Por isso, devemos desde já resolvê-las, para que tenhamos sucesso em nossa caminhada.

Faça valer a pena

1. Klebinho é um adolescente que leva uma vida não muito recomendável. Do abandono social, de uma família sem estrutura emocional, emprego, alimentação, partiu para a criminalidade que cercava seu bairro. Infelizmente, em uma abordagem policial, Klebinho foi pego, em flagrante, com dois parceiros na prática de um ato análogo a assalto com arma de fogo.

Considerando a história de Klebinho e os seus conhecimentos sobre o procedimento da apuração do ato infracional, indique a alternativa correta.

- a) Klebinho estava em flagrante prática de ato infracional, cometido mediante violência ou grave ameaça. Portanto, será apreendido pela autoridade policial, que lavrará o respectivo auto de apreensão.
- b) Klebinho estava em flagrante prática de ato infracional, cometido sem violência ou grave ameaça. Portanto, será apreendido pela autoridade policial, que lavrará o respectivo auto de apreensão.
- c) Klebinho estava em flagrante prática de ato infracional, cometido mediante violência ou grave ameaça. Portanto, será preso pela autoridade policial, que o recolherá à penitenciária local.
- d) Klebinho estava em flagrante prática de crime, cometido mediante violência ou grave ameaça. Portanto, será apreendido pela autoridade policial, que lavrará o respectivo auto de apreensão.
- e) Klebinho estava em flagrante prática de ilícito penal, cometido mediante violência ou grave ameaça. Portanto, será preso pela autoridade policial, que lavrará o respectivo auto de apreensão.

2. O procedimento do ato infracional é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Referido Diploma Legal protecionista prevê três fases para a sua realização. São elas: primeira, a fase policial; segunda, a fase de impulsão do Ministério Público; terceira, a fase judicial.

Considerando as três fases do procedimento do ato infracional e com base em seus conhecimentos, assinale a alternativa certa:

- a) Na segunda fase, recebido o auto de prisão pelo agente ministerial, este deverá manifestar-se pelo arquivamento, remissão ou representar pela aplicação de medida segregativa.
- b) Na segunda fase, recebido o auto de apreensão pelo agente ministerial, este deverá manifestar-se pelo arquivamento, remissão ou representar pela aplicação de medida socioeducativa.
- c) Na primeira fase, recebido o auto de prisão pelo agente ministerial, este deverá manifestar-se pelo arquivamento, remissão ou representar pela aplicação de medida socioeducativa.
- d) Na segunda fase, recebido o auto de apreensão pelo juiz, este deverá proceder ao arquivamento, remissão ou determinar a aplicação de medida socioeducativa.
- e) Na terceira fase, recebido o auto de apreensão pelo agente ministerial, este deverá manifestar-se pelo arquivamento, remissão ou representar pela aplicação de medida socioeducativa.

3. Sidney é um adolescente apreendido pela prática de ato infracional. Obedecendo ao procedimento de apuração dos atos infracionais, após a fase policial, o feito chegou ao representante do Ministério Público, que imediatamente ouviu o adolescente, na forma da lei. O Ministério Público, entretanto, compreendeu que não restou comprovada a autoria dos fatos pelo menor, logo, opinou pela desnecessidade de aplicação de medida socioeducativa, e se manifestou pelo arquivamento do procedimento.

Considerando a hipótese concreta, o juiz, ao receber a manifestação do Ministério Público, poderá:

- a) somente concordar com a representação fundamentada do MP e acatar o seu posicionamento.
- b) somente encaminhar os autos ao procurador-geral de Justiça do Estado, para que este fiscalize a atuação do promotor de primeiro grau.
- c) concordar e promover o arquivamento, discordar e encaminhar os autos ao procurador-geral de Justiça para análise.
- d) determinar o arquivamento, eis que o Ministério Público é a autoridade competente para determinar a aplicação da medida socioeducativa.
- e) concordar e arquivar o procedimento ou, em discordando, aplicar de imediato medida socioeducativa.

Seção 4.3

Direitos fundamentais da criança e do adolescente – Parte VI

Diálogo aberto

Na audiência de outubro de 2017, Maurício prestou depoimento pessoal ao Juiz da Vara da Infância e Juventude, responsável pelo seu processo, bem como foram ouvidas as testemunhas e produzidas todas as provas admitidas, seguindo os preceitos legais do procedimento de apuração do ato infracional. Entretanto, o juiz e o advogado de defesa do menor levantaram uma importante questão: alguns dos atos infracionais, que estavam sendo atribuídos autoria ao menor, ocorreram há alguns anos, pelo que foi alegada a prescrição da capacidade do Estado de aplicar medidas socioeducativas. Em audiência, foi feito um paralelo com a prescrição punitiva do Estado, que existe no direito penal.

Muito bem, aluno, nesta seção, você deverá entregar o seu produto, o qual consiste em um parecer sobre a prescrição da aplicabilidade das medidas socioeducativas. Você, nesse caso, deverá se colocar no papel de membro do Ministério Público, responsável pela proteção dos interesses do menor, e discorrer sobre o objetivo das medidas socioeducativas e, com isso, afastar qualquer hipótese de prescrição. Esse será o centro do seu parecer, analisar as medidas socioeducativas a partir do fim que elas perseguem!

Lembre-se de que o produto se trata de uma peça processual opinativa: você deve começar narrando a situação concreta em análise, após, deve apresentar a fundamentação jurídica para o caso e concluir, dando a sua opinião como promotor de Justiça.

Vamos lá? Estamos ansiosos pelo desfecho desta unidade. Vá com calma, você possui todo o conhecimento necessário para elaborar uma resposta de qualidade.

Não pode faltar

Aluno, vamos dar seguimento ao nosso aprendizado sobre o procedimento de apuração do ato infracional? Somando ao que aprendemos na seção passada, como dito, agora vamos conhecer quais os recursos cabíveis nesse procedimento especial, e como se processa a sua fase recursal.

O ECA determinou, na redação do art. 198, a aplicação do Código de Processo Civil aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, incluindo a execução das medidas socioeducativas, ou seja, a fase recursal do procedimento de apuração dos atos infracionais. Sendo assim, devemos recorrer às regras gerais do processo civil.



Pesquise mais

O Código de Processo Civil de 2015 trata dos recursos no Título II. Os artigos 994 ao 1.008 traz as disposições gerais, na sequência, aborda especificamente cada recurso, suas hipóteses de cabimento, prazo, requisitos formais etc. Para um conhecimento geral sobre o sistema recursal, sugerimos a leitura do referido Título II, da Lei nº 13. 105/15 (Novo Código de Processo Civil).

Entretanto, essa aplicação não é irrestrita, ela sofre algumas limitações. O mesmo artigo que determina a aplicação do Código de Processo Civil, prevê também algumas adaptações à regra geral. Ou seja:



Assimile

Aos procedimentos ligados à Justiça da Infância e Juventude e a fase recursal do procedimento especial de apuração do ato infracional aplicam-se as regras gerais do Código de Processo Civil, com as devidas adaptações previstas no art. 198 do ECA.

Vamos então conhecer quais as adaptações previstas no ECA, quais as especificidades dos recursos na ação socioeducativa?

A primeira diferença está no **preparo**. O art. 1.007 do CPC dispõe sobre a necessidade de o requerente comprovar o recolhimento

do preparo recursal, entretanto, o inciso I do art. 198 do ECA determina expressamente que os recursos serão interpostos independentemente de preparo. E por que isso, aluno? Por se tratar de um procedimento que tem como fundamento maior a proteção da pessoa em desenvolvimento, o menor. Exigir que o menor tenha que recolher custas para poder recorrer de uma decisão que lhe seja desfavorável, contraria os princípios norteadores do sistema de proteção da criança e do adolescente, não concorda? Nesse sentido, é importante a previsão do art. 141, § 2º do ECA.

Muito bem! A segunda diferença reside no **prazo** para a interposição dos recursos, no procedimento especial para a aplicação de medida socioeducativa, o prazo recursal é unificado, tendo a defesa e o Ministério Público o prazo de 10 dias para recorrerem, salvo no caso dos embargos declaratórios, os quais seguirão a regra geral do CPC e deverão ser opostos no prazo de 5 dias (art. 1.013 CPC).

O legislador também previu na lei especial, Estatuto da Criança e do Adolescente, a dispensa de revisor e a **prioridade de julgamento** dos recursos interpostos nas ações socioeducativas (art. 198, III), isso para garantir a celeridade do procedimento. Como vimos na seção passada, a celeridade é uma característica intrínseca a esse procedimento especial, pois ele tem como objeto a tutela de interesses do menor, os quais não podem perecer diante da demora do sistema ou da inércia do Estado, exigem uma resposta célere e eficaz.

Seguindo o mesmo propósito, no inciso seguinte (art. 198, IV), o legislador também concedeu expressamente ao juiz a possibilidade de rever a sua decisão antes da remessa dos autos à instância superior. Através dessa previsão legal, o juiz da Infância e Juventude, quando receber a apelação ou agravo de instrumento, poderá, no prazo de 5 dias, rever a sua decisão através de despacho fundamentado, evitando assim a necessidade de reapreciação da sentença pela instância superior e contribuindo para a celeridade do processo. Quando não for o caso de revisão da sua decisão, despachará, remetendo os autos para a análise do recurso pelo Tribunal, no prazo de 24 horas.

Aluno, além dessas adaptações que acabamos de aprender, o ECA também traz uma outra importante previsão: a possibilidade

de interposição do recurso de apelação contra decisões judiciais constantes de portarias ou autorizações, mediante alvarás. Vamos entender?

Pois bem, de acordo com a previsão do art. 199 do ECA, contra as decisões proferidas nas hipóteses do art. 149 do mesmo diploma, o recurso cabível é o de apelação. E quais essas decisões? São aquelas que dizem respeito a autorização para entrada e permanência do menor, desacompanhados dos pais ou responsável, em estádios, boates, casas de diversões, cinema, rádio, certames de beleza, espetáculos públicos, e outros.

O ECA inovou ao prever a possibilidade de apelação dessas decisões judiciais, uma vez que elas não são propriamente uma sentença. Mas de alguma forma precisam ser recorríveis, não é mesmo?

Da mesma forma, nos procedimentos de adoção e destituição do poder familiar, o recurso cabível contra a sentença será o de apelação (art. 199-A e art.199-B, ECA), o qual, observando também o princípio da celeridade, deverá ser processado com prioridade absoluta através da imediata distribuição (art. 199-C do ECA). Recebido o recurso, o relator deverá submetê-lo a julgamento pelo colegiado no prazo máximo de 60 dias, e, caso o Ministério Público ainda não tenha oferecido parecer, poderá fazê-lo oralmente na própria sessão de julgamento (art. 199-D e art. 199-E do ECA).

Caso haja o descumprimento desses prazos e providências a serem tomadas na fase recursal, o Ministério Público poderá instaurar procedimento para a apuração de responsabilidades (art. 199-E). Portanto, a desobediência ao rito especial previsto no ECA não passará impune.

Aluno, você conseguiu perceber como o legislador procurou adequar o processamento das causas reguladas pelo ECA à proteção dos interesses do menor? Apesar de seguir as regras gerais do Código de Processo Civil, pela sua especialidade, possui especificidades que o tornam um procedimento especial.

Pronto, aluno, aqui encerramos nossa abordagem sobre as questões processuais dos procedimentos regulados pelo ECA. Vamos então ao outro tópico de conteúdo? Vamos falar agora sobre os crimes e infrações administrativas cometidas contra crianças e adolescentes. Esses, praticados por adultos, certo? Não estamos tratando aqui da autoria por menores, mas sim deles como vítimas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo do disposto no Código Penal, enquadrando algumas condutas, comissivas e omissivas, cometidas contra o menor como crime. O primeiro ponto que você precisa ter atenção é o seguinte: aos crimes definidos no ECA, aplicam-se as normas do Código Penal, e ao seu processo, as normas do Código de Processo Penal.



Atenção

Nesse particular, não serão aplicadas as normas do Código de Processo Civil, como aprendemos anteriormente, ok? Não confunda.

A maioria das condutas descritas como crime no ECA decorre do descumprimento de deveres previsto no próprio Estatuto.

Os crimes previstos no Estatuto visam, portanto, atribuir uma penalidade para o descumprimento de deveres instituídos pelo próprio diploma. Importante destacar que, em regra, a **competência** para o julgamento deles não é do Juiz da Vara especializada, como ocorre no caso do procedimento de ato infracional, mas sim do Juiz da vara criminal, seguindo a regra geral disposta no Código de Processo Penal. São crimes de **ação pública incondicionada**, conforme determina o art. 227 do ECA, o que significa dizer que a ação penal será movida pelo Ministério Público, independente da representação da vítima.

Muitas são as condutas previstas como crime no ECA, a grande maioria delas ligada ao descumprimento de deveres estabelecidos pelo próprio Estatuto, como já dissemos. Merecem aqui especial destaque aqueles ligados à apreensão do menor, eis que ligados ao seu direito de liberdade.

Aprendemos anteriormente que a criança não pode ser privada de sua liberdade em nenhuma hipótese, já o adolescente poderá, excepcionalmente, nos casos previstos em lei e observadas as formalidades para tanto, não foi? Justamente visando dar maior efetividade à essa regra, o legislador especial insculpiu no ECA algumas condutas que a desrespeitem como crime. É o caso, por exemplo, do previsto no art. 230: "Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita

da autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1990). No art. 234: “deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação da criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão” (BRASIL, 1990) e no art. 235 “descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício do adolescente privado de liberdade” (BRASIL, 1990). Portanto, a privação ilegal da liberdade do menor, em qualquer uma de suas formas, deve ser considerada como crime, com a previsão de pena de detenção.



Pesquise mais

Aluno, é importante que você tenha conhecimento dos crimes em espécie previstos no ECA. Por essa razão, sugerimos a leitura dos artigos 228 a 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Além dos crimes, o ECA também enquadrrou algumas condutas menos graves de desrespeito aos deveres fixados por suas normas, como infrações administrativas. A competência para apreciar a ocorrência das infrações e aplicar a respectiva penalidade é da Vara da Infância e Juventude, conforme preleciona o art. 148, VI do ECA, e poderá ser iniciado através de representação feita pelo Ministério Público ou pelo Conselho Tutelar, ou ainda por auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado (art. 194 do ECA).



Refleta

Aluno, em que pese se tratar de uma infração administrativa, vimos que o legislador atribui à Justiça da Infância e Juventude a competência para a aplicação da penalidade correspondente. Diante disso, convém refletir: a natureza do procedimento para a apuração de infração administrativa cometida contra menor é jurisdicional ou administrativa?

O rol das infrações administrativas previstas no ECA é extenso. Entretanto, convém aqui destacarmos algumas delas.

O art. 246 determina como infração administrativa o impedimento, por funcionário ou responsável de entidade de atendimento, o exercício de alguns direitos que assistem ao menor em regime de internação, como o direito a peticionar diretamente a qualquer

autoridade o direito a reunir-se reservadamente com o seu defensor, o direito de receber visita, de corresponder-se e de receber escolarização. O funcionário ou responsável da entidade que praticar esses atos, comissivos ou omissivos, valendo lembrar que aquele que deixa de propiciar as condições necessárias para o exercício dos referidos direitos também incorrerá em infração, estará sujeito ao pagamento de multa de três a vinte salários de referência.

Dessa forma, aluno, ao classificar tal conduta como uma infração administrativa e atribuir a respectiva penalidade a ela, o legislador cuidou de garantir a observância dos direitos mais básicos do menor, enquanto durar o seu período de internação, inclusive o seu direito à educação.

Muitas das outras infrações administrativas estão ligadas também ao direito de liberdade do menor, entretanto pelo seu outro viés: o da limitação desse direito. Como aprendemos em momento anterior, a limitação da liberdade do menor é necessária para a sua proteção, para a garantia do seu desenvolvimento saudável. Nesse sentido, o ECA atribui alguns deveres ao Estado, à família e à sociedade, como: a designação da faixa etária indicativa de espetáculos teatrais e programas televisivos, a necessidade de autorização para que o menor desacompanhado viaje ao exterior sem os pais ou responsável, e outras.

A inobservância desses deveres corresponderá a uma infração administrativa. É o que se depreende, por exemplo, da leitura do art. 251 “transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos artigos 83, 84 e 85 desta Lei”; (BRASIL, 1990), do art. 252 “deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação” (BRASIL, 1990) e sucessivos.

Você consegue compreender então o objetivo do legislador em introduzir a previsão de crimes e infrações administrativas específicas no Estatuto da Criança e do Adolescente? Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, não são previsões supérfluas ou desnecessárias. Muito pelo contrário, servem para garantir a coercibilidade para suas normas e aumentar a eficácia da proteção dos direitos dos menores.



Pesquise mais

Aluno, é importante que você tenha conhecimento de todas as infrações administrativas previstas no ECA. Por essa razão, sugerimos a leitura dos artigos 245 a 258-C do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Perfeito! Com isso encerramos nosso conteúdo. Esperamos que você dê continuidade aos estudos e não perca de vista todos os conhecimentos adquiridos até aqui. Lembre-se sempre do que dizemos: o aprendizado é um exercício contínuo.

Sem medo de errar

Então, aluno? Preparado para elaborar o seu parecer? Não se preocupe, vamos passar aqui ponto a ponto do que você deve abordar, lembrando que para entregar um produto de qualidade, você deve se lembrar dos conteúdos explorados nas seções anteriores, combinado? Vamos nessa!

Como vimos, você é membro do Ministério Público e acompanhou o procedimento de apuração de ato infracional instaurado contra Maurício de Sá Bragança desde o início. Deverá, agora, elaborar o produto da unidade, que é um parecer ministerial sobre a prescrição da aplicabilidade das medidas socioeducativas. Vamos então conhecer o modelo do produto esperado!

PARECER nº xxxxxx

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO

Relatório dos fatos

1. Trata-se de procedimento de apuração de diversos atos infracionais. A autoria dos atos foi atribuída ao menor Maurício de Sá Bragança.
2. Na audiência, o menor foi ouvido, bem como as testemunhas. Porém, antes do julgamento do mérito da demanda, foi levantada a prescrição da aplicabilidade de medidas protetivas

pelo Estado.

Dos fundamentos

3. A medida socioeducativa tem como finalidade a proteção do menor e não a sua punição. Não pode, de forma alguma, ser encarada como medida punitiva.
4. Dessa forma, a prescrição da pretensão punitiva do Estado aplicada ao Direito Penal não se aplica aos atos infracionais. Esses são análogos ao crime, mas não podem ser entendidos como tais, porque são justamente cometidos por menores, inimputáveis, portanto.
5. Dessa forma, como os atos infracionais são cometidos por pessoas em fase de desenvolvimento físico e mental, a resposta do Estado a esses atos é diferente das respostas aos mesmos atos quando cometidos por adultos. Quando praticados por menores, a resposta do Estado será a aplicação das referidas medidas socioeducativas.
6. Evidente, portanto, que o objetivo das medidas socioeducativas é a ressocialização do menor, a sua proteção e garantia de um desenvolvimento saudável. Não à toa, o Estatuto da Criança e do Adolescente criou um procedimento diferenciado para a apuração dos atos infracionais, prevendo expressamente diversas garantias ao menor.
7. Ademais, comparando as medidas socioeducativas às penalidades correspondentes a tipos penais, percebe-se claramente a diferença na sua natureza: as primeiras visam proteger o menor de si mesmo e evitar uma reincidência, já as segundas visam que o autor pague pelo ato que cometeu.
8. As medidas socioeducativas nada mais são do que um mecanismo de proteção aos menores. Ora, se visam o bem-estar, a proteção, o crescimento saudável do menor, não há de se falar em prescrição.
9. Como admitir que o Estado, pelo transcurso de lapso temporal, não possui mais o dever de proteger os menores sob sua tutela? Admitir isso, seria o mesmo que atribuir às medidas socioeducativas caráter punitivo.
10. É evidente que quando se trata de punição, deve existir a previsão de um prazo determinado para o agir estatal, pois,

o indivíduo adulto não pode ficar à mercê da burocracia do Estado. Entretanto, quando se fala de proteção, o raciocínio deve ser o contrário: um simples lapso temporal não pode ser o suficiente para legitimar o não agir do Estado e, assim, impedir o menor de ter acesso à medida socioeducativa necessária para a sua proteção.

Do parecer

Diante do exposto, opina-se pela impossibilidade de se aplicar a prescrição das medidas socioeducativas.

Local, data

Assinatura.

Avançando na prática

A vaidosa Juliana

Descrição da situação-problema

Juliana é uma adolescente bela e vaidosa de apenas 13 anos de idade. Juliana foi apreendida em flagrante por policial, enquanto furtava uma grande quantidade de produtos de beleza de uma farmácia. Diante do flagrante, o policial conduziu Juliana imediatamente ao centro de atendimento socioeducativo do município para a sua internação.

Juliana permaneceu na entidade por 15 dias, até sua mãe descobrir o ocorrido e ir atrás da filha. A mãe de Juliana, indignada com a situação, procurou o Conselho Tutelar.

Você, como membro do Conselho Tutelar, precisa orientá-la e esclarecer o que pode ser feito para ajudar Juliana e se a sua apreensão está correta.

Resolução da situação-problema

De acordo com o art. 231 do ECA, se a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente deixar de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e

à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada incorrerá em conduta criminosa, sujeita à pena de detenção de seis meses a dois anos. O Conselho Tutelar não pode propor a respectiva denúncia do fato para que seja iniciada a ação penal contra o policial, mas pode dar conhecimento do fato ao Ministério Público, responsável por dar início a ação penal pública incondicionada.

Faça valer a pena

1. O procedimento de apuração do ato infracional é uma disciplina inerente ao estudo do Direito, proteção e inclusão social. É, então, um procedimento tendente a apurar responsabilidade do adolescente na ação socioeducativa, e que possui seu rito. Quem determina esse rito é o ECA.

Considerando o rito do processamento do ato infracional e o ECA, indique a alternativa correta.

- a) O ECA, pelo princípio da especialidade, deve ser cumprido, isoladamente, eis que traz um rito único.
- b) O ECA, em dispositivo próprio, determinou a aplicação do CPC à fase recursal dos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, com algumas ressalvas.
- c) O ECA, em dispositivo próprio, determinou a aplicação do CPC para regular o rito de apuração do ato infracional.
- d) O ECA, pelo princípio da subsidiariedade, deve ser cumprido, isoladamente, eis que traz um rito único.
- e) O ECA, em dispositivo próprio, vetou a aplicação do CPC para regular o rito de apuração do ato infracional, o que não ocorre em sede de recurso

2. O CPC, por determinação do ECA, deve ser aplicado de específico à fase recursal do procedimento de apuração do ato infracional na ação socioeducativa. Entretanto, esse mesmo ECA tratou de impor algumas ressalvas, em homenagem ao caráter de especial proteção que o adolescente deve ter na sociedade.

Considerando o enunciado e as peculiaridades do rito do ECA para a apuração do ato infracional, indique a alternativa correta.

- a) O preparo é dispensado na fase recursal do procedimento de apuração do ato infracional, dada a natureza de proteção ao ser em desenvolvimento e a urgência que este reclama.
- b) O preparo é indispensável na fase recursal do procedimento de apuração do ato infracional, dada a natureza de proteção ao ser em desenvolvimento e a urgência que este reclama.
- c) O preparo é dispensado na fase recursal do procedimento de apuração do ato infracional, já que apura uma sanção penal que, em caso de condenação, será revertida em serviço à comunidade.
- d) O prazo é distinto: para o menor infrator, o prazo recursal é de 15 dias, para o MP, 10 dias.
- e) O prazo é unificado: 10 dias para as partes e para o MP, sem exceção.

3. A criança não pode, sob qualquer hipótese, ser privada de sua liberdade. O adolescente, por sua vez, pode ser privado de liberdade, desde que respeitadas todas as formalidades legais. Acontece que nem sempre isso é respeitado. Assim, tendo em conta a necessidade de especial proteção da criança e do adolescente, o legislador previu algumas situações.

Considerando o enunciado e os seus conhecimentos, indique qual a alternativa correta.

- a) Deixar a autoridade competente, com justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão, é crime previsto pelo ECA.
- b) Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão, é crime previsto pelo Código Penal.
- c) Descumprir, ainda que justificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade é crime previsto pelo Código Penal.
- d) Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo a sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente, é crime previsto pelo ECA.
- e) Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente, é crime previsto pelo Código Penal.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei de nº 8906. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF, 1994.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 342, Terceira seção, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 152.

MACIEL, Kátia Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.)

Anotações

[illegible]

Anotações

[illegible]

Anotações

[illegible]

ISBN 978-85-522-0671-2



9 788552 206712 >