

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

DAIANE DE ALMEIDA BRITO

SINASE: UM ESTUDO SÓCIO-JURÍDICO SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE
ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

*

SOUSA – PB
2015

DAIANE DE ALMEIDA BRITO

SINASE: UM ESTUDO SOCIO-JURÍDICO SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE
ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Msc. Cecília Paranhos Marcelino

SOUSA – PB

2015

DAIANE DE ALMEIDA BRITO

SINASE: UM ESTUDO SOCIO-JURÍDICO SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE
ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Msc. Cecília Paranhos Marcelino

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: ____/____/____.

Orientadora: Profa. Msc. Cecília Paranhos Marcelino

Examinador (a) interno 1

Examinador (a) interno 2

Aos meus queridos pais, Iran e Lúcia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita bondade e misericórdia, demonstradas em todos os dias ao longo da minha caminhada, e, especialmente, nos momentos difíceis da jornada acadêmica.

Aos meus pais, Iran e Lúcia, pelo amor, carinho e dedicação de sempre. Com vocês aprendi desde muito cedo que nossas conquistas só tem sentido quando estão pautadas em muito esforço. Obrigado por todo estímulo e compreensão.

Aos meus irmãos, Deise e Danilo, por serem apoio e torcida constante. E, de modo especial, a Dani, por não medir esforços para contribuir na realização deste sonho.

Aos demais familiares, pelo carinho e incentivo sempre presentes.

A minha grande amiga, Iuska Dantas, por ter compartilhado junto comigo desta aventura acadêmica. De você vou levando não apenas o conhecimento jurídico adquirido, mas a certeza de uma amizade construída em bases sólidas, sustentadas para toda uma vida. Obrigada por, com suas tantas qualidades, ter sido a irmã que a estadia sou sense me proporcionou. Diante de tantos bons momentos, estou convicta de que qualquer lembrança me recordará uma autêntica felicidade. Estará para sempre em meu coração.

Aos demais amigos queridos, que, sendo protagonistas de tantas quintas do pão de queijo, foram responsáveis por alegrar os meus dias em Sousa.

A professora Cecília, minha orientadora, pela paciência e parceria na realização deste trabalho.

Aos professores Padre Paulo, Márcia Glebyane, Monnizia, Remédios, Paulinho, Eduardo Jorge e Jardel, fontes de inspiração e orgulho para os alunos do CCJS.

Deus os abençoe.

Que bom seria
Viver sonhando
Sem dor, sem medo
Aproveitando cada brinquedo

Vem brincar (Chaves)

RESUMO

A proposta do presente trabalho é analisar as evoluções histórico-normativas que envolvem a construção dos direitos da criança e do adolescente no cenário nacional, desde a primeira ação estatal destinada a tais sujeitos, até a promulgação da Lei nº 12594/2012, responsável por criar o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. A partir do conhecimento público das normas estabelecidas na citada lei, incompletudes dão lugar a discussões calorosas, especialmente no tocante ao estabelecimento do direito à visita íntima, garantido ao adolescente sujeito à medida socioeducativa privativa de liberdade, e que vem a suscitar, com a ausência de menção à idade do adolescente contemplado pelo direito, a possível inconstitucionalidade da norma. Numa pesquisa bibliográfica e documental, pautada em doutrina, artigos científicos e legislação pátria, foi realizado o estudo da adequação da norma ao texto constitucional, auferindo, assim, a análise da sua constitucionalidade e a apontada transgressão do compromisso de proteção integral assumido pelo Estado. Ademais, é discutida a problemática da efetividade dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente. Como hipótese de resolução do primeiro conflito, está a adequação da visita íntima às normas constitucionais, pautada na interpretação das normas civis que regem o casamento e a união estável, situações exigíveis para o exercício do direito, quando entende-se que o permissivo somente contempla os adolescentes com idade mínima de dezesseis anos. No tocante ao segundo conflito, sendo a evolução na positivação dos direitos um fato incontestado, sua efetivação depende de um sistema cooperativo e eficaz que interligue os poderes estatais de modo dinâmico.

Palavras-chave: Criança e adolescente; Constitucionalidade; Visita íntima.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyse the historical-normative evolutions that evolve the construction of the children and adolescent rights on the national scene, since the first government action destined to such subjects until the enactment of the Law nº 12594/2012, responsible for creating the Socio-Educational National System Services. From the public knowledge by established rules in the aforementioned law, incompleteness gives rise to heated discussions, especially related to the socio-educative freedom private measurement, comes give raise, with no mention of age contemplated by the law, the potential unconstitutionality of the rule. In a bibliographical and documental research, guided by doctrine, scientific articles, and Brazilian legislation, made the adequacy norm study to the constitutional text, thereby gaining, and the analysis of its constitutionality and the pointed transgression of the full protection of commitment assumed by the State. Remains the effectiveness fundamental social children and adolescent rights issue. As hypothesis solution to the first conflict, is the adequacy of conjugal visits to the constitutional rules, guided by the civil standards and stable union interpretation, situations due to the exercise of the right, when it's understood that the permissive contemplates only adolescents aged at least sixteen. As regards the second conflict, with an evolution into positive rights an undeniable fact, its effectiveness depends by a cooperative and effective system which connects the state powers dynamically.

Keywords: Children and adolescent; Constitutionality; Conjugal visits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL	12
2.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	12
2.1.1 As primeiras ações estatais e a situação irregular	13
2.1.2 A Constituição de 1988 e a proteção integral	16
2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	21
2.3 PERSPECTIVAS SOBRE A SITUAÇÃO ATUAL DE TRATAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	21
3. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	23
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS	23
3.2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPÉCIE	25
3.2.1 Advertência	26
3.2.2 Obrigação de reparar o dano	27
3.2.3 Prestação de serviços à comunidade	27
3.2.4 Liberdade assistida	28
3.2.5 Semiliberdade	28
3.2.6 Internação	29
4 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO	33
4.1 DEFINIÇÃO LEGAL	34
4.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	35
4.3 COMPETÊNCIA	36
4.4 PROGRAMAS DE ATENDIMENTO	38
4.4.1 Programas de meio aberto	39
4.4.2 Programas de meio fechado	39
4.5 RESPONSABILIDADE PELOS PROGRAMAS EXECUTADOS: AVALIAÇÃO E FISCALIZAÇÃO	40

4.6 PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO (PIA)	40
4.7 DIREITOS DOS ADOLESCENTES	41
4.8 PONTOS RELEVANTES	42
4.8.1 Capacitação do adolescente interno para o trabalho	42
4.8.2 Direito de visita aos internos	42
4.9 TRATAMENTO DOS ADOLESCENTES COM DOENÇA MENTAL OU VICIADOS	44
4.10 CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO À VISITA ÍNTIMA DO MENOR	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A produção normativa se traduz em um fenômeno cujo primordial objetivo é criar leis aptas a perseguirem os fins almejados pelo ordenamento jurídico, sendo prioritário o alcance da Justiça. Diante da atual realidade social, é possível vislumbrar uma relação dinâmica de interação entre a produção de normas e os avanços da sociedade. O Estado Brasileiro, a partir da Constituição de 1988, assumiu o compromisso de garantir a proteção integral da criança e do adolescente. As normas editadas após a sua feitura norteiam-se no citado paradigma e, para serem justas, devem estar aptas a produzirem o resultado almejado. Sendo eco do clamor popular, o atual Direito da Criança e do Adolescente captou a atenção do mundo ao trazer em seu bojo um tema novo e complexo. Após a ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) em 1990, foi editada a Lei nº 8.068/90 denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, principal fonte legislativa da matéria.

Em pouco mais de vinte e quatro anos de vigência, o Estatuto passou por diversas alterações textuais, além do acréscimo de outras leis que regulamentam e asseguram os direitos da criança e do adolescente. A matéria da adoção migrou do Código Civil para ser regulada pelo Estatuto e outras situações foram flexibilizadas, no intuito de garantir o melhor interesse do menor.

A Lei nº 12.594/12, recente inovação da matéria, foi responsável por instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentando a execução das medidas destinadas aos adolescentes que praticam atos infracionais. Em um texto com noventa artigos, voltados, em sua grande maioria, aos princípios, regras e critérios que envolvam a execução das medidas socioeducativas, destacam-se algumas impropriedades em sua redação, fatos que acabaram por ensejar discussões e análises acerca da viabilidade e constitucionalidade de suas normas.

O estabelecimento do direito à visita íntima, garantido ao adolescente sujeito a medida socioeducativa privativa de liberdade, foi responsável por ocasionar um dos questionamentos mais calorosos após a promulgação da lei. O mero requisito de que sejam casados ou vivam em união estável, sem menção normativa à idade, é

condição que suscita a sua possível inconstitucionalidade, ante o embate entre o princípio da proteção integral e a referida norma.

Neste lume, a pesquisa cuidará da análise de sua adequação constitucional, bem como da apresentação da evolução dos direitos da criança e do adolescente, sendo a sua Justificativa baseada na necessidade do aprofundamento cognitivo de tais direitos, com destaque especial às incompletudes legislativas que permeiam a matéria. Destacada, neste ponto, a avaliação do princípio do melhor interesse e a doutrina da proteção integral, em consonância com a concessão da visita íntima, vindo a dirimir, assim, as questões polêmicas que envolvem a matéria.

Para tanto, na persecução do objetivo geral, serão seguidos os seguintes objetivos específicos: conhecer a evolução histórica das doutrinas norteadoras do direito da criança e do adolescente; analisar o compromisso assumido pela atual Constituição Federal de garantir os direitos da criança e do adolescente em caráter prioritário; estudar o conceito da situação de risco, com enfoque ao tratamento destinado pelo Estado aos adolescente em conflito com a lei; conhecer as principais inovações trazidas pela promulgação da Lei 12594/2012 no Sistema de Atendimento Socioeducativo; realizar um comparativo entre a norma que estabelece o direito à visita íntima concedido ao adolescente infrator e os parâmetros legais e constitucionais.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, visto que, partindo da possível inconstitucionalidade da norma que concede o direito à visita íntima do adolescente sujeito à medida de internação, se formula, pelo processo de inferência dedutiva, a partir da análise bibliográfica, histórica e normativa, a sua adequação aos parâmetros constitucionais.

No primeiro capítulo, são abordados o histórico da proteção destinada à crianças e adolescentes no Brasil, as doutrinas da situação irregular e da proteção integral, apontando os seus atuais princípios e normas reguladoras.

No segundo capítulo é realizada contextualização das situações de risco definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo enfoque especial para a prática do ato infracional e as medidas socioeducativas correspondentes.

Por fim, no terceiro capítulo ocorre uma abordagem minuciosa do texto legal que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, com enfoque especial para a discussão acerca da constitucionalidade da visita íntima.

2 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

2.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Para uma melhor compreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil, bem como a inserção dos direitos da criança e do adolescente neste rol, se faz necessária uma análise minuciosa dos fatores que contribuíram para a construção do que hoje pode ser tido como patrimônio comum da humanidade, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet, no trecho de sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais”, abaixo transcrito:

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que o levou à sua gradativa consagração nos direitos internacional e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições. Todavia, em que pese este inquestionável progresso na esfera de sua positivação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, representado pelo esquema de diversas dimensões (ou gerações) de direitos, que atua como indicativo seguro de sua mutabilidade histórica, percebe-se que, mesmo hoje, no limiar do terceiro milênio e em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita.(SARLET, 2012, p.21)

Dentro da dinamicidade dos direitos conferidos à sociedade brasileira atual, um conjunto de fatores merece ser analisado para avaliar o grau de concretização dos direitos que foram conseguidos ao longo de uma construção histórica pautada em diversas lutas sociais, e, como o próprio autor acima menciona, os problemas e desafios que a matéria suscita, e o fato de ainda estarem longe de encontrar uma solução.

A consagração dos direitos fundamentais figura como garantia e limitação do próprio Estado. No Brasil, a construção destes direitos possui alguns capítulos e, em termos de estrutura positiva, apresenta grande similitude com o Direito Comparado, especificamente o Germânico, grande referência de modelo constitucional aqui e em diversos outros países, a exemplo de Portugal e Espanha.

Os direitos fundamentais são classificados de acordo com sua dimensão. A primeira delas tem surgimento datado no século XVIII, tendo como maior característica o modo como se volta à figura individual do homem, lhe assegurando uma posição negativa por parte do Estado. São englobados aqui “os direitos à vida, à propriedade e à igualdade perante a Lei” (SARLET, 2012, p.47). Já a segunda geração é responsável por contemplar e garantir ao cidadão um rol de direitos que ensejam uma conduta positiva do Estado, ou seja, aqui paira o direito de exigibilidade incumbido ao cidadão frente ao órgão estatal. Não há tão somente a abstenção, mas um dever dirigido àquele detentor do interesse maior em proporcionar os direitos fundamentais positivados e garantidos ao cidadão. Em decorrência destes, surge a obrigatoriedade do poder público executar de fato prestações sociais. São as conhecidas políticas públicas. Dentro destes direitos de segunda dimensão, têm destaque, junto com a inovação trazida, os direitos assistenciais da criança e do adolescente.

Ao passo que hoje figuram como matéria prevista na Constituição Federal vigente, em Estatuto próprio e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, a história brasileira dos direitos da criança e do adolescente reveste-se dos avanços sociais e políticos que culminaram, em sua junção, no rol de direitos hoje conhecidos. A atuação estatal merece ser analisada a partir das primeiras medidas tomadas com relação às crianças e adolescentes, no final do século XIX, considerando o seu desencadeamento, evolução, adoção da doutrina da situação irregular e adoção da proteção integral.

2.1.1 As primeiras ações estatais e a situação irregular

Na medida em que evoluiu político e juridicamente, o país viu o nascimento e as alterações de legislações que versaram ou que ainda versam sobre a criança e o adolescente.

Partindo ainda da percepção histórica, os preconceitos sociais impuseram grande influência na primeira formação conceitual que o Estado e, em proporção mais suave, a sociedade, obtiveram em face do menor. Foi construída não só no Brasil, mas em diversos países europeus, de modo independente, uma convicção baseada na “confusão conceitual entre crianças e adolescentes desvalidos em todos

os seus direitos sociais fundamentais e adolescentes autores de crimes” (MACHADO, 2003, p.28).

No cenário nacional, o menor (termo correto a ser utilizado no lapso temporal que antecedeu a promulgação do atual Estatuto da Criança e do Adolescente) ganhou alguma atenção entre o final do século XIX e início do século XX. Uma das primeiras ações estatais quanto ao tema consistiu na criação de programas oficiais de assistência, a exemplo do Instituto de Proteção e Assistência à Infância, no Rio de Janeiro.

Ao lado das medidas governamentais, de modo preexistente, figuravam as instituições de caridade que se preocupavam em subsidiar, de algum modo, a redução dos problemas sociais que envolviam a população infanto-juvenil. No contexto fático narrado, o menor, em primeiro momento alvo de caridade, iniciava a travessia que mais adiante o faria ser objeto de ações governamentais.

A associação da criminalidade juvenil às camadas mais pobres foi outro importante norteador da criação dessas primeiras medidas e, um pouco mais tarde, da elaboração de políticas públicas mais complexas. Vale ressaltar que as ações iniciais foram impulsionadas por tal associação e consistiam na criação de medidas (em sua grande maioria, arbitrárias) que tinham a finalidade última de resolver o problema.

Como medida implementada para tal fim, a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e das Fundações Estaduais de Bem Estar do Menor (FEBEM) na década de 1960, acabou por intensificar a interferência do Estado, que ocorreu de modo mais significativo e, em virtude do critério adotado, a saber: o tratamento idêntico conferido às crianças e adolescentes autores de atos infracionais e aquelas “desvalidas de todos os seus direitos sociais fundamentais” (MACHADO, 2003, p.28), culminando na massificação das internações.

Na vigência da doutrina da situação irregular, “a grande maioria, entre 80 e 90% das crianças e dos jovens internados nas Febens não era autora de fato definido como crime” (MACHADO, 2003, p.29). Deste modo, a submissão dos sujeitos vulneráveis à medidas arbitrárias estatais foi responsáveis por prejuízos irreparáveis à formação destes.

A preocupação consistia em esconder a realidade social que, na visão do garantidor, prejudicava a imagem do país. Sob os olhos estatais, existiam dois modos de ver e tratar o sujeito com idade abaixo de dezoito anos: os que eram

chamados de menores e consistiam na população infanto-juvenil em situação de vulnerabilidade social; e as crianças, população infanto-juvenil adequada à sociedade convencional.

A doutrina da situação irregular se fundamentava em ações governamentais destinadas apenas ao primeiro grupo. Foi desenvolvida pelo Professor Desembargador Walter Moraes, em seu *Programa de direito do menor*, e preconizava a situação irregular do menor como o próprio motivo de existência do direito.

Sendo assim, o estado justificava o direito do menor pela situação irregular na qual as crianças e adolescentes se encontravam, “ensinando que o direito do menor se caracteriza por um fato que lhe motiva a existência, que é a situação irregular, e que, em geral, é irregular a situação do menor privado da assistência a que tem direito”(MORAES, 1984, p.11). Possuía viés no antigo Código de Menores (Lei 6.697/79), tendo o foco voltado apenas para o conflito instalado e não a sua prevenção.

Tal conflito, a privação da assistência a que o menor tinha direito, era o fundamento motivante da doutrina menorista. Não existia preocupação em prevenir a ocorrência da situação. Ademais, além de restrita, sendo destinada apenas àqueles que daquele modo se encontrassem, a legislação era preconceituosa e não se preocupava com as demais crianças e adolescentes, vindo a tão logo tornar-se obsoleta, não conseguindo ser eficaz sequer para a matéria que restritamente regulava.

O art. 2º da Lei foi responsável por definir as situações por ele compreendidas como irregulares, destinando-se eminentemente aos menores vítimas de abandono, maus-tratos, com desvio de conduta ou que tivessem praticado “infração penal”. Por fim, em uma tentativa falha, buscava uma forma de controle ou proteção para os que se encontrassem em situação de risco ou vulnerabilidade.

Do ponto de vista legal, o período foi marcado pela criação, em 1929, do primeiro Código de Menores do país, consistindo este na reunião de todas as leis esparsas que versassem sobre o menor e vigessem à época. Em 1941, durante o Governo Vargas, ocorreu a criação do Serviço de Assistência Social ao Menor – SAM, tendo esta iniciativa sofrido inúmeras críticas, frente o seu caráter repressivo, divergindo do sistema comum apenas no fato de ter sido voltado ao público juvenil.

Anos mais tarde, em 1964, em caráter de conquista social, foi estabelecida a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei nº4.513/64), tendo um norte mais voltado ao caráter assistencial. Em 1979, como maior norte da doutrina em comento, surge a aprovação do segundo Código de Menores (Lei nº 6.697), sendo resultado de uma criação legal voltada, como já mencionado, à todos aqueles cuja idade estivesse aquém dos dezoito anos, desde que fossem autores de atos infracionais ou estivessem em situação de risco, sendo consideradas para tanto aquelas crianças ou adolescentes tidos como carentes ou abandonados.

Diante da situação insustentável que se formou ao longo dos anos norteados pela doutrina da situação irregular, inúmeros ensejos sociais, juntos num clamor que ecoava um só coro, culminaram na promulgação da nova ordem constitucional, e, em conseqüência, na adoção de uma nova doutrina para reger a matéria inerente à criança e ao adolescente.

2.1.2 A Constituição de 1988 e a proteção integral

Nascida em meio à forte participação popular que na segunda metade da década de 1980 buscava o estabelecimento de “novos rumos na política de atendimento à criança e ao adolescente” (BAZÍLIO, KRAMER, 2011, p.24), a Doutrina da Proteção Integral adveio em decorrência da ruptura com o antigo e já fadado paradigma estabelecido pelo Código de Menores. Os movimentos sociais obtiveram reflexo no âmbito normativo e formaram inclusive uma frente parlamentar, servindo de grande representatividade política da causa no Congresso Nacional, conforme narra Martha de Toledo Machado no trecho abaixo:

No arco da ampla mobilização social que levou à assembléia nacional constituinte, articulou-se uma poderosa força de pressão aglutinada em torno da defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, composta por profissionais ligados diretamente ao atendimento deles (...) que desaguou numa Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composta por membros de todas as agremiações políticas representadas na assembleia. (MACHADO, 2003, p.25)

A doutrina surgiu inspirada nos movimentos internacionais de proteção à infância, sendo apontada como marco normativo precursor mais recente da

alteração em comento, no âmbito internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) ratificada pelo Brasil em 1990.

Sua adoção foi considerada grande avanço na mudança do posicionamento jurídico do país. A Constituição promulgada em 1988 trouxe revestida em si a característica de ser uma Carta Cidadã e, dentre os direitos fundamentais positivados nesta, há que serem destacados os assegurados pelos artigos 227 e 228, responsáveis por tratarem, respectivamente, da responsabilidade solidária que figura entre a família, a sociedade e o Estado de promoverem à criança e ao adolescente, em caráter prioritário, os direitos fundamentais como vida, saúde, educação, lazer, convivência familiar e comunitária, etc; bem como do caráter inimputável de que se reveste o sujeito menor de dezoito anos.

De modo recorrente, citando o âmbito internacional, a Assembléia Geral da ONU, quando da aprovação da Declaração dos Direitos da Criança, em 1954, já havia estabelecido aos pais e países a obrigação de proteger e educar suas crianças, sendo este o marco precursor da solidariedade instituída pela Constituição no caput do art. 227.

Não há mais a preocupação somente com o menor em situação irregular, mas sim com todos os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição Federal e disciplinados no Estatuto. Sendo relevante apontar que este reproduz determinadas matérias de ordem constitucional, como os direitos fundamentais, ficando responsável também pela regulamentação de matérias de cunho mais específico.

O caráter prioritário da matéria merece particular atenção por todos os operadores do Direito. Tomando como claro exemplo a execução das funções atribuídas aos auxiliares da justiça, há que se destacar o fato de que estes são responsáveis pelo cumprimento dos processos envolvendo os citados sujeitos, em caráter de urgência, não podendo tais espécies de procedimentos especiais ficarem à mercê da morosidade que hoje habita no trâmite processual comum.

Outrossim, trazendo à baila um dos motivos determinantes para tal caráter, o prioritário, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento habita como justificativa bastante e suficiente para a sua instituição, considerando que todo e qualquer direito garantido em meio legal deve ser assegurado, mas os inerentes à criança e ao adolescente o devem ser em caráter prioritário, devido os graves danos que sua privação pode acarretar-lhes.

Vale salientar ainda que a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento consiste no fato de que “crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em plenitude.” (MACHADO, 2003, p.109). Deste modo, a denotação especial destinada ao assunto possui aparato nesta condição, e, em caráter mais específico, no fato de que sua garantia contribuirá de modo direto na construção da personalidade destes seres humanos em processo de formação.

A originalidade do Estatuto vigente aponta para duas vertentes: a primeira delas consiste nos motivos que impulsionaram a sua promulgação, em meio à mobilização de diversas categorias profissionais que lutavam em favor da criança e do adolescente e acabaram por culminar na sua feitura; já a segunda diz respeito à novidade no conteúdo normativo, que garante um infindável rol de direitos nunca antes assegurados à criança e ao adolescente no sistema jurídico nacional.

Ademais, a alteração não implicou na promulgação de uma nova legislação complementar que inovou o tema apenas no número legal, mas foi responsável pela mudança do olhar estatal para os menores de dezoito anos, que deixaram de ser objetos de políticas públicas para se tornarem sujeitos de direitos.

O posicionamento de Luiz Cavalieri Bazílio e Sonia Kramer relata com precisão os efeitos da adoção da nova doutrina:

Do ponto de vista conceitual o Estatuto abandona o paradigma da “infância em situação irregular” e adota o princípio de “proteção integral à infância”. Nesta perspectiva, o texto legal deixa a simples prescrição sobre deveres e responsabilidades do Estado quando o “menor” por ação (autor de infração penal) ou omissão (ausência de família ou meios de subsistência) precisa de amparo ou tutela e avança no sentido de compor um texto que coloca sob seu arco todos aqueles brasileiros menores de dezoitos anos.” (BAZÍLIO, KRAMER, 2011, p.25)

Fazendo um comparativo entre o modo como a perda do pátrio poder era tratada na vigência do Código de Menores e nos dias atuais, basta apontar o fato de que antes era necessário apenas que a família fosse considerada como financeiramente vulnerável pelo Estado, para que a criança fosse internada numa Febem ou colocada para adoção, e, hoje, nem mesmo a prática de crime, quando não seja doloso e contra o próprio filho, é capaz de afastar o poder familiar, espécie de direito natural garantido pelas normas jurídicas.

E é baseado em tais alterações que o atual Estatuto, de mãos dadas com uma constituição que defende de modo prioritário os direitos humanos, caminha, ainda que em curtos passos, para a concretização dos direitos conferidos.

Hoje paira no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a cláusula da reserva do possível, utilizada em abundância pela Administração Pública, não pode ser argüida no fito de afastar o dever constitucional de implementar as políticas públicas estabelecidas, para dar efetividade aos direitos da criança e do adolescente. Ademais, a sua recusa, quando vier de fato a comprometer o núcleo básico do mínimo existencial, direito também garantido pela Carta Magna, configura omissão inconstitucional do ente público. O trecho da ementa abaixo transcrita vem reforçar o exposto e mostrar com clareza o posicionamento da corte suprema, *in verbis*:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE *OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO* – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197 (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)

Diante dos contrapontos existentes, a ponderação entre o mínimo existencial e a limitação proporcionada pela invocação da reserva do possível é elementar na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Não há plausibilidade em seu acolhimento quando venha a acarretar a ineficácia de uma espécie normativa assegurada em caráter prioritário. Numa construção do que seria esse princípio limitador:

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no

contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2012, p.288)

E com base nestes elementos, é possível afirmar que o princípio da reserva do possível, figurando em algumas ocasiões como limitador dos direitos fundamentais, em se tratando da criança e do adolescente, jamais poderá constituir óbice à proteção ao mínimo existencial. Deste modo, conforme afirma Gomes Canotilho, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.”(CANOTILHO, 1982, p.369)

No julgamento do Recurso Extraordinário 488.208/SC, que busca a instalação de Conselhos Tutelares – incumbência do município, utilizando o mesmo fundamento do julgado acima, o Ministro Marcos Aurélio afirma “que a proteção aos direitos da criança (CF, art. 227) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”[...]”, e ainda na ideia por ele defendida, o Estado só se desincumbirá de tal dever criando condições objetivas de viabilizar os direitos positivados no Caput do art. 227 da CRFB/88.

Mostrar os motivos que justificam a construção do entendimento dominante no citado tribunal é fator crucial para evidenciar que os direitos da criança e do adolescente não foram apenas positivados, mas possuem também mecanismos capazes de defendê-los em casos de arbitrariedade do poder público. Em outro trecho do último julgado citado, o Ministro afirma, numa esteira já conhecida pelos doutrinadores da matéria, que o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, no tocante a proteção ao direito da criança e do adolescente, figura como meta cuja não realização constituirá uma situação de inconstitucionalidade por omissão, imputada ao Poder Público e do tema de proteção ao direito da criança e do adolescente, principalmente em se tratando de delimitação, por parte da Constituição Federal, da implementação de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.

2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O melhor interesse do menor constitui princípio de observância obrigatória, sendo determinado ao aplicador do direito o enquadramento de sua decisão às condições peculiares da criança e do adolescente, surtindo efeitos que traduzam o melhor interesse destes. Diversos são os temas dentre os quais o referido princípio possui aplicabilidade. Figurando com maior incidência nas relações que abarcam o convívio familiar e social da criança e do adolescente, há que se apontar, a nível de melhor entendimento, a obrigatoriedade de observância nos processos de adoção, podendo ocorrer, inclusive, a sobreposição do princípio à norma. É o caso da adoção deferida sem observância da prévia inscrição no cadastro nacional de adoção que é um requisito imposto por lei, quando a situação demonstrar que o deferimento, justificado pelo melhor interesse do menor, é a solução mais plausível ao caso. Neste sentido:

O que o ECA estipula é que a regra para a adoção é se seguir o cadastro, para evitar fraudes ou desvio de finalidade. Apurando-se que o requerente possui vínculos afetivos e de afinidade e não constando nenhuma irregularidade, pode o juiz, *excepcionalmente*, deferir o pedido de adoção. (ISHIDA, 2010, p.113)

2.3 PERSPECTIVAS SOBRE A SITUAÇÃO ATUAL DE TRATAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Apesar da incontestável evolução brasileira no tocante à positivação dos direitos sociais, denominados direitos de segunda geração, para que sua aplicação prática alcance de fato as crianças e os adolescentes, é necessário muito mais do que uma mera normatização de direitos individuais com hipotética aplicação imediata. Ora, as garantias asseguradas pela Carta de Outubro dependem quase que exclusivamente da execução de políticas públicas cuja incumbência pertence ao poder público. O trecho abaixo, numa avaliação da implementação do Estatuto, aduz que:

Embora seja possível afirmar que esta lei, tanto no seu texto quanto no processo de redação, tenha avançado significativamente no estabelecimento de direitos dos menores de dezoito anos, o quadro que se apresenta está muito longe daquele idealizado pelo movimento social.

Críticas à execução das medidas previstas no Estatuto se fazem presentes a todo momento. (BAZÍLIO, KRAMER, 2011, p.30)

Os autores citados apontam ainda o esvaziamento dos fundos previstos pelo Estatuto para a implementação das políticas públicas. E, de fato, tal esvaziamento é preocupante, pois coloca num plano abstrato e cada vez mais longe os direitos dos sujeitos especiais, cuja aplicação prática não pode ser afastada sequer pela cláusula da reserva do possível. A luta na concretização desses direitos não se exauriu com a promulgação do Estatuto, possuindo como maior vilão o déficit na implementação das políticas e a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário para muitas vezes vê-las garantidas.

Acontece que nem sempre se recorre a tais medidas e os direitos que delas dependem acabam por escoar. A síndrome da inefetividade das normas não pode continuar figurando como fantasma que assombra a garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.

Somente a real harmonia entre os poderes estatais é capaz de proporcionar a efetividade dos direitos sociais, tendo em vista que, muitas vezes não ocorre dinamicidade entre a legislação que prevê determinada garantia delimitando os moldes segundo os quais ocorrerão, e a sua execução prática.

Na medida em que ocorrem as evoluções sociais, é necessário que a legislação caminhe também. Entretanto, antes que a legislação especial atinente à criança e o adolescente possa avançar, é fundamental que as normas já estabelecidas alcancem efeitos concretos. Os direitos fundamentais, segundo a Constituição Federal, são dotados de eficácia plena, tendo sua aplicabilidade garantida independente de regulamentação. Entretanto, no plano concreto, apresentam viabilidade ínfima.

3. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS

A grande maioria das normas responsáveis por compor o atual Estatuto da Criança e do Adolescente possui destinatários indistintos, bastando para tanto que se enquadrem na faixa etária dos sujeitos protegidos pelo texto legal – até dezoito anos, elemento suficiente para integrarem o grupo detentor da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Há, porém, normas editadas com a finalidade de abarcar um grupo específico dentro da generalidade acima descrita: aqueles cuja situação seja considerada de risco. O que, numa visão comparativa, apresentaria um pequeno grau de similitude com a situação irregular ou de risco, tida como motivante do outrora vigente Código de Menores. No atual Estatuto, são medidas constantes no Título II, denominadas como de proteção e tem como pressuposto de aplicação a existência de ameaça ou violação dos direitos protegidos por ele ou pela Carta Maior.

Tais direitos podem ser ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável e em razão da conduta do menor (Lei nº 8068/90, art.98). Constituem a regulamentação das ações estatais desencadeadas em virtude da configuração de uma situação de risco envolvendo uma criança ou adolescente. São, em suma, a tipificação das hipóteses assim consideradas e o estrito modo de agir incumbido ao Poder Público.

Diferente do olhar tido pela antiga doutrina da situação irregular, a aplicação dessas medidas ocorre, a partir da adoção da proteção integral, apenas em último caso, no fito de evitar a banalização na colocação prática destas, bem como sua possível arbitrariedade na execução. O princípio da excepcionalidade, em que pese possuir maior incidência na aplicação de medida privativa de liberdade, deve ser observado durante todas as medidas previstas.

O art. 99 prevê a possibilidade da aplicação isolada ou cumulativa das medidas de proteção, bem como a possibilidade de que sejam substituídas a qualquer tempo. Deste modo, é dado ao aplicador do direito a discricionariedade de escolher, orientado pela adequação ao caso concreto e o melhor interesse do menor, a aplicação das medidas que melhor surtam efeito para sanar a situação de

vulnerabilidade, atendidas ainda as necessidades pedagógicas (art.100) da criança ou do adolescente.

Partindo como efeito prático, no plano normativo, da doutrina da proteção integral, o art. 100 é responsável por reunir e positivar todos os princípios que norteiam a referida doutrina, figurando como claro reflexo do regime democrático e da mudança de paradigma que tanto ecoou um novo canto na história dos direitos da criança e do adolescente no âmbito nacional. A persecução do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como o estabelecimento da responsabilidade primária e solidária do poder público, nas três esferas, para a plena efetivação dos direitos assegurados pelo Estatuto, figuram como conquistas legais mais relevantes e coerentes com o seguimento adotado.

Coube ao artigo 101 do ECA o estabelecimento de medidas aplicáveis em qualquer das hipóteses de risco previstas pelo art. 98. O art. 101, *in verbis*, assim dispõe:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

A relação entre as medidas acima descritas e as aplicadas em razão da conduta do menor, por ser bastante íntima, merece comentários especiais. O primeiro deles se refere ao fato de que mesmo que uma criança cometa um ato infracional, conduta análoga à de um crime, ela somente se sujeitará as medidas protetivas do art. 101; e o segundo se refere ao fato de que qualquer uma das medidas estabelecidas entre os incisos I e VI possuem também aplicação em caso de prática de ato infracional cometido não só por criança, mas também pelo adolescente.

3.2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPÉCIE

Inseridas no título que trata da prática do ato infracional, as medidas socioeducativas são espécie das protetivas e se aplicam em razão da conduta do adolescente. Tal conduta consiste no cometimento de ato tipificado como crime ou contravenção penal. Será obrigatória a observância da existência ou não de tipicidade à época da prática do ato (ELIAS, 2010, p.143), conforme preleciona o princípio constitucional da legalidade, dispondo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, consagrado no art. 5º, XXXIX da CRFB/88.

Neste seguimento, não poderá o adolescente estar sujeito à medida socioeducativa em razão de conduta análoga a determinado crime que à data da prática não era deste modo considerado. O ordenamento pátrio adotou o sistema sistema biológico da inimputabilidade do menor de dezoito anos, figurando entendimentos divergentes na doutrina acerca da ocorrência de crime ou ato infracional. Valter Kenjilshida, adotando o critério bipartido da definição, pondera para tanto apenas o fato típico e antijurídico, apontando que:

A criança e o adolescente podem vir a cometer crime, mas não preenchem o requisito da culpabilidade, pressuposto de aplicação da pena. Aplica-se ao mesmo, a presunção absoluta da incapacidade de entender e determinar-se, adotando-se o critério biológico. (ISHIDA, 2010, p.197)

Com a devida vênia, optando pelo critério tripartido para a definição de crime, a conduta típica e antijurídica praticada pelo menor infrator não pode ser considerada como crime em razão do caráter inimputável conferido a tais sujeitos, sendo apenas uma conduta análoga e não criminosa. O ato praticado pelo adolescente, em virtude do seu caráter de sujeito inimputável, não constitui crime, mas ato infracional.

Para definir a maioria penal a legislação brasileira seguiu o sistema biológico, ignorando o desenvolvimento mental do menor dezoito anos, considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, desprezando, assim, o caráter psicológico. (BITENCOURT, 2014, p.476)

Reforçando a regra, aponta-se seu caráter de preceito constitucional, uma vez que o artigo 228 da Constituição estatui que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

O art. 103 do ECA contém a definição legal do ato infracional, dispondo que considera-se como tal a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

O procedimento especial de apuração do ato infracional deve observar, de modo obrigatório, todas as garantias processuais previstas na Constituição, a exemplo do devido processo legal, a legalidade bem como todos os demais princípios processuais penais que por ventura se adéqüem ao procedimento especial instaurado em face do adolescente. O objetivo primordial da observância de tais princípios é garantir o curso de um procedimento transparente, legal e justo.

O art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece as espécies de medidas socioeducativas que podem ser aplicadas pela autoridade competente ao verificar a prática do ato infracional.

São elencadas da seguinte maneira: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, bem como qualquer uma das previstas no art. 101, I a IV do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O procedimento legal, denominado sindicância, tem início após o cometimento do ato infracional, por intermédio da representação oferecida pelo membro do Ministério Público. Ademais, figura como outro ponto relevante a admissão, em caráter análogo, da figura da prescrição às medidas socioeducativas, matéria tratada pela Súmula 338 do STJ.

3.2.1 Advertência

O art. 115 do Estatuto preleciona que a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada. Em outras palavras, ocorrerá a leitura do ato cometido e o comprometimento pelo menor de que a situação não se repetirá.

Segundo Roberto João Elias, “é a mais simples e usual medida socioeducativa aplicada ao menor” (ELIAS, 2010, p.157). Apesar da simplicidade que lhe é destinada, pontue-se que esta se relaciona às conseqüências acarretadas

ao adolescente, posto que em termo de execução, em que pese ser exaurida em um único ato, este é revestido de formalidade, posto que realizada verbalmente pelo Juiz competente, será reduzida a termo e assinada pelo adolescente.

Para sua aplicação, é levado em consideração o histórico e a natureza do ato, como por exemplo, “o adolescente que cometa pela primeira vez lesões leves ou vias de fato em outro” (ISHIDA, 2010, p.230). Ademais, deverá ainda esclarecer as conseqüências da reincidência.

Segundo o STF: “A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente” (Numero dos autos: RE 248.018/SIJ Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 6-5-2008).

3.2.2 Obrigação de reparar o dano

A obrigação de reparar o dano é espécie de medida socioeducativa aplicável quando o ato infracional vier a produzir reflexos de caráter patrimonial, sendo determinada pela autoridade competente a restituição da coisa, compensando o prejuízo da vítima, conforme preleciona o caput do art. 116.

Possui respaldo jurídico na vedação ao enriquecimento ilícito e, um pouco mais que o caráter pedagógico da medida, visa restaurar a situação patrimonial prejudicada pelo ato infracional cometido pelo adolescente. São enquadradas na aplicação desta medida, condutas análogas aos delitos de furto, roubo e apropriação indébita.

Em caso de impossibilidade comprovada do cumprimento da medida, sua aplicação poderá ser substituída por outra, adequada às condições individuais do adolescente.

3.2.3 Prestação de serviços à comunidade

Consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais, conforme estabelece o art. 117 do ECA.

Tem caráter “pedagógico e efeito de ordem moral” (ELIAS, 2010, p.159), devendo ser observada a aptidão do adolescente e o limite máximo de oito horas semanais, estabelecido com o intuito de não trazer qualquer prejuízo à rotina do adolescente.

3.2.4 Liberdade assistida

A liberdade assistida foi instituída como modalidade de medida socioeducativa cuja aplicação se dá nos casos em que a conduta praticada pelo adolescente, configurando ato infracional, seja de menor gravidade, como pequenos furtos, agressões leves ou porte de entorpecentes para uso próprio, ainda que reincidente.

Também será aplicável em casos de cometimento de atos infracionais mais graves, quando o estudo social realizado no caso concreto vier a apontar tal medida como solução suficiente e mais adequada para a reintegração do menor em conflito com a lei. Observa-se na segunda hipótese a clara incidência do princípio do melhor interesse do menor, posto que ainda que gravidade da infração enseje outra medida de proteção em tese mais gravosa, a análise das condições do adolescente buscará o deslinde que melhor o beneficiar.

3.2.5 Semiliberdade

É considerada uma das medidas mais graves, sendo mais branda apenas do que a internação, importando também em privação de liberdade. A diferença consiste na possibilidade de que o adolescente exerça atividade externa, sendo tal característica inerente à medida. Sua aplicação independe de autorização judicial, ficando adstrita, entretanto, ao estudo multiprofissional que observará a sua conveniência.

3.2.6 Internação

Nos Termos, do art. 121 do ECA, “a internação constitui a medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

Tal condição, já tratada em tópico anterior, serve de respaldo para o estabelecimento dos princípios a que se sujeita a aplicação da medida de internação. Não comportando prazo determinado, será reavaliada a cada seis meses e terá duração máxima de três anos, sendo permitida a realização de atividades externas, exceto quando em contrário dispuser determinação legal.

Mesmo que o adolescente alcance a maioridade, tendo cometido ato infracional, é obrigado a cumpri-lo até alcançar a idade de vinte e um anos, não sobrevindo nesse período a condenação pela prática de crime.

A desinternação, medida reversa, será precedida de autorização judicial após oitiva do Ministério Público.

Por acarretar a segregação do adolescente, é modalidade que figura como última solução para alcançar o fim pedagógico de proporcionar ao adolescente o restabelecimento das condições normais de crescimento e desenvolvimento à ele garantidas.

Nesta espécie de medida se encontram as realidades mais cruéis, posto que o Estado ao intervir no âmbito familiar, retirando o adolescente deste seio e colocando-o em um centro educacional que, por diversos fatores alheios aos princípios e regras estabelecidos pela lei, muito se assemelham ao sistema penitenciário comum.

A ausência de eficiência na execução das políticas públicas, tema já batido neste trabalho, acaba por condicionar o adolescente a situações que lhe privam não somente os direitos suprimidos pela sentença. É como se o poder público, seja qual for a sua instância, profira também uma sentença em prejuízo daquele.

Voltando para a seara legal, esta estabelece ainda a realização de estudo pormenorizado, que deve ser realizado por equipe multiprofissional. Sua aplicação tem lugar em caso de cometimento de infração cometida mediante violência ou grave ameaça a pessoa, por reiteração e por descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta, nos termos do art.122.

Prevalecendo o princípio do melhor interesse, não será aplicada quando houver adequação de medida menos gravosa. Como medida aplicável ao sujeito em peculiar condição de desenvolvimento, deverá a medida ser cumprida em centro educacional exclusivo para adolescentes, onde serão obrigatórias as atividades pedagógicas.

O art. 124, *in verbis*, é responsável por delimitar os direitos garantidos ao adolescente privado de liberdade:

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

- I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;
- II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;
- III - avistar-se reservadamente com seu defensor;
- IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
- V - ser tratado com respeito e dignidade;
- VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
- VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;
- VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;
- IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
- X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
- XI - receber escolarização e profissionalização;
- XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
- XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
- XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
- XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais.

Quanto ao número atribuído à reiteração, para que seja aplicável a internação, o julgado abaixo demonstra que não há parâmetro mínimo de atos infracionais para que seja aplicada a internação, tendo em vista a ausência de disposição legal neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 122 DO ECA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ROL TAXATIVO. REITERAÇÃO. MÍNIMO DE 3 (TRÊS) EVENTOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A medida socioeducativa de internação é possível somente nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA, quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias destacaram a reincidência específica do paciente na prática de atos infracionais, não se encontrando o presente writ instruído com a certidão de antecedentes criminais do adolescente.

4. A Quinta Turma desta Corte Superior, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem ressaltado que, para a caracterização da reiteração prevista no art. 122, inciso II, do ECA, não se exige a presença de três ou mais condutas infracionais, por ausência de previsão legal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 307.948/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015)

No julgamento do Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal, apesar de não conhecer o remédio impetrado com o fito de conseguir alterar a medida socioeducativa aplicada, reitera os motivos que levaram o Tribunal recorrido a decidir:

DECISÃO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. ATO INFRACIONAL. RECEPÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA: INTERNAÇÃO. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTADAS. HABEAS CORPUS INDEFERIDO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DECISÃO MONOCRÁTICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

é de se observar que o Juízo de primeiro grau assentou o entendimento de ser a internação necessária porque o Paciente a) “é reincidente, recebendo, anteriormente, as medidas socioeducativa de liberdade assistida e de prestação de serviços, por tráfico de drogas (...), que, à evidencia, foram insuficientes para inibi-lo em sua delinquência”; b) “deixou de cumprir as citadas medidas e, até mesmo, de comparecer à audiência de justificação, ensejando a expedição de mandado de busca e apreensão em seu desfavor, (...) deixando assente ser recalcitrante ao meio aberto”; c) “está desprovido dos imprescindíveis freios inibitórios, notadamente porque “a família não exerce nenhum controle sobre suas ações, tanto que sua genitora declarou que ... o filho estava desaparecido dias antes e desconfiava de que ele estivesse envolvido novamente com o tráfico de drogas (...) não tinha mais controle sobre as ações dele”; d) “é perigoso e revela preocupante desvio de personalidade, com séria e preocupante inclinação para a vida infracional tendente ao cometimento de atos graves”. Ao contrário do que afirma a Impetrante, a internação foi decretada com base na gravidade concreta dos fatos, revelada pela reincidência e periculosidade do Paciente, nos termos do art. 122, inc. II, da Lei n. 8.069/90.”

Brasília, 16 de janeiro de 2015. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora (HC 125902, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 16/01/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03/02/2015 PUBLIC 04/02/2015)

Ademais, em um passado não tão remoto, inexistia legislação que regulasse a execução das medidas socioeducativas, em especial as privativas de liberdade, modalidades que requerem maior dispêndio e atuação por parte do Estado, vindo a serem reguladas, de modo análogo pelas normas e princípios que regulamentavam a execução penal. Tal situação figurou como alvo de duras críticas, posto que a ausência de norma reguladora do exercício da intervenção estatal na qualidade de medida se traduzia incongruente com o dever de proteção integral assumido.

Em 2012, com a promulgação da Lei nº 12.594, o legislador trouxe à baila da ordem normativa a regulamentação da execução dessas medidas.

4 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Figurando como tema mundialmente difundido no campo do direito, por intermédio de Bobbio, os critérios de valoração da norma jurídica, a saber: Justiça, validade e eficácia (BOBBIO, 2001, p.45), são parâmetros atemporais para a análise da norma. Partindo destes, será avaliada a implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo por intermédio da Lei nº 12.594/12, servindo como condição basilar para a constatação do grau de interação existente entre a norma constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei do Sinase, bem como da real eficácia que conferem aos direitos instituídos aos sujeitos especiais.

Não é de hoje que as lutas sociais impõem grande influência na elaboração das leis. E com esta não foi diferente. A ausência de matéria legal que tratasse da execução das medidas socioeducativas já era discutida há anos. Inexistiam investimentos proporcionais às necessidades essenciais à criação, desenvolvimento e sustentação dos programas socioeducativos imprescindíveis ao atendimento do adolescente em conflito com a lei.

Faltava, ainda, melhorar o marco normativo regulatório do processo judicial de execução das medidas, garantindo mais objetividade na relação entre o juiz, profissionais do programa e os adolescentes. A forma lacônica como o Estatuto tratou a fase executória das medidas, com efeito, permitiu que se consolidassem, no campo de atendimento, práticas amplamente discricionárias que, além do prejuízo à segurança jurídica (para adolescentes e programas), operava na contramão dos ideais de Justiça, equidade e proporcionalidade essenciais a uma intervenção que se pretenda, minimamente, educativa. (FRASSETO, et al.2012, p.23)

Com idealizações e inúmeras reuniões ocorridas desde 2006, após o encaminhamento do projeto de lei com o objetivo de disciplinar o processo de execução das medidas socioeducativas, em 2008, pelo Executivo Federal, a lei nº 12.594 veio a ser aprovada no ano de 2012, e, segundo Ramidoff:

Estabelece, por assim dizer, as normas gerais para o atendimento do adolescente a quem se determinou judicialmente o cumprimento de medidas legais – protetivas e socioeducativas, precisamente, ao determinar a estruturação e os procedimentos específicos no âmbito do seu acompanhamento sociopedagógico. (RAMIDOFF, 2012, p.12)

Dentre as diretrizes estabelecidas, destacam-se as competências atribuídas a cada ente federativo, destinadas à determinação de princípios e delimitação da execução das medidas protetivas e socioeducativas cujo cumprimento é imposto por lei. Num cunho mais específico, abordando a execução das medidas socioeducativas que importem em privação de liberdade, serão analisados os direitos que lhe são garantidos, posto que, em virtude de figurarem no modo de intervenção estatal mais gravoso ao adolescente, merecem maior atenção às conseqüências que importam na vida destes e de seus familiares.

4.1 DEFINIÇÃO LEGAL

A lei cuidou, logo no primeiro artigo, de definir o termo “SINASE”. O §1º do art. 1º assim dispõe: “Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.”

A partir da definição trazida pela lei, é possível apontar, em um primeiro momento, que as normas jurídicas positivadas com a promulgação desta são classificadas, em sua maior dimensão, como normas de organização, por conterem uma “prescrição objetiva, uma ordem para que alguma coisa seja feita” (BARROSO, 2011, p.216).

Entrementes, de modo diverso do que foi estabelecido no Estatuto, que nos termos do seu §1º do art.112, determinava uma “responsabilização diferenciada” (RAMIDOFF, 2012, p.14) ao menor autor de ato infracional, devendo a medida se adequar às circunstâncias, conseqüências e capacidade de cumprimento do adolescente, a nova legislação (art. 1º, §2º) se propôs ainda a delimitar os objetivos pautados pelo legislador para as medidas socioeducativas, sendo eles, in verbis:

- I – a responsabilização do adolescente quanto às conseqüências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III – a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

A responsabilização vem consistir na conscientização do adolescente do grau lesivo do ato por ele praticado, figurando o incentivo à reparação como forma de redimir o dano causado. Outro fator importante, a criação do plano individual de atendimento figura como garantia dos direitos estabelecidos ao adolescente, sendo sua integração social fator que muito poderá acrescer no seu desenvolvimento. Ademais, somente poderá ser privado dos direitos expressamente suprimidos na sentença, sendo relevante apontar que lhe é assegurado, inclusive, o direito ao voto.

4.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Tendo como um dos principais objetivos de sua feitura a criação de normas que regessem a execução das medidas protetivas e socioeducativas impostas ao adolescente em conflito com lei, no corpo legal do Sinase foram estatuídos princípios cuja observância deve ser obrigatória e norteadora de todo e qualquer procedimento que envolva o menor.

O primeiro deles é a legalidade e comporta previsão no inciso I do art. 35, determinando que a observância do referido princípio impede que receba o adolescente tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto. Admite tal princípio, na seara doutrinária a abertura para algumas críticas e discussões, sendo a primeira delas a característica incondicionada da ação, fato que o põe em xeque, em virtude da desconsideração da vontade da vítima para o processamento do adolescente, o que, nas normas destinadas à instauração processual do adulto, em se tratando de crime cuja ação seja condicionada à representação da vítima ou de iniciativa privada, implicam em tratamento mais severo destinado ao adolescente, que não pode ser beneficiado pela faculdade conferida à vítima de exprimir sua vontade de iniciar ou não, a ação de apuração do ato infracional.

Os dois incisos seguintes vêm estabelecer as condições as quais deverá ser operada a intervenção estatal, bem como a aplicação das medidas socioeducativas – somente em caráter excepcional -, além da prioridade à práticas ou medidas

restaurativas, primando, sempre que possível, pela utilização dos meios autocompositivos de resolução dos conflitos.

Tais meios contam com poucos subsídios para sua definição no âmbito legislativo nacional, entretanto, é possível defini-los, tendo a Resolução nº 12, de 2002, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas como parâmetro, dispondo, numa reunião geral das ideias, Eduardo Rezende Melo afirma que:

Havendo prova suficiente de autoria, consentimento livre e voluntário da vítima e do adolescente a quem se imputa a autoria do ato, deve-se realizar estudo social prévio ao oferecimento da representação para avaliação da existência de disparidades que impliquem desequilíbrios e/ou questões de segurança que possam eventualmente desaconselhar a justiça restaurativa. Não as havendo, é imperativa a derivação do caso para programas de justiça restaurativa. Fundamental. (MELO, 2013, p.27)

Ademais, outro critério de observância obrigatória é a proporcionalidade entre a medida aplicada e o ato infracional cometido pelo adolescente, posto que o Estado, na qualidade de garantidor, deve intervir na situação de risco somente em casos excepcionais, e tal intervenção deve ocorrer sob a ótica da ponderação entre a medida socioeducativa aplicada e a gravidade do ato infracional cometido pelo adolescente. O julgador assume o papel de impor uma intervenção extrema, e, desse modo, deve fazê-lo proporcionando o menor grau de lesividade, devendo ser suficiente, em termos pedagógicos, ao aprendizado do menor.

4.3 COMPETÊNCIA

O Sinase cuidou também de estabelecer, dentro do pacto federativo, as atribuições legais cabíveis a cada ente, de modo exclusivo e concorrente. Em consonância com a extensão do campo de atuação ocasionado pela adoção da teoria da proteção integral que, de plano, na ideia defendida por Custódio:

Já havia norteado a articulação de estratégias de transformação representadas pela construção do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e de toda uma inovadora rede institucional, que lhe dá sustentação e legitimidade política fundada em um modo de organização em redes descentralizadas. (CUSTÓDIO, 2008, p.31)

As claras delimitações legais constituem proposta de organização prática do sistema, buscando atribuir a cada um o seu papel na execução do sistema nacional de atendimento socioeducativo. Deste modo:

A nova lei traz um pacote de modernização da gestão do sistema socioeducativo, aspecto relevante dentro do contexto contemporâneo. Cria legalmente um sistema pelo qual ficam definidas competências de organização, manutenção e financiamento do atendimento, com espaços para a pactuação de critérios de transferências de recursos, padrões mínimos de qualidade, etc. Define, também que o financiamento deverá ser feito pelo orçamento fiscal, da seguridade social e de outras fontes. A criação do sistema de atendimento deverá ocorrer, de modo simultâneo, nas três esferas do governo, visando elevar o atendimento a um novo patamar técnico, político e administrativo. (FRASSETO, et al, 2012, p.32)

Dentre as competências ou atribuições legais destinadas de modo exclusivo à União no art. 3º, encontra-se a de que lhe compete a formulação e coordenação da execução da política nacional de atendimento socioeducativo. Em palavras claras, a relação intrínseca entre a espécie de direitos sociais da criança e do adolescente e a necessidade de implementação de políticas públicas se faz aqui positivada e constitui embasamento legal para sua exigibilidade. Ainda neste sentido, Mário Luiz Ramidoff afirma que:

Entre os artigos 3º e 6º são referidos os deveres legais destinados à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em virtude das funções que desenvolverão para a implementação dos programas, planos e sistemas de atendimento socioeducativo. As atribuições legais, assim, constituem-se antes de tudo mais num dever legal, para além do poder (“competências”) reconhecido à União – e, também, especificamente, a cada um dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – para a efetivação das determinações legais de que se encontra incumbida na atenção socioeducativa do adolescente. (RAMIDOFF, 2012, p.18)

De forma solidária com os Estados, Municípios e Distrito Federal, lhe coube a elaboração do plano nacional de atendimento socioeducativo, de modo que estes entes públicos, numa ação cooperativa, figuram como atores do estabelecimento das diretrizes básicas para o “acompanhamento do cumprimento das medidas legais – protetivas e socioeducativas – que forem judicialmente determinadas ao adolescente” (RAMIDOFF, 2012, p.16)

Em razão da sua superioridade econômica, ficou também estabelecido que deverá a União prestar assistência técnica e de suplementação financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas (art. 3º, III). Já aos Estados, coube, dentre outras competências, a de prestar assessoria técnica aos municípios. Deste modo, delimita-lhe a lei a atribuição de auferir maior dispêndio com a implementação e o desenvolvimento dos programas socioeducativos. Ainda tratando do custeio, o inciso VIII institui que é de sua competência financiar, com o demais entes federados, a execução de programas e serviços do Sinase.

À União não coube o desenvolvimento e a oferta de programas próprios de atendimento. Já no tratamento destinado ao Distrito Federal, estabeleceu-se que este exercerá cumulativamente as competências atribuídas aos Estados e Municípios.

Fator importante delimitado pelas competências, “a municipalização do acompanhamento do cumprimento das medidas de prestação de serviço à comunidade e a de liberdade assistida” (RAMIDOFF, 2012, p.24) configura mudança que poderá viabilizar o melhor cumprimento da medida.

4.4 PROGRAMAS DE ATENDIMENTO

As normas começam a tomar viés prático a partir da previsão dos programas de atendimento, posto que estabelecem as regras de observância obrigatória na condução do Sistema Socioeducativo. Os programas de atendimento deverão, como requisito obrigatório, realizar sua inscrição no conselho correspondente a cada ente federativo, devendo ser frisado o fato de que a União, conforme estabelecido em sua competência, não realiza o desenvolvimento de programa de atendimento. Os Estados, Distrito Federal e Municípios estão vinculados, respectivamente, ao Conselho Estadual, Distrital e Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Em meio às exigências, está a obrigatoriedade de que a composição da equipe técnica do programa seja interdisciplinar, abarcando, no mínimo, profissionais das áreas de saúde, educação e assistência social (art.12).

4.4.1 Programas de meio aberto

Os programas de meio aberto são destinados ao cumprimento das medidas socioeducativas de prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida. A ação dos programas reside numa postura mais integrativa, que busca orientar o adolescente e sua família sobre a finalidade da medida e a organização e o funcionamento do programa (art.13, II).

Como já tratado, são medidas que permitem que o adolescente permaneça no seio familiar, não vindo a desfrutar da dura realidade ocasionada pela privação da liberdade. Fazer com que o adolescente entenda a finalidade da medida que lhe é aplicada figura como objetivo de reintegrar o adolescente infrator. A ação conjunta da família é de cunho essencial para sua evolução.

É incumbência ainda da direção do programa a avaliação dos avanços no cumprimento da medida e a sua supervisão (art.13, IV e V).

4.4.2 Programas de meio fechado

Figuram como espécies de medidas socioeducativas sujeitas à observância dos programas de meio fechado, as medidas de semiliberdade e internação. Segundo Ramidoff:

A predefinição e inscrição dos programas de atendimento no âmbito do cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade atendem, assim, aos comandos protetivos dos direitos individuais e ao asseguramento das garantias fundamentais reconhecidas ao adolescente a quem judicialmente se determinou o cumprimento de tais medidas legais. (RAMIDOFF, 2012, p.35)

Como providências legais reguladoras dos programas de meio fechado, estão a delimitação dos requisitos de inscrição para funcionamento, estrutura, bem como as condições para o exercício da função de dirigente do programa. Entre os requisitos para a inscrição deste, é necessário, conforme preleciona o art. 15, a comprovação da existência de estabelecimento educacional com instalações nos moldes das normas de referência, que são, neste caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988, além da apresentação de atividades de natureza coletiva e a definição das estratégias para a gestão de conflitos, sendo

expressa a vedação ao isolamento cautelar do adolescente para tal fim. A estrutura física da unidade deverá observar o disposto nas normas de referência do Sinase, sendo, nos termos do art. 16, vedada a sua construção em espaço contíguo a estabelecimento penal.

Quanto aos requisitos exigidos para a ocupação da função de dirigente, são necessárias a reputação ilibada, formação em nível superior compatível com as atividades desempenhadas e experiência de no mínimo dois anos no trabalho com adolescentes.

4.5 RESPONSABILIDADE PELOS PROGRAMAS EXECUTADOS: AVALIAÇÃO E FISCALIZAÇÃO

Como instrumento avaliativo e fiscalizador, o legislador colocou nas medidas estabelecidas entre os artigos 18 e 27 a função de tornar efetivos os direitos individuais garantidos ao adolescente através do PIA. O grau de efetivação alcançado pelo programa individual de atendimento ao adolescente será avaliado de modo periódico, através da articulação dos entes federados, em intervalos não superiores a 3 (três) anos, nos termos do art. 18. Em que a previsão da avaliação em caráter genérico, estas poderão ocorrer “em razão de situações concretas de irregularidades” (RAMIDOFF, 2012, p. 41).

Em uma análise prática, tem como objetivo a persecução de metas que são previamente estabelecidas, além da elaboração de recomendações aos gestores e operadores dos sistemas (art. 18,§1º).

4.6 PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO (PIA)

O Plano individual de atendimento constitui meio de controle e garantia dos direitos assegurados ao adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa. Trata-se de modo individualizador do atendimento destinado ao adolescente, devendo ser adequado às condições peculiares deste, “percebendo a relevância de uma ação educativa singularizada para apoiar a realização das expectativas em relação ao processo de desenvolvimento do adolescente e sua inserção social” (FRASSETO, et al, 2012, p.38).

Segundo o texto legal, em seu art. 52, o cumprimento das medidas socioeducativas dependerá deste, que é definido como “instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente”. Sua elaboração é incumbência da equipe técnica de atendimento, levando em consideração, dentro da intervenção estatal, a garantia da efetiva participação do adolescente e da sua família, fator preponderante para a sua integração social.

No plano hipotético, se traduz como modo pelo qual o adolescente, além de ver a execução da medida socioeducativa adequada às suas particularidades, poderá vê-lo como documento assecuratório de todos os direitos a ele garantidos na guisa da execução. Construído em parceria com as informações fornecidas pelo adolescente e sua família, é considerado também viés do regime democrático, por viabilizar a participação popular em sua elaboração. Ademais, a primazia na garantia à convivência e participação familiar contribui significativamente no desenvolvimento do adolescente dentro do programa.

Para o sucesso de tal direito, a interação entre todos os sujeitos é essencial. O maior desafio para sua aplicação no plano concreto consiste na necessidade de preponderância e balanceamento em meio a equipe profissional que irá acompanhar o adolescente, posto que figuram em várias áreas profissionais e, muitas vezes, detêm opiniões divergentes que podem atrapalhar, no plano concreto, a sua efetiva participação na elaboração do plano.

4.7 DIREITOS DOS ADOLESCENTES

Possuindo como texto legal de referência os artigos 106 a 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos do menor sujeito ao cumprimento de medida socioeducativa são reafirmados a partir do art. 49 da Lei nº 12594/2012, delimitando que é direito do adolescente ser acompanhado por seus pais ou responsáveis e por seu defensor, em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial; ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação de liberdade, ressalvadas as exceções especificadas; ter direito ao respeito de suas características pessoais, bem como de peticionar a qualquer momento; ser informado da evolução do seu plano individual; receber assistência à saúde e direito ao atendimento em creche e pré-escola para seus filhos.

4.8 PONTOS RELEVANTES

4.8.1 Capacitação do adolescente interno para o trabalho

Com o objetivo de proporcionar aos usuários do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo sua plena inserção no mercado de trabalho, o capítulo VIII da Lei trata das formas de capacitação. A primeira menção contempla a possibilidade de oferta de vagas, nas escolas do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, nos termos dos instrumentos de cooperação celebrados entre os operadores do Senai e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativos locais.

São previstas também as oportunidades de inserção por meio do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), em condições similares às estabelecidas para o oferecimento de vagas pelo SENAI.

4.8.2 Direito de visita aos internos

A família possui papel primordial no desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, pois nenhum outro instituto é capaz de suprir o saudável fortalecimento que somente neste seio poderão alcançar.

Roberto João Elias defende que o direito à convivência familiar e comunitária, por se tratar de um direito natural, “deve ser preservado da melhor forma possível pelas normas jurídicas, em prol dos menores, da própria família e de toda a sociedade”(ELIAS, 2005,p.21).

Visando assegurar especificamente tal direito, o capítulo VI da lei em comento vem proporcionar ao adolescente sujeito ao cumprimento de medida socioeducativa privativa de liberdade, o direito à visitação.

O artigo 67 assim dispõe, in verbis:

A visita do cônjuge, companheiro, pais ou responsáveis, parentes e amigos a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa de internação observará dias e horários próprios definidos pela direção do programa de atendimento.

São sujeitos que, dentro da relação familiar e afetiva, contribuem significativamente para o fortalecimento emocional do adolescente. Após a especificação dos que são qualificados como pólo passivo do direito, os artigos seguintes são responsáveis pela garantia, regulação e estabelecimento de determinadas condições para o seu exercício.

Figura na doutrina a tese de que tal direito abranja todos os adolescentes que se sujeitem à medida socioeducativa que importe em alguma privação de liberdade, sendo aqui incluídos os internos com sentença, os que o são provisoriamente e os sujeitos à medida socioeducativa de semiliberdade.

Aponta-se no citado capítulo, entre os arts. 67 e 70, os sujeitos que poderão realizar a visita ao adolescente, sendo direito com caráter permissivo para o cônjuge, o companheiro, os pais ou responsáveis, parentes e amigos, além dos filhos, que poderão visitar seus pais, independe de idade.

Numa acepção hermenêutica, é possível apontar as normas reguladoras da visitação como uma preocupação legislativa de proporcionar ao adolescente privado de sua liberdade, uma mínima convivência familiar e afetiva, no intuito de manter, na medida das possibilidades, intacta a sua saúde mental fundadas na afetividade e sexualidade.

Passado o estabelecimento normativo, a viabilização do direito contará com o auxílio da direção do programa de atendimento, posto que deverá observar os dias e horários e forma de identificação por ela determinados. Dentre outros requisitos a serem cumpridos, a comprovação do vínculo com o cônjuge ou companheiro constitui condição de existência do direito, e deverá ser anterior à imposição da medida.

Voltando ao eixo da saúde, maiores comentários merece o direito à visita íntima, posto que seu exercício deve ser dotado de acompanhamento, por parte da equipe multidisciplinar, que deve oferecer todas as informações e materiais necessários à plena saúde sexual.

Ademais, ainda na discussão que envolve a implementação de políticas públicas, há que se apontar o fato de que, em algumas instituições da federação, o permissivo à visita íntima foi anterior à concessão legal, enquanto que em outras, mesmo após essa previsão, inexistem condições estruturais que permitam o exercício do direito.

4.9 TRATAMENTO DOS ADOLESCENTES COM DOENÇA MENTAL OU VICIADOS

Ao legislador, exprimindo os anseios que foram suporte para a promulgação do Sinase, coube tratar, em capítulo próprio, da atenção integral destinada à saúde do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, estabelecendo diretrizes a serem observadas na consecução dos fins almejados, bem como os procedimentos a serem adotados pelos programas de meio aberto e fechado, devendo este último contar com uma equipe mínima de profissionais de saúde cuja composição esteja em conformidade com as normas de referência do SUS, conforme preleciona o art. 62 da Lei.

A busca por ações integrais de saúde nas Unidades de Internação solicita o desenvolvimento de instrumentos e recursos voltados para identificar, em cada programa de atendimento socioeducativo, as demandas e necessidades de saúde daquele determinado coletivo, bem como as especificidades de cada adolescente. (JIMENEZ, et al. 2012, p.11)

O papel desempenhado pelo já tratado Plano Individual de Atendimento – PIA, abarca a inclusão e o acompanhamento deste direito, e figura a defesa, na doutrina, de que “deveria abarcar não apenas os sujeitos compreendidos na sua individualidade, mas também as demandas de saúde da instituição na qual se desenvolve a medida”. (JESUS; MALVASI; SALLA, 2012, p.11)

Deste modo, a proteção à saúde, destinada ao adolescente interno, ganha aporte real a partir do art. 60, na primeira seção e, de modo mais específico, vem tratar, na segunda seção, de problemas de saúde que abarcam certa quantidade dos jovens internos: os portadores de doença mental e os com dependência de álcool e substâncias psicoativas.

O atendimento das necessidades específicas de cada sujeito a quem se determina uma medida socioeducativa, traduz-se em garantia do seu desenvolvimento saudável, positivado pelo ordenamento jurídico e figurando no viés do combate aos danos que sua aplicação pode ocasionar. Aos adolescentes que apresentem indícios de transtorno mental, de deficiência mental ou associada, ficou estabelecida a garantia de avaliação por uma equipe técnica multidisciplinar e multissetorial, nos termos do caput do art. 64. Outrossim, as informações contidas na

avaliação são de cunho sigiloso e podem, a depender da peculiaridade do caso, acarretar a suspensão da medida, que será determinada pelo juiz após a oitiva do defensor e o Ministério Público, podendo o adolescente ser redirecionado à inclusão em programa de atenção integral à saúde mental, sendo solução que mais se aproxime do atendimento aos objetivos terapêuticos específicos do caso.

Ponte relevante de discussão consiste no combate à aproximação da internação do adolescente em Unidades de Saúde à medida de segurança imposta aos adultos (espécie de medida falha que condiciona o sujeito a privação de liberdade por tempo indeterminado, bem como, por muitas vezes em meio a ausência de real acompanhamento profissional e evolutivo do tratamento), não sendo aceitável o tratamento que lhes é imposto acarretar uma privação de liberdade ao adolescente, mesmo que em tratamento, por tempo superior ao limite de três anos.

4.10 CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO À VISITA ÍNTIMA DO MENOR

Salutar discussão merece o estabelecimento da visita íntima garantido ao adolescente que, em conflito com a lei, teve aplicação de medida privativa de liberdade, posto que, entre os requisitos para sua concessão figuram apenas a exigência de comprovação do casamento ou união estável.

Sendo sabido que os programas de meio fechado são responsáveis pela custódia de adolescentes cuja faixa etária varia entre os doze e, via de regra, dezoito anos, não havendo menção legal à idade, surgiu a celeuma acerca da constitucionalidade da norma, em razão do possível englobamento do direito aos adolescentes com idade entre doze e quatorze anos, bem como a presunção legal de violência adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que considera como estupro todo ato sexual praticado com sujeito cuja idade seja inferior à citada, sendo irrelevante o seu consentimento.

O embate entre a proteção integral instituída no art. 227 da CRFB/88 e a possível concessão do direito à visita íntima ao adolescente com menos de quatorze anos acarretou o estudo da norma, comparado aos requisitos materiais de constitucionalidade “que permitem comparar o conteúdo da lei ou do ato normativo com a constituição” (BULOS, 2011, p.137).

Englobados no rol de direitos e garantias individuais, os direitos sexuais e reprodutivos do adolescente de fato necessitam de verdadeira garantia por parte do Estado, mas, acima de tudo, é imprescindível a sua adequação com as demais normas, precipuamente as constitucionais. A positivação da visita íntima deu aparato legal a uma situação que de fato já existia em algumas instituições do país. Ocorre que, à época, inexistiam normas que regulassem o processo e a execução das medidas socioeducativas impostas ao adolescente e tal situação não possuía nenhum preceito legal fundamentador.

A observância da idade mínima exigida para a celebração do casamento, bem como da instituição da união estável, ambas reconhecidas pelo art. 226 da CRFB/88 como entidades familiares, será considerável na resolução da lide. O art. 1517 do CC dispõe sobre a capacidade para o casamento, conceituada como idade núbil, estabelece na via ordinária a idade mínima de dezesseis anos para a sua celebração, sendo necessária a autorização dos pais, ou, em caso de denegação injusta, o suprimento realizado pelo juiz. Ocorrerá excepcionalmente o casamento de pessoa com idade inferior em caso de gravidez, analisadas as condições que acarretam o melhor interesse do menor. Como dito, ainda que em cunho mais recente, a união estável foi equiparada à entidade familiar pela Constituição Federal. A seu turno, o art. 1723 do CC dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Para o estabelecimento de uma união estável, os sujeitos não podem conter qualquer impedimento para a celebração do casamento, sendo assim, entende-se que a capacidade é equipara a exigida para a realização deste.

Sendo assim, numa conclusão que condiciona o magistrado à concessão do direito da visita íntima ao adolescente interno cuja idade seja de, pelo menos dezesseis anos, ressalvada a hipótese de casamento excepcional em idade menor, estaria a norma que estabelece a visita íntima de acordo com os parâmetros legais e constitucionais pátrios. Superada, neste ponto, a discussão acerca da constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como ponto primordial a realização da análise da evolução histórico-normativa dos direitos da criança e do adolescente, com especial enfoque ao estudo da adequação entre a visita íntima, garantida ao adolescente sujeito à medida socioeducativa privativa de liberdade, e os parâmetros legais e constitucionais pátrios.

Para o melhor entendimento da construção dos atuais direitos inerentes à criança e ao adolescente, a compreensão das primeiras ações estatais, voltadas apenas à situação irregular, bem como o clamor social que eclodiu na década de 1980 que, reunindo diversas classes profissionais em defesa da criança e do adolescente, contribuíram para a assunção do compromisso da proteção integral pelo Estado.

A criança e o adolescente passaram ao posto de sujeitos de direitos, cuja garantia se dá em caráter prioritário. A ponderação entre o grande número de direitos e garantias a partir de agora positivados e a sua real eficácia constitui fator elementar para a análise da interação entre a produção normativa e a realidade social por ela abarcada.

A promulgação do SINASE estabelece um novo parâmetro, posto que institui as regras processuais atinentes à apuração do ato infracional, bem como a execução de suas medidas, através do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Desta feita, tais normas, dotadas de caráter prestacional, envolvem uma grande quantidade de dispêndio por parte do Poder Público, sendo necessário apontar a ausência do estudo do valor orçamentário que envolve a postivação de tais direitos.

De outra banda, a avaliação das inovações e incongruências suscitadas com a promulgação da Lei nº 12594/12 e os seus reflexos no sistema de atendimento socioeducativo, revelou um sistema cooperativo de divisão de competências entre os entes federados, como o objetivo de conduzir com primazia os avanços na implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Ademais, a realização do estudo avaliativo da norma que estabelece o direito a visita íntima, em um comparativo com o parâmetro constitucional estabelecido no art. 227, bem como as normas civis que regulam o casamento e a união estável,

condições concessivas mencionadas pela lei do Sinase acarretou a comprovação da constitucionalidade da referida norma, considerando o condicionamento do exercício do direito à análise do magistrado, que deverá concedê-lo ao adolescente interno, cuja idade seja de, pelo menos dezesseis anos, comprovado o vínculo afetivo entre ele e o seu cônjuge ou companheiro, ressalvada a hipótese de casamento excepcional em idade menor. Deste modo, estaria a norma questionada, de acordo com os parâmetros legais e constitucionais pátrio.

Por fim, a ausência da implementação prática desses direitos em algumas instituições se deve, de modo específico, pela ausência de planejamento orçamentário, posto que, em diversos casos, o legislador, visando dar uma resposta rápida ao clamor social, estabelece direitos de caráter prestacional mas não realiza o estudo e a viabilidade de sua implementação.

Sendo assim, as atuais perspectivas dos direitos da criança e do adolescente possuem duas vertentes paradoxais: uma infundável previsão normativa de direitos e um pequeno grau de efetividade prática.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAZÍLIO, Luiz Cavaliere; KRAMER, Sonia. **Infância, educação e direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 1 v.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 3 fev. 2015.

_____. **Lei da Convivência Familiar e Comunitária. Lei. 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em: 17 dez. 2014.

_____. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm> Acesso em: 19 ago. 2014.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**.6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, nº29, janeiro/junho 2008, 22-42.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**:Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**.São Paulo: Saraiva, 2005.

FRASSETO, Flávio Américo. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade - Revista da UNIBAN**. Gênese e desdobramentos da lei 12594/2012: Reflexos na ação socioeducativa. São Paulo, ano 6, p. 19-72, 2012.

ISHIDA, VálterKenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JIMENEZ, Luciene. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade-Revista da UNIBAN**. Significados da nova lei do sinase no sistema socioeducativo. São Paulo, ano 6, p. 01-18, 2012.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**.Barueri: Manole, 2003.

MELO, Eduardo Rezende. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade - Revista da UNIBAN.**A Lei 12.594/12 e suas implicações para o processo de apuração de ato infracional: critérios para o recebimento da representação e para a fixação da medida socioeducativa. São Paulo, ano 7, p. 22-39, 2013.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.**Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.