

**Acesso aos Tribunais de Justiça e acesso à Justiça;  
Os direitos humanos dos adolescentes a que se atribui a prática de atos  
infracionais**

João Batista Costa Saraiva<sup>1</sup>

1. Sujeito de direito: o acesso à justiça como direito declarado.

Para que um sistema político se perceba efetivamente democrático faz-se necessário que assegurar direitos seja um anseio efetivo e sincero. Em um tal contexto, o acesso à justiça faz-se um requisito fundamental. Uma condição básica de exercício de direitos humanos.

Em conseqüência não é bastante que a ordem jurídica proclame direitos, se esta mesma ordem jurídica não assegurar os mecanismos que os garanta e lhes empreste efetividade.

Assim, a primeira consideração a ser feita, é que acesso à Justiça é direito fundamental, expresso no artigo 5º, Inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, a toda cidadania: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Se a cada dia se constata a reflexão de Bobbio de que os direitos não surgem quando necessários e sim quando possíveis<sup>2</sup>, em matéria de Direitos da Criança, em particular na temática relativa ao adolescente a que se atribua a prática de um ato infracional, a assertiva do grande mestre italiano se confirma sem qualquer dúvida.

---

<sup>1</sup> Juiz de direito, especialista em Direito da Criança e do Adolescente, professor universitário, autor de diversas obras sobre o tema.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

O Estatuto da Criança e do Adolescente remonta a julho de 1990. A Lei 8.069/90 se faz na realidade na versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, de novembro de 1989, que consagra, como principal instrumento normativo, a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral dos Direitos da Criança, expressa em diversos outros documentos<sup>3</sup>.

O Brasil antecipou-se à própria Convenção dos Direitos da Criança, quando promulga a Constituição de 1988, que, em diversos dispositivos, mas especialmente em seus arts. 227 e 228, contempla a síntese dessa Doutrina, provendo a criança à condição de sujeito de direitos.

Ali, em cinco de outubro de 1988, foi derogado, por não recepcionado pela nova ordem constitucional, o Código de Menores de 1979, e sepultada, do ponto de vista normativo, a velha Doutrina da Situação Irregular na ordem jurídica interna.

Nascia o novo direito, consagrado em seguida no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, desconstruindo a idéia de “menor como objeto do processo” e introduzindo uma mudança paradigmática, “criança e adolescente enquanto sujeito de direito, sujeito do processo, protagonista, cidadão<sup>4</sup>”.

---

<sup>3</sup> Por Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral dos Direitos da Criança se compreende não apenas o próprio texto da Convenção, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, e promulgada no Brasil através do Decreto 99.710 de 21 de Novembro de 1990; como também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, conhecidas como Regras de Beijing (de Maio de 1984); as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad (de Dezembro de 1990), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio, Resolução nº 45/110, de 14.12.1990) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Resolução 45/113, de abril de 1991).

<sup>4</sup> Poucos autores, com tanta precisão e concisão, disseram sobre o câmbio paradigmático introduzido pela Convenção dos Direitos da Criança na ordem jurídica interna como Mary Beloff in “Los Derechos Del niño en el sistema interamericano” Buenos Aires- Arg: Del Puerto Editores, 2005. Estes argumentos os analiso e transcrevo parcialmente em “Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral, uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ªed., 2009, pgs. 50 a 71.

## 2. Os entraves ao exercício do direito. Princípio do Superior Interesse da Criança e a mitigação da natureza sancionatória da medida socioeducativa.

A condição de sujeito de direitos expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente decorrentemente da Norma Constitucional, pessoa em peculiar condição de desenvolvimento (e não incapaz, como resultava da antiga concepção), passados tantos anos de vigência do Estatuto, ainda carece de uma plena efetivação, em especial no campo da chamada “delinquência juvenil”.

Em nome de uma suposta autonomia do Direito da Criança (para alguns uma espécie de “gueto” jurídico, herdado do Direito de Menores) a criança, e especialmente o adolescente a que se atribua a prática de um ato infracional, ainda têm dificuldades de uma plena efetivação de seus direitos.

Faz-se operante, com toda sua histórica carga de discricionariedade e arbítrio, o chamado Princípio do Superior Interesse da Criança. Esse foi a pedra angular sobre a qual os defensores da Doutrina da Situação Irregular operacionalizavam o Código de Menores e seus poderes quase ilimitados.

O legislador brasileiro ao conceber o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente teve o cuidado de não o reproduzir (inobstante referido na própria Convenção). Entretanto, em nome do *amor à infância*, o princípio do superior interesse sempre foi muito presente no inconsciente (ou consciente) do operador do sistema juvenil, se constituindo, na forma de sua operacionalização discricionária, em um dos múltiplos fatores de dificuldade de plena efetivação dos primados da doutrina da proteção integral, por conta de seu aparente caráter indeterminado, e por isso discricionário.

A recente reforma introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente por conta da chamada “Lei de Adoção”, Lei 12.010, ressuscitou este Princípio na ordem jurídica interna<sup>5</sup>.

Embora resulte evidente do contexto a necessidade de limitação de tal princípio aos direitos afirmados, por conta da manutenção de conceitos como *incapacidade do menor* em detrimento ao de sujeito de direito, pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, o chamado princípio do superior interesse da criança acaba sendo operado no atual sistema como um verdadeiro *Cavalo de Tróia*<sup>6</sup> da doutrina tutelar. Historicamente tem servindo muito mais para fundamentar decisões à margem dos direitos expressamente reconhecidos pela Convenção, adotados por adultos que sabem o que é o melhor para a criança, desprezando muitas vezes a própria vontade do principal interessado<sup>7</sup>.

Nessa linha de raciocínio há Tribunais que ainda determinam a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em circunstâncias em que a um adulto não se imporia privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem. Em nome do superior interesse, ignoram-se um conjunto de garantias instituídas<sup>8</sup>. Em nome do “amor”, atropela-se a Justiça.

---

<sup>5</sup> Nessa reforma, que resultou na introdução de uma série de alterações no Estatuto, foi dada nova redação ao seu art. 100, introduzindo um parágrafo único, com doze incisos, listando princípios norteadores da aplicação das medidas previstas na Lei, tanto de caráter protetivo, quanto socioeducativo.

<sup>6</sup> A expressão foi cunhada por Miguel Cillero e é objeto de uma análise mais aprofundada em outro estudo (Adolescente em Conflito com a Lei, da indiferença à proteção integral, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77 e seguintes).

<sup>7</sup> Sobre o tema: Cortés M., Julio. Acerca del principio del interes superior del Niño. IN Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perpectivas. Santiago do Chile: Corporación Opción, Setembro, 2001, pp. 61/79.

<sup>8</sup> Se faz interessantíssimo, na linha de negação da natureza penalizante da sanção, o teor de Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que decidiu pela intempestividade de recurso interposto por adolescente intimado de decisão de internação, quando declinou o desejo de recorrer. Destaco aqui o voto vencido do Des. Rui Portanova, invocando jurisprudência do STJ para conhecimento do recurso, afirmando pelas tantas: “ (...) se o representado deve – obrigatoriamente - ser intimado pessoalmente para dizer se quer ou não quer recorrer, quando ele diz que quer recorrer, então, o recurso não está sujeito a qualquer prazo para

Daí a importância da advertência de especialistas de que se faz insatisfatória a estrita visão do acesso à Justiça como acesso aos tribunais. “Se este é o coroamento do Estado de Direito, é também – e simultaneamente – um direito meramente formal, tantos são os obstáculos antepostos ao acesso da pessoa à ordem jurídica justa”.

Cumprir lembrar aqui a triste experiência do Poder Judiciário alemão durante o regime de Hitler. Quando o nazismo se instalou na Alemanha, a partir de 1933, especialmente; dentre as confissões religiosas, aquela que desde o primeiro dia julgou a ideologia nazista incompatível com suas convicções foram os “Testemunhas de Jeová”. Afirmaram expressamente que a saudação *heil hitler* era contrária a doutrina que professavam. Isso lhes rendeu intensa perseguição, já nos primeiros tempos do regime hitlerista.

Resulta disso, entre outros registros, uma sentença de um Tribunal de Família de Hamburgo, em nome da “boa educação”, que retirou uma criança da guarda de seus pais por estes serem Testemunhas de Jeová<sup>9</sup>.

A questão do acesso à Justiça e ao Direito, e a importância de superação dos entraves que emperram o exercício destes direitos, passa pela superação da chamada crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente (onde se inclui o sentido do Princípio do Superior Interesse), de que há tanto tempo nos advertia Emílio Garcia Mendez<sup>10</sup>.

---

ser conhecido. Por igual, não pode deixar de ser conhecido por algum defeito formal, como, por exemplo, falta de razões de apelação. No primeiro caso (intempestividade), o recurso pode ser conhecido como “habeas corpus”. No segundo caso (falta de razões) deve ser nomeado outro defensor para apresentar as razões. Renovada vênua, o que não parece adequado é que o ECA, em sua sistemática recursal, legitime a parte para o recurso e o Judiciário, por um defeito formal, não aprecie as razões do recorrente...” (AC 70031573819).

<sup>9</sup>5 de junho de 1936, 28 Zebbralblatt fur Jugendrecht und jungendwohlfahrt, 281, in Rigaux, François, A Lei dos Juízes, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 112.

<sup>10</sup> Mendez, Emílio Garcia. Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latinoamericano. Porto Alegre: AJURIS/ESMP-RS/FESDEP-RS, 2000.

A importância de compreender o modelo de responsabilização previsto no Estatuto e a natureza sancionatória da medida socioeducativa; e por conseqüência penalizante enquanto reação do Estado ao ato infracional, uma vez que se trata de uma imposição ao sancionado de uma limitação, total ou parcial de sua liberdade, independentemente de sua vontade<sup>11</sup>.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça consolidaram ao longo desses anos de vigência da Lei 8.069 o entendimento sobre o caráter aflitivo das Medidas Socioeducativas, a par da finalidade pedagógica buscada por esta sanção.

Nessa dimensão faz-se antológica, em especial por permanecer atual, decisão lançada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, em Hábeas Corpus originário do Estado do Paraná.

No caso em questão, Ministério Público e Defesa convergiam na aplicação ao adolescente da medida socioeducativa de internação, a confirmar a tese de que o acesso aos Tribunais nem sempre representa acesso à Justiça. Tratava-se, pois, de um caso de flagrante ausência de defesa, na medida em que o próprio defensor argumentava ser a internação uma solução para o “bem” do adolescente.

Diante de tal circunstância o Ministro Relator referiu tratar-se de uma revivência excêntrica de infeliz pronunciamento do Carnelutti, quando supôs o processo penal como jurisdição voluntária, na medida em que não existiria lide, eis que a pena seria um bem para o condenado...

Do corpo do Acórdão, se extrai: “Em fase venturosamente passageira de sua fascinante obra jurídica, Carnelutti nega a existência da lide penal – salvo

---

<sup>11</sup> Sobre o tema faz-se imprescindível a consulta a obra de Sérgio Salomão Shecaira: Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil. São Paulo: RT, 2008. Nesse trabalho, de sua cátedra na Faculdade de Direito da USP, está expressa com clareza a idéia de um Direito Penal Juvenil inserto no Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto instrumento de garantia de direitos e de cidadania.

no tocante à decisão sobre a ilicitude civil do fato delituoso para fins de reparação, que, no sistema italiano, é objeto do mesmo processo – no âmbito da jurisdição voluntária, não, no da contenciosa”.

Referindo a obra do imortal Mestre italiano, que nesse particular felizmente se retratou, destaca o eminente Ministro Sepúlveda em seu voto, que, em sua obra traduzida ao espanhol, “Leciones sobre el Proceso Penal” (ESEA, Buenos Aires, 1950, p. 156), Carnelutti chega a referir que no processo penal a finalidade buscada é o bem do acusado e não o mal e que tão pouco existiria conflito de interesse entre o imputado e o Ministério Público, em uma relação similar a que se estabeleceria entre o enfermo e o médico que lhe pretende ministrar a cura<sup>12</sup>.

Se no processo penal tal engodo já se viu superado, percebe-se que em se tratando de responsabilidade juvenil, nos dias que correm, ainda há setores que pretendem reviver aquela tese superada, sob outro rótulo.

Na evolução da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em especial por súmulas editadas ao longo desse período, o óbvio foi definitivamente retirado do anonimato (como diria o grande Lênio Streck), afirmando o caráter aflitivo da medida socioeducativa, nessa medida, penal.

---

<sup>12</sup> Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente.

1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente.

2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106- 111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade.

3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender - além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil - é revivescência de excêntrica construção de Carnelutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade. (STF, RE 285571 / PR, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

Assim, permanecem atuais as preocupações lançadas em trabalho anterior<sup>13</sup>, tratando das garantias processuais expressas na normativa, cujas, poderão transformar-se em meras peças de retórica se não forem operacionalizadas com a devida dimensão de instrumentos de cidadania.

3. Conclusão: Acesso ao Tribunal e acesso à Justiça. O discurso neomenorista no Brasil. A Instrumentalização de conceitos da Doutrina da Situação Irregular utilizando-se do Estatuto do Adolescente.

Esta presente no mundo jurídico brasileiro o debate sobre o próprio sistema de justiça para crianças e adolescentes, com questionamento da natureza sancionatória, e nessa dimensão retributiva, da medida socioeducativa. Sob o argumento da autonomia do Direito da Criança, insurgem-se contra a idéia de um Direito Penal Juvenil. Salvo exceções, a maioria destas manifestações tem um nítido caráter corporativo, visando ao suposto asseguramento de espaços de poder, discricionário e na maioria das vezes autoritário, invocando o princípio do “superior interesse da criança” para justificar atropelos às garantias processuais e constitucionais.

O custo ao Brasil de seu pioneirismo na adoção em sua legislação dos termos da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança (O Estatuto é de Outubro de 1990) está estampado em algumas concessões no texto de sua lei à Doutrina Tutelar. Se não são concessões expressas, resultam estas de omissões do texto ou de expressões ambíguas, aptas a permitir interpretações indevidas. Bem se diz que se deve cerrar as portas e não deixar frestas, pois por estas podem passar ventos indesejáveis.

---

<sup>13</sup> “As garantias Processuais e o Adolescente a que se atribua a prática de ato infracional”, in Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização, São Paulo: ILANUD, 2006, p. 175 e sgs.



No caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a ausência de regras sobre o processo de execução das medidas socioeducativas; a possibilidade de concerto de remissão perante o Ministério Público sem a presença de Defensor na fase anterior a instauração do processo de apuração da responsabilidade penal juvenil perante o Poder Judiciário; a ambigüidade na definição dos tipos penais que autorizam a privação de liberdade, e outros deslizes da legislação que comprometem o rigor garantista; resultam em “frestas” no sistema por onde se introduz o germe da doutrina tutelar.

A inconstitucionalidade destas omissões legislativas ou dos dispositivos não garantistas tem sido afirmada pelos Tribunais que analisam o tema sob os fundamentos do Direito Penal, acatando, na maioria das vezes, recursos originários das Defensorias Públicas instaladas nos Estados. É o caso do reconhecimento da prescrição da pretensão acusatória ou da pretensão executória da medida socioeducativa por parte do Estado, não afirmada no Estatuto, mas reconhecida analogicamente em face das regras do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça, pasmem todos, necessitou lançar uma Súmula afirmando que a tão só confissão do adolescente não é suficiente para imposição da sanção socioeducativa.

A dificuldade para o reconhecimento da implantação, pela Doutrina da Proteção Integral, de um conceito de Direito Penal Juvenil, com sanções e sua respectiva carga retributiva, resulta de um pré-conceito de natureza hermenêutica, em face a uma cultura menorista presente e atuante em toda América Latina, do que já nos adverte Amaral e Silva em suas lições<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Amaral e Silva, Antônio Fernando. O Mito da Inimputabilidade Penal do adolescente. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 5. Florianópolis:AMC, 1998.

A conduta dos que não admitem a idéia de um Direito Penal Juvenil, implica no abandono de conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medida socioeducativas e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente) e se faz responsável no Brasil pelas dificuldades que se enfrenta, desde 1990, para a efetivação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente, desembocando na chamada dupla crise do Estatuto, referida por Emílio Garcia Mendez: uma crise de implementação e outra, em verdade responsável por aquela, uma crise de interpretação.

Trava-se hoje, no Congresso Brasileiro, um debate em torno do Estatuto, da sempre equivocada tese de redução da idade penal. É possível, em contraposição a essa tese, avançar no aprimoramento do Estatuto, em vista da experiência acumulada nestes anos, e nessa linha se inclui a instituição do SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo<sup>15</sup>. Os riscos de retrocesso, entretanto, existem. Resultam, principalmente, de ações corporativas de alguns setores do Poder Judiciário e do Ministério Público, e de parcela de representantes de organismos não-governamentais, que de alguma forma, como espaço de poder, tem interesse em manter nebulosa esta questão, na medida em que a ausência de regra permite o exercício ilimitado deste poder. Não é sem razão que a maioria absoluta dos agentes das Defensorias Públicas instaladas no Brasil há tempo perceberam esta questão e afirmam os primados do Direito Penal Juvenil expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>15</sup> A Lei 12.594 instituiu o Sistema Nacional Socioeducativo no plano normativo, trazendo regras de execução. Destaco aqui os objetivos buscados pelas medidas socioeducativas, listados no art. 1º da Lei e os Princípios Fundantes do Sistema, no importantíssimo art. 35.

