

DOCTRINA

JUSTIÇA COMO VALOR JURÍDICO

UMA VISÃO A PARTIR DE A *REPÚBLICA* DE PLATÃO E DA *ÉTICA A NICÔMACO* DE ARISTÓTELES

Alexandra Beurlen de França
Promotora de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução: O papel da justiça para o Direito: um problema permanente. 2. A justiça em *A República* de Platão. 3. A justiça em *Ética à Nicômaco* de Aristóteles. 4. Justiça e lei. 5. O conteúdo da justiça. 6. Conclusão: A justiça como fim do Direito.

1. Introdução

O papel da justiça para o Direito: um problema permanente

Quid juris?

Saber se o direito é pura norma ou também valor e, mais ainda, fato, é uma discussão que existe há milênios. Várias são as teorias que limitam o direito à produção normativa estatal (legislada ou não), outras tantas as que reconhecem o direito como fato social, e ainda há as que acrescem à norma e ao fato, o valor.

Dentre os valores, a justiça é identificada pelos filósofos gregos como o maior. Por conseguinte, definir se a justiça é virtude que pertence exclusivamente ao mundo moral ou também ao universo jurídico é outra preocupação constante.

O conceito de justiça e a sua função no direito são temas que estiveram presentes na vida daqueles que pensaram o fenômeno jurídico, mesmo quando ainda não se falava em uma ciência própria para tal objeto de estudo.

Se há tanto que se discute o tema devemos nos perguntar se, no mundo contemporâneo, a reflexão sobre a justiça ainda tem algum sentido no universo jurídico?

Pensar juridicamente sobre a justiça é atualíssimo, notadamente, quando vivemos em um mundo onde o ser humano vem sendo relegado a segundo plano. Um mundo onde se permite que 800 milhões de pessoas¹ passem fome e que a sua vasta riqueza se concentre nas mãos de poucos, a pretexto de regras econômicas, as quais, ao invés de servir ao homem, agem ao revés.

Se o conteúdo dos meios de controle jurídico-normativos estatais permite tal realidade, resta-nos indagar: Esta situação é justa? A justiça exerce ou deve exercer alguma influência na legislação? Havendo conflito entre as normas estatais e a justiça, que medida podemos adotar?

Sem dúvidas, este trabalho não tem falsas pretensões de responder, definitivamente, às indagações acima sugeridas. Mas, por outro lado, analisando as opiniões dos mais consultados filósofos gregos sobre o tema justiça – Platão e Aristóteles - deseja alcançar algumas soluções que permitam aproximar ou afastar o homem, a justiça e o direito.

2. A justiça em *A República* de Platão

Platão, em sua *A República*, trata de vários conceitos de justiça comuns em sua época, todos ligados à idéia do **bem**. Questiona-os e tenta construir uma nova definição. Inicia sua obra a partir da idéia de justiça como **verdade** e **restituição** presente na definição apresentada pelo poeta Simônides.

Nega Platão a noção de restituição como conceito de justiça aduzindo que, nem sempre, restituir algo a alguém é fazer justiça, pois devolvendo-lhe o que pertence à sua essência pode-se praticar também a injustiça², a exemplo do médico, que deve prestar socorro mesmo ao inimigo e não abandoná-lo, tratando-o com a inimizade que deveria ser sua.

Entretanto, mesmo opondo-se à idéia de que justiça seja restituição, trata-a, contraditoriamente, em vários momentos da sua

¹ World Food Summit. *Rome Declaration on World Food Security*. Roma: FAO, 1996.

² PLATÃO: *A República*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000, 331 “a-e” – 335 “a-e” . p. 15- 22.

obra, como **retribuição**. É que assevera, em argumento persuasivo, que o homem justo (e, por conseguinte, bom) será agraciado com a felicidade pelos deuses, senão em vida, ao menos após a morte. Não seria isto a restituição do bem ao bom?

Outro conceito de justiça apreciado, desta feita através do diálogo entre Sócrates e Trasímaco, é o pragmático **conveniência do mais forte**. Quando Platão refuta as assertivas de Trasímaco, surge trecho de grande importância para situarmos a justiça e o direito legislado como bens diversos.

Identificando o Estado, através dos legisladores, como “o mais forte”, demonstra que, muitas vezes, o cumprimento das leis implica injustiça e, não raras vezes, contra o próprio Estado, de sorte que o simples fato de ser detentor da força não acarretará, necessariamente, felicidade e justiça.

Platão exige, porém, em outro momento, que, como regra, a lei vise à totalidade dos cidadãos, otimizando as suas condutas para que possam ser úteis à comunidade³, pautando-se, então na justiça. A lei deve ser justa, não obstante nem sempre o seja.

Fundamentando a justiça, ainda, como conveniência do mais forte, Trasímaco aduz que está baseado na observação da experiência cotidiana, verificando nela que as **aparências** têm tamanha relevância na sociedade, que o importante é aparentar justiça para que se alcance a felicidade.

Trasímaco defende, a título de argumentação, que o servo, mesmo sendo justo, não tem sua felicidade assegurada, pois deve garantir a satisfação de seu amo, obedecendo suas ordens (este princípio – a obediência –, sim, um princípio de justiça). Assim, terá perdas, prejuízos, enquanto este, mesmo injusto em suas ordens, será feliz e, ainda, desde que aparente justo, respeitado.⁴

Continuando a negar tal conceito, Platão situa a justiça como a principal das **virtudes** e ressalta que para uma comunidade ser harmônica, é necessário ser justo e não apenas aparentar, a fim de que, **cumprindo cada qual o seu papel**, possa alcançar-se a felicidade. É que a justiça não diz respeito à aparência, mas ao

³ Op. cit., 339 “a-e” e 519 “a-e”. p. 26 e 215.

⁴ Op. cit., 338 “a-e”, 340 “a-e”, e 343 “a-e”. p. 25, 27, 30 e 31.

interior de cada indivíduo. O cidadão será justo se agir conforme o que verdadeiramente integra sua essência, cumprindo aquilo que lhe foi atribuído como função e **possuindo apenas o que lhe pertence**.⁵

Como último argumento contra as opiniões de Trasímaco, observamos que Platão mantém o elo entre o bem e a idéia de justiça, assim como entre a de injustiça e a de mal, garantindo ao justo a felicidade assegurada pelos deuses⁶, em uma vinculação ético-religiosa que demonstra carência de racionalidade em seu discurso.

Na realidade, Platão não consegue negar, totalmente, a idéia de Trasímaco, pois não encontra argumentos empíricos para demonstrar que apenas o justo é feliz. Mas, envolvido na sua teoria das idéias, afirma e reafirma que é assim que deve ser e, conseqüentemente, deve ser ensinado, com objetivo de que, uma vez todos acreditando nesta “verdade ideal”, ela se tornará real.

Após demonstrar que a justiça é uma virtude, Platão passa a comprovar que a idéia de justiça está interligada, também, à de **igualdade**, devendo-se identificar o que as pessoas têm de semelhante ou diferente, a fim de que sejam tratadas **de acordo com suas aptidões**⁷.

Considerando a justiça como o caminho para a felicidade de todos (pois mistura ética a política), entende que as aptidões pessoais devem ser voltadas para o bem comum e a identificação dessas aptidões deve ser feita pelos governantes, não sendo possível deixar a cargo de cada indivíduo, para que não impere o egoísmo e desestabilize a comunidade.

Repetidamente, mantém Platão os conceitos de justiça que imperavam em sua época, ratificando que é justo que cada qual cumpra o seu papel, possua o que lhe pertence, aja de acordo com suas aptidões... o que, ao nosso entender, nada mais quer significar que “dar a cada um o que é seu”, o que, por sua vez coincide com o conceito de restituição.

⁵ Op. cit., 433 “a-e”, 443 “a-e” e 444 “a-e”. p. 128, 129, 140 e 141.

⁶ Op. cit., 588 “a-e”, 609 “a-e”, 613 “a-e”. p. 288-290, 308, 312 e 313.

⁷ Op. cit., 454 “a-e”. p. 148-150.

Indaga-se: Quem define o papel de cada cidadão ou o que pertence a cada cidadão?⁸

Platão atribui ao Estado a função de estabelecer as tarefas de cada um e sugere que seja feito de tal forma que não se perceba a manipulação.

Um dos instrumentos escolhidos por Platão para formação de sua República, nos moldes que os filósofos, verdadeiros governantes, verificam como ideal, é a educação, a formação dos cidadãos desde crianças, pautada no outro instrumento: as leis.⁹

Importante registrar que, apesar de discutir todos esses conceitos de justiça acima referidos, nega-os e os reutiliza à medida que se tornam importantes para a configuração da justiça como uma virtude, como parte do bem, sem contudo, deixar claro qual é, exatamente, o conceito por ele eleito.

Na República se configura, então, a justiça como o maior dos valores, objetivado pelo Estado que, através das leis emitidas pelos governantes, muitas vezes, sacrifica a individualidade do ser humano, a fim de que este seja atendido dentro do universo coletivo. O que fazer quando as leis não atendem a este objetivo? Platão não nos oferece resposta.

3. Justiça em *Ética à Nicômaco*

Ao contrário de Platão, Aristóteles separa a ética da política, reservando à primeira os aspectos intimamente pessoais da vontade e à segunda, a relação entre o homem e o grupo em que se insere.

Volta a sua obra à definição do bem, cuja idéia liga, desde o princípio à **felicidade**.¹⁰ Aduz que para um homem ser bom, deve pautar sua conduta na maior das virtudes e, para ser político, além de bom, deve obedecer às leis¹¹.

⁸ KELSSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 93-95.

⁹ PLATÃO. *A República*. Op. cit., 424 "a-e". p. 118.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, Livro I, 2-4 e 7. p. 18, 19 e 25.

¹¹ Idem, Livro I, 13. p. 36.

Considera a realidade como essencial para a configuração das virtudes. Ao invés de apontar o mundo das idéias como pano de fundo de sua teoria, entende que, para que seja justo, o homem deve **praticar** a justiça. Para fazer com que os homens sejam bons, e justos, é que existem as leis.

A justiça, como as demais virtudes, surge com a repetição de atos justos. Nega Aristóteles à bondade e à maldade a condição de natas no ser humano¹². Todavia, a justiça é vista como a mais perfeita de todas as virtudes, pois, além de ser justo consigo mesmo, o homem pode, e deve, ser justo com o próximo.

Desvincula a justiça do âmbito exclusivamente interno do indivíduo, ao qual geralmente se restringem os atos morais, impondo que, para ser justo o homem deve agir com justiça para com o próximo.

De maneira bem mais didática que Platão, Aristóteles expressa a existência de várias espécies de justiça, integrantes de uma **justiça em sentido amplo**, maior que ambas, quais sejam: a **justiça legal** e a **moral/natural**. Aduz que o ato pode ser injusto tanto porque é **improbo**, quanto por ser **ilegítimo** (coincidindo a sua definição de ilegitimidade com ilegalidade).

Para Aristóteles a justiça é, ainda, um **meio-termo**, um equilíbrio entre pólos opostos¹³. É neste equilíbrio que ele vai fundamentar outras espécies de justiça, que considera particulares (chama de particulares no intuito de distinguir da justiça como virtude maior).

Alguns autores apontam este argumento de que a justiça é um meio-termo como falacioso, pois compreendem que os valores situados nos extremos não podem ser mensurados e considerados maiores ou menores. Da mesma sorte que não seria apropriado assegurar a existência de um ato mais ou menos bom. Ou o ato é conforme a moral ou não o é.¹⁴

Ocorre que Aristóteles não está tratando de regras matemáticas, apesar de basear-se nelas, de maneira que a

¹² Idem, Livro II, 2 e 5, pp. 42 e 47

¹³ Idem, Livro V, 1, 3 e 5, pp. 103, 108 e 115.

¹⁴ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Op. cit., p. 116-118.

apresentação de sua noção de justiça, política e eticamente, moldam-se perfeitamente à realidade social, senão vejamos:

Uma das espécies de justiça reconhecidas por Aristóteles é aquela que trabalha a **distribuição** de bens entre pessoas. Bens estes que podem vir a ser divididos em quantidades iguais ou desiguais, de acordo com a transação entre as partes e o texto da lei. A outra assume o papel de **corrigir** um tratado entre indivíduos para poder alcançar, de alguma forma, o equilíbrio.

Este equilíbrio que Aristóteles indica ser alcançado pela **equidade**, implica em necessária **relativação** da justiça, posto que para alcançar o meio termo entre o maior e o menor, e assim deixar as partes em verdadeira igualdade, termina por ser considerado justo apenas por um, o que obteve a vantagem, mesmo que isso signifique suprir omissões legislativas.¹⁵ Para alcançar o meio-termo será necessário agir com a razão e não com a emoção.

Assim, se a justiça se encontra entre dois termos, assegura Aristóteles que ela é uma proporção. A justiça **distributiva**, assevera, seria uma proporção geométrica, levando cada envolvido uma parte igual do todo, enquanto a justiça **corretiva**, aritmética, sana uma distorção inicial e, dando a um termo da proporção mais e ao outro menos, alcança a real isonomia. Destaque-se que nesta classificação da justiça os autores reconhecem a maior contribuição de Aristóteles.¹⁶

Questionando a **reciprocidade** apontada como essência da justiça pelos pitagóricos e subliminarmente defendida por Platão através do conceito de retribuição, afirma que ela só será justa quando partir de uma proporção para que se atinja a igualdade entre os termos. Não se pode retribuir um mal com qualquer mal, mas com um que lhe seja proporcional.

¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Op. cit., Livro V, 10, p.125.

¹⁶ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 56; e MACEDO, Sílvio de. *História do pensamento jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 23.

Trata ainda Aristóteles da justiça **política**, a qual é, em parte, legal e, em parte, natural¹⁷ (voltando a distinguir ética e política). Sua parte natural decorre da própria essência do ser humano, que, em qualquer lugar, por ser político por natureza, agirá da mesma forma. A legal decorrerá da cultura das sociedades em particular, expressa através dos instrumentos normativos.

Identificamos no discípulo de Platão muito menos ambigüidade em suas manifestações, bem como uma exposição coerente quanto aos conceitos de justiça, a qual está preocupada, de fato, com a isonomia – enquanto em Platão a igualdade aparece um pouco descaracterizada pelo elitismo.

Para Aristóteles temos, então, a justiça como virtude maior, que se manifesta sob várias roupagens, mas todas visando à igualdade e o bem do ser humano, que deve ser assegurado pelo direito legislado e, quando este aparentar injustiça, deve-se buscar, na equidade, a melhor leitura jurídica e promover-se a justiça no caso concreto.

4. Justiça e lei

Alguns autores, analisando a obra de Platão, consideram-no como grande precursor da discussão acerca da existência de um direito natural paralelo ao direito positivo¹⁸, enquanto outros¹⁹ ressaltam a distinção da justiça sob os pontos de vista moral e jurídico, como ponto máximo de sua contribuição ao direito.

A princípio, Platão liga, como vimos, a justiça à idéia de bem, afirmando, claramente, que quem é justo é bom e que a justiça é a perfeição do homem²⁰, com isto, traz um conceito moral de justiça. A nosso ver, no entanto, a idéia do bem por natureza é muito sutil, ao menos no que pertine à República, sendo expresso, apenas, um certo determinismo no que diz respeito às aptidões pessoais, mas que é por ele mesmo aplacado com a sua concepção de educação.

¹⁷ Ibidem, Livro V, 7, p. 117

¹⁸ MACEDO, Sílvia de. *História do pensamento jurídico*. Op. cit., p. 11 e 12.

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência*. Op. cit., p. 52.

²⁰ PLATÃO: *A República*. Op. cit., 335 “a-e”. p. 21.

A presença mais marcante de um possível direito natural, talvez, esteja no fato de que pretende que as normas positivas correspondam a este ideal maior que é a justiça, contudo, não se aprofunda neste vínculo.

Por outro lado, o conceito de justiça moral e legal aparecem quando aceita Platão os argumentos de Trasímaco de que os governos fixam as leis que entendem convenientes e punem o seu desrespeito diante da injustiça. Estabelece aí um conceito de justiça distinto da idéia de bem (justiça moral). É a mencionada justiça legal.

A existência de justiças legal e a moral está mais clara na confirmação de que, mesmo tendo-se como o justo a obediência às leis – e assim deve ser ensinado desde os primórdios da educação do cidadão –, muitas vezes, o teor da norma é injusto. A nossa crítica vem ao fato de que apesar de reconhecer a possibilidade de um conflito, não sugere solução para o problema.

Ora, com esta passagem percebemos que, para Platão, há um conceito de justiça superior ou anterior, ao cumprimento das leis: a justiça enquanto pertencente ao bem. Por este motivo, ao invés de nos utilizarmos do mesmo termo “justiça” para objetos distintos, preferimos tratar a obediência à lei por **legalidade**.

Se alguma razão pode ser atribuída a Trasímaco, e cremos que sim, esta é que a legalidade, e não a justiça, consiste em fazer o que convém aos que estão no poder, o que, muitas vezes, significa romper com os valores humanos por excelência e colocar a lei, mas não a justiça e tampouco o direito, a serviço de poucos.

Aristóteles distingue de forma mais precisa o conceito de justiça do de legalidade, porquanto, não obstante para ser injusto baste descumprir a lei, para alcançar o rol dos justos é mister além de cumpridor dos deveres legais, ser probo. Reconhece, por conseguinte, a existência de uma justiça legal, diversa da justiça moral, à que chama, ainda, de natural. E ambas, como vimos, pertencem ao mundo da justiça, em sentido amplo.

A primeira ligação que Aristóteles faz entre justiça e lei está na distinção entre a boa e a má lei. Sendo boa aquela que consegue fazer com que os homens sejam bons, praticando atos justos²¹. Ao

²¹ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Op. cit., Livro II, 1, p. 41.

contrário de seu mestre, ao reconhecer que existem leis injustas, assevera que como dogma tem-se que cumprir as regras **justas**.

Explica Aristóteles que grande parte das desigualdades provocadas pela lei, dá-se em virtude da própria universalidade indispensável à lei, visto que ela não pode tratar cada caso em particular. A solução oferecida por Aristóteles está no reconhecimento de que, se a lei é sempre justa e, aparentemente, não trata com adequação o caso concreto é porque foi omissa neste aspecto e a justiça, então, deve ser alcançada pela **equidade**, a qual considera superior à justiça legal.

Papel imprescindível para a equidade é o do magistrado, que deve agir em função da obtenção da igualdade, inclusive corrigindo as distorções porventura existentes.

Este fundamento serve de base para, mais tarde, surgirem as teorias naturalistas, históricas, sociológicas, de direito livre, pluralista, de direito alternativo, direito quântico... que reconhecem a prevalência da justiça sobre o direito legislado, cada qual, é claro, oferecendo solução diversa à situação jurídica de conflito.

O legislador, para Aristóteles, deve pautar o seu trabalho nas virtudes, pois só assim poderá fixar as sanções para as condutas que se desviarem do padrão almejado e o homem que infringe a lei, por esse motivo, será considerado injusto.²²

Se pousarmos nossos olhos nas obras atualmente analisadas a partir de uma perspectiva de que apenas há direito estatal, somente poderíamos concluir que os filósofos encontram a moral como superior ao direito e que este deve sempre pautar-se por ela, a fim de que produza leis justas.

Todavia, o que identificamos foi que quando Platão e Aristóteles falam de leis e sua relação com a justiça, abrem caminho para a construção de um conceito de direito realmente mais amplo que o de legislação, pois tratam da existência de uma justiça superior à lei e de uma expectativa de leis exclusivamente justas.

²² Idem, Livro V, 1, 2 e 6, pp. 104, 105, 107 e 116.

O direito, então, para estes filósofos, seria esta ordem de justiça, da qual as leis fariam parte. Não chegam a apontar para um pluralismo jurídico²³, mas tampouco limitam-se ao dogmatismo estatal.

5. O conteúdo da Justiça

Nas obras escolhidas não se percebe unanimidade quanto ao que seria justo ou injusto. Qual o conteúdo ideal da justiça? Algumas outras virtudes são referidas como de extrema importância para a formação da justiça, tal como a igualdade. Outras são repudiadas, a exemplo da verdade e da liberdade em Platão.

Observa-se, no texto de *A República*, que Platão manipula a verdade como instrumento de manutenção da ordem, a serviço, pois, do direito. Ao mesmo tempo em que exige que se eduque os cidadãos a acreditarem em que a verdade deve existir sempre entre eles, punindo-se aqueles que faltam com ela, autoriza aos governantes a utilização da mentira quando útil à sociedade.

Interessante destacar que, no primeiro momento, quando identifica o corriqueiro conceito de justiça como verdade e restituição, preocupa-se em refutar esta e deixa correr o diálogo sem menção imediata à verdade, só voltando a tratar desta quando na organização de sua República.

Com isto, tem-se que a verdade não faz parte do conceito de justiça de platônico, pois, embora demonstre compreender a sua importância, não está sempre presente nos momentos justos, reconhecendo ser justo que os governantes mintam para seus súditos.

Verifica-se que as normas ditadas pelos governantes (legalidade), mesmo que não correspondam à verdade, devem ser cumpridas, pois são justas. Inadmitindo-se, na sua República ideal, a possibilidade de que um governante minta sem que sua mentira seja útil à coletividade. Coloca Platão a justiça acima da verdade.²⁴

Na realidade, termina a construção de sua República sem desfazer a contradição entre o início e o fim da obra, pois se a princípio criticou Trasímaco quando este afirmou que a justiça era uma questão de mera aparência e ele assegurou que não, pois, como

²³ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, p. 11.

²⁴ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Op. cit., p. 7.

virtude, havia de ser algo interno, em face do valor que atribui às idéias, permite que, em um mundo de fantasia, os homens sejam levados a agir da forma que os governantes entendem justa.

Ora, se agem em razão de manipulação, não agem por vontade própria e, assim, não estão os cidadãos atuando pela virtude em si, mas pela ilusão criada. Existe mesmo o bem em tal comportamento?

Bom, o que importa mesmo, para o presente estudo, é verificar que a verdade não integra o conceito platônico de justiça. E a liberdade?

Verificamos que ao imaginar o que seria a cidade ideal, em nome do coletivo, Platão ceifa a liberdade individual, manipulando os cidadãos para que ajam de acordo com o que a classe governante define, através da lei, como justo.

Percebemos que, embora teça alguns elogios à democracia, como este regime de governo exige a liberdade real – mesmo que na prática, muitas vezes tal não ocorra – e não uma crença na liberdade, como prega em sua República, abandona o regime em nome da aristocracia que sempre representou em sua vida pessoal.

Muito ao contrário, não se observa em Aristóteles nem a negação da verdade, tampouco da liberdade. Ao contrário, a reconhecer a realidade extremamente desigual da vida social, prega que as coisas sejam estabelecidas por lei com clareza, em prol do coletivo, sem quaisquer distinções e falácias permitidas aos governantes.

A questão da isonomia também é marcante em *A República*, pois Platão defende o tratamento igualitário entre homens e mulheres²⁵, bem como de todos aqueles que detêm a mesma aptidão como essencial à justiça. Aponta Platão, como vantagem da democracia, o tratamento de todos com igualdade. Por outro lado, trata, em sua teoria, de forma desigual àqueles que considera superiores, como os guerreiros e os filósofos – ao contrário de seu discípulo.

Exige que a lei trate a todos de maneira igual e promova o bem da coletividade, sem distinção de qualquer sorte²⁶, inclusive

²⁵ PLATÃO. *A República*. Op. cit., 454 “a-e” e 455 “a-e”. p. 148-149.

²⁶ Idem, 519 “a-e”.

forçando os cidadãos a agirem de acordo com o interesse comum. Neste momento, une a justiça à legislação, dando sinais de que a lei deve ser justa, embora não afirme que se possa desobedecê-la quando injusta, ao contrário, prega a obediência como essencial à manutenção da ordem em sua República.

Percebemos, então, que a igualdade, ao menos entre os que são iguais, é imprescindível para que haja justiça e, neste aspecto, legalidade (converge o filósofo os conceitos de justiça e legalidade nesta parte do texto, fornecendo argumentos aos que creditam a Platão a distinção entre justiça legal e justiça moral).

A igualdade em Aristóteles é mais configurada que na República de Platão. Para ser justo, assevera o filósofo, o homem tem que praticar a justiça para com todos os membros da comunidade, seja ele governante ou não.²⁷ A lei deve ser universal, a fim de não fazer distinções descabidas.²⁸

Por outro lado, reconhece que há pessoas iguais e pessoas diferentes e que para se alcançar a igualdade imprescindível à justiça, há de se tratar os desiguais de acordo com suas particularidades, com seus méritos e, como a lei não pode tratar de todos os assuntos particulares, a correção das omissões deverá ser feita através da interpretação da vontade da lei, atingindo-se o meio termo que alcança a igualdade.

A justiça, de fato, caminha lado a lado com diversas virtudes, sem as quais torna-se difícil até mesmo assegurar a sua existência. Não conseguimos imaginar, por exemplo, a despeito das afirmações de Platão, a justiça sem liberdade ou verdade. Sobre o tema, conta uma fábula²⁹ que, após enviar aos homens várias virtudes, Deus, em explicação à justiça – última delas – afirma:

“Justiça! Minha filha, chegou a sua esperada vez. Lembre-se, a sua hora não é hora dos homens. Não pode ser impaciente nem morosa. Todas as outras

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Op. cit., Livro V, 1, p. 105.

²⁸ Idem, Livro V, p. 125.

²⁹ MARQUES, Gérson. *A justiça nas Lendas, nas Fábulas e na História Universal*. Recife: Nossa Livraria, 2002, p. 15-18 (a autoria da fábula não consta do livro consultado).

virtudes foram antes de você porque, sem elas, de nada adiantaria ao homem possuí-la. Um homem justo, mas medroso, ficará impedido de combater a injustiça, pois não terá coragem para enfrentar os obstáculos que se colocarão perante ele. A prudência precisou anteceder-lhe para que você não se precipite nem se deixe levar pelas primeiras impressões. Não vá tomar decisões precipitadas, seja cautelosa. A temperança marcou no homem o caminho para o equilíbrio entre as virtudes e assinalará a você a igualdade entre as coisas e o sopesamento de valores. Não queira humilhar os que lhe procurarem, porque a humildade a orientará em cada passo do atuar. Sem a misericórdia, poderia reacender brigas, discórdias ou punir desnecessariamente quem muito sofreu ou quem já, se arrependeu eficazmente. Por isso, a misericórdia lhe antecedeu. Todas as virtudes eram necessárias, inclusive a sabedoria, que, muitas vezes, será confundida com você e, quando não, andará a seu lado. Enfim, você é o ápice de todas as virtudes. Manifestar-se-á nelas e dependerá também da Política. Advirto-a: será a mais admirada, mas não a mais querida, exceto pelos injustiçados. Vá, desça e, instalando-se no coração do homem, torne-o o mais sublime dos animais e digno de mim. Não seja perversa nem vingativa, mas, na bondade, faça o que tiver de ser feito, perdoadando quando necessário e punindo quando preciso.”

O conteúdo da justiça é, de fato, variável. Não encontraremos muitos autores se arriscando a identificar o que é ou o que não é justo. Se a verdade, a igualdade, a liberdade, ou quaisquer outras virtudes devem ou não integrar a justiça vai depender do observador, daí afirmarmos a subjetividade dos valores. A formalização da justiça (justiça legal), através do aparato estatal, no entanto, talvez seja a sua única constante.³⁰

³⁰ BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 21 e 25.

6. Conclusão: a justiça como fim do Direito

Que a justiça, para os filósofos e estudiosos do direito é uma virtude – ou um valor, utilizando-nos de vernáculo mais atualizado –, é ponto pacífico, desde os grandes filósofos gregos.

O que demonstramos com este estudo foi que tanto Platão quanto Aristóteles deixam claro o vínculo existente entre o direito e a justiça. Ambos passam a mensagem de que, para ser justo, o homem deve atender aos preceitos legais e estes devem, também, ser justos.

Enquanto Platão mantém seu conceito de justiça intimamente ligado à ética-religiosa, Aristóteles traz a justiça para a vida social, entendendo-a como proporcionalidade, equilíbrio e igualdade. Ao passo que Platão trabalha a justiça como um valor absoluto, Aristóteles reconhece que há nela certa relatividade e, por isso mesmo, é possível ser juridicamente justo, em todas as situações concretas, estejam ou não previstas na lei. Esta relatividade, no entanto, é utilizada por alguns autores para afastar a justiça do direito³¹.

Para aceitarmos que apenas um valor absoluto seria fim do direito teríamos que investigar, primeiro, se há valores absolutos. Embora o tema não seja o objeto de nosso estudo, merece pequena digressão, apenas para afirmar que um valor é sempre em referência a alguém que avalia algo, de modo que, em face deste elemento subjetivo, necessário se faz aduzir-se a sua relatividade.³²

Interessante esclarecer que quando Aristóteles aponta a existência de uma outra justiça – em sentido amplo – como valor absoluto, trata de virtudes inalcançáveis pelo ser humano, pois exige a perfeição.

Ora, o fato de não existirem valores absolutos, não faz com que concordemos com a eliminação de qualquer valor do conceito de Direito, como pretendem os formalistas. Entendemos que a relatividade da justiça está em seu conteúdo sócio-cultural, que varia no espaço e no tempo, jamais na sua condição de valor, sempre

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 69-75.

³² TELLES JR., Goffredo. *O direito quântico – ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1985, p. 304.

presente nas relações jurídicas. Da mesma forma que o conteúdo normativo é variável, o teor da justiça também o é, pois é da essência do produto da atividade humana a transformação³³.

A relação homem-justiça-lei-direito sempre fez com que os conceitos deste variassem ao longo do tempo. Enquanto para uns o direito é exclusivamente norma, não possuindo qualquer relação com a justiça, bem como com qualquer outro valor³⁴, outros, notadamente os culturalistas, a partir da Teoria dos Valores de Edmund Hurssel, asseguram que o valor é parte integrante do direito tanto quanto a norma.³⁵

A justiça não é, com certeza, o único valor presente no direito, pois, como qualquer norma de conduta, temos a pessoa como valor fonte, seja em seu aspecto humano, seja como um produto da evolução social, como pretendeu Durkheim³⁶. Ainda é comum apontar como fim jurídico a manutenção da ordem e a paz³⁷ (todos valores humanos e todos relativos).

Entretanto, é a justiça o valor mais importante do Direito, que deve pautar as normas estatais sob pena de, em sendo desrespeitada fazer com que percam a juridicidade, pois o sentimento de justiça é uma constante no direito mais antiga do que as normas estatais³⁸ e é através dela que podemos assegurar a soberania da pessoa humana.

³³ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S. A., 1944, p. 116.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit., p. 69-75.

³⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 237, 272; COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Op. cit., p. 115 e 116; entre outros.

³⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit., 1998, p. 212 e 214.

³⁷ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987, p. 15

³⁸ SOUTO, Cláudio e Solange. *Sociologia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 195-197, 201-205, 207, 210-212 e 217.

A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Alline Pedra Jorge

Advogada, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Professora de Direito Penal da FAL – Faculdade de Alagoas. Coordenadora do Centro de Apoio às Vítimas de Crime – Secretaria de Justiça e Cidadania de Alagoas

SUMÁRIO

1. A atuação da vítima na ação penal, enfocando sua posição em face da proposta de reforma do Código Penal Pátrio. 1.1. Ação Penal Privada. 1.1.1. Fatos típicos processados mediante Ação Penal Privada. 1.1.2. Ação Penal Privada Subsidiária da Pública. 1.1.3. Princípios Processuais aplicados à Ação Penal Privada. 1.1.4. A vítima e a Ação Penal Privada. 1.2. Ação Penal Pública Incondicionada. 1.2.1. A vítima e a Ação Penal Pública Incondicionada. 1.2.2. Princípios Processuais aplicados à Ação Penal Pública. 1.2.3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal. 1.2.4. Do direito da vítima de assistência à acusação do Ministério Público. 1.3. Ação Penal Pública Condicionada. 1.3.1. Fatos típicos processados mediante Ação Penal Pública Condicionada. 1.3.2. A vítima e a Ação Penal Pública Condicionada.

1. A atuação da vítima na Ação Penal, enfocando sua posição em face da proposta de reforma do Direito Penal Pátrio

Como sabemos, na persecução criminal o Estado é o titular dos interesses tutelados pela lei penal, que são, por sua vez, interpretados como eminentemente públicos. Desta forma, o Estado é o detentor do direito de punir quando ocorrer a inobservância da lei penal. Este direito é intransferível e o Estado, na atual conjuntura, dificilmente será substituído neste seu papel.

Todavia, o direito subjetivo de requerer a tutela jurisdicional, com a aplicação da lei penal a um caso concreto, sempre que se

entenda violado um bem jurídico, pode ser exercido não só pelo Estado, mas também pelo particular ofendido ou seu representante.

Será o *ius accusationis* exercido então mediante ação penal, estando esta classificada em ação penal privada, subdividida em privada personalíssima e privada subsidiária da pública, e ação penal pública incondicionada ou condicionada.

Verificamos empiricamente, por meio de pesquisa de campo realizada nas varas Criminais de Maceió a infrequência com que são movidas as ações penais privadas ou condicionadas a representação.

A maioria dos processos criminais são iniciados mediante a denúncia do Ministério Público. Acreditamos que os motivos para tal, além de, nos termos do art. 100 do Código Penal, a regra ser mover a ação penal de forma pública, é porque a vítima não conhece seu direito de representação ou de queixa.

Acontece também de nas próprias Delegacias de Polícia, resolverem-se estas questões criminais informalmente, através de um acordo entre vítima e agressor, onde o último se compromete a não agredir mais a vítima, pedir desculpas, ou a restituir seus bens materiais. Isto é muito comum, principalmente nos casos de violência doméstica¹.

Estas soluções satisfazem a vítima num primeiro momento, fazendo com que a mesma não represente ou mova queixa contra seu agressor. No entanto, são paliativos, pois, em regra, o agressor não cumpre seu termo de acordo e reincide.

Ademais, a vítima não tem dinheiro para contratar um advogado nos casos de ação privada, e a Defensoria Pública² não postula a defesa da vítima, apesar disto ser sua função prevista constitucionalmente.

¹ Inclusive, a violência doméstica é um dos maiores problemas do estado de Alagoas, fazendo vítimas de seus companheiros centenas de mulheres, crianças e adolescentes. Verificamos este dado a partir da criação do Centro de Apoio às Vítimas de Crime, pois a demanda é muito grande nesse sentido, sendo esta violência muito maior que a proveniente do tráfico de drogas ou a violência considerada urbana.

² Ao menos é o que acontece no estado de Alagoas.

Somente as ações criminais de titularidade exclusiva do Ministério Público é que são encaminhadas para a justiça criminal, pois a vítima, teoricamente, não poderia negociar a persecução penal ou não do seu agressor, e não existe a necessidade de um advogado particular para iniciar a ação penal.

Desta forma, analisaremos no âmbito eminentemente teórico a participação da vítima no processo criminal nas páginas que seguem, vez por outra mencionando aspectos de pesquisa de campo, tendo em vista termos constatado empiricamente a não participação da vítima no processo criminal.

1.1. Ação Penal Privada

A ação penal de iniciativa privada ocorre quando o ofendido ou seus representantes persegue o delinquente, acionando o Poder Judiciário, mediante queixa-crime, como a peça vestibular do processo. Ao Estado continua cabendo o direito de punir. É o direito de acusar ou de perseguir que passa a ser do ofendido, exercido mediante advogado particular, defensor público ou advogado nomeado pelo juiz, provado que a parte não possa prover as despesas do processo, com fundamento no art. 32 do Código de Processo Penal.

Cabe apuração mediante ação penal privada às condutas cuja participação da vítima na instrução é imprescindível para a produção de provas, pois são crimes de ofensa à intimidade da vítima, tais como os crimes contra os costumes. São crimes cuja apuração e punição interessa muito de perto apenas à vítima, e seu interesse se sobrepõe ao menos relevante interesse público na repressão.

É uma forma de se fazer com que a ação seja mais produtora, pois somente será iniciada caso a vítima tenha de fato interesse na persecução do criminoso e para isso colaborará na instrução. São condutas que, caso a iniciativa da ação penal pertencesse ao Ministério Público, não tendo a vítima interesse na acusação, esta estaria fadada ao fracasso.

Verificamos que é um tipo de ação penal raríssimo, não tendo sido encontrado, em sete meses de pesquisa de campo nas varas criminais, nenhum processo de ação penal privada. Como dissemos, dentre outros motivos que fazem com que as vítimas não movam queixa contra seus agressores, está o fato de não disporem de

assistência judiciária gratuita para tal, e também a falta de informação, pelo que a vítima entende que o procedimento de prestar *notícia criminis* na Delegacia é o meio de processar seu agressor, não sendo necessário dar continuidade a nenhum outro procedimento, devendo exclusivamente a justiça se encarregar do resto. Serviços de assistência jurídica nas Delegacias, oferecendo um mínimo de informação sobre os direitos das vítimas, seriam de extremo valor para melhorar este quadro de desconhecimento da lei.

1.1.1. Fatos típicos processados mediante Ação Penal Privada

Os crimes previstos no Código Penal como apurados mediante ação penal privada são em número bastante limitado, sendo a acusação do agressor pela vítima a exceção. Este, inclusive, é outro motivo pelo qual o número de processos iniciados mediante este tipo de ação é também bastante limitado, além de serem condutas que não acontecem com frequência.

Após pesquisa no Código Penal, verifica-se serem de ação privada os crimes contra a honra, excetuando o executado contra a honra do presidente ou de chefe de governo estrangeiro, contra funcionário público em razão de suas funções, e aqueles de que resulta lesão corporal.

O esbulho possessório sem violência, o dano qualificado por motivo egoístico ou com prejuízo para a vítima, a introdução ou abandono de animais em propriedade alheia e a fraude a execução são todos crimes processados mediante queixa.

Aos crimes contra a propriedade intelectual é prevista ação penal privada, com exceção de quando sejam cometidos em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista, quando a reprodução consistir no intuito de lucro, ou quando consistir em vender alugar, introduzir no país, expor a venda, emprestar, trocar, ter em depósito original ou cópia de produção intelectual.

Também são processados mediante ação penal privada os crimes contra os costumes. Este é o fato típico que acontece com mais frequência dentre os crimes de ação penal privada, mas em regra a família não tem recursos financeiros para promovê-la, o que torna a ação em pública condicionada a representação da vítima. Será,

todavia, a ação pública incondicionada, quando o crime for executado com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Com a Reforma da Parte Especial do Código Penal, a intenção é de se permitir que a apuração das infrações de furto de coisa comum e de apropriação indébita seja processada mediante queixa, sendo estes crimes atualmente apurados por ação penal pública incondicionada. E ainda, os crimes de divulgação de segredo e de violação de segredo profissional, cuja ação cabível é a pública condicionada a representação, também serão apurados mediante queixa.

Há determinadas condutas cuja ação penal é considerada personalíssima, pois somente poderá ser intentada pelo próprio ofendido, não havendo sucessão por morte ou por ausência. São as hipóteses previstas nos arts. 236 e 240 do Código Penal, quais sejam as condutas ilícitas de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, e de adultério.

1.1.2. Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Existe também a ação penal privada subsidiária da pública, prevista no art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal de 1988. A vítima, no caso específico da ação penal pública incondicionada, poderá acusar supletivamente, substituindo o Ministério Público, legitimado para tal, quando este órgão acusatório não oferece denúncia, nem requer diligências ou arquivamento, deixando escoar o prazo legal. Num período de seis meses após o prazo concedido ao Promotor de Justiça, a vítima ou seu representante poderá promover queixa, em substituição à denúncia do representante do poder público.

A ação penal privada subsidiária da pública “representa eficiente forma de o cidadão mais interessado na repressão de determinado delito – a vítima – exercer fiscalização sobre a ação do Ministério Público”.³ Todavia, são raros os casos em que é intentada ação penal subsidiária, dentre outros motivos porque o Ministério Público intenta a ação no prazo, mas principalmente porque a sociedade desconhece este artifício, acreditando que somente as

³ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo, Malheiros, 1995, p.117.

autoridades públicas podem promover uma ação penal. De fato, não convém normalmente ao ofendido acusar, sendo preferível aguardar a denúncia, e ingressar depois como assistente, pois terá assim a seu favor a força da acusação de órgão público, e não terá que arcar com as despesas de custas e honorários advocatícios.

Outrora existiu um projeto de lei com a finalidade de ampliar as hipóteses de cabimento da ação penal privada subsidiária da pública, estendendo-a para os casos de pedido de arquivamento do inquérito policial, feito pelo Ministério Público. Justificava o autor do projeto que o Estado não pode ser substitutivo da vontade de quem sentiu pessoalmente a ação criminosa, devendo-se oportunizar a vítima, caso o Ministério Público não entenda haver base legal para a denúncia, a possibilidade de obter um provimento jurisdicional acerca de seu pedido.⁴

Afrânio Jardim apresentou seu parecer acerca deste projeto afirmando que, após o pedido de arquivamento do *parquet*, seria inviável a ação penal ser promovida pela vítima. Inicialmente, se a ação foi arquivada, é porque o Poder Judiciário concordou com o pedido. Então, quem seria competente para julgar aquilo que o ofendido pleiteasse, o mesmo juiz que determinou o arquivamento? E ainda, o Ministério Público funcionaria obrigatoriamente como *custos legis* no mesmo processo em que foi contra a impetração?

Juridicamente, é um contra-senso, mas há que se verificar a frustração da vítima quando, após uma agressão, vê sua possibilidade de punição do agressor sendo arquivada, sem nenhuma parcimônia, porque não houve uma investigação mais profunda do caso, e não havia base legal para a denúncia, devido à omissão dos órgãos públicos que não tiveram competência para aferir suspeitos. E ainda, nosso jurista Afrânio Jardim é claramente um defensor do Ministério Público e de suas funções institucionais, no entanto, parece não perceber que nem todos os promotores têm interesse na “boa

⁴ Não conseguimos identificar o Deputado Federal autor deste projeto de lei, pois não tivemos acesso ao projeto em si, mas a um parecer contrário ao mesmo, do promotor de justiça do Rio de Janeiro, Afrânio Silva Jardim. Ver JARDIM, “Crítica à ação penal privada e popular subsidiárias”. *Justitia*. São Paulo, a. 47, vol. 130, jul./set. 1985, p. 112-121.

administração da justiça”,⁵ ou tem interesse difuso, que não se liga à pessoa do ofendido, ou do agressor.

1.1.3. Princípios Processuais aplicados à Ação Penal Privada

Dada sua peculiaridade, são aplicados à ação penal privada princípios específicos. É uma ação privativa, pois somente será iniciada pelo particular, qual seja a vítima ou seu representante. Coloca-se nas mãos do particular o poder de acionar a justiça para buscar a devida punição ao algoz, transferindo-lhe o direito da ação penal, agindo como substituto processual do Estado, titular do interesse tutelado pela lei penal. Diz-se que o ofendido vai a juízo defender interesse alheio em nome próprio.

Como é uma ação regida pelo princípio da oportunidade, poderá ou não ser intentada pelo particular, agindo este de acordo com o que lhe for conveniente. Próprio afirmar que sem a concordância da vítima não se lavra auto de prisão em flagrante e nem se instaura inquérito.

Aplica-se também o princípio da disponibilidade, cabendo à vítima a faculdade de renunciar ao direito de ação, ou de desistir do processo a qualquer tempo, antes do trânsito em julgado da sentença, podendo também o ofendido perdoar o agressor.

1.1.4. A vítima e a Ação Penal Privada

A ação penal privada é definitivamente resquício do prestígio da vítima de outrora, existindo vários argumentos a seu favor e contra.

Segundo Antonio Scarance Fernandes,⁶ aqueles que são contrários a este tipo de ação, afirmam ser reminiscência da vingança privada, apontando para seu retorno. Argumentam estes também que a punição não deve estar condicionada à vontade da vítima, pois é tarefa do Estado, não sendo razoável que a vítima disponha da faculdade de intentar ou não a ação penal. Ademais, este tipo de ação possibilita acordos entre réu e vítima, oposta aos anseios sociais de repressão dos delitos.

⁵ Idem, p. 113.

⁶ FERNANDES, op. cit., p. 85.

Os argumentos a favor da ação privativa do ofendido são vários, dentre estes o de que este tipo de ação não pode ser o retorno à vingança privada, pois é controlada pelo Estado, que determina a punição, além de serem garantidos ao réu todos os seus direitos.

No que diz respeito à conciliação, ou seja, à possibilidade de vítima e acusado transacionarem, nada mais favorável para a sociedade e para a vítima, que, além de ter sofrido a agressão, arca com todas as despesas de hospital, médicos, tratamentos psicológicos, e vez por outra, fica até sem poder trabalhar. Acreditamos que este é também um meio eficaz para a recuperação do algoz, que, frente ao prejudicado, sensibiliza-se com sua situação devido aos males causados, criando-se uma perspectiva de arrependimento. Ademais, é também mais satisfatório para a vítima, que menciona o que deseja como reparação ao mal causado.

Não que admitir a ação penal privada signifique manter ou reinstalar a vingança privada, pois, como dito, além do processo estar cercado das garantias do acusado, o direito de punir permanece conservado nas mãos do Estado. Mas nada mais legítimo que a motivação da vítima por desejos de justiça, e que esta possa participar efetivamente do processo criminal, inclusive dizendo se deseja ou não intentar a ação.

Apesar de tão benéfica, a ação penal privada é de pouca aplicação prática, discutindo-se, inclusive, a possibilidade de sua abolição. Além de poucos crimes serem processados mediante esta, existem várias dificuldades na sua utilização.

Para os de menor poder aquisitivo, principalmente, esta não é algo atingível, tendo em vista que não podem arcar com as despesas do processo e de advogado. Acabam, então, por deixar tudo como está, sem que ao agressor seja aplicada nenhuma punição, e muito menos que seja reparado seu prejuízo.

A lei, como referido anteriormente, prevê a nomeação de procurador para a vítima pobre. Isto deveria ser proporcionado pela Defensoria Pública Estadual, entretanto, há dificuldades neste aspecto, pois não existem Defensores suficientes sequer para a defesa dos réus pobres, quem dirá para advogar em favor das vítimas. A não ser nos casos de competência dos Juizados Especiais Criminais, em que a vítima não paga as custas processuais e nem se faz necessária

sua intervenção mediante advogado, ao menos na audiência inicial de conciliação.

Importante ter em mente que este não é um tipo de ação que possa ser abolida, pois está claro que o interesse na repressão não é só da sociedade ou do Estado, mas principalmente da vítima, sujeito passivo material da agressão, alvo das consequências nocivas da prática delituosa. Não seria correto, então, simplesmente banir a vítima do processo, como se esta não fizesse parte da relação. É um tipo de ação que deve ser incentivada, principalmente para aquelas infrações que interessam muito de perto à vítima, mas devem ser proporcionadas condições para que efetivamente sejam instauradas. A previsão de ação penal privada para alguns crimes é vista hoje como motivo para não haver a punição do agressor, tendo em vista as dificuldades em sua instauração.

Neste sentido, nada mais salutar que o trabalho que vem sendo desenvolvido pelos Centros de Assistências às Vítimas de Crime, que, dispondo de advogados pagos com recursos provenientes do Ministério da Justiça, fazem o papel de advogados das vítimas, instaurando as ações privadas, tendo em vista o combate à impunidade e à criminalidade, papel este que deveria ser feito pela Defensoria Pública, nos termos de sua Lei Orgânica ⁷.

1.2. Ação Penal Pública Incondicionada

Ação penal pública é aquela promovida pelo próprio Estado, por intermédio do Ministério Público. É chamada de incondicionada porque não depende de manifestação da vontade da vítima ou de qualquer outra pessoa para ser iniciada.

Esta é a regra, nos termos do art. 100 do Código Penal, que expressa que a ação penal é pública, sendo somente de iniciativa da

⁷ A Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, aponta em seu art. 4º, inciso II, como sua função institucional "patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública". No mesmo sentido é a Lei Orgânica da Defensoria Pública do estado de Sergipe, que, além de apontar como função institucional (art.4º, inciso II), reitera afirmando, como dever do Defensor Público Estadual, propor ação penal privada nos casos em que a parte for necessitada (art. 22, inciso XIII).

vítima ou de seus representantes, quando a lei expressamente assim declarar.

O fundamento do direito de acusar ser em regra do Estado vem do fato de ser este não somente o representante da comunidade violada em sua paz, mas principalmente porque a violação do preceito incriminador representa afronta aos interesses do Estado na preservação da ordem e na garantia da paz pública ou individual. Passa, então, o Estado a ser o titular dos interesses penalmente protegidos, posicionado na doutrina como sujeito passivo formal e constante de toda infração, até daquelas em que se permite a iniciativa da ação pela vítima direta, quando o ofendido atua como substituto processual, pois a violação do preceito incriminador representa afronta aos seus interesses. Daí a legitimidade do *ius puniendi*, e do *ius persecutio* em regra.

Por isso, o Príncipe estaria sempre interessado em que fossem descobertos, acusados e condenados os autores de condutas ofensivas a sua paz. Este pensamento é difundido na doutrina, por diversos autores, dentre estes, Bettiol, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Mirabete e Giarda⁸

1.2.1. A vítima e a Ação Penal Pública Incondicionada

O problema maior da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada, está no descaso com que a vítima é tratada durante o processo, sempre que não assiste à acusação, o que é a regra, pois a maioria não dispõe de recursos para pagar advogado, e o poder público não oferece assistência judiciária gratuita. Legalmente, o interesse da vítima na instrução ou punição não tem valor nenhum, pois a iniciativa deste tipo de ação penal é exclusiva do Poder Público, não importando se a vítima quer ou não processar seu agressor, ou se vai ou não acompanhar ou colaborar na instrução.

A vítima é encarada como se fosse meramente objeto ou meio de prova, não sendo parte na relação processual nem sujeito de direitos. Não recebe comunicação nenhuma sobre o andamento do processo ou a localização do réu. Ninguém questiona quais são seus interesses, principalmente porque não tem quem os defenda. É como se a vítima não existisse, e o sujeito passivo do crime fosse tão

⁸ FERNANDES, op. cit., 1995, p. 45.

somente a sociedade, protegida indiretamente pelo Estado, representados na acusação pelo Ministério Público. Inclusive, não raras vezes a vítima ainda tem que se submeter às acusações da defesa do réu, que investiga sua vida privada e tenta denegrir sua imagem.

Deparamo-nos, nas varas criminais de Maceió, com uma grande quantidade de processos criminais tramitando, mas com uma exígua quantidade de vítimas os acompanhando. A regra é a vítima não acompanhar o processo criminal, entendendo que isto deve ser feito pelo Poder Judiciário, e que sua contribuição não é pertinente. Muitos ofendidos até demonstraram interesse em acompanhar a ação penal, todavia não podiam pagar advogado ou ficavam acanhados devido ao descaso com que são tratados pela justiça criminal.

Isto acaba afastando a vítima de todo o processo criminal, não lhe sendo oportunizado saber se o seu agressor está preso, qual a pena que será aplicada ao mesmo, quais as possibilidades da mesma receber uma indenização. Inclusive, ninguém mais interessado na punição do agressor que a própria vítima, tendo em vista que a sentença condenatória constitui título executivo para ser usado na hipótese de uma indenização civil.

Há que se repensar a posição da vítima na ação penal pública, principalmente na incondicionada, em que esta não tem vez nem voz.

1.2.2. Princípios Processuais aplicados à Ação Penal Pública.

Dentre os princípios aplicados à ação penal pública estão o da obrigatoriedade ou legalidade, pois, desde que se apresentem pressupostos suficientes a sua instauração, quais sejam elementos que indiquem a existência de fato típico e antijurídico, e sua devida autoria, está o Ministério Público obrigado a propor a ação.

E ainda, o princípio da indisponibilidade, entendendo-se que uma vez proposta a ação, o Ministério Público não pode desistir de dar-lhe continuidade. Existem posicionamentos do sentido da mitigação destes princípios em benefício da vítima, como veremos a seguir.

1.2.3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal

Nos termos do princípio da obrigatoriedade, cabe privativamente ao Ministério Público o exercício da ação penal

pública. É o que reza o art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I –promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Esta disposição revogou os dispositivos do Código de Processo Penal que autorizavam a instauração de processo mediante auto de prisão em flagrante ou portaria, e também os que possibilitavam os agentes de outros órgãos públicos, como o juiz, de oferecer a acusação. A titularidade da ação penal é exclusiva do Ministério Público, nos termos da Magna Carta, não podendo ninguém ser condenado, nos casos de ação pública, sem que o mesmo o tenha acusado.

Apresenta-se o Ministério Público não como proprietário da ação penal, mas sim como seu agente, até mesmo porque não pode desta dispor, como veremos. “Há alguns princípios pertinentes à ação penal que vinculam o Ministério Público, ou que então mantêm viva a persecução penal, independentemente da atitude que o agente dessa instituição venha a tomar no curso da instância”.⁹ Estes princípios que condicionam o campo de atuação do Ministério Público são os da indisponibilidade e da obrigatoriedade.

Pelo princípio da indisponibilidade da ação penal pública, uma vez proposta a ação, o Estado não pode desistir de dar-lhe continuidade, nem desistir de recurso já interposto. Este não será motivo de mais considerações neste trabalho.

O princípio da obrigatoriedade, ou da legalidade da ação penal pública é o que está expresso no art. 129, inciso I da Constituição Federal de 1988. Desde que se apresentem pressupostos suficientes a sua instauração, quais sejam elementos que indiquem a existência de fato típico e antijurídico, e sua devida autoria, está o Ministério Público obrigado a propor a ação.

⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 334.

O Ministério Público não pode dispor, a seu alvedrio, da ação penal pública. Cometido o fato delituoso, surge o direito de punir do Estado, e surge também, para o órgão acusatório, a obrigação de exercer a ação penal. Obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão só tenha notícia de crime, e não existam obstáculos que o impeçam de atuar.

Entende o jurista Afrânio Jardim que não seria justo que pudessem os funcionários investidos no órgão público afastar a aplicação do Direito Penal legislado ao caso concreto, “ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência”, pois “a ninguém é dado dispor o que não lhe pertence.”¹⁰ Se o legislador incriminou a conduta, não cabe ao Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, ou poder escolher propor ou não a mesma.

A obrigatoriedade é o dever do Ministério Público de procurar o esclarecimento de uma ação incriminada, propondo-lhe a aplicação de uma sanção, tendo para isto que exercer a ação penal sempre que tenha notícia de uma infração.

Todavia, há uma margem de discricionariedade, apesar de não parecer. A questão é que o princípio da legalidade não subtrai do órgão acusatório o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal. Este deve dispor de elementos suficientes para sua propositura.

Faltando uma condição para o regular exercício da ação, ou a lei obstruindo sua atuação de alguma forma, o Ministério Público pode certamente deixar de propor a ação.

Na doutrina, então, discute-se se o Ministério Público deve ter discricionariedade para formular ou não a acusação, ou se, presentes os elementos suficientes, estaria ele obrigado a propor a ação penal, sem fazer juízo de valor sobre a utilidade daquela acusação.

O argumento dos que concordam com o princípio da oportunidade se baseia no fato da atividade do Ministério Público ser de caráter administrativo, não se podendo infundir nota de obrigatoriedade. E acrescentamos, o fato de que condutas incriminadas mais leves, ou até

¹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública* – Princípio da Obrigatoriedade. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

graves, mas que possam ser resolvidas mediante conciliação entre as partes, principalmente aquelas agressões cuja punição interessa muito de perto à vítima, e menos ao Estado, não necessariamente movimentem toda a máquina estatal, se o ofendido maior, isto é, a vítima, já estiver satisfeito com o acordo, sentindo que foi feita justiça em seu favor.

Como exemplo de adoção de oportunidade e conveniência, pode-se citar o direito inglês, onde “o caráter especial de certas circunstâncias como a juventude, enfermidade ou velhice do autor, o perdão da vítima, o transcurso de determinado tempo após a prática do crime, podem fazer com que não ocorra a persecução ainda que haja prova suficiente”.¹¹ E ainda, a decisão de levar adiante o caso é tomada em face dos efeitos práticos que pode produzir a persecução sobre a comunidade.

Nos Estados Unidos também é adotado efetivamente o princípio da oportunidade da ação penal, detendo o promotor poder discricionário para, inclusive, deixar de intentar a ação penal.

Sabemos que nenhum sistema penal tem condições de investigar e aplicar pena a todos os delitos que se cometem, não havendo como serem processados todos os fatos criminosos. Isto já está mais do que comprovado pelo fenômeno da criminalidade oculta, que mostra que os órgãos pelos quais passam as condutas criminosas são verdadeiros funis, onde são filtrados os delitos, e perseguidos aqueles em que a vítima e sua família têm influência política, ou que tiveram uma repercussão muito grande¹².

¹¹ BOVINO, Alberto. “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Ministerio Público. Buenos Aires: Del Puerto, ano 2, n.º 02, 1997, p. 43-44, *apud* Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

¹² Para exemplificar este fenômeno, tomemos a cidade de São Paulo. (Cf. KAHN, Túlio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RT, ano 8, n. 30, abr./jun. 2000, p. 199-200). No segundo trimestre de 1999 foram registrados 443.478 crimes, dentre eles a maioria crimes contra o patrimônio, em seguida, contra a pessoa, costumes e entorpecentes. Segundo pesquisas de vitimização, este número corresponde somente a um terço das ocorrências. E pior, após estes registros, foram instaurados somente 86.203 inquéritos e foram efetivadas 29.807 prisões.

Há no plano real certa discricionariedade de atuação nos órgãos policiais, primeiramente, e depois, no órgão acusatório, principalmente nos casos de infrações mais leves, ou situações concretas em que não há interesse de punir. São filtrados os delitos, com critérios de seleção informais e politicamente caóticos, com um flagrante descumprimento ao princípio constitucional da obrigatoriedade. Seria até uma hipocrisia falar na adoção estrita do princípio da obrigatoriedade, pois a realidade desmente sua aplicabilidade.

Optamos então pela linha de Frederico Marques quando diz que “o princípio da legalidade e o da oportunidade podem e devem conviver, porque se só é aconselhável adotar-se este último sem limitações, controle ou providências supletivas, de outro lado não cabe impor o primeiro com rigidez e inflexibilidade” (MARQUES, 1980: 89). É impossível a adoção pura de qualquer dos dois sistemas, apontando a doutrina mais recente para uma forte tendência à flexibilização do princípio da obrigatoriedade, mas sem excluí-lo.

Há vários mecanismos de seletividade sendo testados mundo afora, mas mecanismos estes autorizados por legislação, não atitudes tomadas segundo conveniências pessoais, que incluem os crimes não processados na criminalidade oculta. Desta forma, a seleção se dá de forma razoável e em consonância com as decisões políticas no âmbito criminal.

Até mesmo antes da Lei nº 9.099/95¹³ já se verificava a atenuação do princípio da obrigatoriedade na prática, pois os juízes e a cúpula do Ministério Público vinham admitindo pedido de arquivamento de inquérito policial pelo promotor de justiça, nos casos de lesões corporais leves, decorrentes de desentendimentos entre cônjuges que houvessem se reconciliado, voltando a vida conjugal à normalidade. Nestes casos, apesar do interesse público na punição das infrações a sua legislação, até mesmo porque seriam casos de ação penal pública incondicionada, verifica-se ser mais interessante a reconstituição de uma família do que a punição do infrator já perdoado pela vítima. Se a vítima, ofendida direta da agressão, não

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Teoria Geral do Processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 30).

tem mais interesse na persecução, não se concebe que o Poder Público possa intervir e processar o autor da conduta.

Com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.099/95, o nosso sistema passou a admitir a transação penal. Este instituto processual elide a denúncia, ou seja, faz com que o Ministério Público não seja obrigado a propor a ação penal desde que tenha entrado em acordo com o autor da conduta. É uma clara flexibilização do princípio da obrigatoriedade.

O caminho da flexibilização do princípio da obrigatoriedade, ou da adoção do critério da oportunidade com restrições, é o mais vantajoso, tanto para o Poder Público, como para as partes, reduzindo o congestionamento de ações e preservando o interesse da vítima na persecução penal.

Este é o caminho da mais recente legislação em nível mundial, onde se tenta flexibilizar a obrigatoriedade, ou atribuir critérios à oportunidade, principalmente nos casos de delitos mais leves, ou aqueles em que a vítima já tenha demonstrado seu desinteresse na persecução.

Permitindo-se a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal, através de critérios de oportunidade, proporcionar-se-á espaço para a composição dos conflitos mediante acordo de vontade entre agente passivo e ativo do crime, diminuir-se-á a quantidade de processos criminais sem finalidade prática à comunidade, e permitir-se-á a análise da necessidade ou não daquela ação penal, iniciando-a tendo em vista não somente a repressão da conduta criminosa, de forma individual, mas também os efeitos práticos que pode produzir a persecução sobre a comunidade.

Não flexibilizando, corremos o risco, o que aliás já está acontecendo, da utilização do princípio da insignificância sem a devida cautela¹⁴.

¹⁴ O que o Ministério Público vem fazendo através de critérios discricionários é deixar de propor a ação penal alegando a insignificância da infração, vista como delito de bagatela. Todavia, o conceito de insignificância é relativo, usando os promotores de justiça deste artifício para deixar de propor a ação penal devido ao acúmulo de processos, sem levar em conta o ponto de vista do ofendido.

Outra hipótesè de flexibilização, mas neste caso do princípio da disponibilidade, é a possibilidade de suspensão condicional do processo, onde se suspende o processo criminal pelo prazo de dois anos a quatro anos, período em que o autor da conduta deve cumprir algumas obrigações. Dentre estas, está a obrigação de reparação do dano da vítima (art. 89, § 1º, inciso I da Lei nº 9.099/95). O não cumprimento desta exigência, nos casos em que o autor da conduta tem condição de fazê-lo, é causa de revogação da suspensão. Inclusive, deve ser exigido seu cumprimento pelo próprio promotor de justiça, cabendo ao mesmo, nos casos em que a vítima não esteja sendo acompanhada por advogado, assisti-la e persistir para que o dano seja reparado.

Deveriam ser estabelecidos critérios onde se pudesse flexibilizar a obrigatoriedade, de forma que isto não ficasse ao alvedrio de seres humanos passíveis de erros, mas da legislação, que é a representação do consenso popular ¹⁵.

1.2.4. Do direito da vítima de assistência à acusação do Ministério Público

Nos processos iniciados por ação penal pública incondicionada ou condicionada, cabe à vítima a faculdade de auxiliar o órgão acusador, como terceiro interveniente voluntário, ou

¹⁵ No Projeto de Código de Processo Penal Tipo para a Ibero-América, apresentado na XI Jornada Ibero-americana de Direito Processual, no Rio de Janeiro, em 1988, (GRINOVER, 1990: 125) foram propostas situações em que se poderia aplicar o princípio da oportunidade, não estando o Ministério Público obrigado a propor a ação penal. O código propunha a flexibilização da obrigatoriedade nos casos em que, pela sua insignificância, não afetassem o interesse público; quando a contribuição ou culpabilidade do agente no cometimento do delito fosse leve, e não afetasse o interesse público; quando algumas de várias infrações legais cometidas por uma mesma ação carecessem de importância em relação à pena que já foi aplicada, ou seria paliçada ao algoz, por outras condutas. Mais sobre esta proposta legislativa, que teve como um de seus colaboradores a jurista brasileira Ada Pellegrini Grinover, ver "Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina; Argentina, Brasil e Código modelo para Ibero-América". *Revista de processo*. nº 58, ano 15, abr/jun., 1990, p. 120-134.

assistente da acusação, expresso no art. 268 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.

As pessoas mencionadas no art. 31 são o cônjuge, os ascendentes, descendentes ou irmãos.

Existem duas correntes quanto ao fundamento desta assistência, segundo Scarance Fernandes.¹⁶

Uma seria o interesse na reparação do dano, ou seja, assistir a acusação para não se obter uma sentença absolutória que lhe impeça a utilização da via cível, ou para obter uma condenação que lhe outorgue um título executivo judicial, evitando a discussão do caso novamente no juízo cível.

Outra corrente entende que a assistência não tem nenhuma relação com a reparação do dano, até mesmo porque o Código de Processo Penal não vincula uma coisa a outra. A assistência serviria para colaborar com o Ministério Público e suprir suas omissões.

Na verdade, a assistência serve principalmente como forma de manter a vítima informada sobre o andamento da acusação daquele que lhe prejudicou de alguma forma. É a vítima como parte processual e sujeito de direitos, podendo inclusive sugerir a aplicação de pena quando de suas razões finais. Nada mais justo do que permitir que a mesma participe de alguma forma da ação penal, já que, para sua proposição, seu entendimento não foi sequer questionado.

Sua atuação, entretanto, será limitada, a fim de que não interfira excessivamente no andamento do processo. Os poderes do assistente estão expressos no art. 271 do Código de Processo Penal que expressa que poderá este propor meio de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar dos debates orais, arrazoar recurso interposto e interpor outros recursos, caso o Ministério Público não o faça no prazo legal. Por ser um artigo taxativo,

¹⁶ FERNANDES & GOITIA. *La víctima en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 136.

o que não esteja nele determinado não será poder do assistente, tais como recorrer da sentença de pronúncia, de absolvição sumária, da decisão que conclui pela incompetência do juízo e que concede *habeas corpus*, ou do despacho que concede fiança.

Para constituir assistente no processo, o ofendido deverá pleitear mediante requerimento nos autos. Da decisão indeferindo o pedido de assistência, não caberá recurso, *ex-vi* do art. 273 do mesmo diploma legal, o que é uma limitação à possibilidade do ofendido ou de seu representante assistir a acusação e participar de todos os atos processuais. Todavia, entendem Mirabete¹⁷ e Scarance (FERNANDES & GOITIA)¹⁸, que, apesar de não haver previsão do cabimento de recurso específico, caberá mandado de segurança, havendo inclusive Jurisprudência neste sentido.¹⁹ De qualquer sorte, o único fundamento para a recusa da assistência da acusação seria a falta de legitimidade ou a falta de prova de legitimidade.

Existe uma discussão na doutrina quanto à possibilidade ou não de ente estatal se habilitar como assistente da vítima, incluindo neste termos a Defensoria Pública e os órgãos de apoio às vítimas executados pelos estados.

Quanto ao primeiro, gostaríamos de lembrar o art. 134 da Constituição Federal que atribui à Defensoria Pública a defesa e orientação dos necessitados, não excluindo aqueles que estão na condição de vítima. E ainda, a Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, atribui-lhe a função de prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial integral e gratuita aos necessitados.

Quanto aos Centros de Apoio, a representação do ofendido é feita pelo advogado contratado pelo Estado. Entretanto, os Centros de Apoio têm caráter transitório, pois dependem de assinatura de convênio de manutenção entre a Secretaria de Justiça do estado-membro e o Ministério da Justiça, a não ser que sejam absorvidos pela estrutura do estado, o que deverá acontecer para sua permanência e estabilidade.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 346.

¹⁸ FERNANDES & GOITIA, op. cit., p.137.

¹⁹ Jurisprudência neste sentido: RT 481/299 e 577/386.

Ademais, o pedido de assistência está sujeito ao deferimento do poder judiciário, funcionando o advogado da vítima como auxiliar do promotor de justiça, e devendo atuar nos limites que foram atribuídos ao instituto da assistência pelo Código de Processo Penal.

Caso a assistência à acusação promovida por ente estatal não seja admitida, as vítimas pobres nunca disporão de advogado para acompanhar a ação penal pública, o que constituirá um desrespeito a seu direito líquido e certo de fazê-lo, e uma violação do princípio da igualdade, pois somente as vítimas em boas condições financeiras poderão pagar um advogado para esta finalidade. Se os acusados pobres são representados por órgãos públicos, qual o motivo das vítimas não poderem ser?

1.3. Ação Penal Pública Condicionada

A ação penal pública condicionada é o tipo de ação cujo controle da acusação, em termos de instrução, está nas mãos do Poder Público, entretanto a sua instauração dependerá de representação da vítima, ou de requisição do Ministro da Justiça, sendo tão somente a primeira possibilidade analisada nesta pesquisa.

Será respeitada a iniciativa do ofendido, para que se instaure o processo criminal, através da representação. Esta é a manifestação de sua vontade ou de seu representante no sentido de permitir que a Polícia instaure inquérito e que o Ministério Público possa oferecer denúncia. Inclusive, o ofendido pode desistir da representação, retratando-se até o oferecimento da denúncia, nos termos do art. 104 do Código de Processo Penal.

Assim como na possibilidade de se intentar ação penal privada, é um tipo de ação previsto em determinados crimes em que o interesse do ofendido se sobrepõe ao público na repressão do ato criminoso. Para que se reserve a esfera íntima e privada desta é que se condiciona a ação à sua manifestação. Existe interesse público na punição, entretanto, este é de valor inferior à intenção de resguardo da vítima. “Será ela pública condicionada se for alcançado imediatamente o interesse particular e mediatamente o interesse público”.²⁰

²⁰ FERNANDES, op. cit., 1995, p. 93.

1.3.1. Fatos típicos processados mediante Ação Penal Pública Condicionada

Pesquisando no nosso diploma legal penal, verificam-se exatamente quais são os crimes processados mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. São eles os crimes contra a honra de funcionário público, em razão de suas funções, o de ameaça, os de violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e violação de correspondência comercial, com exceção de quando o crime é cometido através da utilização de estação ou aparelho radioelétrico ou cometido com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico.

Cabe também ação mediante representação nos crimes contra a inviolabilidade de segredos, com exceção daqueles que resultem prejuízo para a Administração Pública, e outras fraudes.

Dentre os crimes contra o patrimônio, aqueles que se cometem em prejuízo de cônjuge separado, irmão, tio ou sobrinho com quem o agente coabite, serão procedidos mediante representação. E, ainda, nos crimes contra os costumes em que a parte não pode pagar as custas processuais, nem advogado.

O pensamento no sentido de ampliar o rol de crimes processados mediante Ação Penal Pública Condicionada vem se propagando com o auxílio da Vitimologia. No Anteprojeto de Lei de Reforma da Parte Especial do Código Penal, crimes como perigo de contágio de doença grave e furto deixarão de ser apurados mediante ação penal pública incondicionada para serem condicionados à representação da vítima.

Isto já aconteceu com os crimes de lesão corporal leve e culposa, cuja ação, por modificações introduzidas pela Lei nº 9.099/95, depende de representação do ofendido. A reforma mencionada pretende alterar o próprio Código Penal, em sua parte especial, neste mesmo sentido.

Segundo o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, são infrações cuja punição interessa muito de perto à vítima, não tendo conotação de interesse

público, para que sejam apuradas por ação penal pública incondicionada.²¹

1.3.2. A vítima e a Ação Penal Pública Condicionada.

Para os que são contra o condicionamento da ação penal pública, argumenta-se o prejuízo do Estado como detentor do *ius puniendi*, que ficará com atuação subordinada ao arbítrio do particular. Ademais, este tipo de ação é condição favorável para que o ofendido negocie seu direito de autorizar a acusação, ou para que seja extorquido, ou para que não denuncie em sendo ameaçado.

Ora, mas como contra argumento, tem-se a visão de que cabe este tipo de ação a crimes cuja retribuição ao mal causado é de interesse tão próprio da vítima, que o Estado abre mão do seu direito de acusar e de punir para prestigiá-la, estando o interesse público na acusação e punição abaixo do interesse do ofendido. E quando falamos que o Estado flexibiliza o seu direito de punir é porque caso a vítima não represente no prazo, ou não queira representar, extingue-se o direito de mover a ação penal contra o acusado, por parte do Estado, que fica inerte, esperando a manifestação exclusiva do ofendido ou de seus familiares.

A vítima também tem a faculdade de participar do processo através de seu assistente da acusação, colaborando na produção de provas e o auxiliando nas fases processuais que entender necessárias. Neste aspecto, poderá cair nos mesmos erros da ação penal pública incondicionada, pois, não havendo assistente de acusação, esta ficará novamente afastada do processo, por ser somente essencial sua presença para autorizar a iniciativa da ação penal, sendo seu prosseguimento de responsabilidade do órgão acusatório.

Durante nossa pesquisa verificamos esta situação. Houve somente um caso de Ação Penal Condicionada a representação, ao qual inicialmente caberia Ação Privada, sendo o crime de atentado violento ao pudor, mas porque a vítima não tinha condições de pagar as custas nem advogado, isto tornou a ação em Pública Condicionada. Percebeu-se que foi respeitada a vontade da vítima de denunciar ou

²¹ Informações obtidas em exposição sobre a Reforma do Código Penal, proferida pelo Excelentíssimo Ministro no Forum da cidade de Maceió, em julho de 1999.

não seu agressor, todavia, após ter feito sua representação e ter prestado seu depoimento, a ofendida deixou de acompanhar o processo, pois não havia nenhum assistente jurídico gratuito a sua disposição, afora o receio de ser perseguida, tendo em vista o acusado estava respondendo ao processo em liberdade.

Todavia, apesar de seus vícios, é o tipo de ação mais conveniente para o ofendido. Seu ponto principal é o de que os interesses da vítima são respeitados, proporcionando-lhe a oportunidade de dizer se deseja ou não movimentar a máquina estatal. O ofendido não terá despesas com advogado, nem pagará custas processuais, pois o titular da ação é o poder público, com seu representante acusatório próprio que é o Ministério Público, diferentemente da ação privada, onde o ofendido tem o ônus de pagar um advogado ou de contar com a assistência judiciária gratuita.

Para o Estado também é interessante, já que o controle da acusação, após a representação da vítima, estaria em suas mãos, não havendo possibilidade de retratação. Também o número de ações penais reduziria, pois somente seriam impetradas havendo um desejo da vítima, deixando as ofensas mais tênues, de pequena repercussão social, à disposição da mesma para decidir se quer ou não movimentar a máquina estatal. Somente seriam impetrados processos em que fosse haver uma efetiva colaboração da vítima, diminuindo o risco de se impetrar ações nas quais ficasse mais difícil de se obter êxito, dada a falta de colaboração do ofendido.

A ação pública condicionada à representação é um tipo de persecução penal que tenta contrabalançar os interesses do Estado e da vítima, sendo interessante até que se ampliem suas possibilidades para outros crimes cujo interesse do ofendido na punição tem maior valor que o interesse público, haja vista estar em jogo sua vida privada e intimidade. Este é o rumo para o qual aponta o nosso Direito Processual Penal, sendo assim respeitada a manifestação da vontade do ofendido ou de seu representante. É o tipo de ação adequado aos crimes cuja repressão interessa mais ao ofendido que ao Poder Público.

E quanto às ameaças que possam inibir a vítima de representar, cabe ao Estado, através de Centros de Assistência e Proteção às Vítimas, estimular a denúncia e a busca dos órgãos

públicos com esta finalidade, devendo proporcionar segurança e conforto à mesma, visando sempre a um objetivo maior, qual seja o combate à impunidade.

Pode-se argumentar a favor da ação penal pública condicionada, no sentido de que a visão democrática do Estado e do processo se coaduna com o pensamento de que a comunidade deve tomar parte das decisões políticas e do poder judiciário, uma vez que estas têm reflexo direto no meio social, sendo-lhe de profundo interesse participar da repressão do delito. O representante da comunidade na ação penal é a própria vítima, que, participando na atuação do poder público, representa os interesses da comunidade.

Permitindo-se que a vítima participe do processo, respeitando o seu direito de acionar a tutela jurisdicional, como é o caso das ações penais privadas, ou de ao menos manifestar seu interesse na persecução penal, como é o caso das ações públicas condicionadas, dá-se espaço à composição dos conflitos mediante acordo de vontade entre agente passivo e ativo do crime, a colaboração da vítima na produção de provas a fim de auxiliar o Ministério Público, a valorização do ofendido como sujeito de direitos, além de ser uma forma de se estimular a participação da comunidade na justiça criminal.

A visão democrática do Estado e do processo se coaduna com o pensamento de que a comunidade deve tomar parte das decisões políticas e do Poder Judiciário, tendo reflexo direto no meio social, sendo-lhe de profundo interesse participar da repressão do delito. O representante da comunidade na ação penal pública condicionada é a própria vítima, que, posicionando-se sobre a necessidade ou não de atuação do Poder Público, representa os interesses da comunidade.

O afastamento da vítima do processo aumenta a hostilidade com seu agressor e gera maior tensão no meio social. Há que se entender melhor os sentimentos desta que não é só movida por um sentimento de vingança, e que por isso deva ser afastada, mas também busca justiça, preocupada com a punição do autor, o que não significa que seus direitos de ampla defesa e contraditório serão violados, ou que lhe será aplicada a mais severa das penas, mas, pelo contrário, a mais justa e também satisfatória para a própria vítima.

O melhor é que se encontre um equilíbrio, onde o controle do sistema seja feito de maneira oficial, pelo poder público, e a vítima

possa participar efetivamente, sem ser o acusador principal ou o titular do direito de punir, sentindo-se então atendida, protegida, respeitada e de onde proverá a satisfação de seus interesses. E a ação penal pública condicionada é a que parece oferecer maiores possibilidades de comunhão dos interesses do Estado e do ofendido na acusação.

Como ressalta Scarance “dotar o processo de mecanismos de promoção ativa dos interesses da vítima, e em segundo lugar, expurgá-lo de todos os resíduos susceptíveis de agravar gratuitamente a sua situação”,²² é o que devemos procurar.

Deveriam os legisladores estender as possibilidades de se processar condutas mediante ação condicionada à representação da vítima, pois há agressões cuja punição interessa muito de perto a esta, e não ao Poder Público, podendo a mesma escolher entre representar ou não. Isto evitaria a propositura de processos criminais sem a devida utilidade ou finalidade educativa para a comunidade.

Sábina foi a Lei nº 9.099/95, quando transformou os crimes de lesão corporal leve e culposa em dependentes de representação do ofendido para que se iniciasse sua persecução.

Este é o caminho mais vantajoso para ambas as partes. Aumentando as possibilidades de se processar condutas mediante ação condicionada à representação da vítima, e se flexibilizando o princípio da obrigatoriedade nos casos em que há previsão de ação penal pública incondicionada, certamente será reduzido o congestionamento de ações no poder judiciário e será preservada a intenção da vítima de acusar ou não.

²² FERNANDES, op. cit., 1995, p. 207.

AÇÃO POPULAR E SUA EFETIVIDADE SOCIAL

Ana Paula Masin Carneiro Carnaúba

Advogada, Especialista em Direito Constitucional (UFAL)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Origem e Conceito. 3. Aspectos Processuais e Materiais: Efetividade da Ação Popular. 4. Considerações Finais

1. Introdução

A Ação Popular e a sua natureza de garantia constitucional de controle de atos do Poder Público ou equiparados, no que concerne aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, como também a regulamentação no Direito Processual Civil brasileiro, não são recentes.¹

Apesar disso, somente com o advento da Constituição de 1988, é que o ato lesivo à moralidade administrativa passou a ser objeto dessa ação, que erigida à condição de garantia constitucional, no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, na medida da sua relevância e magnitude, sem sombra de dúvida, não impede o seu exercício

Analisamos o assunto, apresentando noções do instituto, nos aspectos material e processual, pondo em relevo seus principais princípios norteadores no que tange aos benefícios dessa ação. Realçamos que os interesses ultrapassam os limites do conceito de patrimonialidade e moralidade administrativa, para proteger qualquer tipo de lesão a interesse difuso e coletivo, merecedora de tutela, na boa gestão, v.g., dos dinheiros públicos.

¹ A Lei n.º 4. 717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular, regulamentou o § 38 do art. 141 da Constituição Federal de 1946. Atualmente, a Ação Popular está inserida expressamente no art. 5º, inciso LXXIII, da nossa Carta Política de 1988.

Além disso, procuramos demonstrar a sua eficácia perante a conjuntura socio-econômica, política e jurídica, importando salientar que este trabalho teve como fundamento tão-somente provocar alguma reflexão sobre o assunto, suscitando alguns aspectos básicos e estimulando a procura de pesquisas mais aprofundadas sobre a matéria.

2. Origem e Conceito

A Origem da Ação Popular é Romana, sinalizando o quão importante a tutela dos interesses da coletividade, perante o Estado. Naquele tempo, não havia uma delineação precisa sobre a noção de Estado. Mas, apesar da ausência de liberdade, de vida privada, de educação, da liberdade religiosa e do pouco valor da pessoa humana, os romanos sentiam que de alguma forma a *res publica* lhes pertenciam. Esse fato explica a busca da coletividade Romana pela tutela de um bem, valor ou interesse.

Rodolfo de Camargo Mancuso² assevera que naquele tempo, já se buscava a preservação da ordem publica, das liberdades públicas e da moralidade administrativa, esta prevista expressamente na nossa atual Carta Magna, que revalidou a *actio popularis romana*, inserindo-a em um novo contexto social e jurídico. No ordenamento jurídico Português, a ação é admitida desde as Ordenações para a defesa das coisas de uso comum do povo.

Situando a Ação Popular em um contexto sócio-político, podemos afirmar que é utilizada no desiderato de auxílio aos poderes públicos, quando proporciona à qualquer cidadão, desde que esteja no gozo de seus direitos políticos, a possibilidade de obter a invalidação, anulação dos atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, tornando efetiva a preservação do meio ambiente, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural. Compreende também, além da anulação dos atos lesivos, a recomposição do patrimônio público.

Isso ocorre, devido ao seu conceito constitucional, quando assevera que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação

² *Ação Popular, Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 4. ed. São Paulo, RT, 2001, p. 43.

popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada ma-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”³.

3. Aspectos Processuais e Materiais: Efetividade da Ação Popular

No polo ativo, situa-se tão-somente a pessoa física⁴, sendo possível a assistência e o litisconsórcio facultativo, desde que provado o interesse processual.

Deve ser ressaltado, que conforme a Súmula n.º 365⁵ do Supremo Tribunal Federal, a pessoa jurídica não pode figurar no polo ativo da relação processual. O Ministério Público também não tem legitimidade para a propositura da ação popular. Mas, ao órgão ministerial – órgão da Lei por determinação constitucional⁶ –, é permitido, através de expressa disposição legal, a proteção das finalidades que não são diversas daquelas protegidas pela ação popular, como a defesa do erário e da moralidade administrativa. Sob esse aspecto legal, temos o art. 5º, *caput*, da Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública); art. 17, *caput*, da Lei Federal n.º 8.429 de 2 de Junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa); art. 25, inciso IV, alíneas “a” e “b” da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Tal remissão à dispositivos legais presta-se apenas demonstrar que, mesmo não tendo o órgão do Ministério Público legitimação para a propositura da ação popular, lhe resta a possibilidade de manifestar-se a favor ou contra a procedência da ação, como também impulsionar a produção probatória⁷, não estando assim, impossibilitado de

³ Artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.

⁴ Ressalte-se, por oportuno, que para a propositura da Ação Popular, é necessário a condição cívica de cidadão. Este, para o direito é o brasileiro nato ou naturalizado que detenha um título de eleitor.

⁵ – “Pessoa Jurídica não tem legitimidade para propor Ação Popular.”

⁶ Art. 129 da Constituição Federal e seus incisos.

⁷ Art. 6º, § 4º da Lei da Ação Popular.

defender a *res publica*. Isso ocorre, pois o objeto, a finalidade da ação civil pública tangência o da ação popular.

Um outro aspecto concernente à legitimidade ativa, é a do jovem eleitor, com apenas 16 anos. Ora, se a lei lhe faculta o direito de eleger os seus representantes, não sendo necessário a assistência nesse ato, entendemos que não precisará igualmente sê-lo, quando houver necessidade de fiscalizá-los ou avaliá-los segundo os princípios expressamente previstos na Constituição que norteiam a atividade administrativa, quais sejam; legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

José Afonso da Silva, Nelson e Rosa Nery e outros, citados por Rodolfo de Camargo Mancuso⁸, conscientes da importância de participação direta na democracia, entendem ser possível o exercício da cidadania pelo jovem eleitor.

Ressalte-se, por oportuno, que não há um consenso⁹ no que diz respeito a legitimidade ativa do eleitor com 16 anos. Isso ocorre, por que “O Código de Processo Civil é adequado para questões de índole privatista. Quando se trata de ações coletivas, a lacuna acerca da legitimação para agir propicia contradições doutrinárias e jurisprudenciais, que dificultam a tutela jurisdicional, em face das incertezas.”¹⁰

Em relação ao polo passivo, o legislador, à vista do disposto no *caput*¹¹ do art. 6º da Lei que regulamenta o instituto ora em comento, com o intuito de preservação dos princípios éticos da

⁸ Ação Popular, Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. Op. cit., p. 155 e 156.

⁹ “A exigência da assistência para o relativamente incapaz, na ação popular, não implica restrição ao direito constitucional, nem contraria disposições da Lei 4717/65”. (*Boletim da Associação dos Advogados – SP, 1.597/80*)

¹⁰ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Ação Popular: Legitimação*. Maceió: Edições Catavento, 2001, p. 57.

¹¹ Art. 6º - “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado ao ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.”

administração, da probidade do servidor, previu a possibilidade de haver o cumulo subjetivo em seu polo passivo, abrangendo “não só o causador ou produtor direto do ato sindicado, mas também todos aqueles que, de algum modo, para ele contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente”¹². Isso ocorre, pois não há previsão do número de beneficiários que poderão figurar no polo passivo da lide. Desse modo, o(s) réu(s), podem ser chamados a compor a lide, se assim requerido pelo autor da demanda, via citação editalícia, conforme permissivo legal, inserto no art. 7º, inciso II da lei que rege a ação.

O alcance dessa norma, é, sem sombra de dúvida, de inegável contribuição ao erário. O aspecto da economicidade, esse mencionado por Rodolfo de Camargo Mancuso,¹³ é de suma importância para a materialização dos princípios constitucionais, como v.g., os princípios da moralidade e legalidade, que permeiam o regime jurídico administrativo de observância obrigatória. Daqueles decorrem os demais princípios, aos quais devemos respeitar, pois somente assim teremos um perfeito funcionamento da máquina administrativa.

Ressalte-se ainda, que às pessoas de direito público ou privado, no momento da contestação, abrem-se três caminhos: 1) - contestar a ação 2) - não contestar e atuar ao lado do autor. 3) - abster-se de contestar.¹⁴ Dessa forma, temos que o autor não age contra o Estado ou contra o ente público, muito pelo contrário, age em prol desses. Othon Sidou¹⁵, interpreta o § 3º do art. 6º “como podendo a entidade demandada prestar informações do mesmo modo como as presta em processo de mandado de segurança, no qual não é obrigada a responder e muito menos a contestar no estrito sentido processual. A atuação da entidade ré na demanda popular tem o fito esclarecedor apenas, para achegar prova e fornecer elementos objetivos de fazer

¹² Idem, ibidem, p. 159.

¹³ Ibidem, ibidem, p. 70.

¹⁴ § 3º, do art. 6º “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”

¹⁵ *As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas coprus, ação popular, mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 491.

emergir da ação a busca da verdade processual”. Nesse diapasão, para contestar a ação, é necessário, de plano, demonstrar a inexistência de lesão que legitime o feito.

Devido ao amplo espectro de atuação desse instrumento processual de garantia da observância da Constituição, tem sido propostas ações em todo o território nacional, buscando a tutela de interesses difusos e coletivos. Para exemplificar, no âmbito federal, temos a ação n.º 2001.34.00.021252-6, que foi proposta na 6ª Vara da Seção Judiciária de Brasília – DF, como o objetivo de declarar a nulidade do Edital de Licitação relativo à compra de microcomputadores. No âmbito municipal, temos uma demanda ¹⁶ contra o ex-Prefeito de um Município de São Paulo, sob o fundamento de haver-se apropriado de dinheiro público oriundo de eventos promovidos pela Prefeitura. A ação foi julgada procedente pelo juiz de primeiro grau e confirmada junto ao tribunal de justiça de São Paulo, inclusive ressaltando que “no caso em exame não só ficou demonstrada a lesividade patrimonial do ato, como a ofensa à *moralidade que a Constituição quer preservar*” (grifos nossos)¹⁷, demonstrando, assim, que a expressão “moralidade”, contida na Constituição Federal, não é vazia de conteúdo.

No tocante à moralidade administrativa, devemos ressaltar que foi inserida pela Constituição de 1988, como fundamento autônomo para a ação popular, sendo mais que um simples requisito do ato administrativo, um princípio constitucional. Aquela pode ser ajuizada independentemente de haver lesão ao patrimônio público, como v.g., propagandas com o intuito de promoção pessoal.

Ainda no que concerne ao princípio da moralidade administrativa, temos que é necessária a sua observância, considerando a importância jurídica assumida pelo art. 37 da Constituição Federal.

Como exemplo da efetividade do princípio em comento, deve ser observada a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2661-5¹⁸,

¹⁶ Recurso Extraordinário n.º 170.768 –2 – SP, *D.J.* - 13.08.99.

¹⁷ Relatório - fl. 01 - Relator - Senhor Ministro Ilmar Galvão.

¹⁸ Diário da Justiça 23.08.2002.

de lei originária do Estado do Maranhão, na qual o princípio da moralidade administrativa foi violado, ao permitir que as disponibilidades de caixa do Poder Público sejam depositadas em entidades privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional, afrontando o art. 164, § 3 da Constituição Federal.

Quando da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 769 / MA ¹⁹, o pleno do Supremo Tribunal Federal, decidiu que a ação popular é destinada “a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da *moralidade administrativa* (CF, art. 5º, LXXIII).” (grifos nossos)

Em relação à utilização da ação popular em matéria tributária, o que, no nosso sentir, revela a perfeita sintonia do cidadão com o interesse público, há inúmeras ações, por exemplo: (1) - Anulação de isenção fiscal concedida ilegalmente (TJSP, RDA 69/241, RT 313/178, 328/163); (2) - Anistia fiscal concedida por lei municipal irregularmente elaborada - Ocorrência de ilegalidade e lesividade ao patrimônio público. Anistia fiscal concedida com prejuízo para o erário público. Invalidação da questionada lei com suspensão de sua execução. Ação procedente. Recurso provido (RJTSP 96/38) Referente ao *caput* do art. 2º da Lei da Ação Popular (4.717/65); (3) - Ação Popular – n.º 13.696-0/97 – Proposta em face do Estado de Alagoas, com o objetivo de anular ato administrativo; (4) - Ação Popular contra o pedágio na SC-401 - Duplicação da SC-401 - Estado de Santa Catarina; (5) - EMENTA: Administrativo - Processual Civil - Ação Popular – Indenização por atos lesivos – Responsabilidade solidária dos beneficiários – Lei n.º 4.717/65 (art. 4º, II, a, V, a, b, c, 11,12,18 e 22) – Lei n.º 4.728/65(art. 5º, IV) – CPC, artigos 20, § 3º, 333,I e 535,II – Súmulas n.ºs 7 e 201/ STJ. (STJ – 1ª T – REsp. n.º 175738 –Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJ 7.2.2000 – p.117);(6) - EMENTA: Administrativo e Processual Civil – Medida cautelar incidental –Seguimento negado por despacho – Ação popular – Contratação de pessoal em período eleitoral – Condenação de ressarcimento na instância máxima ordinária –Suspensão da execução – Agravo regimental – *Fumus boni iuris* não demonstrado. (STJ - 2ª T -

¹⁹ STF – Pleno – Adin n.º 769/ MA – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 de abril 1994, p. 7.224.

AGRMC n.º 631/RS – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJ 17.5.99 – p.150).

Vale salientar, que os direitos relacionados aos interesses públicos não podem ser alienados, como se fosse um direito individual. O administrador não pode dar-lhes o destino que desejar, como se pertencessem somente a si. É o que acontece quando v.g., uma verba é desviada ou um serviço é superfaturado.

Devemos ressaltar que ao órgão jurídico é possível o controle da legalidade e legitimidade do ato impugnado, o que possibilita a anulação dos atos administrativos, que sejam contrários à moral administrativa e ao interesse coletivo (ilegal), como também violadores do interesse público (ilegítimos). Mas, além disso, o patrimônio público será ressarcido pelos prejuízos causados, através da condenação do (s) responsável (eis) e beneficiário (os).

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário²⁰ declarou a inexistência de “violação ao disposto no artigo 2º da Constituição, pois, quando se trata de Ação Popular contra a prática de atos administrativos que se reputam contrários à Carta Magna ou em fraude a ela, como ocorre no caso, não há se pretender que o Poder Judiciário, chamado a julgá-la, se esteja imiscuindo, indevidamente, em assuntos que envolvem juízo de mérito ou políticos que são privativos, no caso, do Poder Legislativo”. Assevera também que “quanto à alegada ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição ela não ocorre, porquanto o acórdão recorrido, na parte relativa aos subsídios dos vereadores, que é a objeto dos presentes recursos extraordinários, em fundamentação sucinta, afirmou a ocorrência de ofensa, pelos atos administrativos em causa, ao artigo 29, V, da Carta Magna, e, salientando, para manter a sentença de primeiro grau, que ela ” *bem examinou a matéria, culminado por decidir com acerto conforme inserto em sua peça decisória*”, aos fundamentos desta, em última análise, se reportou”²¹.

²⁰ Recurso Extraordinário - n.º 230.267 – MG, D.J - 15.12.2000, trechos do voto do Relator – Senhor Ministro Moreira Alves.

²¹ Recurso Extraordinário - n.º 230.267 – MG, D.J - 15.12.2000, trechos do voto do Relator – Senhor Ministro Moreira Alves.

Interessante observar que, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir conflito negativo de competência,²² entendeu que a competência para o julgamento da Ação Popular, é da Seção Judiciária em que é domiciliado o autor, em consonância com o disposto no Art. 109, § 2º da Constituição Federal. Neste sentido, menciona outros precedentes (CC 17312-DF, CC 1071-DF, CC 26332-RJ).

4. Considerações Finais

Apesar de inúmeras ações intentadas, sabemos que não existe uma conscientização da sociedade, sobre a possibilidade de utilização da Ação Popular. Essa, ao lado dos instrumentos processuais de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, constituem o alicerce para a defesa dos direitos fundamentais. São ações que efetivamente asseguram, ou pelo menos tentam garantir, a igualdade material, determinada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º *caput*.

Infelizmente, verifica-se que a sociedade não conhece a existência de mecanismos que lhe permitam a defesa do erário, conforme a prerrogativa conferida pela Constituição²³ de participação do contribuinte no controle do dinheiro público, dos Direitos da Criança e Adolescente, que são fiscalizados pelos Conselhos Tutelares (compostos por membros escolhidos pela população dos Municípios, no qual funcionam), autoridade judiciária, Ministério Público e entidades civis que trabalham com a população infanto-juvenil, do meio ambiente, quando da realização de audiências

²² CC 31.371 /MG – D.J – 03.09.2001 – Relator – Senhor Ministro Milton Luiz Pereira.

²³ Art. 31 - A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. § 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante 60 (sessenta) dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, par exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

públicas²⁴, estas realizadas com a finalidade de captar o pensamento de técnicos, cientistas e da comunidade a respeito do licenciamento ambiental. No âmbito da educação e saúde, também não ocorre de modo diferente. Atualmente, a gestão participativa dos recursos públicos, destinados a essas áreas, estão expressamente previstas na Carta Magna.²⁵

Em última análise, observa-se que não há falta de verbas para serem aplicadas nas ações destinadas a assegurar os direitos fundamentais. O que ocorre, é o desvio do dinheiro público. Dessa forma àqueles direitos somente serão assegurados, na medida em que houver o comprometimento dos gestores da coisa pública com a eficiência no desempenho de suas funções.

²⁴ Art. 3º - Resolução Conama n.º 237 / 1997

²⁵ Art. 198, inciso III e Art. 206, inciso VI.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS

Humberto Pimentel Costa

Promotor de Justiça, especialista em Direito Processual (UFAL) e mestre em Direito Público (UFPE).

“Com o conhecimento, as dúvidas aumentam.”

GOETHE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do caráter normativo dos princípios constitucionais. 3. Dos princípios constitucionais implícitos. 4. Conclusão.

1. Introdução

Cada vez mais o estudo do Direito implica no necessário estudo do Direito Constitucional. Se outrora, como esclarece Paulo Bonavides¹, em relação à Ciência do Direito, havia uma hegemonia do Direito Civil, hoje esse lugar é indubitavelmente ocupado pelo Direito Constitucional.

Com efeito, as próprias concepções de Direito e de Estado, partindo de um Estado de Direito, pressupõem a existência de uma Constituição no seu sentido material². Isso porque não se pode conceber Estado sem Direito, nem Estado que não seja constitucional.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 22.

² O conceito de Constituição, em seu sentido material, é bem delineado por Paulo Bonavides: “Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto *material* da Constituição” (grifo do autor) *in* Curso de direito constitucional. Op. cit., p. 63.

A advertência é corroborada por Canotilho, ao afirmar que:

*“Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional.”*³

A perspectiva que nos interessa é a captada pelo contexto do Estado de Direito, como acima ventilado, tal qual foi desenvolvido após o advento das idéias liberais. Portanto há aqui uma clara opção pelo sentido jurídico de Constituição. Michel Temer⁴ apresenta sucintamente e com clareza os sentidos *sociológico*, *político* e *jurídico* de Constituição, valendo-se dos paradigmas de *Ferdinand Lassalle*, *Carl Schmitt* e *Hans Kelsen*, respectivamente.

Dessa forma, Constituição em seu sentido jurídico tem por base um sistema normativo posto pelo próprio Estado, local onde devem o cientista e o operador do Direito buscar os subsídios para compreender e solucionar os problemas de interpretação e aplicação das normas.

Essa visão, inicialmente positivista, tem por finalidade delimitar o âmbito de pesquisa e facilitar a argumentação, sem que com isso haja um comprometimento com uma noção rígida e já anacrônica do fenômeno jurídico. Até porque, como se verá mais adiante, é na busca dos *valores* que se tentará fundamentar a hipótese que nesta introdução se coloca, circunstância que elimina por completo um posicionamento baseado na *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen.

Pois bem, a mencionada hegemonia do Direito Constitucional se deve ao considerável incremento do papel do próprio Estado.

É bem verdade que foi o Estado Liberal, mínimo, que plantou a semente de todos os estudos constitucionais até então desenvolvidos, posto que foi o marco inovador, calcado na racionalidade, que inaugurou a concepção de controle do poder,

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 86.

⁴ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1998, p. 17-19.

introduzindo ainda uma utilidade ou justificativa para essa ficção jurídica denominada Estado.

Não obstante, apenas com o surgimento das idéias sociais, que fizeram juntar aos direitos individuais, ou de liberdade, os direitos sociais, ou de igualdade, que o Direito Constitucional acelerou o seu processo de preponderância.

Desde então, com a substituição da postura jungida a um *não fazer*, ficando o Estado comprometido a um *fazer*, que o Direito Constitucional passou a repercutir mais eficazmente nas condições de vida do cidadão.

Atualmente, numa fase pós-positivista, quando o Direito Constitucional consagra direitos da cidadania, donde se deduz uma preocupação com a solidariedade entre os homens, é nítido o avanço dessa disciplina em relação às demais, na medida em que o próprio Estado assume uma posição ainda mais destacada no cenário jurídico.

Dentro do estudo do Direito Constitucional, possui especial relevância a matéria relativa aos princípios. Quer por ser a Constituição o *habitat* natural dos princípios, quer pelas controvérsias doutrinárias que o tema vem suscitando, não se pode compreender a Constituição, abstratamente considerada⁵, ou uma Constituição, particularmente delimitada, sem que se ocupe, com a atenção necessária, dos problemas que envolvem os princípios.

Aliás, as perquirições acerca dos princípios são uma constante no estudo do Direito. Desde a construção teórica dos *princípios gerais do Direito* e passando necessariamente pelo Direito Natural, em todas as suas formulações, o vocábulo *princípios* foi objeto da atenção dos estudiosos.

Miguel Reale, ao tratar da noção de princípio geral de Direito, após tecer valiosas considerações acerca dos princípios em geral (que classifica em *omnivalentes*, quando são válidos para todas as formas de saber; *plurivalentes*, quando aplicáveis a vários campos do conhecimento, mas não extensivo a todos; e *monovalentes*, que só valem no âmbito de determinada ciência), ensina que são, os princípios gerais de Direito:

⁵ Constituição em seu sentido material.

“[...] Enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

*Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, **inclusive no campo constitucional** [...]”*(grifo nosso).⁶

Em sede de Direito Constitucional – como colocado alhures, o ambiente mais propício para se situarem os princípios – surge a noção de *princípio constitucional*, primeiro objeto mediato desta empreitada acadêmica.

São os princípios constitucionais, e não poderia ser diferente, os princípios consagrados por determinada Constituição. Inúmeros são os questionamentos que se colocam acerca desses princípios.

Sem dúvida, duas das mais importantes discussões travadas sobre os princípios constitucionais dizem respeito ao seu caráter normativo e à possibilidade da existência de princípios constitucionais implícitos.

O problema da normatividade dos princípios constitucionais, ou seja, saber se os princípios adotados pela Constituição são normas jurídicas, portanto dotados de cogência e irradiadores de efeitos jurídicos, ou se são simples diretrizes informativas, mas desprovidos de força vinculante, será abordado no próximo tópico deste trabalho, ainda como pano de fundo para a apreciação do tema central, consubstanciando assim o segundo objeto mediato do presente ensaio.

Já a questão da possibilidade da existência de princípios constitucionais implícitos, terceiro objeto mediato, situa-se na esfera da interpretação constitucional, com vistas à aplicação do Direito, mormente nos casos de lacunas, cuja integração deve ser procedida

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 299-300.

sistematicamente com base no próprio arcabouço jurídico de que se dispõe.

Para tanto, tomaremos como exemplo os princípios constitucionais da Administração Pública, inseridos no *caput* do art. 37 da Constituição Brasileira de 1988, donde será indagado se seriam apenas aqueles os princípios informativos da atuação estatal no Brasil.

Dessa forma, o objeto imediato da monografia é, com base no texto constitucional brasileiro, responder à seguinte questão: até que ponto são cogentes os princípios constitucionais e se é possível a existência de outros princípios, mesmo que não escritos, mas portadores das mesmas características dos primeiros, em especial no tocante à Administração Pública?

2. Do caráter normativo dos princípios constitucionais

A Constituição, como marco político inicial de uma nova realidade jurídica, fundadora mesmo de um Estado, traz consigo os mais importantes elementos caracterizadores e informativos do sistema de Direito que inaugura.

Sem embargo do paulatino crescimento das Constituições mais recentes, em especial da Brasileira de 1988, cuja prolixidade dá espaço a construções doutrinárias que têm reconhecido a *constitucionalização* de ramos⁷ do Direito, outrora apenas delimitados no plano infraconstitucional, ainda é acentuado o teor distinto dos dispositivos *eminentemente* constitucionais.

Talvez como forma de atribuir uma superior estabilidade, por meio da maior dificuldade em sem emendar a Constituição Brasileira, diversas matérias foram tratadas, algumas até com demasia de pormenores, sem que essas matérias tivessem que, necessariamente, constar do texto constitucional.

É o que se tem denominado conteúdo formalmente constitucional, ou seja, dispositivos constitucionais por opção.

⁷ Entendemos que o Direito é uno e indivisível, formando um sistema apto a fornecer resposta *normativa* a qualquer caso concreto, sendo marcado pela interdisciplinaridade, em especial no campo constitucional, donde a denominação “ramos do direito” só pode ser aceita por seu valor pedagógico.

Exemplos disso são as disposições gerais relativas à Administração Pública, constantes dos diversos incisos do art. 37 da Constituição Federal. Nada obstará que lei ordinária cuidasse do tema.

Por outro lado, e agora tratando do conteúdo *materialmente*⁸ constitucional, é acentuada a sua característica de superioridade. Relevante indício dessa realidade é o fato de a própria Constituição Brasileira, no seu art. 60, § 4º, proibir eventual tentativa de emenda tendente a ofender as denominadas *cláusulas pétreas*.

Dentre os dispositivos constitucionais por natureza, portanto dentre as mais valiosas emanções da Constituição, observa-se que existem proposições, do tipo regra jurídica, com a descrição de uma hipótese de incidência, à qual atribui um resultado. Entretanto, da mesma forma, constata-se a existência de enunciados de valor semântico de difícil determinação, os princípios, que não trazem consigo um mandamento concreto na forma de imputação, sendo dessa forma algo dotado de justificativa por si mesmo, pelos efeitos que deve irradiar pela sua tão só presença no texto constitucional.

É mandamento mezinho de interpretação que as leis, em especial a Constituição, não utilizam palavras inúteis. Considerando, como deve ser considerado sempre, a importância da Constituição para todo o sistema jurídico, na qualidade de paradigma, não se poderia aceitar uma visão que reputasse os princípios constitucionais meras alegorias, ou símbolos *programáticos* residentes apenas na seara das intenções.

A realidade está longe disso. A força viva dos princípios constitucionais autoriza a enfática afirmação de que se constituem em verdadeiras normas de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece com propriedade a importância dos princípios, cuja lição não podemos deixar de transcrever integralmente:

“3. Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas

⁸ Vide nota nº 2.

compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer⁹. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”¹⁰

O problema de se considerar os princípios como normas reside no aspecto conceitual de norma jurídica. Os preciosismos, e não dizemos que não são úteis para a ciência, levam a uma infinita quantidade de conceituações do que seja norma jurídica.

Para evitar discussões alheias ao objeto deste estudo, fazemos como Luis Roberto Barroso¹¹, apontamos o sentido que nos inspira a classificação dos princípios como normas jurídicas, sendo então esse sentido o de um *dever-ser*, imposto pelo Estado – para que possa receber a denominação *jurídica*¹² – que garante sua validade, impõe e autoriza sua utilização.

⁹ A alusão à “uma norma qualquer” nos faz intuir, também, a normatividade dos princípios, pela via transversa, sendo então os princípios verdadeiras normas, mas não normas ordinárias, como as regras. Seriam os princípios normas dotadas das qualidades que o autor aponta.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 545-546.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 73-74.

¹² Com isso deixamos bem claro nosso entendimento a respeito da não aceitação do *pluralismo jurídico*, cujas razões não podem ser comportadas pelo perfil deste texto.

Poder-se-ia alegar que os princípios não são normas porque lhes falta justamente a precisão, ficando ao talante do intérprete o preenchimento do conteúdo que informa a expressão do princípio. Ou mesmo que, numa postura fenomenológica, extrair-se-ia a norma jurídica exatamente da conduta humana, quer dizer, o que não dissesse respeito à conduta humana, em grau primário de ação, poderia ser tudo, menos norma.

Sendo assim, por serem os princípios naturalmente dotados de elasticidade semântica, e por não regularem diretamente a conduta humana, mas tão somente outras normas, na medida em que impregnam e informam com valores os atos de interpretação, aplicação, integração e formulação de novas normas, não seriam, eles mesmos, normas.

Nada mais equivocado, todavia. Primeiramente porque a imprecisão peculiar dos princípios encontra barreiras no próprio sistema jurídico, que só aceita interpretações coerentes (harmônicas) e consistentes (não contraditórias), como demonstra Eros Roberto Grau¹³, ao cuidar da interpretação das normas constitucionais. Junte-se a isso o fato de que, por mais que seja aberto um conceito, dele jamais poderá ser extraído conteúdo inverossímil ou distanciado da realidade à qual se propõe disciplinar.

Tudo, então, é só uma questão de sintonia fina, uma vez que o norte valorativo, alcançado não só pelo bom senso mas também pelo próprio contexto, pode ser identificado com razoável facilidade.

Manoel Messias Peixinho, em trabalho de valor, nos empresta argumento apropriado:

“[...] a Constituição deve ser interpretada a partir dos valores que ela mesma consagra. A hermenêutica sedimentada nos princípios fundamentais orienta-se para uma aplicação que extrai a sua legitimação da vontade soberana inserta nos postulados básicos que o próprio Poder

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 88*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 169-170.

Constituinte elegeu como fundamento e fonte primária dos parâmetros por que se deve pautar o Estado Democrático.”¹⁴

Quanto ao enfoque na conduta humana primária, quer dizer, os princípios não seriam normas porque não instituiriam um mandamento direto, da mesma forma não possui idoneidade para descartar a sua natureza normativa.

Essa questão esbarra na própria cogência atribuída aos princípios. A obrigatoriedade de sua observância, não apenas como luz a iluminar as regras, esclarecendo-lhes o sentido e o alcance, mas sobretudo como fonte do Direito, faz com que, não raras vezes, situações sejam resolvidas unicamente com supedâneo em determinado princípio.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42, no seu art. 4º, autoriza o magistrado a decidir – em caso de omissão legislativa, e não sendo possível a aplicação de analogia ou de costumes – de acordo com os *princípios* gerais de Direito.¹⁵

Dessa forma, mesmo considerando a timidez do estatuído infraconstitucionalmente, na pior das hipóteses, ainda seriam os princípios fontes do Direito.

Nos casos mais difíceis (*hard cases*)¹⁶, quando uma solução deve ser dada pelo Judiciário¹⁷, apesar de não haver regras específicas, invariavelmente são os princípios constitucionais invocados como fundamentos bastantes para as soluções engendradas.

¹⁴ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 133.

¹⁵ Paulo Bonavides, com acerto, considera que os princípios gerais de Direito correspondem aos próprios princípios constitucionais e às disposições de princípio. Cf. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 245.

¹⁶ Expressão utilizada por Ronald Dworkin e citada por Paulo Bonavides, idem, p. 238.

¹⁷ Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. O dispositivo transcrito estabelece, entre nós, o direito fundamental de se ter uma manifestação conclusiva do Poder Judiciário, mesmo na falta de regra expressa a respeito.

Ora, na medida em que servem os princípios constitucionais como fontes do Direito, posto que o sistema jurídico – que sempre dará solução para casos concretos – baseia-se em normas jurídicas, dotadas de poder vinculante, só poderiam ser, eles próprios, os princípios constitucionais, normas jurídicas.

Pensar de modo diverso atribuiria poder normativo ao magistrado, o que vem a ser um contra-senso. O Direito não é criado pelo juiz, mas tão somente aplicado. O máximo que se poderia aceitar seria o fato de que o juiz pode *descobrir* o Direito, por meio da interpretação dos princípios, na sua tarefa de integração do sistema.

A normatividade dos princípios constitucionais é defendida por Eros Roberto Grau¹⁸, que se baseia no pensamento de Dworkin, para quem, algumas vezes, uma regra e um princípio desempenham a mesma função, sendo a diferença entre ambos quase que exclusivamente uma questão formal. O autor conclui com lucidez, mais adiante:

*“Logo, temos que, em realidade, norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios jurídicos – entre estes últimos incluídos tanto os princípios positivos de direito quanto os princípios gerais de direito.”*¹⁹

Da mesma maneira Paulo Bonavides, que faz precisa análise dos princípios, desde sua carência de normatividade, na Velha Hermenêutica, até o seu tratamento como Direito, com o pós-positivismo, chegando a afirmar, enfaticamente e com acerto que *os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios.*²⁰

3. Dos princípios constitucionais implícitos

Partindo da normatividade dos princípios constitucionais, nos defrontamos com a segunda questão a que nos propusemos responder, ou seja, da possibilidade de serem reconhecidos princípios constitucionais não escritos na própria Constituição, não obstante dotados da mesma cogência dos mencionados expressamente.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 88, op. cit., p. 95.

¹⁹ GRAU, idem, p. 114.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 243.

Não temos dúvidas a respeito da hipótese levantada. Essa convicção é partilhada por Eros Roberto Grau, que categoricamente afirma:

“33. A existência – ou, se me for permitido desde logo assim afirma-lo, a ‘positividade’ – no ordenamento jurídico, de determinados princípios que, embora não enunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de aplicação do direito, é inquestionável.” (grifo nosso).²¹

A acepção mais básica do termo *princípio* indica a idéia de início. Assim, aquilo que se convencionou chamar de princípios fundamentais de Direito, ou princípios constitucionais²², são, literalmente, o começo mesmo do sistema jurídico, ponto de partida para a interpretação das regras, crivo para a qualificação das regras como constitucionais e, por fim, fontes do Direito, ou seja, normas jurídicas, quando da aplicação e integração do sistema jurídico.

A assertiva é confirmada por Manoel Messias Peixinho, que apresenta pensamento análogo:

“Em primeiro lugar, há que se salientar que os ‘princípios jurídicos fundamentais são aqueles princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional’. Esses princípios são de fundamental importância para a interpretação e aplicação do direito.” (grifo nosso).²³

De onde então seriam retirados os princípios constitucionais não escritos?

²¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 88, op. cit., p. 75.

²² Entendemos que os princípios de Direito (gerais) são os princípios constitucionais, estejam eles escritos ou não na Constituição.

²³ PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais, op. cit., p. 108-109.

Acreditamos que esses princípios podem ser *deduzidos*²⁴ a partir do conteúdo *material* da Constituição, assim como podem ser igualmente *induzidos*²⁵, a partir do seu conteúdo *formal*, daquilo que acima denominamos *dispositivos constitucionais por opção*, bem como por intermédio da própria legislação infraconstitucional.

A dedução a que nos reportamos consiste na tarefa lógica de buscar, dentro dos princípios que estruturam o próprio perfil do Estado brasileiro, outros princípios necessariamente decorrentes, porem dotados de um menor grau de abstração.

Isso ocorre em virtude da própria evolução dos institutos, que vão agregando valores e interpretações outrora não imaginadas, recebendo os influxos da doutrina e da jurisprudência.

Por essa razão é que é salutar a inicial indeterminação dos princípios, sendo igualmente um dos motivos que fundamentam a afirmativa de que é justamente na Constituição que devem estar os princípios, mesmo que não escritos. Assim, como exemplo, trazemos a palavra *democracia*, que informa o Estado Democrático, como se auto-intitula a República Federativa do Brasil.

O que hoje significa democracia, ou o princípio do Estado Democrático, certamente não corresponde ao que se tinha outrora, com o mesmo nome. Democracia não é, hoje, tão somente governo do povo. É, entre outras coisas, governo do povo também, além de trazer consigo os valores da liberdade e da igualdade entre os cidadãos.

Quer dizer, mesmo que a Constituição Federal não tivesse expressamente feito alusão aos princípios da liberdade e da igualdade, estes poderiam ser *deduzidos*, a partir do que hoje se entende por democracia.

Da mesma forma, tomando agora o princípio da igualdade, ainda que a Constituição não se referisse à igualdade entre homens e mulheres, poderia ser esse princípio alcançado.

²⁴ Dedução, entendido como o raciocínio cujas conclusões são menos gerais do que as premissas.

²⁵ Indução, entendido como o raciocínio cujas conclusões são mais gerais do que as premissas.

Ainda a partir do princípio da democracia, decorre a necessidade de um Estado dotado de uma Administração Pública proba, pautada por um perfil que vai além do estatuído no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que menciona os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Exemplo disso é a idéia indiscutível da existência do princípio do controle da Administração Pública, quer por sua autotutela, quer pelas formas de controle externo. Ainda no mesmo diapasão, deve ser reconhecido o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o princípio da necessidade de se motivar os atos administrativos, o princípio da finalidade pública da atuação estatal. Enfim, a partir tão somente da idéia do princípio democrático é possível deduzir outros princípios, igualmente válidos e cogentes, porém implícitos na Constituição.

O exercício oposto também resulta profícuo. Com efeito, tomando desta feita como base os dispositivos apenas formalmente constitucionais e todo o restante do arcabouço normativo infraconstitucional, pode-se, agora por indução, chegar ao conhecimento dos princípios constitucionais implícitos.

Em verdade, tratam-se dos mesmos princípios que podem ser deduzidos, conforme apresentado acima, modificando apenas a maneira de serem encontrados. Isso porque as normas infraconstitucionais somente são válidas se obtiverem seu fundamento na Constituição, portanto não seria possível induzir princípios, a partir dessas normas ordinárias, que não fossem compatíveis com os princípios que estruturam o Estado posto pela Lei Fundamental.

Ou seja, valendo-nos do mesmo exemplo, as regras jurídicas que tratam de impor a necessidade de se motivar os atos administrativos, ou que disciplinam o controle da Administração Pública, autorizam o intérprete a, por indução, intuir a existência dos princípios da motivação dos atos administrativos e do controle da Administração Pública.

Vamos mais além. Esses princípios, induzidos a partir da legislação infraconstitucional, não só são meramente compatíveis com a Constituição e seus princípios fundamentais expressos; são, em verdade, decorrências implícitas destes, portadores da mesma força e dignidade,

obrigatórios e necessários, mesmo que a parte unicamente formal da Constituição ou a legislação inferior não cuidassem da matéria.

Com isso nos posicionamos numa postura tendente a extrair o máximo de efetividade da Constituição, razão pela qual desaprovamos a recorrente falta de aplicação constitucional, baseada no argumento falacioso de que a inexistência de regulamentação deixaria a Norma Fundamental sem possibilidade de incidir juridicamente.

Ora, se é verdade que o legislador infraconstitucional deve desenvolver os meios para a aplicação da Constituição, não menos verdade é o fato de que, mesmo sem esse desenvolvimento, as normas constitucionais já são portadoras de obrigatoriedade.

São justamente os valores que impregnam a parte material da Constituição, juntamente com seus princípios implícitos, que permitem ao intérprete e ao aplicador do Direito buscar concretizar, no mundo dos fatos, aquilo que foi planejado abstratamente como escolha política fundamental.

Dizer que a Administração Pública é adstrita ao princípio da legalidade, por exemplo, não pode significar que seus olhos devem estar fechados para o texto constitucional. Afinal, é a própria Constituição que determina a observância da legalidade pelo administrador.

No mundo atual, onde as mudanças ocorrem com velocidade acelerada, onde a demanda por providências por parte do Estado supera, em muito, a produção legislativa infraconstitucional, é mais grave deixar de agir, por falta de lei ordinária, do que tomar as medidas coerentes e proporcionais, com base nos princípios constitucionais, mesmo que implícitos.

4. Conclusão

Ao cabo desta investigação nos sentimos autorizados a concluir que:

1) Os princípios constitucionais são normas jurídicas, não se caracterizando apenas como valores longinquamente informativos e programáticos, utilizados tão somente na tarefa interpretativa, para a aplicação de regras jurídicas, fornecendo-lhes unicamente o sentido e o alcance.

2) São os princípios constitucionais fontes do direito, dotados de cogência, cuja aplicação se faz sentir nos freqüentes casos de integração do sistema jurídico, não apenas como fontes secundárias e subsidiárias, mas como fatores determinantes do *início* da aplicação do Direito.

3) Aos princípios constitucionais escritos no corpo *material* da Constituição juntam-se os princípios constitucionais implícitos, portadores de igual dignidade e força.

4) O conjunto de princípios constitucionais, que engloba tanto os princípios expressos como os implícitos na Constituição, formam os chamados princípios gerais de Direito, ou seja, os princípios do Direito relativo e peculiar a um Estado determinado.

5) Os princípios constitucionais implícitos podem ser descobertos por um processo de *dedução*, a partir do elenco de dispositivos materialmente constitucionais, ou por *indução*, tomando-se por base as regras apenas formalmente constitucionais, ou constitucionais por opção, e a legislação infraconstitucional válida.

6) Para se extrair o máximo de efetividade da Constituição, mister se faz reconhecer que a Administração Pública, antes de estar limitada pelo princípio da legalidade, imposto pela própria Constituição, está obrigada a implementar a concretização constitucional, com a obrigação de agir, com coerência e proporcionalidade, com base nos princípios constitucionais, mesmo que implícitos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA TOPOLOGIA

Magno Alexandre F. Moura

Promotor de Justiça e Professor Universitário

SUMÁRIO

1. Resumo. 2. Introdução. 3. O Ministério Público e a nova ordem constitucional. 4. Antecedentes históricos. 5. O papel de “Ombudsman” do Ministério Público, 6. O Ministério Público é o Quarto Poder? 7. Conclusão.

1. Resumo

Nas funções típicas, o Ministério Público (MP) sempre age em busca de um interesse público e, com o advento da Constituição Federal de 1988, o MP tem tomado medidas de grande abrangência em defesa da comunidade que, por essas medidas de extraordinária repercussão na coletividade, têm deixado-o em destaque. Desde o seu surgimento, o MP tem experimentado evolução. Sua função de **Ombudsman** inserida no texto constitucional atual e instrumentalizada na Lei complementar nº 75, e Lei Orgânica do MP, de nº 8.625/93 e as demais funções da Instituição em prol do coletivo, têm suscitado a seguinte indagação: é o Ministério Público o quarto poder, ou avança para isso?

2. Introdução

2.1. Ministério Público é, em sua essência voltado à sociedade, instrumento importante dentro da ordem jurídica, indispensável à função jurisdicional do Estado. É um dos organismos de grande importância, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje surge tutelando os bens e interesses coletivos ou difusos.

2.2 Na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público como agente estatal atua com o escopo de garantir ao cidadão a preservação de sua condição humana, porque o Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem o acesso aos bens necessários a uma existência

digna, o que enseja a realização dos direitos sociais. Não obstante, muitas vezes o Estado esquece dessa missão, ou seja, do interesse público primário que é o efetivo bem geral, envolvendo-se com o interesse público secundário, que é o interesse visto pelo administrador. No entanto, o Ministério Público desponta como Instituição predisposta ao aperfeiçoamento do regime democrático, no instante que seja necessária sua intervenção no sentido de exigir que o direito seja cumprido de forma espontânea pelo Estado (por esta expressão entenda-se a União, o Estado Membro, o Município, o DF e Territórios). para dar condições ao homem, ao exercício de sua cidadania, a fazer valer os direitos fundamentais da pessoa humana, no Estado de Direito, fundado na Constituição.

2.3. Neste pequeno trabalho, procurou-se abordar se o MP é ou não o quarto poder, e sua missão de **Ombudsman**, o que demonstram os avanços alcançados.

3. O Ministério Público e a nova ordem constitucional

3.1. Fala-se, com muita frequência, pelos noticiários da mídia, da atuação do Ministério Público (MP) ou até mesmo de muitos pedidos de intervenção deste para o deslinde de situações conflitantes. Isso hoje é possível em decorrência de o texto constitucional de 1988, no Art. 127, “in verbis”: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”..

3.2. Pela primeira vez na história constitucional deste país, o Ministério Público recebeu amplo disciplinamento institucional, através da Carta Política de 1988. Aquilo que há muito tempo se suscitou na doutrina sobre a natureza jurídica do órgão ministerial.

3.3. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabelece como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Ainda mais, assegura autonomia administrativa, individualiza seu duodécimo, e especifica suas funções institucionais, não esgotando-as, destacando dentre outras a propositura da ação civil pública para proteção do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos, v.g. do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor, a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas, e a ação direta de

inconstitucionalidade, e outra funções mais compatível a sua finalidade.

3.4. Tem aparecido, com muita frequência, nos noticiários da TV, o Procurador-Geral da República, devido a sua notável atuação em Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Mandados de Injunção após a vigência da Constituição Federal de 1988 e no Estado de Alagoas o Procurador Geral de Justiça, juntamente com os Procuradores e Promotores de Justiça, o que tem eles feito uma diferença muito grande ao Ministério Público, cumprindo, ou ao menos buscando cumprir seu papel constitucional. A credibilidade que o Ministério Público tem alcançado é um fator importante que o deixa em relevância. Tem ele mostrado à sociedade que pode e deve ser uma Instituição independente e corajosa, capaz de enfrentar os poderosos e corruptos que assim se apresentam.

3.5. A transição do MP do papel de “ braço direito” do Poder Executivo para uma posição significativamente independente, garantida pela CF de 1988, tem sido adequadamente implementada pelas novas missões constitucionais conferidas, contudo. Vários resultados em favor da Instituição podem ser creditados às características pessoais do chefe do “**Parquet**”¹, que deve apresentar um perfil de agente político independente, contudo, um diplomata disposto ao diálogo e a construção de pontes a viabilizar a administração da instituição dentro do ponto de vista de gestor de um órgão público. O Procurador Geral de Justiça não deve descurar de apoiar os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça na missão que são destinatários, o que resvala na consolidação e defesa do regime democrático. O procurador Geral conta com pessoas que possam auxiliá-lo e aconselhá-lo, porém, ele, pessoalmente, deve apresentar excepcional habilidade no trato de questões constitucionais das mais complexas, deve dominá-las. A consideração com que os membros do Legislativo, Executivo e Judiciário e do próprio Ministério Público distingue o Procurador Geral de Justiça deve ser comprovada pela atuação deste, o que se verificou com o atual Procurador-Geral de Justiça do Estado de Alagoas (biênio 1998 a 2000 deste a 2002), que teve o seu 2º mandato praticamente confirmado por aclamação e uma prorrogação sob o argumento de

¹ PARQUET é um vocábulo francês que significa Ministério Público.

ajuste com a Lei de responsabilidade fiscal coincidindo o mandato do gestor com o exercício financeiro e orçamentário traçado, para se auferir a responsabilidade do administrador do MP. O que também é digno de nota o registro de seu antecessor que credenciou e viabilizou um Ministério Público sem amarras. Destarte, sem deméritos para os anteriores que, cada um a sua época e estilo de administrar, fez História, no sentido que o Homem é sujeito e não objeto da História, com seus avanços e recuos, e novamente avanços e recuos, parecendo um ciclo que a História muitas vezes se repete, porque assim caminha o homem e a Instituição a qual pertence.

4. Antecedentes históricos

4.1. Em sua origem mais remota, o Ministério Público não tinha exatamente a função que tem hoje: foi uma “**Ordonnance**”² francesa do início do século XIV que pela primeira vez fez menção a ele, porém, na qualidade de mero encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano “**gens de roi**”³. O interessante, observa Grinover⁴, é que até recentemente tinha o MP brasileiro o encargo anômalo de representação dos interesses do Poder Executivo em juízo (Art. 126, CF/67); essa função destoava inteiramente dos objetivos da Instituição e contribuía para o enfraquecimento da independência dos membros desta. Por isso, a Carta Magna de 1988 veda-lhe expressamente “a representação judicial e a consultoria jurídica a entidades públicas” (Inc. IX, Art. 129).

4.2. Ainda que, como ensina a doutrina mais autorizada, a verdadeira origem da Instituição esteja na França, 4.000 anos aC., já no Egito existia um corpo de funcionários com atribuições que substancialmente se assemelhavam às do MP moderno. Eles eram encarregados de: “I – ser a língua e os olhos do Rei do país; II – castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III – Acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV – ser o marido da viúva e o pai do órfão; V – fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as

² ORDONNANCE é uma expressão francesa que no texto significa decreto; lei.

³ GENS DE ROI – gente do rei.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.178-185.

disposições legais aplicáveis em cada caso; VI – tomar parte nas instruções para descobrir a verdade”.⁵

4.3. Em nosso país, na História constitucional podemos ver que a Constituição de 1891 não mencionou o MP senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF) seria escolhido o Procurador-Geral da República, designado pelo Presidente da República (§ 2º, Art. 58). Contudo, uma Lei de 1890 (Lei nº 1030) já organizava o MP como Instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A Constituição de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu em uma seção do capítulo do Poder Judiciário e sua Emenda nº 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo⁶.

5. O papel de “Ombudsman” do Ministério Público

5.1. Como é conhecido, o “ **Ombudsman**”⁷ é de origem sueca. Por razões históricas, existem duas autoridades com as mesmas funções de **Ombudsman**: o Chanceler de Justiça, Justitiekanslern ou JK, criado sob circunstâncias históricas especiais, em 1713, e o Comissário Parlamento, ou Justitieombudsman – JO, estabelecido pela Constituição de 1809 sob outras circunstâncias especiais. O JO ou Justitieombudsman foi progenitor direto dos agentes públicos nos diversos países que receberam o nome de **Ombudsman**, ou na tradução literal – representantes (Ombuds) do povo.

5.2. A Constituição de 1988 adotou ambos os modelos: o MP, inspirado no JO, chefiado pelo Procurador-Geral da República, como uma Instituição permanente na defesa da ordem jurídica, do regime

⁵ Cf. Grinover, op. cit., p. 179.

⁶ ASPERY VALDÉS, Daisy de. A instituição brasileira do OMBUDSMAN: O papel do Ministério Público da União. *Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo, n. 1, p.139 a 151, out./nov./dez. 1992.

⁷ OMBUDSMAN – O instituto foi criado, na Suécia, por disposição constitucional, em 6 de junho de 1809; portanto, há quase 200 anos, só emendada em 1975. A tradução vernácula, pode sugerir a idéia de “procurador”. OMBUDS = representar alguém. O sufixo MAN, que provém do tronco das línguas anglo-saxônicas, significa “homem”. BRAZ, Adalberto C. Alves. *Corrupção: combate pelo OMBUDSMAN parlamentar*. Ouvidoria do povo. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1992.

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; e a Advocacia Geral da União, inspirada no JK, representando a União, em caráter judicial e extrajudicialmente, com as atividades de consultoria e assessoramento Jurídico do poder Executivo. Esse modelo guarda similitude em nível estadual, respectivamente, com o Procurador Geral de Justiça como chefe do Ministério Público Estadual, e o Procurador Geral do Estado, que faz a defesa judicial e extrajudicial do Estado e lhe presta o assessoramento jurídico devido. Dessa forma o sistema do Direito Administrativo está mais fortalecido para a proteção do público contra erros ou abusos do Poder, atos administrativos nocivos ou acusações injustas. Os Tribunais e Juízos de primeira instância podem corrigir decisões administrativas injustas ou ilegais, enquanto os Tribunais de Contas e Auditorias podem apontar irregularidades financeiras (improbidades) e os responsáveis serem processados pelos representantes do Ministério Público.

5.3. Os incisos IV e V do Art. 5º da Lei complementar nº 75 de 20 de maio de 1993 tratam, agora de forma mais específica, das funções previstas no Art. 129, II, da CF/88, ou seja, das funções de **Ombudsman**⁸, a cargo do Ministério Público, no zelar pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição. Ressalte-se daí a importância de se compreender a abrangência, o alcance e sentido do conceito dos serviços de relevância pública na CF/88, o que é tema para se exposto num outro momento de reflexão e escrita, diante das divergências doutrinárias que tem aparecido.

5.4. A atual Lei Orgânica Nacional, Lei Federal nº 8.625, 12/2/1993, dispõe sobre normas gerais de organização dos Ministérios Públicos dos Estados. No seu Art. 80 estabelece que se aplicam aos Ministérios Públicos estaduais, subsidiariamente, as normas de Lei Orgânica do Ministério Público da União (MPU). Logo, a legislação

⁸ Para melhor compreensão da figura do Ombudsman, num estudo magnífico de direito comparado e dos diversos modelos brasileiros sobre o instituto, merece ser lido o artigo do Doutor em Direito e Promotor de Justiça George Sarmiento Lins Júnior, artigo com o título “A tutela dos direitos Humanos pelo ombudsman: um estudo de Direito comparado, *in* Revista Jurídica, DIKÉ – do departamento de ciências jurídicas – UES (Universidade Estadual de Santa Cruz – Ilhéus/BA), 2001, p.121 a 152.

avançada que instrumentaliza a atuação do MPU também há de servir de guia de atuação no dia-a-dia dos Ministérios Públicos dos Estados. Desta forma, a existência do **Ombudsman** funcionando nos diversos níveis de governo – como exemplo o MPU, na órbita federal, ou o MPE em nível local – são mecanismos efetivos para a reparação de queixas ou reclamações do público e para o aperfeiçoamento da qualidade do serviço público, o que tais reclamações quando conduzidas para a via administrativa, encaminhadas aos poderes competentes, e não resolvidas, então fica restando apenas outra via alternativa, em face do princípio da obrigatoriedade, o agir do Ministério Público pela via judicial.

6. O Ministério Público é o Quarto Poder?

6.1. Dúvidas não existem sobre a incrustação do MP no edifício estatal. Hesitantes se mostram os intérpretes apenas quanto ao seu exato posicionamento no interior do sistema de PODER do ESTADO, em relação à distribuição de funções já existentes Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa procura, diga-se logo, tem sentido, desde 1915, com Alfredo Valladão. Em terras latino-americanas, vigora o entendimento de ser ou, pelo menos, dever ser o MP tratado como o “quarto poder do Estado”. Esse tema foi retomado às vésperas e por ocasião dos trabalhos constituintes de 1987. A tese não vingou, saindo vitorioso o ponto de vista que o tem por “unidade” do Estado, sob o predicativo de “Instituição”.

6.2. César Salgado diz: “Se não é o MP agente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, como defini-lo?”⁹. Este é seguidor da teoria do órgão, em que o MP é órgão do Estado. Na teoria da organicidade o MP se integra na personalidade Jurídica do Estado, de modo que quando atua, é como se fosse o próprio Estado em ação. A antítese é a teoria da representação, quando se apresentam dois agentes: o representante e, como **magna pars**, o representado; no sistema da organicidade, é a mesma entidade jurídica decidindo e agindo por seus órgãos, que dela não se distinguem, pois lhe são inerentes, vivem e se movimentam na pessoa jurídica do Estado com autonomia de vontade, de objetivo e de funções.

⁹ Apud: ROCHA, José Taumaturgo da. Para entender o Ministério Público brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 2, p. 93 a 114, jan./fev./mar. 1993.

6.3. Hugo N. **Mazzilli**, para este a divisão tripartite do Poder é antes política e pragmática que científica, não importando a colocação do MP em qualquer Poder do Estado ou erigi-lo a um quarto poder, para ter independência. Antes, primordialmente dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à Instituição e aos seus membros. Mazzilli, afirma ser utopia querer o MP como quarto poder a fim de vê-lo independente; ou inseri-lo rigidamente no esquema da divisão tripartite atribuída a Montesquieu. Outrossim, é estar em título, capítulo ou seção própria e, vai mais além, em sugerir que o MP melhor estaria lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, como já o fizera a Constituição de 1934, entre “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”¹⁰.

6.4. A Constituição Federal de 1988 colocou o Ministério Público em seção própria.

6.5. Defende Daisy de Asper Y Valdés – Mestra em Direito Público pela Universidade de Brasília, Ph.D. pela Universidade do Sul da Califórnia – que não é aceitável a tese de alguns que querem ver na Instituição um quarto poder do Estado. Suas atribuições, mesmo ampliadas como na CF/88, Art. 129 e incisos, são ontologicamente de natureza administrativas, porém, funcionalmente independentes do Poder Executivo. Seus membros integram a categoria dos agentes políticos e como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e leis especiais; não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidades, que lhe são privativos. A proposta orçamentária da Instituição é elaborada pelo próprio MP, no entanto, se junta a do Poder Executivo para ser aprovado pelo Congresso Nacional¹¹, ou Assembléia Legislativa em nível de Estado-membro.

6.6. Acreditamos particularmente que há necessidade para uma maior e melhor movimentação de um Ministério Público mais

¹⁰ MAZZILLI, H. Nigri. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, 192p.

¹¹ Ob. cit., p. 144.

altivo, da necessidade que há na escolha do Chefe do *Parquet* Estadual ser sempre entre seus membros, seja ele Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça, não somente entre os Procuradores de Justiça como acontece em alguns Estados da Federação o que é lamentável. E, que nessa escolha o mais votado prevaleça, para o ato do governador ser apenas um ato administrativo homologatório, sem ingerência no nome a ser escolhido, porque já estaria ele vinculado em razão da previsão legal. Outro avanço importante que deve ser alcançado é o Procurador Geral da República ser escolhido pela categoria em critério semelhante ao processo desenvolvido pelo Ministérios Públicos estaduais, com as observações acima colocadas.

7. Conclusão

7.1. O Ministério público sob princípios básicos de “unidade e “indivisibilidade”, como está no Art. 128 da CF/88, deveria apresentar-se como corpo único, onde não existisse divisões entre MPU e MPE. Não obstante, vivemos no contexto da organização federativa e levando em conta a estrutura organizacional de cada Ministério Público, tanto em nível de União, como em nível de Estado-membro, estes podem fazer muito pela sociedade. O Estado Social de Direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco – fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir e compreender – e os direitos de abrangência comunitária e, portanto, transindividuais, de difícil preservação por iniciativas particulares.

7.2. O Ministério Público também no papel de **Ombudsman**, são os ouvidos e olhos do povo. Neste momento, o que se revela é um MP fortalecido através de um processo histórico, como Instituição. Porém, não se pode afirmar de forma literal que o **Parquet** seja o quarto poder¹². Quando se reporta ao poder é no sentido de função

¹² O mais importante do que ver o MP como o quarto poder, é que ele tenha condições financeiras e orçamentárias para melhor dotá-lo de infraestrutura e salários cada vez mais atraente compatível com a carreira e a nobre missão que tem a exercer. Dotando-o de corpo técnico auxiliar especializado de equipe inter profissional que dê suporte as decisões ministeriais e corpo funcional administrativo nas Promotorias de Justiça espalhados por todo esse Brasil, parece-nos ser este o grande problema a ser enfrentado pelo Ministério Público e aspiração de cada integrante da carreira. Há muito que ser conquistado.

porquanto o poder é uno e indivisível e é exercido pelo Estado e a este pertence. A tradicional tripartição é de funções (Executiva, Legislativa e Judiciária). A Constituição não erigiu o MP como o quarto poder, mas conferiu a este amplo disciplinamento, alargando, assim, seus horizontes. O Ministério Público tem exercido sua missão de forma altaneira. A Lei Complementar nº 75/93 muito avançou na área referente as funções, atribuições e instrumentos de atuação do MPU. A idéia que se desenvolve de torná-lo em o quarto poder do Estado é bastante atraente e propugnada por alguns. Tarefa árdua é pensar em suas atribuições. Será que poderia além de revisar os atos do Poder Executivo, poderia revisar os atos dos outros poderes? Cuidaria apenas do aspecto ético com relação ao exercício dos outros poderes do Estado? Seria um Poder Conciliador, apenas de freios e contrapesos? O Procurador Geral de Justiça seria eleito pelo povo, transformado-o num Procurador Geral do Povo? e formaria seu gabinete de Promotores Públicos como é feito nos Estados Unidos da América? concursados e não concursados?

7.3. O MP como quarto poder seria uma sugestão à emenda constitucional, destarte, não nasceria ela já inconstitucional, pelo impedimento do Inc. III, do §4º, do Art. 60 da CF/88? Alguns acreditam na evolução de tal idéia, o que não nos parece importante, porque outro foco de preocupação deve tomar os que gostam, amam e estudam a instituição ministerial, contudo, desde sua origem o MP tem experimentado evoluções, como dito avanços e recuos, depois mais avanços e depois recuos. Há quem afirme que o Ministério Público brasileiro é *sui generis*, com isso, não será de causar espanto sua futura condição de vê-lo inscrito no Art. 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Ministério Público”.

PROVA ILÍCITA

conceito material em face dos princípios constitucionais

Maria Cecília Pontes Carnaúba

Promotora de Justiça, Mestre em Direito Público (UFPE)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Provas ilegítimas. 3. Provas ilícitas. 3.1 Prejuízos à cidadania causados pelo uso de conceito meramente formal de ilicitude. 3.2 – Conceito material de ilicitude da prova. 4. Inadmissibilidade de violações aos direitos à vida e da prática de torturas. 5. Inexistência de conflito entre os interesses das esferas individual e social. 6. Conclusão.

1. Introdução

Quando Hobbes tratou da estruturação do Estado, no *Leviatã*, confessou que se sentia espremido entre aqueles que de um lado se batem por uma abusiva liberdade e do outro por uma despótica autoridade, e o mais importante: concluiu que é difícil passar incólume entre as armas de ambos os lados¹.

Tratar da ilicitude da prova espelha uma situação semelhante, é como trilhar um caminho estreito que se conduz por entre os limites do respeito ao direito à privacidade e da autoridade estatal. Sendo que esse caminho se estende justamente por cima do abuso desses dois institutos integrantes do Estado de Direito.

A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo consta da Constituição Federal no inciso LVI, artigo 5º, porém os limites dessa assertiva, quando se caracteriza a ilicitude da prova, é que até hoje não se consegue pacificação da doutrina. Uns acham que utilizado esse critério formal e classificada a prova como ilícita, a inadmissibilidade deve ser levada às últimas consequências, independentemente dos prejuízos que possa causar. Pensam que

¹ Hobbes, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo, Martin Claret, 2001, p.13.

conduta diversa seria ofensiva à ordem constitucional positiva que não permite a ponderação dos valores ofendidos pelos crimes, de modo a relaciona-los aos valores tutelados pelas garantias individuais previstas no artigo 5º da Constituição Federal. Esta é a posição do STF². Outros entendem que a imposição de limites é indispensável, sob pena de se comprometer os princípios de hermenêutica constitucional e o princípio da proporcionalidade, implícito em todo sistema jurídico, e expresso no parágrafo 2º da Constituição Federal.

Antes de aprofundar o tema é necessário distinguir provas ilícitas das simplesmente ilegítimas, a fim de evitar confusões terminológicas.

2. Provas ilegítimas

A doutrina considera ilegítimas as provas cuja forma de coleta infringe norma de direito processual, são exemplo, as obtidas com infração ao dever de sigilo profissional³. Não se enquadram na regra constitucional de inadmissibilidade tratada nesse escrito. Isso é pacífico na doutrina e também na jurisprudência, tanto no STF quanto no STJ.

Versa sobre prova ilegítima a decisão do STF, que teve como relatora a eminente Ministra Ellen Grace, em cujo processo foi determinada a quebra de sigilo bancário por uma decisão judicial com vício de fundamentação. Posteriormente, houve outra decisão, sem vícios, que determinava igualmente a quebra do sigilo. Os acusados recorreram da condenação, alegando a ilegitimidade da prova, uma vez que os documentos bancários que a constituíam haviam sido obtidos através de decisão nula. O acórdão foi no sentido de manter a decisão de 1ª instância, já que existia no processo uma segunda determinação de quebra de sigilo válida.

² STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p.00026

³ A conceituação parte da doutrina de Nuvolone e encontra no Brasil, dentre outros os seguintes seguidores: Lenz, Luis Alberto Thompson Flores – Os Meios Moralmente Legítimos de Prova, RT, p. 273 a 282; Raboneze, Ricardo – Provas Obtidas por Meios Ilícitos, 3. ed., Porto Alegre, Síntese, 2000, p. 19; Avolio, Luiz Torquato Avólio – Provas Ilícitas Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.39; Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho – As Nulidades no Processo Penal, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 113.

3. Provas ilícitas

São ilícitas, de acordo com a doutrina dominante, as provas produzidas com violação de direito material do cidadão, como por exemplo, o direito constitucional ao sigilo da correspondência, das comunicações e o direito à privacidade. Para avaliação desse conceito meramente formal é necessário tecer algumas observações acerca do dispositivo que estabelece a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, considerando-se a sua situação hierárquica dentro do sistema constitucional positivo.

Seguindo a doutrina de Canotilho, a Constituição Federal está organizada hierarquicamente em: princípios estruturantes, aqueles que determinam as opções políticas da Carta; princípios gerais reveladores dos objetivos do Texto; os princípios especiais que orientam assuntos específicos e finalmente as regras constitucionais. Essas normas têm ordem decrescente de abstração, os princípios estruturantes são os de maior grau de abstração, seguidos pelos gerais, os especiais e finalmente as regras que têm a maior concretude.

É regra básica de hermenêutica constitucional a de que a Constituição precisa ser lida por inteiro, é um sistema onde suas normas se completam, se harmonizam com vistas a materializar os ditames dos princípios mais abstratos. É dizer: a finalidade do texto é dar efetividade aos princípios mais abstratos, todo o texto constitucional serve a eles, é desdobramento dessas diretrizes básicas.

As regras são partículas, minúcias dos princípios especiais, estes, são detalhes, especialidades dos princípios gerais, que por sua vez, constituem-se em desdobramentos dos princípios estruturantes. Em última análise, todas as normas da Constituição Federal se destinam à materialização dos princípios estruturantes de modo que o sistema normativo se constitui em um todo concatenado tendo como pedra angular os princípios estruturantes.

Alexandre Herculano de Carvalho⁴ relata, em História de Portugal, um episódio interessante: quando D. João I, Mestre de Aviz, venceu os castelhanos em Aljubarrota, mandou construir lá um

⁴ Comentário sucinto sobre o assunto pode ser lido em Carraza, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 15 ed. São Paulo, Malheiros Editores, p. 31.

convento que se chamou Convento da Batalha ou Santa Maria da Vitória e para isso contratou o arquiteto português Afonso Domingues. Ocorre que logo no início da construção o arquiteto ficou cego, D. João I, sumariamente o demitiu e contratou outro para executar o projeto. De acordo com a planta arquitetônica, havia na entrada do convento uma abóbada maravilhosa. O novo arquiteto examinou o traçado e observou que havia uma pedra pequena bem no centro da abóbada, mas achou que era um detalhe insignificante e resolveu suprimi-la, o restante da abóbada construiu exatamente igual ao que constava do projeto. Retiradas as vigas de sustentação, a abóbada ruiu instantes depois.

Inconformado, D. João I mandou chamar à sua presença Afonso Domingues, o idealizador do projeto. Depois de um belíssimo diálogo, apesar de muito ressentido, o arquiteto aceitou retomar o projeto e o executou exatamente como havia planejado, inserindo a pequena pedra de fecho que seu colega havia excluído. Terminada a construção, tinha tanta certeza da exatidão de seus cálculos que botou uma cadeira em baixo da abóbada e lá permaneceu, sem comer nem beber, durante três dias. Até hoje a construção permanece intacta.

Assim como a pedra de fecho era indispensável para o equilíbrio da abóbada do convento de Santa Maria da Vitória, os princípios estruturantes o são para a harmonia do sistema Constitucional. Se os operadores do direito não tiverem em mente a idéia matriz de que todas as normas convergem para eles, o sistema inteiro perde a finalidade.

Em nossa Carta é princípio estruturante o estado democrático de direito com seus fundamentos, em especial a cidadania e a dignidade da pessoa humana. São princípios gerais a construção de uma sociedade livre justa, solidária, a promoção do bem de todos, a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais⁵. A norma que determina a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo é uma regra, portanto, é preciso traçar um conceito de ilicitude da prova que se conforme aos princípios constitucionais hierarquicamente superiores a ela.

⁵ Carnaúba, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 102.

Desconsiderando-se a norma de hermenêutica constitucional de que as regras devem servir aos princípios que lhe são superiores, chegaremos a conclusão, desarrazoada, de que as regras têm autonomia para materializar propósitos diversos dos princípios constitucionais e até contrários a eles. A postura é inadmissível pois, por ordem de hermenêutica, as regras devem submissão aos princípios constitucionais e se destinam a materializar os objetivos e fundamentos do Estado.

O artigo 5º da Constituição estabelece a regra de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, mas no § 2º desse mesmo artigo estabelece que os direitos e garantias expressos na Carta Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Esse parágrafo apenas explicita o princípio de harmonia, respeito à hierarquia entre as normas constitucionais de modo a otimizar a materialização dos objetivos e fundamentos do Estado, eleitos constitucionalmente. Nota-se que o texto constitucional quis espantar qualquer dúvida nesse sentido, quando estabeleceu que direitos e garantias só valem quando não afrontarem princípios constitucionais mais abstratos.

Ora, se a Constituição adotou como princípios fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e tem como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa, solidária, a erradicação da pobreza, da marginalidade e a promoção do bem de todos, o conceito de ilicitude da prova não pode contrariá-los. Quando a garantia de inadmissibilidade de prova ilícita no processo maltratar um desses fundamentos ou objetivos do Estado, é necessário avaliar o conceito que se atribui à ilicitude da prova, pois as regras não podem desacatar princípios constitucionais superiores a ela, tanto por ordem de hermenêutica quanto por força do § 2º, artigo 5º da Carta Constitucional.

3.1 Prejuízos à cidadania causados pelo uso de conceito meramente formal de ilicitude

A utilização de conceito meramente formal para classificação das provas em lícitas ou ilícitas causa inúmeros prejuízos aos direitos dos cidadãos. É assim quando a norma proibitiva da admissibilidade de provas ilícitas no processo é analisada isoladamente do contexto constitucional, onde está inserida, e passa a ser considerada valor

absoluto, inconciliável como os propósitos estruturantes do Estado Brasileiro. Desse modo, há supervalorização do direito à privacidade tornando-o inviolável, autorizando abusos em detrimento dos propósitos e fundamentos Estatais e comunitários.

De acordo com essa corrente doutrinária, por mais vil que seja o crime cometido, não se pode considerar processualmente as provas respectivas, se para sua obtenção houver ofensa ao direito de privacidade do autor. Mesmo que o criminoso desfalque o erário ou inutilize a vida de muitos cidadãos através do apoio e incentivo ao uso de drogas, materializado pelo crime de tráfico de entorpecentes, o Estado tem que se manter inerte, impotente para puni-lo, se para tanto o único meio de prova disponível cause qualquer arranhão ao direito de privacidade do criminoso.

Não parece razoável que em benefício do abuso do direito de privacidade se prejudique o erário, fonte de custeio dos sistemas de saúde, educação, moradia e outros de que a população carente necessita para poder exercer a sua cidadania. Os direitos ao atendimento médico hospitalar, de acesso à educação, à moradia, convivência numa sociedade pacífica e outros mais, são condição mínima que o indivíduo carece ter satisfeitos para existir com um mínimo de dignidade e exercer a cidadania. O Brasil tem o compromisso constitucional de prestigiar esses dois valores, por imposição dos incisos II e III do artigo 1º e inciso IV do artigo 2º da Carta da República, que os considera fundamentos do Estado brasileiro. Se não presta os serviços acima mencionados, adequadamente, condena a falta de efetividade esses fundamentos e descumpre o objetivo fundamental de promoção do bem de todos.

Proteger a privacidade de criminosos que causam danos ao erário, em situações que somente a sua violação seria capaz de fazer a prova necessária à reposição das verbas públicas, impõe ao Estado uma situação de inércia, quando o ordenamento jurídico determina a tomada de ações reparadoras do erário em defesa dos pilares da dignidade e cidadania dos indivíduos carentes.

Os crimes que causam dano ao erário, por exemplo, lesam o direito de diversos cidadãos usuários dos serviços sociais da competência do Estado, financiados pelas verbas públicas. Estas são destinadas aos serviços de saúde, educação programas habitacionais

etc., o desfalque destas prejudica diretamente o cidadão, pois quando esses serviços não são prestados adequadamente, muitas vezes significa a morte de inúmeras criaturas, representa um número absurdo de crianças sem direito à escola, pessoas vivendo nas ruas por falta de moradia etc. Em fim, os danos ao erário violam a cidadania de todos os dependentes desses serviços, o que para agravar o quadro, constitui a maioria da população, em face da situação de pobreza da sociedade brasileira. Os crimes de desfalque do erário impõem violação do direito à saúde, à vida e à dignidade de inúmeras pessoas.

Analisando-se esses casos, se verifica que não é possível analisar apenas se houve infração de norma material para classificar a prova como ilícita, é preciso que se faça a análise dos valores ofendidos, para decidir qual o mais importante, de modo que a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo não inviabilize a efetivação dos fundamentos estatais de dignidade da pessoa humana, da cidadania e o objetivo de promoção do bem de todos. O sistema jurídico não pode servir à impunidade, à irresponsabilidade, mormente quando a ação criminosa causa prejuízos a interesses hierarquicamente superiores à violação de privacidade.

Quando há alegação de ilicitude de prova nos crimes comprometedores das verbas públicas, se o Judiciário determina seu desentranhamento, sendo esta a única prova capaz de elucidar o fato, e finalmente decide pela improcedência de ação por falta de provas, está protegendo a privacidade do acusado. Nesta situação, o acusado abusa de seu direito à privacidade burlando o sistema jurídico, para escapar às punições previstas para sua conduta criminosa. No mesmo passo, estas decisões ferem de morte a dignidade dos cidadãos carecedores dos serviços custeados pelo erário, pois em muitos casos, tais sentenças significam negação do direito à saúde, à vida e à educação de diversas pessoas.

É indispensável que se preservem as garantias individuais, mas não se pode permitir que sejam usadas de forma abusiva, impedindo a realização dos fins do Estado e de seus objetivos. Do contrário, o prejuízo reverte sobre o cidadão ordeiro, que limita sua liberdade em respeito aos mandamentos do sistema jurídico e do bem estar comunitário, além de violar a dignidade dos que necessitam dos serviços sociais financiados pelo erário.

No caso de crimes de tráfico de entorpecentes, trata-se de problema internacional que a Polícia Federal juntamente com os demais órgãos de repressão estatal enfrentam grande dificuldade para deter. A cada ano crescem, em números alarmantes, as rotas de tráfico e, infelizmente, a quantidade de viciados. O fato cria um poder para estatal dentro do território nacional em algumas áreas onde as leis do Estado não podem ser materialmente cumpridas. Agride o objetivo estatal de promoção do bem de todos e gera corrupção da máquina administrativa, que materializa as decisões do Estado legitimamente autorizadas pelo corpo social. Caso não se adotem providências eficientes para contenção dessa forma de ilícito, pode resultar prejudicada a legitimidade dos atos praticados pelo Estado e a soberania nacional, que se constitui em fundamento do Estado brasileiro.

Para contenção e combate aos crimes de tráfico de entorpecentes, a insuficiência do critério formal de simples ofensa à norma de direito material para caracterização da prova como ilícita é evidente. Numa primeira etapa, a ausência de pronta repressão a esse tipo de ilícito possibilita o aliciamento de um número cada vez maior de pessoas para o vício das drogas, esse fato por si só já descumpre o objetivo estatal de promoção do bem de todos. Numa segunda etapa, deve-se considerar o volume de dinheiro que circula com o tráfico de entorpecentes capaz de corromper grandemente as estruturas dos três poderes estatais, além da organização internacional das rotas respectivas que afrontam a eficiência do aparelho repressor dos Estados. A corrupção da máquina administrativa do Estado pode comprometer a legitimidade dos poderes e a soberania estatal.

O Legislativo recebe do povo delegação do poder político de elaboração das leis que submeterão a todos. Em verdade esse quinhão pertence aos cidadãos que, nas democracias, são os titulares da força decisória para traçar os rumos do Estado e do direito de elaborar as normas organizadoras da comunidade. Em virtude do número elevado de cidadãos nos Estados modernos, o abade Sieyès idealizou o sistema representativo vigente atualmente⁶, segundo o qual o cidadão elege alguns parlamentares que os representam na tarefa de elaboração legislativa. A

⁶ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 124.

população elege também os administradores da coisa pública, que recebem a tarefa de conduzi-la para materialização dos interesses comunitários. Assim sendo, é preciso ter sempre presente que as normas devem expressar a vontade popular sob pena de serem ilegítimas.

A corrupção dos representantes da comunidade vicia seus atos, que deixam de se destinar ao atendimento das necessidades populares para serem dirigidos à realização de objetivos pessoais. Tal fato, inafastavelmente contraria os interesses da sociedade, cuja defesa incumbe ao representante eleito popularmente, sobretudo quando se sabe que este tem o dever de ofício de zelar pela observância dos mandamentos constitucionais e atuar de modo a fazer efetivos os fins e objetivos estatais.

A soberania estatal é resultado da soberania popular, como expressão da liberdade de determinação social, que não admite interferências externas sobre seu poder de decisão sobre as diretrizes a serem seguidas pelo Estado. A corrupção do corpo administrativo leva a que este materialize atos e decisões tendentes a cumprir interesses do agente corruptor, em detrimento das necessidades da comunidade. O mais grave é que os administradores corrompidos foram legitimamente escolhidos pelo povo, para exercerem os cargos ou funções, em nome do Estado e em defesa dos interesses comunitários. Nessa medida, a corrupção faz com que a direção interna do país seja ditada por agentes externos, em favor de seus interesses, fazendo ilegítimos os representantes do povo que se corrompem e com essa atitude violam a soberania garantida constitucionalmente.

3.2 Conceito material de ilicitude da prova

Parte dos doutrinadores entende que as provas são consideradas ilícitas quando coletadas de modo ofensivo à norma de direito material. Todavia, para evitar a garantia de impunidade a determinados crimes cujas únicas provas hajam sido obtidas através de meios ofensivos a direito material do criminoso, mas que lesionam valores constitucionais hierarquicamente superiores aos direitos individuais, é preciso encontrar um conceito que se conforme aos objetivos do sistema constitucional.

Não se pode adotar conceituação que ponha o sistema jurídico impotente diante de situações comprometedoras da soberania nacional,

da legitimidade do sistema representativo, e da materialização dos fundamentos e objetivos estatais. O conceito de ilicitude da prova carece de análise de conteúdo, em face do sistema constitucional, para evitar que as garantias constitucionais favoreçam os criminosos em detrimento dos interesses dos cidadãos ordeiros e da comunidade.

A análise das situações para verificar se a prova é lícita ou ilícita deve ponderar o valor do bem lesado pela coleta da prova, comparativamente com o valor do bem jurídico atingido pela ação delituosa do investigado ou acriminado. O estudo dessa situação deve efetivar-se através do uso do princípio da proporcionalidade, com vistas a detectar os casos em que a classificação da prova como ilícita, em razão unicamente do critério formal de ofensa a direito material em sua forma de coleta, desvinculado de sua inserção no sistema jurídico constitucional, resulta em ofensa aos fundamentos e objetivos estatais. Em algumas situações, a simples verificação de ofensa a direito material para considerar ilícita a prova viola os princípios constitucionais que abalizam a inclusão dessa regra no texto constitucional.

Além da infração de norma de direito material, para classificação das provas em lícitas ou ilícitas, a Constituição exige uma avaliação de conteúdo, em respeito à hierarquia das normas constitucionais e ao princípio da proporcionalidade estabelecido pelo parágrafo 2º, artigo 5º desse Diploma Legal. Ao surgir uma arguição de ilicitude de determinada prova, inicialmente se deve verificar se houve de fato infração à norma de direito material. Em caso afirmativo deve-se proceder à segunda fase da análise, que é o estudo da eventual desproporção entre a ofensa causada pela obtenção irregular da prova e o dano provocado pelo acusado com o crime cometido. É indispensável que se faça acurado exame para decidir qual desses dois valores é hierarquicamente superior em face do ordenamento jurídico.

Nos crimes que implicam desfalque do erário, cuja única prova seja uma filmagem ou gravação clandestina, o julgador não tem o poder-dever de desentranhar a prova e julgar a ação improcedente por falta de provas, antes de proceder a minuciosa análise sobre a proporção entre os valores ofendidos. Se assim não proceder, corre o risco de proferir decisão em descompasso com o sistema constitucional e

comprometedora dos objetivos do Estado. O juiz não tem poderes para decidir contra essas normas, mormente porque foram escritas em defesa do poder civil, através de delegação do poder popular de auto-organização, e não podem ser aviltadas pelo poder civil delegado, que não tem competência constitucional para tanto.

Quando há choque entre as garantias constitucionais ou entre estas e os princípios mais abstratos, é preciso escolher qual valor o Estado tutela com prioridade. Essa escolha é tarefa legal que incumbe aos julgadores, sobretudo porque nenhum valor jurídico pode ser considerado absoluto, intangível. Todos têm que ser conciliados no seio social, até o direito à vida é relativizado quando se confronta com outro direito à vida, nos casos de legítima defesa, estado de necessidade etc. Com muito maiores razões deve-se aceitar a relativização do direito à privacidade, pois este não é valor supra estatal como o direito à vida, especialmente se é usado de modo abusivo com o intuito de lesar interesses mais valiosos do que ele.

Não é essa a proteção que o sistema Constitucional empresta às garantias individuais, ele projeta o bem de todos os cidadãos, ademais, se sabe que a maior opressão dos tempos modernos, não é a violação da privacidade, mas sim a negativa de satisfação das necessidades básicas da pessoa humana, educação, saúde, moradia, previdência e assistência social. Tal negativa é que impede o homem de se tornar cidadão de fato, portanto, é sobre essa realidade que deve ser montada a atuação estatal, com a finalidade de materializar os fundamentos e objetivos do Estado.

Para realização dos fundamentos e objetivos estatais não é necessária a elaboração de novas leis ou alteração das já existentes, a Constituição escalonou de forma irrepreensível os valores a tutelar, prevê expressamente o princípio da proporcionalidade que autoriza o balanceamento dos valores em benefício do bem de todos, o trabalho que nos incumbe é tornar mais efetivas as disposições constitucionais, em defesa da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A avaliação dos interesses afetados no processo, não é ato de arbitrariedade do julgador. É indispensável obedecer ao princípio da razoabilidade que a Constituição brasileira descreve no §2º, artigo 5º, ao dizer que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados. Mesmo que esse princípio não estivesse expresso, deveria ser aplicado por força da lógica no sistema jurídico, que escalona os interesses tutelados partindo dos mais importantes para os de menor importância.

O reconhecimento da necessidade de associação de critério material ao critério formal de violação de norma de direito substantivo para obtenção da prova, como requisito para sua classificação em lícita ou ilícita, prestigia a unidade e harmonia das normas constitucionais, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Esse princípio exige requisitos objetivos para sua aplicação. São eles: Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Necessidade significa a inexistência de outro modo de se conseguir a prova do fato, que seja menos lesivo aos direitos constitucionais assegurados ao investigado. Se houver outra forma de provar o objeto da contenda, menos gravosa aos direitos e garantias individuais o recurso ao modo mais gravoso gera a ilicitude da prova. O objetivo é que se promova a efetividade do sistema normativo e repressor estatal com a menor ofensa possível aos direitos e garantias individuais. A regra de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, é parte integrante das garantias constitucionais e visam a proteção do ser humano, tanto em face do Estado quanto em relação aos seus semelhantes.

A exigência de adequação determina a análise do meio empregado para obtenção da prova, a fim de constatar se era, de fato, eficiente para esse fim. Em caso afirmativo, constituirá um dos elementos que somado aos outros sub-princípios integrantes do princípio da proporcionalidade e ao requisito formal de ofensa à norma de direito material, objetivamente formará o conceito material de prova lícita. Se o meio empregado para demonstrar a prática do crime era inapto para este fim, está caracterizada violação juridicamente inaceitável aos direitos individuais do investigado e a prova obtida será considerada ilícita, não poderá ser admitida no processo.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito é a medição dos valores envolvidos, para decidir qual deles está tutelado com prioridade pelo sistema jurídico, se há um desequilíbrio entre

eles. A prova só pode ser considerada lícita quando o valor tutelado pelo processo é superior a violação cometida para obtenção da prova.

Depois de aplicados os critérios formal, de verificação de ofensa a direito material para obtenção da prova, e material, de aplicação do princípio da proporcionalidade, para verificação da disparidade entre o valor atribuído constitucionalmente ao bem jurídico atingido para coleta da prova e o bem violado pelo cometimento do crime investigado, se resultar constatado que a priorização do direito individual do investigado compromete os fundamentos e objetivos do Estado, a prova será inafastavelmente lícita, desde que atendidos os sub-princípios integrantes do princípio da proporcionalidade.

O Judiciário não poderá determinar o desentranhamento da prova quando a proteção aos direitos individuais do ofensor contraria os fundamentos e objetivos estatais. Se ordena o desentranhamento, nessas circunstâncias, profere decisão ofensiva ao parágrafo 2º, artigo 5º da Constituição Federal, tanto quanto às normas de hermenêutica constitucional. Decisão em desconformidade com os elementos indicados, padecerá do vício da inconstitucionalidade e, ao proferi-las, o Judiciário extrapola seus limites de ação fixados constitucionalmente, além de tornar ineficazes os fundamentos estatais de priorização da dignidade humana, da cidadania e descumprir o objetivo de promoção do bem de todos.

A desconsideração do princípio da proporcionalidade para classificação das provas como lícitas ou ilícitas conduz à aplicação equivocada da regra de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, incompatibilizando-a com os princípios estruturantes, gerais e especiais que lhe deram origem.

Classificada como ilícita a prova, através do emprego harmônico dos critérios formal e material, quaisquer outras provas delas derivadas serão sempre ilícitas.

4. Inadmissibilidade de violações aos direito à vida e da prática de torturas

O princípio da proporcionalidade é sempre violado, nas situações em que para obtenção da prova existe qualquer agressão ao direito à vida. Tal direito é pressuposto para a aplicação das normas Constitucionais,

inclusive dos princípios estruturantes. O Estado de Direito só existe para quem está vivo, é um direito supra estatal, qualquer agressão à vida para obtenção de prova é sempre inaceitável pelo corpo normativo. Como esse direito é hierarquicamente superior a qualquer outro, o resultado do emprego do princípio da proporcionalidade, quando ele está envolvido, será sempre em sua defesa e em prejuízo de qualquer bem jurídico em confronto. No sistema jurídico interno, o Estado admite o sacrifício do direito à vida, só em benefício de outro direito à vida, nesses casos não há ofensa ao princípio da proporcionalidade porque os valores são hierarquicamente iguais. É o que se dá com a legítima defesa, estado de necessidade e aborto necessário.

O princípio da proporcionalidade também é sempre afrontado pelas provas obtidas por meio de tortura, que serão fatalmente ilícitas e inadmissíveis no processo. A prática de tortura pelo aparelho estatal constitui violência que afronta os fundamentos da República, quais sejam: construção de uma sociedade livre, justa, solidária e de promoção do bem de todos. Gera insegurança quanto aos limites do poder estatal e da previsibilidade de suas ações. Com práticas dessa natureza o Estado ultrapassa os objetivos de sua criação, violando o poder popular de auto-governo.

A tripartição dos poderes com normatização da estrutura e competência de cada um constitui limitação à esfera de atuação estatal que garante ao cidadão a previsibilidade das ações do Poder e possibilita também ações reparadoras, em benefício do cidadão, nos casos de abuso de poder. Essa organização do poder estatal, constitui indicativo positivo do progresso materializado pelo ser humano na busca incessante por condições de existência mais dignas e de estruturação do Estado a serviço do bem comum.

Tais vitórias se materializaram como o constitucionalismo, que demorou séculos para sedimentar-se, tornar-se real, livrar o homem do jugo imposto aos súditos e transformá-los em cidadãos, capazes de verem respeitada sua vontade política e dignidade pessoal. A prática de tortura destrói esses conceitos e impõe ao homem o retorno à condição de súdito, pois a preservação da integridade física do cidadão é valor hierarquicamente superior ao dever estatal de repressão ao crime, nos atuais estados de direito, e extrapola os limites de discricionariedade dos governos. A preservação da vida e da integridade

física são valores basilares para sua existência, são supra estatais na medida em que não é permitido ao Estado dispor deles. Se o sistema normativo autorizasse a prática de tortura estaria quebrando a linha evolutiva da humanidade e determinando um retrocesso inaceitável para o atual estágio de desenvolvimento humano.

5. Inexistência de conflito entre os interesses das esferas individual e social

Há um certo receio por parte de alguns quando se trata de relativizar as garantias individuais em benefício da comunidade, justamente em virtude do desconhecimento dos requisitos que o princípio da razoabilidade impõe para considerar lícita ou ilícita determinada prova. Os sub princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, tratados no item nº 2.3, conferem segurança jurídica de modo objetivo. Ademais, a inaceitabilidade da ponderação dessas garantias tem gerado grandes prejuízos ao campo social e individual, através da garantia de impunidade de criminosos que praticam delitos de alta lesividade social, como o tráfico de entorpecentes e os crimes causadores de danos ao erário.

Os direitos individuais não se contrapõem aos interesses sociais, pelo contrário, se completam. As ações que beneficiam o grupo societário beneficiam em última análise os homens individualmente através da interação social, pois esta gera a transmissão e multiplicação dos benefícios por todo grupamento societário. Através dela, quando a ação repressora estatal pune um criminoso ou pequeno grupo infrator essa ação favorece diretamente o ofendido, mas estende-se também a toda comunidade através da garantia de maior tranquilidade e segurança. Funciona como ação preventiva de novos delitos que possam vir a ser cometidos pelo acriminado, bem como serve de exemplo para outros cidadãos que eventualmente planejem práticas delitivas.

A interação também se materializa com o movimento inverso, partindo do benefício concedido ao corpo social que resulta em benefício do cidadão individualmente. É o caso da realização de ações pelo Estado garantidoras da segurança pública, da repressão imediata e sistemática aos criminosos. Tal fato interfere diretamente sobre a comunidade e de modo indireto sobre os cidadãos individualmente, pois terão melhor qualidade de vida, poderão dispor livremente sobre

seu direito de ir e vir sem ceder a intimidação de permanecer em casa à noite para fugir da violência social.

6. Conclusão

A Constituição estabelece a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo em defesa das garantias individuais do cidadão, através da regra constitucional insculpida no inciso LVI, artigo 5º, todavia, essa norma não pode ser interpretada isoladamente, ao contrário, deve ser analisada harmonicamente com os princípios constitucionais que lhe deram origem, especialmente com princípio da proporcionalidade, decorrente tanto das normas de hermenêutica quanto do disposto no parágrafo 2º, artigo 5º do Diploma legal em estudo.

Em virtude dessa necessidade de interpretação sistêmica das normas constitucionais o conceito que se atribui à prova ilícita precisa se revestir de elementos formais e materiais a fim de materializar os fundamentos e objetivos estatais. Seguindo esse raciocínio é inaceitável que para a caracterização de ilicitude de prova se exija apenas a violação a direito material quando de sua coleta. Tal concepção leva a supervalorização das garantias individuais, adentrando a esfera do absolutismo e do abuso das mesmas, o que contraria o sistema jurídico vigente.

Para garantir a harmonia do sistema constitucional é necessário que além da verificação de ofensa à norma de direito constitucional, pelo modo de coleta da prova, se acrescente uma análise da proporcionalidade entre o valor jurídico ofendido pela ação criminosa e o ofendido pela forma de coleta da prova. Utilizando os sub princípios integrantes do princípios da proporcionalidade consegue-se a segurança jurídica necessária a previsibilidade das ações estatais, ao respeito a individualidade do cidadão e também se promove a materialização dos fundamentos e objetivos do Estado. Essa nos parece a única maneira juridicamente possível de efetivar a unidade do sistema constitucional no que se refere a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo.

MECANISMO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Valter José de Omena Acioly

Promotor de Justiça

A iniciativa da presente monografia surgiu da vontade de oferecer a minha esposa, então acadêmica de Direito, melhores conhecimentos sobre o meu trabalho na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Arapiraca – AL. Enquanto que a publicação foi estimulada por um de meus irmãos, o qual, sempre o incluo em minhas preces de agradecimento.

Assim entendo ser justo dedicar essa simples pesquisa a minha esposa, Luiza Maria de Albuquerque Acioly e a meu irmão Pedro de Omena Acioly (Espírito).

APRESENTAÇÃO

Valter José de Omena Acioly, surpreende-me, tocando sensivelmente o coração, ao formular-me convite para fazer a apresentação de sua monografia sobre **Ressocialização do Adolescente**.

O trabalho realizado por Valter é criteriosamente técnico. Fê-lo de forma metódica, com extremo rigor científico.

O tema, é bom que se afirme, dissertado com desenvoltura, fruto de larga e extenuante pesquisa do autor, antes nunca explorado, oferece, aos estudiosos do ECA, valiosa contribuição à ciência menorista.

Não sei afirmar, e o faço de forma consciente, qual a melhor parte da monografia.

O ECA é minudentemente dissecado, nos aspectos abordados, ensejador do tema. Nada, absolutamente nada, foi esquecido.

O entrelaçamento do conteúdo jurídico, no que pertine aos autores dos atos infracionais, com a doutrina espírita, é feito de forma esclarecedora, sem sofisma.

É obra de fôlego, a exigir leitura atenta.

Na abordagem do tema, sem a perda da exegese jurídica, de excelente qualidade, não se descuida o autor, no horizonte visualizado, de que o menor infrator é fruto de si mesmo, do livre arbítrio e do processo de evolução, afirmando no texto da obra:

“... somente é possível explicar tanto a razão para o sofrimento da vítima como para o comportamento do infrator mediante estudo psíquico estruturado na realidade das reencarnações sucessivas.”

Cita, no texto, versos da adolescente Márcia que, humildemente, oculta o sobrenome, por tratar-se de sua querida filha. Os versos, de beleza inigualável, buscam explicar o insondável mistério do ser humano.

A monografia se lida sob o perfil jurídico, é inquestionavelmente bem elaborada; se observada sob o ângulo espírita, é bem trabalhada. Se os dois enfoques forem a observação do leitor, encontrará por certo, uma grande contribuição que o levará a uma reflexão interior, mudando conceitos e aprimorando procedimentos.

A obra fala por si mesma.

Geraldo Magela Barbosa Pirauá

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Requisitos essenciais de autoridade. 3. Justiça da reencarnação. 4. Obsessão e livre arbítrio. 5. Justiça. 6. Ato Infracional. 7. Adolescente infrator. 8. Medidas sócio-educativas. 9. Advertência. 10. Obrigação de reparar o dano. 11. Prestação de serviço à comunidade. 12. Liberdade assistida. 13. Regime da semiliberdade. 14. Internação. 15. Remissão. 16. Equipe multiprofissional. 17. Apuração do ato infracional. 18. Pedido de arquivamento. 19. Representação. 20. Sentença sócio-educativa. 21. Ação educativa. 22. Organização familiar. 23. A família monoparental. 24. Ação social. 25. Conclusão.

1. Introdução

*“A felicidade consiste no amor recíproco de todas as criaturas elevadas à perfeição e numa, constante atividade, cujo fim é instruir e guiar para aquela perfeição os que ainda estão atrasados.”*¹

O aumento da agressividade infanto-juvenil, desenvolvendo atividades consideradas como atos infracionais, nos termos dos arts. 103 a 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passou a despertar em toda sociedade organizada a necessidade da problemática das crianças e adolescentes ser cuidadas com absoluta prioridade e proteção integral (art. 227 caput. da Constituição da República Federativa do Brasil).

A família continua oferecendo a melhor estrutura para formação do caráter do Homem. Contudo a morte dos genitores, a separação dos pais e todos os demais aspectos de extinção da família têm deixado crianças e adolescentes entregues a fatalidade, sem família, sem Estado e sem cidadania.

Trabalhadores despontam de todos os segmentos com realizações simples e majestosas, no ideal de se constituir uma sociedade digna de ser reconhecida civilizada.

Os incomodados com os gritos de socorro, materializados nas execuções hediondas exigem a repressão, através do aperfeiçoamento da

¹ Allan Kardec. *Obras Póstumas*. 18. ed. Editora Lake, p. 122.

instituição policial. Contudo o ECA insiste investindo nos laços de amor para substituir a violência, promovendo a reforma moral pela educação.

Assim, quando localizado o defeito, pesquisa-se as causas para se aplicar medida capaz de impedir reincidência; ato contínuo vem à necessidade de que o autor reconheça o erro; daí a justiça da reparação e a disposição de trilhar por outras vias.

Essa realidade exige que os responsáveis pelas crianças e adolescentes sejam combatentes rigorosos das próprias imperfeições e compreensivos com o grau evolutivo dos que se encontram sendo corrigidos.

Kardec admitiu que o aperfeiçoamento do espírito é a certeza da extinção dos conflitos sociais; por outro lado, o Legislador Brasileiro consagrou esse princípio, no referido art. 227 da Constituição da República, ampliados nos arts. 3º a 6º do ECA, ao determinar, em suma, que a família, a sociedade e o Estado instruem e guiam crianças e adolescentes.

O convencimento de quem caminha errado, enquanto não corrigir a conduta estará se afastando infinitamente da felicidade, é importante causa evolutiva porque como explica Kardec na questão 973 de “O Livro dos Espíritos”, essa idéia de infelicidade eterna é a mais horrível pena.

Em seu art. 70, o ECA impôs a todos o dever de prevenção para que sejam mais bem garantidos os direitos da criança e do adolescente. Kardec já esclarecia em Obras Póstumas que a atividade de instruir e guiar não somente revela a perfeição de quem a executa como também é a essência de sua felicidade.

Aos que pretendem reforçar os meios de repressão, crentes de que estão dominados por crianças e adolescentes ignorantes e viciosos, dizemos que a lição do Mestre Pietro Ubaldi deve ser avaliada e, por isso, a transcreveremos, *in verbis*:

“Eis qual é o verdadeiro opressor: a nossa involução, a montanha de abusos acumulados no passado, a forma mental que procura continua-los, o egoísmo, o instinto de domínio, a injustiça, com as quais se formaram os nossos hábitos de vida e

*se saturaram no passado as nossas instituições. A verdadeira revolta pela liberdade deverá ser contra este opressor.”*²

O ECA não despreza a força como freio inibitório, mas continua resistente na convicção de que a imposição produz efeitos negativos que quando não bem trabalhados transformam-se em fonte de violência bem mais acentuada do que reprimida.

A pena, que recebeu do ECA a nomenclatura de medida sócio-educativa, ganha com a visão espírita maior poder de aplicabilidade e possibilidade de se obter melhores resultados porque ao partir de princípios de que a criança e o adolescente são espíritos que já existiam antes da concepção, passa a ser de fundamental importância que na avaliação da capacidade de cumprimento dessa medida (art.112, § 1º do ECA) leve-se em consideração a experiência espiritual na aplicação e não apenas o psíquico físico; por outro lado à pena ganha vestimenta completamente nova de fator de evolução moral.

Ressalte-se que a capacidade de cumprir a medida sócio-educativa, apesar de ter sido de apreciação confiada ao Julgador, o ECA faz a distinção entre criança e adolescente com limites de idade já definidos.

Não obstante o art. 121, § 2º, de o ECA impedir a aplicação de medida sócio-educativa com prazo determinado, neste mesmo art., no § 3º, limitou o período máximo de internamento em três anos, evitando que a incompetência dos adultos provoque maiores danos aos menores.

As medidas sócio-educativas com a visão espírita passam a ter o ponto de partida compreendida por quem a executa como uma expiação capaz de conduzir o infrator ao arrependimento acompanhado da vontade de promover a reparação para colocar a criança e o adolescente no caminho da felicidade.

Ressalte-se que o espiritismo, dentro de seus princípios criminológicos, admite que ações existem que são executadas pelo determinismo seja biológico, social ou de outras fontes, mas, esclarece que o espírito antes de vestir a forma humana já sabia do meio onde iria atuar e das condições físico psíquico do corpo que

² Autor citado. *Um Destino Seguindo Cristo*. [s.l., s.d.], p. 221.

receberia, conseqüentemente tem o livre arbítrio dentro do seu grau evolutivo espiritual.

Kardec ofereceu sobre a matéria o esclarecimento seguinte:

*“A fatalidade não existe senão pela escolha que fez o Espírito, em se encarnando, de suportar tal ou tal prova. Escolhendo, ele se faz uma espécie de destino que é a consequência mesma da posição em que se encontra. Falo das provas físicas, porque para o que é prova moral e tentações, o Espírito conservando seu livre arbítrio sobre o bem e sobre o mal, é sempre senhor de ceder ou resistir. Um bom Espírito vendo-o fraquejar, pode vir em sua ajuda, mas não pode influir sobre ele de maneira a dominar sua vontade. Um Espírito mau, quer dizer, inferior, mostrando-lhe, exagerando-lhe um perigo físico, pode abalá-lo e assustá-lo, mas a vontade do Espírito encarnado não fica menos livre de todos os entraves”.*³

Portanto, o reconhecimento de Deus, a existência do espírito vivendo antes, durante e após a vida biológica e a ética sustentada pela moral cristã raciocinada podem facilitar a compreensão das causas e condições da violência desabrochada na criança e no adolescente, – descortinando seguros meios de cura para serem somados aos já considerados pela técnica jurídica.

A problemática da violência executada por criança e adolescente é uma parcela dos vícios sociais que não pode ser compreendida nem atacada isoladamente: A família, a escola, a propriedade, a definição de crime, em suma, toda estrutura social precisa ser reavaliada. Dentro desse macrocosmo, nos limitaremos a uma fatia do microcosmo (adolescente), com a certeza de que todo desafio superado é contribuição inconteste para comodidade e prazer almejados.

³ Allan Kardec . *O Livro dos Espíritos*. 4. ed. São Paulo, Instituto de Difusão Espírita, 1989, questão 851.

2. Requisitos essenciais da autoridade

*"Temos, pois razão para considerar Espiritismo como um dos mais poderosos precursores da aristocracia do futuro, isto é, da aristocracia intelecto moral."*⁴

Apesar de atacada de frente por todas as vias conhecidas, a corrupção vem sendo incomodada especialmente pelas abundantes manchetes, estas que ocupam consideráveis espaços em todos os meios de comunicações.

Os reiterados pedidos de compreensão e socorro feitos aos exploradores desavergonhados, por crianças abandonadas, por velhos famintos, por enfermos esmorecidos e por tantos outros desesperados, vem sendo ouvidos por toda sociedade.

Não é preciso pesquisa científica para se saber como as instituições estão desacreditadas devido à falta de moralidade em uma boa parcela de seus membros.

A divulgação criteriosa do comportamento vergonhoso faz com que aumente de forma extraordinária os integrantes do quadro dos decididos combatentes dos vícios sociais.

A Doutrina Espírita, apresentando sua técnica avançada, convida os seus adeptos para uma revolução pacífica de mudança da mentalidade, através do enfrentamento pessoal das próprias deficiências morais.

Convém a conscientização urgente que enquanto conduta ilibada significar falta de oportunidade de ser corrupto não há como mudar a paisagem humana.

A lei do progresso descortinada pela Doutrina Espírita promove a certeza de que tudo melhorará, independente das crenças de cada ser, mas, com o esforço de cada indivíduo na defesa e no desenvolvimento do patrimônio moral.

Aquele que estiver inteiramente disposto a trabalhar pela extinção da corrupção viva as lições de Jesus Cristo ao nível da interpretação Espírita para ter primeiramente comportamento civilizado.

⁴ Allan Kardec. *Obras Póstumas*, op. cit., capítulo referente às Aristocracias.

No trabalho educativo, pela harmonia interior, pouco a pouco a modificação para melhor será sentida por outros que logo darão os primeiros passos na mesma direção.

O pior obstáculo a qualquer mudança é a insegurança e a traição dos que advogam o ideal almejado.

Os exemplos mais funestos são transmitidos pelos cultivadores da ilusão, os quais se apresentam como homens de bem. Estes não imaginam as dores e terríveis seqüelas que os aguardam.

O cansaço, a exaustão e a desilusão somente são colheitas obrigatórias no caminho evolutivo para quem não percebe que Jesus é o melhor exemplo terráqueo. Nesse particular é perigoso não lembrar que os impactos que deterioram o corpo físico não afetam o equilíbrio da vida espiritual, esta que é a real, quando há a proteção do correto procedimento. Com maior razão pode-se afirmar que o Amor, esta maravilhosa fonte da vida espiritual, sabe aproveitar os efeitos maléficos do crime para transforma-los em instrumento de progresso moral da vítima.

Não merece censura pensar que se estar navegando no mundo dos sonhos, mas não se tem como negar a segurança, a paz e outros requisitos da verdadeira felicidade que emanam do homem que domina as próprias paixões, cultiva o amor e trabalha na seara do bem.

É importante despertar para o muito que se tem para fazer e a pouca força que se tem mobilizado para administrar corretamente as emoções.

O cultivo das virtudes não exige o afastamento dos prazeres próprios das condições humanas nem dispensa a vida em sociedade, pelo contrário: todo aquele que se liberta das enfermidades morais adquirem o elixir da alegria, – conquista a felicidade sem desrespeito ao semelhante.

Pode-se dizer que esses princípios é que são ilusórios, mas não se pode menosprezar a mudança para melhor que faz a alegria daquele que absorve a modesta, a moderação e outras virtudes.

A atuação da imprensa, tirando o verniz, tem velozmente imposto a perseguição aos corruptos. Contudo, urge fazer mais, a imprensa pode mostrar os efeitos ridículos da imoralidade com maior substância, dando destaque à ilusão vivenciada pelos que adotam o

engodo como elemento essencial ao bem-estar, ainda quando não são punidos pela lei humana. Exaltando a inutilidade dos efeitos dos vícios para aqueles que esperavam dessa forma alguma vantagem, a imprensa chegará ao seu apogeu de transformadora das idéias sociais porque ela também penetrando nas raízes dos problemas de forma civilizada faz a sua própria mudança para melhor.

O processo de aperfeiçoamento íntimo depende de se descobrir que a felicidade é pessoal e intransferível para se obter a convicção inicial de que mesmo sendo único a possuir a virtude não perdeu o esforço feito, apesar de não mudar o mundo.

Levando-se em consideração que a maioria expressiva quer a melhora do planeta, é evidente que o aprimoramento individual desses que assim desejam fará com que na terra predomine o Amor universal.

No desrespeito a ordem é comum argumentar com o uso da bondade para os que atravessam experiências difíceis, especialmente os amigos e familiares como se a caridade compactuasse com a violência às leis que regem os comportamentos dos indivíduos e da sociedade.

Victor Hugo, Espírito, tratou sobre a matéria da forma infra:

“Ensinar a conduta reta, de forma nenhuma permite a anuência com a vida desequilibrada, por tolerância com aqueles que se comprazem em manter-se no esquema do menor esforço com o prejuízo alheio. Outrossim, a amizade que devotamos a alguém, não pode nem deve ser interpretada como um paternalismo indigno, que concorda com o erro do outro por falta de coragem moral para reprovar o deslize, onde, em quem e quando seja praticado, com bondade, é certo, mas com energia disciplinante para o bem do perturbador, sem a menor dúvida.”⁵

O compromisso, portanto, que se assume com o bem exige a bondade nas ações pessoais sem medo de revides, de injúrias, de ser chamado de ingrato; a difusão do Amor sem hipocrisia.

⁵ Psicografia de Divaldo Pereira Franco. *Árdua Ascensão*. 2. ed. Salvador, Livraria Espírita Alvorada, p. 112.

3. Justiça da reencarnação

“A doutrina da reencarnação, isto é, aquela que admite para o homem várias existências sucessivas, é a única que responde à idéia que fazemos da justiça de Deus em relação aos homens colocados em uma condição morais inferior, a única que nos explica o futuro e fundamenta nossas esperanças, pois que nos oferece o meio de resgatar nossos erros através de novas provas. A razão indica essa doutrina e os Espíritos no-la ensinam”.⁶

A reencarnação tem uma importância tão grande, em nossas vidas, que é necessário muito estudo para compreendermos todas as complexidades deste tema que foi profundamente pesquisado por Allan Kardec, no século dezenove, e que atualmente é investigado por cientistas de todos os ramos da ciência: médico, físicos; psicólogos, e especialmente pelos dedicados ao estudo da ciência espírita. Contudo, dentro dos nossos limites, tentaremos resumir esse princípio de vital importância ao mecanismo da **JUSTIÇA DIVINA**.

Atentando-se para a variação de graus de inteligência e moralidade entre os homens; desde a selvageria que beira o animal até a mais adiantada civilização, somente é admissível ser Deus maravilhoso, bom, justo, magnânimo e infalível, **de forma racionada**, através da reencarnação.

A reencarnação não pode ser bem compreendida por quem ainda não se convenceu da existência de Deus e da imortalidade da alma.

Reencarnação é o ato ou efeito do espírito reassumi a forma material. Nascer, viver e morrer no corpo carnal; tratam-se de fenômenos biológicos e não o início e o fim da vida. Reencarnação é princípio da volta do espírito à vida corporal em novo corpo humano, feito especialmente para o espírito por um período biológico e que nada tem em comum com o antigo.

A reencarnação não é uma descoberta do espiritismo, veio como dogma da filosofia indiana e dos meios egípcios desde tempos imemoriais. As Doutrinas Orientais, a mais de 7.000 (sete mil) anos já

⁶ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 171.

admitiam o princípio da reencarnação; Sócrates e Platão, há mais de 300 anos antes de Cristo já aceitavam; e o nosso Mestre Jesus não a relegou.

É pela reencarnação que os Espíritos podem restaurar erros cometidos em existências corporais passadas; concluir o que não pode fazer numa primeira prova e evoluir mediante novas provas.

Sabendo-se que a reencarnação transfere de uma para outra vida material as conquistas e as dívidas espirituais, apesar de também haver evolução na fase transitória (erraticidade), fica explicada a criação de homens iguais e submetidos às mesmas imposições da natureza, uma vez que a diversidade das aptidões, as amarguras e as delícias derivam do grau de aperfeiçoamento a que tenham chegado os Espíritos.

O presente tema é facilmente compreendido com a sábia lição de Deolindo Amorin, transcrita infra:

*"Se, por outro lado, o comportamento humano está sujeito ao determinismo do ambiente e da organização biológica, e não é possível colocar a personalidade inteiramente fora do ângulo de influências biossociais, também é verdade que, por outro lado à personalidade exterioriza reações e tendências inerentes a peculiaridades próprias do espírito, mais identificadas com a existência anterior do que propriamente com as solicitações ou imposições da existência atual".*⁷

Portanto, apesar do Executor ter interesses imediatos, seja de ordem material, sentimental ou moral; somente é possível explicar tanto a razão para o sofrimento da vítima como para o mau comportamento do infrator mediante estudo psíquico estruturado na realidade das encarnações sucessivas.

A paligenesia escreve Martins Peralva, *"Anula a idéia de que haja contradição entre livre arbítrio e determinismo, oferecendo a ponte destinada a liga-los entre si, de modo que se não choquem nas conjeturas do intelecto."*⁸

⁷ Cf. *Espiritismo e Criminologia*, p. 112-113.

⁸ Martins Perava. *O Pensamento de Emmanuel*. 3. ed. Federação Espírita Brasileira, [s.d.], p. 202.

4. Obsessão e livre arbítrio

“Se és propenso ao homicídio, terás uma multidão de Espíritos que manterão esse pensamento em ti, mas, também, terás outros que se esforçarão em te influenciar no bem, o que faz restabelecer a balança e te deixa o comando.”⁹

O império da força, da astúcia e da avidez, da destruição e do ódio, é transgressor que leva estudiosos, os menos otimistas a deduzirem que a civilidade está ameaçada.

A prepotência, a autoridade imposta, a usura e a violência surgem para os imediatistas, como requisitos indispensáveis à conquista da felicidade.

Em vista dos truques pseudo-super-homens que se arvoram em condutores para explorarem em busca das aquisições pessoais os irmãos menos favorecidos (materialmente) e ignorantes, aqueles que não compreendem o potencial da honestidade, da bondade, da paz e do amor, defendem a inutilidade dos sentimentos nobres no mecanismo evolutivo.

A realidade social que sobressai parece negar a sentença espírita de que Deus criou os espíritos simples e ignorantes, com igualdades de aptidões para progredirem em inteligência e moralidade.

As dificuldades, essas dores desesperadoras, a incerteza do futuro e a falta de fé em Deus são graves problemas que podem ser solucionados mediante o estudo teórico e prático do Espiritismo Cristão.

A consagração do Espiritismo, quando sustenta a Lei de Progresso, flui da vontade de fazer o bem, do anseio da paz e da sede de amor que existe, em potencial variado, em todo Homem.

A Doutrina Espírita apresenta a obsessão como óbice no caminho evolutivo que exige rigorosa avaliação.

Obsessão, segundo Allan Kardec, *“consiste no domínio que os maus Espíritos assumem sobre certas pessoas, com o objetivo de*

⁹ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 466.

as escravizar e submeter à vontade deles, pelo prazer que experimentam em fazer o mal”

Considerando ser regra o alto grau de imperfeição, na atual fase evolutiva da Terra, plano de expiação e prova, todo ser humano está sujeito (não esquecer o livre arbítrio)¹⁰ à influência de Espíritos vaidosos, orgulhosos, ignorantes e vingativos.

Na magnífica missão de impulsionar o progresso da Humanidade, revelando a Lei de Amor, Jesus Cristo encarnou na Terra como único exemplo a ser seguido; mas, ao partir, confortou aos que ficamos prometendo enviar o Consolador, esta falange de Espíritos Iluminados que constituíram, com saber e bondade, a Doutrina Espírita.

Assim, o Homem não é influenciado somente pelos iguais ou inferiores do âmbito evolutivo, recebem a misericórdia Divina através dos Espíritos Nobres.

É bom lembrar, aos incrédulos, que apesar da morte ter morrido com o surgimento do espiritismo, a psiquiatria e outros ramos da ciência tradicional também já exararam a sentença de que a vida continua depois que o corpo biológico vai para o túmulo.

Urge a remoção desse entrave do caminho humanitário estudando as leis da vida, trabalhando na seara do amor, – difundindo pela vida que “fora da caridade não há salvação” .

O homem atua no meio que se encontra de acordo com o seu grau de evolução moral combinado com seu grau de evolução intelectual.

Havendo maior firmeza nos homens mais adiantados, não faltará alimento, moradia e educação, dentro da capacidade receptiva de cada um, e, à medida que aumentar a atuação dos considerados bons, a influência dos obsessores será proporcionalmente menor.

Não se pretende isentar de culpa o infrator obsedado que fere ou mata alguém sob o domínio de um espírito, mas, é importante saber que a obsessão restringe o discernimento para submete-lo a

¹⁰ Kardec escreveu na questão 843 de *O Livro dos Espíritos* que o homem tem a liberdade de pensar e de agir e que sem o livre arbítrio seria uma máquina.

tratamento, com a finalidade de prevenir a reincidência, libertando-o dessa espécie de restrição do discernimento.

Martins Peralva oferece o esclarecimento seguinte:

*“O homem que se torna criminoso, sobre a influência oculta de um obsessor, é também responsável ante as leis divinas, porque cedeu as insinuações cruéis da entidade que lhe armou o braço, uma vez que poderia resistir ao assédio mental do Espírito.”*¹¹

Adiante na mesma página faz a conclusão seguinte: “A responsabilidade, no entanto, não tem a mesma dimensão para todos os homens nem para todos os atos.”

5. Justiça

*“O progresso da Humanidade tem seu princípio na aplicação da lei de justiça, de amor e de caridade.”*¹²

O homem quer que se estabeleça na Terra uma instituição capaz de garantir as relações amigáveis entre os povos; que frustre, sem violência, as ambições de dominações; e que impeça o surgimento de privilegiados destituídos de mérito. Uma instituição que conceda autoridade somente aos que tenham superioridade moral e intelectual para julgar.

Ávidos do predomínio do mérito, todos tentam contribuir com a supremacia do Poder Judiciário para que este desempenhe melhor a sua função social.

Há os que aplaudem o Poder judiciário ante a determinação da imposição da força e aqueles que vibram com aplicação de sentenças educadoras, de reparação, preventiva e terapêutica.

A contribuição é dada de acordo com o nível econômico, religioso, intelectual e moral de cada interessado. Todos defendem exaltados os recursos próprios de seus planos evolutivos como os mais adequados.

O certo é que se deseje atitudes de combate para todas as transgressões as leis que regulam a vida em sociedade; desde as que

¹¹ *O Pensamento de Emmanuel*, op. cit., p. 202.

¹² Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., conclusão VI.

supliciam o delinqüente até as que lhe purificam a alma,- estas promovendo a transformação intelecto-moral .

A História registrou que a cristandade desarmada venceu os poderosos exércitos de Roma e, com sacrifícios e renúncias, continua se instalando em todos os quadrantes da terra. A prática tem demonstrado que a força, sempre poderosa, é útil desde que educada, persuasiva,- enfim quando guiada pelo amor; e nociva se instrumento da revolta, da violência e de outros vícios.

Não importa as causas, não se avalia as conseqüências, urge punir os ladrões, os homicidas, enfim todos os delinqüentes; é indispensável impedi-los de continuar prejudicando a sociedade juridicamente ordenada. Essa filosofia predomina ante os problemas do capital e do trabalho, da propriedade e dos demais institutos jurídicos constituídos ao longo dos séculos. Daí a elaboração contínua de leis religiosas e civis em busca de segurança pela via da força entregue a astúcia administrativa.

Os contemporâneos estudiosos da questão tendem a reconhecer que a dificuldade de se solucionar o problema flui da conduta injusta praticada pela parte que reclama justiça apenas para si mesma. Avalie a lição infra:

*"Para aplicar a lei, se faz justamente o que ela proíbe. Não é o legislador moralista que mostra a aplicabilidade da lei seguindo-a ele mesmo, em primeiro lugar, e educando com o exemplo. É ele próprio, inicialmente, que prova a inaplicabilidade dela com o fato de não aplicá-la a si quando exigindo obediência determinada pela lei, isto é, o princípio do próprio mando".*¹³

Assim, é natural que se reclame, por exemplo, os prejuízos cometidos pelos "**meninos de rua**", jamais se ventilando sobre os direitos a alimentação, a moradia, a educação e outros que lhes são negados.

Nesse particular, merece destaque a contribuição da Doutrina Espírita, conforme o abaixo transcrito:

¹³ Pietro Ubaldi. *A Grande Batalha*. Trad. Carlos Torres Pastorino. 3. ed. [s.l., s.d.], p. 63.

*"Por melhor que seja uma instituição social, sendo maus os homens, eles a falsearão e lhe desfigurarão o espírito para a explorarem em proveito próprio. Quando os homens forem bons, organizarão boas instituições, que serão duráveis, porque todos terão interesse em conservá-las. A questão social não tem, pois, por ponto de partida a forma de tal ou qual instituição; ela está toda no melhoramento moral dos indivíduos e das massas".*¹⁴

A Doutrina Espírita desperta em cada pessoa a própria responsabilidade de caminhar nos limites da fraternidade e do amor com respeito aos direitos alheios, considerando às leis que regem os comportamentos dos indivíduos e da sociedade.

A Doutrina Espírita, revivendo o exemplo dado por Jesus, colabora para a vinda do império da Paz almejada propagando onde é admitida, tanto pela teoria como pela prática, que a harmonia, a obediência, a caridade, enfim que os sentimentos cristãos é caminho seguro e venturoso para os que querem cooperar com a consumação desse evento.

A Doutrina Espírita, não obstante reconhecer a necessidade das prisões na atual fase evolutiva da Humanidade, aplaude o Poder Judiciário bem como aos outros Poderes Constituídos quando garante alimento, moradia, saúde, vestuário... e trabalho dentro dos limites do plano de evolução de cada indivíduo.

Na sábia lição de Pedro de Camargo, assim transcrita:

*"O Código materialista deve ceder lugar ao Código Espiritualista. Este não cogitará de julgar e menos ainda de aplicar esta ou aquela pena como castigo, mas tratará da educação moral, não dessa moral caricata, para uso externo, vazado em moldes ritualístico, mas moral positiva que se funda nas leis naturais que regem os destinos dos espíritos".*¹⁵

Não se pode negar que as leis atuais examinam as causas e circunstâncias do crime, a sanidade mental e outros detalhes determinantes do comportamento de quem o comete. Contudo o

¹⁴ Allan Kardec. *Obras Póstumas*, op. cit., p. 383-384.

¹⁵ *O Mestre na Educação*, [s.l., s.d.], p. 62.

investimento é pequeno na elaboração de técnicas e processos de reeducação. Esse tipo de investimento, na realidade, não pode ser compreendido por sociedade negligente com a educação de suas crianças.

O senso moral e o desenvolvimento intelectual no Código espiritualista completam o quadro dos principais requisitos indicadores da responsabilidade moral dos atos da vida de cada indivíduo.

Não adianta lutar para extirpar a corrupção sem educar o Homem, sem impregná-lo com os princípios de fraternidade e amor.

A implantação da Justiça pela ordem jurídica não se faz com a aplicação de corretivos às culpas dos outros, com o verniz que cobre os erros dos que aparentam bons; mas com a renúncia e o sacrifício pessoal dos que cumprem seus deveres, sem esperar os aplausos do mundo, pelo prazer apenas de colaborar com a instalação da convivência pacífica.

É preciso extirpar a violência, inclusive dos meios onde ela é usada para disciplinar porque, seja qual for a circunstância, ela deixa marcas comprometedoras para qualquer sociedade que se diga civilizada; ainda quando usada para acautelar a coletividade da força desordenada.

6. Ato Infracional

*"Existe sempre crime quando transgredis a lei de Deus."*¹⁶

Nota-se que o Legislador Brasileiro, nos arts. 103 a 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sem ferir a imputabilidade penal a partir dos 18 anos de idade completos, dividiu a categoria dos inimputáveis em criança (até doze anos incompletos) e adolescência (até os dezoito anos incompletos); por outro lado considerou ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, sem fazer qualquer distinção, coerente com a realidade de que o mal independe de quem o tenha praticado, mas o combate para ser eficiente exige que se conheça quem o praticou, com as suas peculiaridades físico-psíquicas.

Na questão 385 de "O Livro dos Espíritos", Kardec já esclareceu, com a sabedoria oriunda dos Espíritos Superiores, qual a

¹⁶ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 358.

razão de ser a infância e a juventude cuidadas de forma especial, quando escreveu o seguinte:

“As crianças são os seres que Deus envia em novas existências e, para que não lhes possa impor uma severidade muito grande, dá-lhes todas as aparências da inocência. Mesmo para uma criança naturalmente má, cobrem-se-lhe as faltas com a não - consciência dos seus atos. Essa inocência não é uma superioridade real sobre o que eram antes; se não o são, é sobre elas somente que recai o castigo.

Mas, não é somente por elas que Deus lhes dá esse aspecto, é também e sobretudo por seus pais de cujo amor sua fraqueza necessita; esse amor seria singularmente enfraquecido à vista do caráter impertinente e rude, enquanto que crendo seus filhos bons e dóceis dão-lhes toda a sua afeição e os acumulam de atenções as mais delicadas. Mas, logo que os filhos não têm mais necessidade dessa proteção, dessa assistência, que lhes deram durante quinze ou vinte anos, seu caráter real e individual reaparece em toda a sua nudez. Conservam-se bons se eram fundamentalmente bons, mas se revestem sempre de matizes que estiveram ocultos pela primeira infância.” (Destaque nosso).

O Legislador Pátrio também segue o princípio adotado pelo espiritismo de que o ser humano é passível de evolução que ocorre gradualmente, sem retroagir, sendo que, para o primeiro, o desenvolvimento moral e intelectual começam com o nascimento biológico e, para Kardec, essas faculdades iniciaram suas evoluções com a origem do Espírito, que é anterior à existência corpórea.

Para se concluir sobre a importância de maiores investimentos na criança e no adolescente é bastante observar que, nesses períodos, o ser humano tem ampla facilidade aquisitiva de vícios e virtudes, é inteiramente aberto aos novos hábitos sem temer o desconhecido, porque tudo, nessas faixas etárias, é novidade. Portanto, sem dúvidas, pode-se afirmar que não se conseguindo os educar ou reeducá-los, as dificuldades de se obter êxito na fase adulta são bem mais remotas.

É absurdo investigar o fato admitido como ato infracional sem levar em consideração o grau evolutivo do infrator, em todos os aspectos, especialmente sua idade biológica.

Não obstante as divergências contrárias, ao fixar a responsabilidade penal aos 18 anos de idade, o Legislador Pátrio caminhou com Kardec, este que viu, entre quinze e vinte anos, a faixa etária da capacidade civil plena.

Na verdade, o menor deve ter tratamento diferenciado, independente do comportamento violento deduzido do ato infracional praticado e de seus efeitos, sem desconsiderá-los.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, teve a coragem de enfrentar o potencial ofensivo do inimputável, dividindo as responsabilidades de controle efetivo da família e da sociedade, no âmbito privado, e do Conselho Tutelar, da Força Pública, do Ministério Público e do Advogado, na esfera pública.

Nenhuma instituição deverá arrogar-se o direito de intervir diretamente, com aplicação de medida sócio-educativa, sem que a lei lhe permita, por mais consagrada que seja.

Fundamentando-se em qualquer tese científica ou filosófica, atento à ordem social, com imparcialidade, chega-se à lógica elementar que o menor de dezoito anos de idade, ainda quando pratica ato infracional, merece tratamento especial, não só pela falta de discernimento, mas pela capacidade de recuperação e viabilidade de recuperar os danos pessoal e social. A própria vítima, quando não ignora o assunto, não repudia o investimento correto no combate aos vícios de seu agressor.

Considerando-se o delito como ato infracional, quando o autor tiver entre 12 e 18 (incompletos) anos de idade, constata-se que a definição do Dr. M. C. Piepers, citado por Fernando Ortiz, demonstra que o espiritismo oferece recursos para interpretação ampla do estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos:

"O delito é a lesão social produzida pelo estado egoístico da psique humana (leia-se espírito) no qual a evolução altruística não está suficientemente avançada para dominar as tendências egoísticas dentro do limite que exige determinado estado social."

Nesse particular, merece destaque o ponto de vista revelado por Kardec ao se reportar sobre o mal da escravidão da forma infra:

*“O mal é sempre o mal, e todos os vossos sofismas não farão que uma ação má se torne boa. Mas, a responsabilidade do mal é relativa aos meios que se tem de compreendê-lo.”*¹⁷

7. Adolescente infrator

*“Quem é, com efeito, o culpado? É aquele que por um desvio, por um falso movimento da alma se distancia do objetivo da criação, que consiste no culto harmonioso do belo, do bem, realizados pelo arquétipo humano, pelo Homem - Deus, por Jesus Cristo”.*¹⁸

A legislação penal oferece como modelo à ordem normativa, determinando a repressão para quem rompe o ordenamento jurídico, não considerando os males proporcionados pelos arrebatadores dos direitos alheios que, não obstante amparados pela lei, ostentam o desperdício, humilha os mais fracos, transitam indiferentes diante da necessidade dos submetidos à miséria. Considera como criminógenos os fatores: econômicos, sociológicos, etc; contudo, espera a tentativa ou consumação criminosa para julgar e punir o Autor, quando devia prevenir, combatendo as causas conhecidas.

A Doutrina Espírita além de trabalhar com os princípios espirituais (imortalidade, reencarnação e obsessão) que levam obrigatoriamente a evolução moral, permite outras reflexões, como as esclarecedoras de Felinto, espírito, citado por Manuel de Miranda, *“in verbis”*:

“A violência, na terra – acrescentou –, na atualidade, além dos fatores econômicos, sociológicos e psicológicos muito conhecidos e debatidos, também tem gênese, na indiferença dos que possuem, em relação àqueles que precisam”.

“A ostentação campeia, absurda, ferindo a miséria que, revoltada, se arma de agressividade para tomar; o desperdício cresce, chocante, humilhando a escassez, que se levanta para arrebatá-la; o luxo excessivo transita, indiferente,

¹⁷ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 830.

¹⁸ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 1009.

produzindo cólera na necessidade, que investe, odienta, para o aniquilar..."

"Enquanto os homens não compreenderem que os recursos são oportunidades de cooperação e o poder é investimento para a justiça e o equilíbrio entre as criaturas, essas guerras urbana e doméstica, devastadoras prosseguirão fazendo incalculável número de vítimas, 'que as estatísticas não poderão registrar'".¹⁹

Refletindo as reformas sociais de grande vulto, o Estatuto da Criança e do Adolescente compilou o progresso ético e científico, de há muito tempo defendido pela filosofia espírita.

O adolescente passou a ser tratado levando-se em consideração as limitações de ordem física, mental e social.

As faltas de alimentos, vestuário, moradia, escola, assistência médica, etc; deixaram de caracterizar o infrator e passaram a ser vistas como indicadores de sociedade injusta, estruturada nos vícios do egoísmo e do orgulho que agridem impiedosamente ao adolescente, deixando-o à margem, provocando traumas danosos ao desenvolvimento da personalidade.

A proteção garantida ao adolescente que comete ato análogo ao descrito como contravenção penal ou crime, impede a defini-lo como delinqüente. É de se admitir que o ato delitivo pode ser praticado por qualquer ser humano porque nenhum atingiu a perfeição de Jesus, do ponto de vista espírita, expressado por Kardec assim:

"Jesus é para o homem o modelo da perfeição moral que a Humanidade pode pretender sobre a terra. Deus no-lo oferece como o mais perfeito modelo e a doutrina que ensinou é a mais pura expressão da sua lei, porque ele estava animado de espírito divino e foi o ser mais puro que apareceu sobre a terra".²⁰

¹⁹ Divaldo Pereira Franco. *Loucura e Obsessão*. Ditado pelo Espírito Manoel P. de Miranda. 3. ed. Brasília, Federação Espírita Brasileira, 1990, p. 271-272.

²⁰ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 625.

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente rompe o ciclo da legalidade para atacar a delinquência como problema de ordem evolutiva.

Surpreendido na prática de infração, o adolescente deixa de ser considerado criminoso e passa a ser tratado ou educado por equipe interprofissional habilitada para o combate eficaz aos vícios que o impede de se desenvolver norteado pelas virtudes exemplificadas pelo Cristo. Ensinando-o a resolver os conflitos do caminho libertando-se de comportamentos traumáticos, mostrando-lhe as vias seguras da compreensão, criando-lhe novas oportunidades.

O adolescente equivocado deve ser socorrido para mudar as disposições íntimas, sendo ajudado de acordo com a sua capacidade de entendimento e de conduzir dentro da estrutura sócio, cultural, econômica etc; onde pode viver.

É evidente que com a eliminação das causas, o crime desaparecerá, conseqüentemente não teremos criminosos.

Ressalta-se que ao promover a mudança ajudando aos adeptos a entrarem no plano de justiça, libertando-se do egoísmo e do orgulho, o Espiritismo tem sua relevância peculiar no combate a malevolência. Bem compreendido é indispensável à transformação do adolescente infrator em homem de bem como pretende garantir o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os novos conceitos oriundos das teorias biológicas, sociológicas e psicológicas ampliaram profundamente o conhecimento sobre a personalidade delinquente, mas enquanto não se considerar que o Homem é Espírito com experiências passadas que sabia, antes da concepção, do seu nascimento, qual a família escolhida e que durante o ciclo de vida biológica atuaria no meio onde convive, tudo para a sua evolução espiritual, – não se terá definição completa sobre o delinquente de qualquer faixa etária.

Conseqüentemente, Kardec somente vai além desses conceitos, como quando frisa, na questão 846 de “O Livro dos Espíritos”: “se um homem tem o instinto de homicida, é seguramente seu Espírito que o possui e que lhe transmite”.

O Espiritismo e o Estatuto enxergam que o Infrator é enfermo, ignorante etc., que precisa de médico, professor, psicólogo etc., para

ressociação. Não existe incompatibilidade; encontra-se uma visão mais aberta do espiritismo, vinda do conhecimento que dispõe sobre o princípio espiritual (teoria do homem espírito), influência do passado anterior a concepção na estrutura intelecto – moral da atualidade e a influência dos moradores de dimensão espiritual na personalidade do humano. Enquanto a legislação humana cuida do corpo doente, o espírito vislumbra nos males da matéria as conseqüências dos vícios espirituais; enquanto o Estatuto tem o objetivo de educar limitando ao ciclo biológico; o espiritismo tem a vantagem de perceber no infrator um espírito em evolução que precisa reformular o conceito de felicidade, desenvolvendo-o dentro do estado natural de paz, fraternidade e outras virtudes libertadoras do ódio, desejos de vingança, vaidade e todos vícios cruéis, – educando o Infrator para uma vida que extrapola os extremos do ciclo biológico.

8. Medidas sócio-educativas: generalidades

“A responsabilidade moral dos atos da vida fica portanto, intacta; mas a razão nos diz que as conseqüências dessa responsabilidade devem ser proporcionais ao desenvolvimento intelectual do Espírito. Assim, quanto mais esclarecido for este, menos desculpável se torna, uma vez que com a inteligência e o senso moral nascem as noções do bem e do mal, do justo e do injusto.”²¹

A proteção da criança e do adolescente, como garantida na Constituição Federal de 1988, especialmente os consagrados direitos cominados no art. 227, § 3º, do referido diploma legal exigiu do Estatuto da Criança e do Adolescente uma regulamentação de providências judiciais voltadas para preferência incondicional da via pedagógica.

É preciso compreender que as mudanças percebidas na tecnologia têm seus reflexos no comportamento do ser humano, especialmente dos adolescentes, estes que pela própria crise de identidade têm dificuldades de saber quem é e o que quer e como se comportar enfrentando o erro. Essa realidade foi expressa com simplicidade, em versos, pela adolescente Márcia, de 14 anos de idade, *in verbis*:

²¹ Allan Kardec. *O Céu e o Inferno*. 42. ed. [s.l, s.d.], capítulo VII.

“O que sou?

Sou a gota d’água, o oceano; um mar de tristeza, uma poça de alegria; um céu de ausência e saudade, um prato de presença. Sou as estrelas e a lua, tenho ou não tenho luz própria; sou como o verde e belo da natureza, ou será o preto e o vermelho do inferno?

Com tantas influências eu não sei quem sou, minhas opiniões são ouvidas, meus pensamentos não são respeitados; não posso chorar, nem sorrir; tenho vontades próprias, mas é como se não as tivessem. O que eu quero raramente é o considerado certo ou obtenho, o que não me interessa é oferecido em bandeja de prata.

Eu sou o mundo e um buraquinho na parede que nem fui eu quem fez; sou o arrependimento do bom e do mal; eu sou você, mas não sou eu; sou considerada muda por falar tanto e uma boa ouvinte por ser surda; eu sou tantas coisas, tantos fenômenos, tanta matéria, tanto espírito; um perfume e um esgoto; sou a beleza da morte e o ridículo da vida. Sou deus e o diabo; a felicidade do perdedor e a insatisfação do vencedor.

Luto e desisto para saber quem ou o que, eu ou você somos...

Quem somos?”

“Quero apenas dois minutos

Um para pecar,

Outro para pedir perdão.

Pecaria, pecaria, sim.

Descobriria os mais quentes e

Escondidos prazeres

Faria os mais absurdos com

Meu corpo e minha alma

Tudo o que ninguém tem coragem.

Ah! Como é bom pecar!

É bom porque tenho outro minuto

*Aquele o qual vou pedir a minha
Salvação e me arrepender
Arrepender-me profundamente
Porque se não... Ficarei no imaginário inferno
Mas como eu sei que o Pai é bom,
Perdoa aos seus filhos...
Eu pediria outro minuto
O minuto pra fazer tudo outra vez..."*

*Certo dia eu nasci
Chorei de fome e disse papai e mamãe
Certo dia eu cresci
Pensei que era a mais sábia das criaturas
Então, me esmagaram.
Fiquei pequeno e chato
Comecei a imaginar-me feliz
Não consegui, talvez porque seja insatisfeito
Insatisfeito, posso até ser
Mas, sou tolerante e pacífico.
Pacifismo talvez este tenha sido o meu conflito
Eu era da paz e do amor
Eles eram de guerras e questionamentos
Fui muito pressionado, mas sou forte
Talvez por isso certo dia eu morri
Sem gritar o que o meu coração tentava falar a eles
E eles, sem entender-me
Mataram as minhas cordas vocais*

E morreram sem saber o quanto eu os amava”²²

A diferença na forma de agir, rápida e volumosa como vem ocorrendo, permitindo-lhes a criação crescente de problemas que não sabem resolver, deixa os responsáveis pelo adolescente preocupados quando, falta o controle e, por vezes iludidos, ao fugirem do dever considerando ser normal o desrespeito ao próximo, a família e a todas as instituições consolidadas.

A doutrina espírita defende que o adolescente foi confiado à tutela dos pais para que estes, com a autoridade que o encargo lhes concede, oriente-o para convívio social sadio.

Contudo, dentro da crise de valores manifestada com desafio a estrutura social, a formação do caráter do adolescente passa a ser um desafio que exige a tutela do Estado, impondo os princípios de valores indispensáveis ao convívio social que não foram observados com a exclusiva orientação familiar.

O Estado tem o dever de impedir a transgressão de norma penal para viabilizar o convívio social, ainda que mediante a extrema medida de segregação. É natural que na indisciplina nem mesmo o Estado sobreviveria. Não obstante a segregação ser espécie de castigo severo, é empregado no processo reeducativo pelo ECA, em consonância com a filosofia espírita, senão vejamos:

*“Que é o castigo? A consequência natural, derivada desse falso movimento; uma certa soma de dores necessárias a desgosta-lo da sua deformidade pela experimentação do sofrimento. O castigo é o aguilhão que estimula a alma pela amargura, a si dobrar sobre si mesma e a buscar o porto de salvação. O castigo só tem por fim a reabilitação, a redenção. Querê-lo eterno, por uma falta não eterna, é negar-lhe toda a razão de ser.”*²³

Ocorre que todo cidadão, mesmo aquele que transgride a norma penal, é importante na estruturação da nação. Dessa forma, o objetivo primordial é a ressocialização, a transformação em ser útil,

²² Márcia Rosângela de Albuquerque Acioly, nascida em 19/02/1986, é filha do Autor e de Luiza Maria de Albuquerque Acioly.

²³ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 1.009.

porém quando não se dispõe de recursos para alcançar esse objetivo, recorre-se a medidas punitivas diversas para não se submeter ao caos do predomínio do mal.

Com o adolescente, devido à fragilidade e a perspectiva de mudança mais rápida caracterizada pela própria fase evolutiva, o Brasil, com a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, assumiu o compromisso de investir mais na ressocialização e considerá-lo como o bem jurídico de maior valor, entre todos que estão sob sua proteção.

A ressocialização e a correção dos desvios do adolescente infrator não podem ser dispensadas em nenhum momento; portanto, o médico, o professor, o psicólogo, a assistente social, enfim, toda equipe interprofissional tem o dever, sempre por força de decisão judicial de dar ao Adolescente Infrator a educação não conquistada por livre escolha.

A imposição de medida que previna outras infrações é indispensável porque quanto mais agravada a personalidade, maior é a dificuldade de recuperação, além dos prejuízos causado ao bem jurídico direta e indiretamente atingido.

O Adolescente Infrator tem necessidade de sentir, pela atuação do Estado, que a disciplina e o respeito exemplificados pelos responsáveis pela sua evolução são mais poderosos que a desordem que ele pretende estabelecer como proposta de vida.

Encontra-se tão caracterizada a finalidade primordial de proteger o desenvolvimento intelecto-moral do adolescente que a prática do ato infracional não impõe a aplicação da medida sócio-educativa, como bem esclarece Tânia da Silva Pereira, *in verbis*:

*“Conclui-se que a aplicação das medidas sócio-educativas não é obrigatória, ainda que constatada a prática de ato infracional, sendo mera faculdade conferida à autoridade judiciária. Poderá o juiz, portanto, conceder Remissão ou mesmo determinar o arquivamento, desde que se demonstre inadequada qualquer delas, em função das condições do adolescente”.*²⁴

²⁴ Tânia da Silva Pereira. *Direito da Criança e do adolescente*. Porto Alegre, Renovar, 1996, p. 566.

Ao destinar a medida sócio-educativa ao adolescente, reconhecendo sua responsabilidade de forma diversa à do maior de 18 anos de idade e para o menor de 12 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente adota o princípio da proporcionalidade da responsabilidade que também é defendido pela Doutrina Espírita.

9. Advertência

"Ninguém sendo perfeito, seguir-se-á que ninguém tem o direito de repreender o seu próximo?"

Certamente que não é essa a conclusão a tirar-se, porquanto cada um de vós deve trabalhar pelo progresso de todos e, sobretudo, daqueles cuja tutela vos foi confiada. Mas, por isso mesmo, deveis fazê-lo com moderação, para um fim útil, e não, como as mais das vezes, pelo prazer de denegrir. Neste último caso, a repreensão é uma maldade; no primeiro, é um dever que a caridade manda seja cumprido com todo cuidado possível. Ao demais, a censura que alguém faça a outrem deve ao mesmo tempo dirigi-la a si próprio, procurando saber se não a terá merecido." - S. Luís. (Paris, 1860)".²⁵

A Doutrina Espírita, não obstante a ausência de senso jurídico, tem idéias arrojadas sobre a repreensão do erro, as quais podem servir com influências preponderantes, de forma subsidiária, na execução da medida sócio-educativa de advertência.

Inicialmente, vale salientar que para se aplicar à advertência, com possibilidade de êxito, é preciso obter a certeza de que o autor do ato infracional terá consciência de que violou a lei e que, assim agindo, sofreu prejuízos de toda ordem e, por isso, jamais deve desrespeitar o ordenamento jurídico.

Compreendendo o erro passa a ser merecedor da oportunidade de administrar, sem imposição judicial, os seus esforços empregados para conter suas paixões nocivas à sociedade e o empenho na conquista da felicidade.

²⁵ Allan Kardec. *O Evangelho Segundo o Espiritismo*. 183. ed. São Paulo, Instituto de Difusão Espírita, 1995, capítulo X, item 19, p. 180.

O Espiritismo combate às predisposições criminais ensinando o homem a superar os desafios, com paciência e resignação, sem cometer atos que possam retardar-lhe a marcha de civilização.

A advertência tanto pode ser aplicada como medida de proteção tanto como medida sócio-educativa. Contudo, nesse capítulo, a análise está restrita a medida sócio-educativa, dentro do âmbito estreito dos artigos 103; 112, I; parágrafo único do art. 114 e 115, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Como medida de proteção caberá o estudo quando da interpretação dos arts. 97, I, "a" e II, "a"; e 129, VIII; ambos do mesmo diploma legal.

Na análise de Miguel Moacir Alves Lima, a advertência contém suporte repressivo/opressivo, como veremos infra:

"Aparentemente inofensiva, a advertência, como qualquer outra efetivação desse poder social, que se manifesta de forma difusa, não deixa de ser uma forma sutil e eficaz de inserção, exclusão, reinserção, reexclusão, e, portanto, também de externalização de preconceitos, discriminação e constrangimento, nem sempre legítimo, dos indivíduos em face dos pontos de vista do sistema social dominante (visão do mundo, crenças, valores, condutas socialmente úteis, etc)".²⁶

O Espiritismo, como visto supra, compreende que mal executada a advertência é punição, mas a admoestação realizada com fim útil e por quem tem o dever de orientar, especialmente, no caso do ECA, o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito, é ato educacional. Assim, o Espiritismo oferece suporte para que a advertência seja aplicada sem prejuízo de qualquer ordem, com amplo respeito à Doutrina da Proteção Integral. Com esses cuidados a pressão psicológica que o infrator recebe é o remédio social que evitará dores maiores e estímulo para corresponder à expectativa social.

O ECA tem favorecido a especialização das autoridades competentes (Promotor de Justiça e Juiz de Direito) para operacionalizar os mecanismos jurídicos atinentes aos interesses da Criança e do Adolescente, benefício que tem correlação com a

²⁶ Miguel Moacir Alves de Lima, coordenadores: Munir Cury, Antonio Fernando Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. *Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo, Malheiros, p. 347.

Doutrina Espírita, esta que exige habilidade e a hierarquia moral do executor da advertência.

O relacionamento da autoridade com o infrator, no ponto de vista do jurista Miguel M. Alves, deve ser da forma infra:

*"O caráter sócio-educativo das medidas aplicadas ao adolescente que comete um ato infracional exige que a autoridade se posicione como um verdadeiro educador, facilitando o crescimento do educando, por mais trivial que se lhe afigure a oportunidade. Para isso, deverá se preocupar em propiciar ao adolescente condições para que descubra e desenvolva suas potencialidades, a partir de processos de estímulo de construção de uma auto-imagem positiva".*²⁷

Existem entre os atos infracionais de pequeno potencial ofensivo que autorizam a advertência, inúmeras causas relacionadas com vários níveis de saúde social do Infrator, de modo que a admoestação verbal tem de diversificar para atender a necessidade de quem a recebe, acrescentando-se a maturidade profissional de seu autor. Contudo, alguns aspectos abordados pela Doutrina Espírita devem ser lembrados por ser de importância fundamental no âmbito do ECA.

Com efeito, além da prova de materialidade e indícios suficientes da autoria exigidos no parágrafo único do art. 114 do ECA, o art. 115 do mesmo diploma, legal determina que apesar da admoestação ser verbal, deverá ser reduzida a termo e assinada (pelas autoridades, o adolescente e seus pais ou responsável) estimulando a autoridade competente cuidar do aprimoramento de sua metodologia, ao tempo que previne excesso de autoridade com o desvio da finalidade educativa e com desrespeito aos direitos do Infrator.

O princípio filosófico de que as conseqüências dolorosas das faltas serão impostas pela lei natural do progresso tem correlação com a advertência de que a punição de forma variada e indeterminada, até 21(vinte e um) anos de idade, independe de ser vista como castigo, é uma necessidade defensiva da sociedade que quando operada por autoridade consciente e de moralidade superior, auxilia o Infrator a alcançar os recursos mínimos para o salutar convívio no ambiente

²⁷ Op. cit., p. 351.

onde atua. Essa lei do progresso promove a certeza de que, no futuro, a transformação moral ocorrerá, dependendo da vontade e do esforço somente o momento de iniciar.

Assim o E.C.e do Adolescente, com a prioridade absoluta, garante os direitos do Infrator, impondo que a sociedade o receba em seu seio, não permitindo que repudie, retarde o seu aprimoramento, reservando para tanto até punição para quem viole direitos de adaptação ao convívio social e a formação do caráter correto psicologicamente.

Portanto, as menores inspirações de virtudes do Infrator devem ser aproveitadas na advertência como acicates para ressocialização.

Presume-se, com a imposição de admoestação verbal inserida no art. 115 do ECA, que a advertência deve ser revestida com as características do diálogo honesto, em clima de confiança e respeito recíproco entre a autoridade competente (Promotor de Justiça e Juiz de Direito) e o Infrator. Havendo entrosamento de valores éticos resultará a psicoterapia pela palavra; caso a advertência fique resumida a abordagem das consequências de atitudes anti-sociais, como falsa ética, com avalanche de explosões atemorizadas a finalidade sócio-educativa não logrará êxito.

Dissertando sobre os extremos da palavra, em assunto que se ajusta ao relacionamento sobre o valor da admoestação verbal, Marco Prisco, espírito, fez o resumo seguinte:

"Por meio dela desdobras a caridade do estímulo e ofereces o apoio da resignação com as mãos do encorajamento.

Malsinada, porém, não poucas vezes, tem-se transformado em ácido que produz ulcerações de ódio fomentador de guerra, veículo da destruição, habilmente manejada pela malícia engendra a intriga, produz a calúnia, sugere o crime, aterroriza...

A hipnose inconsciente, pela palavra positiva, cria, no discurso ou na lição de amor, o estado de otimismo ideal para o desenvolvimento do bem em todas as latitudes.

A fixação decorrente do verbo infeliz, porém, se converte em fator primacial de loucura, alucinações e desditas.

Utiliza-te da palavra, recordando Jesus, o Verbo Divino, que em poucas expressões comoveu a Terra e ensejou a elaboração de um sem número de Obras até hoje, cuja síntese perfeita se encontra nestes poucos vocábulos: Fazer aos outros o que desejar que os outros lhe façam”²⁸.

O codificador da Doutrina Espírita, na obra "O Céu e o Inferno" oferece inúmeros exemplos práticos e sábios de diálogos com espíritos de diversas escalas evolutivas, entre eles criminosos, com a maioria mudando a maneira de enfrentar os desafios.

Com efeito, essa obra profícua é valioso instrumento nas mãos da autoridade que ponha fé nos princípios filosóficos que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente.

10. Obrigação de reparar o dano

“A necessidade da reparação é um princípio de rigorosa justiça, que se pode considerar verdadeira lei de reabilitação moral dos Espíritos.”

“Quando esta perspectiva de reparação for inculcada na crença das massas, será um outro freio aos seus desmandos, e bem mais poderoso que o inferno e respectivas penas eternas, visto como interessa à vida em sua plena atualidade, podendo o homem compreender a procedência das circunstâncias que a tornam penosa, ou a sua verdadeira situação”²⁹.

Ao permitir que a autoridade competente (Ministério Público e Autoridade Judiciária) transporte a reparação do ato ilícito cometido por adolescente, do Código Civil³⁰ para o ECA³¹, neste como medida sócio-educativa, o legislador beneficiou o infrator, o Representante Legal do Adolescente e a vítima.

A medida sócio-educativa da obrigação de reparar o dano evita a discussão da matéria em outro processo, conseqüentemente a

²⁸ Divaldo Pereira Franco. *Sol de Esperança*. Salvador, Livraria Espírita Alvorada, 1978, p. 29-30.

²⁹ Allan Kardec. *O Céu e o Inferno*. Op. cit. Nota sobre o art. 17º do Código Penal de Vida Futura, capítulo VII

³⁰ Código Civil Brasileiro – arts: 156, 159, 160, 1521, I e II e 1537 a 1553.

³¹ Estatuto da Criança e do Adolescente, arts 112 – II e 116.

vítima é favorecida com a rapidez da garantia da tutela, o adolescente ver diminuída a divulgação de sua conduta anti-social e o Representante legal passa a dispor de maiores argumentos, no momento adequado, para persuadir seu educando a tomar conhecimento dos prejuízos decorrentes da falta cometida e a ter vontade de resgatá-la com recursos próprios.

No caso do Representante Legal do Adolescente ser chamado a reparar o dano (culpa in vigilando), no âmbito do ECA, a medida sócio-educativa, com maior probabilidade de êxito, pode produzir efeito psicológico, de grande valia a socialização ou ressocialização, porque além de ser atingido indiretamente pelo reflexo da diminuição do patrimônio familiar, as vibrações de repulsa da vítima ficam atenuadas pela reparação rápida e compensatória.

Como o ECA disciplinou a reparação do dano com fim pedagógico, inclusive tendo contraditório facultativo (questão controvertida)³², tratando-se de dano objetivo pessoal, à vítima poderá em procedimento específico buscar a complementação dos prejuízos sofridos, na forma do Código Civil, isto é, absolutamente incapaz os menores de 16 anos de idade e relativamente incapaz os maiores de 16 anos de idade e menores de 21 anos de idade. É defeso à apuração do prejuízo quando dificulte a ressocialização do infrator.

A obrigação de reparar o dano, que no Código Civil é exclusiva do Representante Legal quando o menor tem menos de dezesseis anos de idade; passa essa exclusividade ser restrita ao ato ilícito cometido por criança. Assim todo adolescente pode reparar o dano do ato ilícito que cometer, por vontade própria (remissão) ou por determinação judicial, quando existir provas da materialidade e da autoria do ato infracional com reflexos patrimoniais para vítimas e para sociedade. A matéria não é pacífica, havendo quem afirme que a incapacidade absoluta, do menor infrator, para reparação do dano, com significado de medida sócio-educativa, não foi reduzida para doze anos de idade.

Nesse particular, é indispensável refletir sobre a sábia avaliação do criminalista cubano, *in verbis*:

³² Temos Juristas que defendem a tese da obrigatoriedade do contraditório e outros que afirmam não ser exigível.

“São vários os projetos discutidos, porém todos se referem quase exclusivamente à reparação pecuniária do dano material do delito, ou, quando muito, à reparação, por meios econômicos, do dano moral.

O problema da reparação do dano moral é de impossível solução para os penalistas, e da reparação do mal material o é em muitos casos.

Somente as concepções dos espiritualistas podem alcançar uma solução teórica para o problema. O evolucionismo eterno dos espíritos pode conceber um constrangimento psíquico suficiente para lograr o ressarcimento do dano moral do delito pelo próprio delinquente. O Espiritismo afirma que possui os meios coercitivos necessários para essa empresa de correccionalismo sobre – humano que nós os homens não temos.

Assim, podem os espíritas sustentar que sua Filosofia Penal atribui à pena um fim eminentemente reparador: reparação do dano causado à sociedade (dano objetivo impessoal); reparação do dano produzido à vítima ou o indivíduo passivo de ato doloso (dano objetivo pessoal) e reparação do dano experimentado pelo próprio autor do crime (dano subjetivo)”.

Tratando-se de dano objetivo pessoal à reparação do dano produzido servirá para ressarcir a vítima e no caso de dano objetivo impessoal, na conformidade do art. 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente receber a indenização.

Ressalte-se que, no sistema jurídico brasileiro, não se impõe obrigação de reparar o dano quando a mesma pessoa é o autor e a vítima.

À medida sócio-educativa que obriga a reparação do dano tem proposta pedagógica, com observância do princípio da proteção integral, que será amplamente enriquecida caso aproveite os princípios filosóficos da Doutrina Espírita.

Não é possível, no campo estreito desse estudo, desconhecer a necessidade de se fazer pesquisa, pelo menos nas obras da

Codificação³³, para dispor de elementos de convencimento sobre as riquezas da Filosofia Espírita. Contudo, como parâmetro segue a transcrição infra:

“A reparação consiste em fazer o bem àqueles a quem se havia feito o mal. Quem não repara os seus erros numa existência, por fraqueza ou má-vontade, achar-se-á numa existência ulterior em contacto com as mesmas pessoas que de si tiverem queixas, e em condição voluntariamente escolhidas, de modo a demonstrar-lhes reconhecimento e fazer-lhes tanto bem quanto mal lhe tenha feito. Nem todas as faltas acarretam prejuízos direto e efetivo; em tais casos a reparação se opera, fazendo-se o que se deveria fazer e foi descurado; cumprindo os deveres desprezados, as missões não preenchidas; praticando o bem em compensação ao mal praticado, isto é, tornando-se humilde se se tem sido orgulhoso, amável se se foi austero, caridoso se se tem sido egoísta, benigno se se tem sido perverso, laborioso se se tem sido ocioso, útil se se tem sido inútil, frugal se se tem sido intemperante, trocando em suma por bons os maus exemplos perpetrados. E desse modo progride o Espírito, aproveitando-se do próprio passado.

*27º - O único meio de evitar ou atenuar as conseqüências futuras de uma falta, está no repará-la, desfazendo-a no presente. Quanto mais nos demormos na reparação de uma falta, tanto mais penosas e rigorosas serão, no futuro, as suas conseqüências”.*³⁴

Comparando as normas do ECA com os princípios filosóficos do Espiritismo é de considerar que a obrigação da reparação do dano, para ambos, passa pela conscientização do Autor desenvolver as virtudes e extinguir os vícios por métodos educativos. A obrigação de reparar o dano, tanto no ECA como no Espiritismo, é posta como meio para que o Infrator ao receber da sociedade compreensão e

³³ O Livro dos Espíritos, O Evangelho Segundo o Espiritismo, O Livro dos Médios, O Céu e o Inferno, A Gênese.

³⁴ Allan Kardec. *O Céu e o Inferno*, arts. 17 e 27, respectivamente, Código Penal do futuro, capítulo VII.

oportunidade de demonstrar seu amadurecimento, adquire habilitação plena para o convívio social.

Respeitadas as condições biológicas e psicossocial do Adolescente nada impede que a obrigação de reparar o dano objetivo pessoal seja aplicado na forma de prestação de serviço à vítima, com os critérios da prestação de serviço à comunidade quando o dano cometido é de natureza objetiva impessoal, desde que não caracterize o trabalho forçado (art. 112, § 2º de o ECA).

O valor educacional tanto no Espiritismo como no ECA consiste na conscientização de que todo dano cometido terá de ser ressarcido pelo próprio autor de alguma forma.

Na visão Espírita é ótimo ter oportunidade de reparar o erro, por esforço próprio, percebendo essa necessidade através das lições porque torna desnecessário o aprendizado pela dor. No sistema do ECA não é diferente: reparar o sofrimento causado através da negociação (remissão) é bem mais proveitoso do que cumprir uma reparação de dano da forma que for imposta mas, por ambos os processos, o importante é aproveitar o método evolutivo para se conduzir como homem de conduta ilibada no meio onde atua.

Ocorre que a reparação do dano, nas condições imposta pela autoridade competente, inicialmente ou durante a sua execução, torna-se impossível para o Infrator ou Representante Legal. Nesse caso, a medida poderá ser substituída por outra adequada, de conformidade com o parágrafo único do referido art. 116, enquanto que face à exigência da reparação pelo próprio culpado, na impossibilidade de execução, o Espírita confia que o resgate fique para o futuro.

A possibilidade de substituição dessa medida sócio-educativa de obrigação de reparar o dano é mais uma razão para que sua aplicação não impeça o questionamento da indenização na área civil, em ação específica.

11. Prestação de serviço à comunidade

“Por que o trabalho se impõe ao homem?”

Por ser uma consequência da sua natureza corpórea. É expiação e, ao mesmo tempo, meio de aperfeiçoamento da sua inteligência. Sem o Trabalho, o homem permaneceria sempre na infância, quanto à inteligência. Por isso é que seu

*alimento, sua segurança e seu bem-estar dependem do seu trabalho e da sua atividade. Ao extremamente fraco do corpo outorgou Deus a inteligência, em compensação. Mas é sempre um trabalho.*³⁵

A necessidade de ampliar os conhecimentos para ajustar o mundo íntimo a diversidade dos fatores sociais leva o homem a pesquisar fora da ciência tradicional.

Destituído de dogmas e sem rituais, o Espiritismo apregoa a transformação da Humanidade aperfeiçoando os seus adeptos gradualmente através do combate aos vícios, especialmente o egoísmo e o orgulho, confiante no trabalho fundamentado nos princípios Cristãos.

É assim que os fatos e circunstâncias apreciados e vividos no âmbito do Espiritismo oferecem condições para que a prestação de serviço à comunidade seja aproveitada na área penal e usada na reeducação do Adolescente-Infrator sem perda da peculiaridade de ser disciplinada por Lei Natural.

O art. 46 do Código Penal Brasileiro adotou a evolutiva prestação de serviço à comunidade como pena alternativa para prevenir as consequências negativas das penas privativas de liberdade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), iluminado pelo princípio da Proteção Integral, vislumbrou no trabalho beneficente a natureza educativa.

A Doutrina Espírita detectou a natureza expiatória, aproveitada no Direito Penal, face à violação do livre arbítrio, mas, também percebeu o significado educativo da prestação de serviço à comunidade como integra o elenco das medidas socioeducativa especificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A organização social, na visão Espírita, precisa para atender a necessidade material do trabalho filantrópico, para desenvolver as qualidades morais e intelectuais devido à impossibilidade de isolado o homem não suprir suas múltipla necessidades.

O ECA transportou do Código Penal Brasileiro para o seu art. 117 a prestação de serviço a comunidade com os mesmos cuidados

³⁵ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 676.

preventivos, acrescentando-lhe o fim educativo ou reeducativo. Exemplificou as Instituições que podem ser favorecidas, mas permite, desde que afastado os fins lucrativos, seja dado preferência à finalidade reeducativa ou ressocializante do Adolescente-Infrator.

Cuidar de crianças, assistir enfermos, amparar a velhice, conduzir o educando a conquista dos ideais de formação de caráter que viabilize a cidadania³⁶, mantendo a PAZ, é dever de quem vive em sociedade, sustentando a bandeira Espírita, esta que tem como lema: “Fora da Caridade não há Salvação”, senão vejamos:

“Pergunta: Se muitos dos chamados ao Espiritismo se extraviaram, por qual sinal se reconhece aqueles que estão no bom caminho?”

Resposta: Vós os reconhecereis pelos princípios de verdadeira caridade que eles professarão e praticarão; vós os reconhecereis pelo número das aflições as quais eles terão levado consolações; vós os reconhecereis pelo seu amor ao próximo, pela sua abnegação, pelo seu desinteresse pessoal; vós os reconhecereis; enfim, pelo triunfo dos seus princípios, porque Deus quer o triunfo da sua lei; aqueles que seguem suas leis são seus eleitos, e ele lhes dará a vitória, mas esmagará aqueles que falseiam o espírito dessa lei e fazem dela um meio para satisfazer sua vaidade e sua ambição. (Erasto, anjo guardião do médium, Paris, 1863)”.³⁷

A Casa Espírita é entidade assistencial congênere das exemplificadas no referido art. 117 de o ECA porque amando e instruindo, os obreiros Espíritas, naquela Casa de oração, estudo e trabalho, consolam os humildes e sofredores distribuindo gratuitamente, conforme as aptidões de cada trabalhador, o pão para alimento do corpo biológico e o pão apropriado a restauração do Espírito, consciente de que essa é a única via de evolução intelecto - moral, proporcionadora da Paz e conseqüente Felicidade.

³⁶ A palavra é empregada na acepção de realização de todos os direitos e garantias concedidas a pessoa pela Constituição da república Federativa do Brasil e o nosso ordenamento jurídico em geral.

³⁷ Allan Kardec. *O Evangelho Segundo o Espiritismo*, op. cit., capítulo XX, item 4, parte final.

A jornada máxima de oito horas semanais, no prazo igual ou inferior a seis meses decorre da saliência da natureza expiatória dessa medida sócio-educativa por ser imposta por autoridade competente (Promotor de Justiça e Juiz de Direito) sujeita aos vícios da deficiente estrutura executiva, - o que não alcança a Lei Natural. Por outro lado não se pode conceber que a medida pedagógica seja mais rigorosa do que a penal.

À vista disso, é imposição legal que a autoridade competente estabeleça o local de trabalho, o horário e o período para evitar que o adolescente seja submetido à tarefa prejudicial a sua instrução escolar e ao seu meio de sobrevivência (atividade remunerada), inclusive para que não confundam a natureza ressocializante dessa medida com a pena de trabalho forçado.

No que diz respeito à execução dessa medida é indispensável para lograr bons resultados que as Instituições beneficiadas sejam previamente conveniadas, apresentando como requisito primordial o objetivo de modificar o comportamento do adolescente, dando-lhe consciência do valor da responsabilidade e da importância do seu contributo na formação de um mundo regido pela ética Cristã (amar ao próximo como a si mesmo).

A medida sócio-educativa de serviço à comunidade, quando aplicada isoladamente, é de se considerar ser o ato infracional de pequeno potencial ofensivo e a personalidade do infrator (tratando-se de aplicação isolada ou conjunta da medida) carente de desenvolvimento solidário e de consciência social pelo trabalho.

O ideal é que extinga a causa e anule os efeitos, isto é, que o faça fraterno, participativo e repare o dano causado. A diversidade de oportunidades que a medida abrange faz aconselhável sua aplicação usada de forma abrangente como espécie moderna da pena de Talião, esta que na justa apreciação de Fernando Ortiz, na filosofia Espírita, *"não se trata de igualdade de ações externas, nem de equivalências rigorosamente físicas ou objetivas, mas de equivalências subjetivas, morais, psicológicas"*.³⁸

Outrossim, essa medida socioeducativa, além do conteúdo educativo fomentador da confiança recíproca entre infrator e

³⁸ Cf. Filosofia Penal dos Espíritas, op. cit., p. 198.

comunidade, tem o grande valor de estimular as Instituições a participar do complexo programa de ressocialização do Adolescente-Infrator.

Não obstante na seção reservada a essa medida o legislador não ter se reportado a possibilidade de modificação, a sua substituição a qualquer tempo, como as demais medidas, na conformidade do art. 113 de o ECA é permitida.

12. Liberdade assistida

*“É uma doutrina, esta, dos anjos guardiões, que, pelo seu encanto e doçura, deverá converter os mais incrédulos. Não vos parece grandemente consoladora a idéia de terdes sempre junto de vós seres que nos são superiores, prontos sempre a vos aconselhar e amparar, a vos ajudar na ascensão da abrupta montanha do bem; mais sinceros e dedicados amigos do que todos os que mais intimamente se vos liguem na Terra ? Eles se acham ao lado por ordem de Deus”.*³⁹

A titularidade do pátrio – poder nem sempre é confiada a quem possui condições plenas para contribuir satisfatoriamente com a maturidade intelecto – moral do adolescente.

O exercício do encargo tem revelado guardiões com qualidade inferiores as de seus protegidos, não obstante outras virtudes sobressaírem, outros que não tem diligenciado o emprego do seu potencial educativo e outros que precisam de ajuda em face à resistência do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com a sua visão avançada do comportamento humano reconheceu as possibilidades de falhas do protetor do Adolescente Infrator e, assegurando a proteção integral, incluiu no elenco das medidas sócio educativa a liberdade Assistida.⁴⁰

O art. 118 caput de o ECA determina que a medida seja aplicada quando sua finalidade de acompanhar, auxiliar e orientar o

³⁹ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 495.

⁴⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), arts. 112, V, 118 e 119.

Infrator apresente-se como investimento seguro a sua recuperação e reintegração sócio – familiar.

É requisito indispensável à aplicação da medida de liberdade assistida a possibilidade de se manter o adolescente em ambiente familiar, na Comarca onde essa medida for ser executada.

A medida exige que a autoridade (Promotor de Justiça ou Juiz de Direito) nomeie orientador capacitado de sua confiança, para assumir os encargos previstos no art. 119 do mesmo diploma legal.

Considerando a importância da tarefa ser exercida por pessoa desprendida, com conduta ilibada e de maturidade social respeitada pela comunidade da execução, o §1º do referido art. 118 possibilita a autoridade aceitar recomendação de entidade com programa de atendimento ao adolescente (art.90, V, do ECA).

Ressalte-se que, salvo exceção por nós desconhecida, a estrutura jurídica colocada à disposição da autoridade competente a aplicação e fiscalização da medida sócio-educativa não conta com funcionários na área de Humanidade suficiente para atender o programa de Liberdade Assistida, na tarefa de orientador.

As qualidades do Orientador devem ser avaliadas pela capacidade de ressocializar investindo na escolaridade, profissionalização e família do Assistido.

Transportando-se o orientador do ECA para Filosofia Espírita, encontra-se função semelhante no anjo guardião (“Espírito protetor, pertencente a uma ordem elevada”), especialmente no que diz respeito a missão, como veremos infra:

*“A de um pai com relação aos filhos, a de guiar o seu protegido pela senda do bem, auxiliá-lo com seus conselhos, consolá-lo nas suas aflições, levantar-lhe o ânimo nas provas da vida”.*⁴¹

O protetor Espírita como orientador do ECA tem natureza mais elevada do que o protegido e não se substituem aos familiares, estes que cuidam inclusive das particularidades da vida íntima do Adolescente Infrator.

⁴¹ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 490-491.

A diferença consiste nas condições do protegido porque na Filosofia Espírita ninguém é obrigado a submeter-se a assistência de outrem, enquanto que o ECA ao adotar a Liberdade Assistida como medida sócio – educativa impõe ao Infrator condições à sua conduta, as quais além de supervisionadas pelo orientador devem ser examinadas periodicamente pela autoridade judiciária, através de relatório enviado pelo orientador.

A Lei ⁴² fixou prazo mínimo de seis meses para que o orientador nomeado realize os encargos exemplificados no art. 119 do ECA⁴³ (outros são autorizados), mas poderá, como as demais medidas sócio-educativas, a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o Orientador, o Ministério Público e o Defensor.

A autoridade competente deve ter, no mínimo, conhecimentos sobre os pontos frágeis da personalidade do adolescente (dentro do possível trazer aos autos laudo-técnico elaborado por equipe interprofissional) e as falhas no processo educativo exercido pela família para que possa oferecer o apoio indispensável ao Orientador, especialmente na consolidação do vínculo de amizade entre: Orientador, adolescente, família e sociedade.

Na remissão ou na sentença de mérito é fundamental que o adolescente, a família e o Orientador tomem conhecimento dos elementos de convicção que levaram a autoridade competente reconhecer ser a Liberdade Assistida necessária ao processo evolutivo do Adolescente.

⁴² Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

⁴³ “Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II – supervisionar a frequência e aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV – apresentar relatório do caso.

A proposta de aproveitamento da Filosofia Espírita recebe maior adequação a medida em estudo quando Elias Carranga trata sobre a matéria da forma seguinte:

“O art.119 do Estatuto explicita as tarefas a cargo do orientador. Estabelece o inciso I que será sua tarefa promover socialmente o adolescente e sua família. Nesta tarefa será importante que o orientador não trabalhe com o conceito restrito de família de origem, senão com o conceito amplo de família convivente.

Por outro lado, o legislador tem previsto que o operador apóie sua ação com a cooperação que possa ser oferecida por programas estatais e organização da comunidade, tais como igreja, clubes de bairros, escolas de samba, juntas de vizinhos, sindicatos, sociedades de fomento e outros. O objetivo que se persegue é o de fortalecer os laços de solidariedade em conflito com a lei penal”.⁴⁴

À vista disso, a Doutrina Espírita e o movimento Espírita do Brasil tem muito a oferecer com o seu conceito de família espiritual constituída pelos laços de amizades e outras afinidades e com a administração cristã, abrigos, oficinas de trabalho hospitalais, escolas e outros estabelecimentos filantrópicos.

13. Regime da semiliberdade

“O sono liberta a alma parcialmente do corpo. Quando dorme, o homem se acha por algum tempo no estado em que fica permanentemente depois que morre. Tiveram sonhos inteligentes os Espíritos que, desencarnando, logo se desligam da matéria. Esses Espíritos, quando dormem e, vão para junto dos seres que lhes são superiores. Com estes viajam, conversam e se instruem. Trabalham mesmo em obras que se lhes deparam concluídas, quando voltam, morrendo na Terra, ao mundo espiritual. Ainda esta circunstância é de molde a nos ensinar que não deveis temer a morte, pois que todos os dias morreis, como disse um santo”⁴⁵.

⁴⁴ Elias Carranga, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, op. cit., p.367-368.

⁴⁵ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 402.

O regime da semiliberdade é fundado na segregação temporária do Adolescente-Infrator de sua comunidade para estabelecimento de permanência que se caracteriza restrição parcial da liberdade de ir e vir, com prévia autorização de estabelecer programa de ressocialização com atividades internas e externas. Tratando-se de medida restritiva da liberdade social sua aplicação, precisa ser restrita a reconhecido interesse e proteção do menor, aliados a gravidade da natureza do ato infracional, aos antecedentes e a personalidade do Infrator.

É uma medida intermediária entre o internamento e a liberdade assistida, sendo que tanto pode ser determinada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto.

Flui do art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) a importante terapia que, comparada à função do sono no conceito Espírita, consiste na manutenção do Adolescente – infrator recolhido em estabelecimento durante o tempo que não puder ser ocupado externamente com atividades úteis acompanhadas de equipe técnica do próprio estabelecimento para ressocialização capaz de garantir-lhe a cidadania quando da revogação da medida.

Considerando ter a parte final do caput do art.120 do ECA confiado a instituição executora de programa do regime da semiliberdade o controle de decisão sobre a atividade externa, é de fundamental importância o comprometimento da equipe técnica com a preparação da volta do Adolescente a comunidade ao ser liberado.

A Equipe Interprofissional e a direção do estabelecimento devem ter o bom senso para afastar o Adolescente de sua comunidade o tempo extremamente necessário a prevenção do incentivo ao desvio de conduta, podendo tomar como orientação o exemplo, oferecido por Marcel Esquinel Hoppe, citado por Tânia da Silva Pereira, Infra transcrito:

“Afirma que, dependendo da situação, o período de permanência do adolescente na entidade poderá ser a noite ou parte do dia, ou ainda fins de semana. Nos casos em que o grupo familiar é capaz de controlar a conduta do jovem, ele poderá, por exemplo, dormir em sua casa e realizar as atividades sócio-educativas em parte do dia ou nos finais de semana. Quando se trata de família incapaz de exercer controle ou, mesmo, for estimuladora de condutas anti-

sociais, recomenda-se que o adolescente passe as noites na entidade de semiliberdade".⁴⁶

A natureza do regime da semiliberdade, assim analisado, tem total semelhança com a finalidade do sono no conceito Espírita: tanto em um como no outro a privação da liberdade permite a correção das falhas do recolhido, sem lhe prejudicar os avanços educativos possíveis de conquistar dispondo de sua vontade junto à comunidade que receberá ao ser libertado.

No regime de semiliberdade, como com a liberdade oriunda do sono, existem superiores, em qualidades intelecto-moral, com a obrigação de orientar e incentivar o reeducando a consolidar-se gradativamente dentro do convívio sócio-familiar, através da instrução escolar, do trabalho e de entretenimento sadios (esportes, viagens...).

Cabe lembrar que a execução de atividades externas é elementar ao regime da semiliberdade, de modo que a sua inexistência implica no transporte dessa medida para o regime da internação.

Acomodando-se a disciplina da internação ao regime da semiliberdade, por mais que justifiques os interesse do adolescente, é vedada a duração por mais de três anos.

Dúvida inexistente que, não aproveitando as concessões recebidas, no curto prazo de três anos, são desperdiçados os métodos pedagógicos, aplicados ao reeducando, como acontece com os Espíritos que não sabem aproveitar a liberdade do sono, senão vejamos:

"O sono é o repouso do corpo, mas o Espírito não tem necessidade de repouso. Enquanto os sentidos estão entorpecidos, a alma se liberta. O sono foi dado ao homem para a reparação das forças orgânicas e para a reparação das forças morais. Enquanto o corpo recupera os elementos que perdeu pela atividade da vigília, o Espírito vai se retemperar entre os outros Espíritos; ele haure no que vê, no que ouve, e nos conselhos que lhe são dados, idéias que

⁴⁶ Pereira, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*, op. cit., p. 571.

reencontra, ao despertar, em estado de intuição; é o retorno temporário do exilado à sua verdadeira pátria; é o prisioneiro momentaneamente libertado.

Mas ocorre, como para o prisioneiro perverso, que o Espírito nem sempre aproveita esse momento de liberdade para o seu adiantamento; se ele tem maus instintos, em lugar de procurar a companhia dos bons Espíritos, procura a dos seus iguais e vai visitar os lugares onde pode dar livre curso às suas tendências”.⁴⁷

A escolarização e a profissionalização, também obrigatórias no regime da semiliberdade, em regra são atividades externas que exigem profundo entrelaçamento entre os servidores daqueles cursos e os da unidade de permanência para remoção dos desvios de conduta do reeducando.

Não obstante a importância das atividades internas, especialmente pela expiação decorrente do período de isolamento do convívio social, deixa o estudo da matéria para o capítulo seguinte, referente ao regime da internação adiantando que no regime da semiliberdade o reeducando tem a oportunidade de poder deduzir, por experiência própria quanto poderá ser infeliz evoluindo na criminalidade, ao extremo de precisar ser submetido a internação.

Cabe, ao final, transcrever a interpretação de Alessandro Baretta⁴⁸, sobre a aplicação das regras do regime da internação ao regime da semiliberdade, o qual escreveu assim:

“Deve-se, portanto, considerar válido também para a semiliberdade o limite de aplicabilidade estabelecido para a internação com os incs. I, II, e III do caput do art. 122 em relação à gravidade das infrações. O mesmo vale para o princípio de (rigorosa) subsidiariedade estabelecido no §2º do mesmo artigo, bem como, obviamente, pelo disposto no art. 123 do Estatuto. Também as normas previstas para a

⁴⁷ Kardec, Allan. O Evangelho Segundo o Espiritismo, op. cit., capítulo XXVIII, item 38

⁴⁸ Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Gancia Mendez (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Op. cit., p.370.

tutela e no interesse do adolescente nos arts. 124 e 125 aplicam-se, quase todas, ao regime de semiliberdade. No que diz respeito à natureza, à aplicabilidade e à duração, em geral, da medida, aplicam-se à semiliberdade os princípios de brevidade e excepcionalidade estabelecidas no art. 121. Valem, outrossim, as disposições contidas nos §§2.º, 3.º, 5.º e 6.º do mesmo artigo. Por outro lado, a remissão diz respeito ao §4.º só no que tange à obrigação ali estabelecida de libertação do adolescente ao término do período máximo de três anos, mas não no que tange à possibilidade, por parte do juiz, de decidir sobre a transcrição para uma outra medida (isto é, apenas a liberdade assistida. Trata-se, de fato, de uma consequência não favorável aos interesses e aos direitos do adolescente, que deve ser considerada peculiar da medida de internação”.

14. Internação

“A transformação da humanidade foi predita e a atingis esse momento, que apressam todos os homens que ajudam o progresso. Ela se cumprirá pela encarnação de Espíritos melhores que constituirão sobre a terra uma nova geração. Então: os Espíritos dos maus, que a morte ceifa cada dia, e todos aqueles que tentem atrasar a marcha das coisas, delas serão excluídos, porque serão deslocados do convívio com os homens de bem, dos quais perturbariam a felicidade”⁴⁹.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro evolui no objetivo de anular as causas criminógenas, reparar ou atenuar os efeitos do crime e ressocializar o autor do ato infracional, impondo o suprimento das necessidades fundamentais da criança e do adolescente, valorizando o processo de desenvolvimento dessas faixas etárias, atribuindo a sociedade em geral e, especialmente ao poder público, a responsabilidade de colocarem em prática os princípios de proteção integral e prioridade absoluta, para, com total primazia, combater a exclusão social.

A Filosofia Espírita está entrelaçada com o ECA porque ambas legitimam, incondicionalmente, todo projeto de estruturação

⁴⁹. Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 1018.

moral do homem, pela reforma comportamental e de valor trabalhada desde a infância.

Considerando a privação de liberdade, tem-se a internação como pena semelhante à pena de reclusão cumprida em regime fechado, esta reservada a criminosos perigosos.

Por essa parcela de natureza penal que a medida de internação comporta, o legislador do Estatuto, introduziu, no caput do art. 121, os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A penalidade aplicada ao adolescente, não obstante a expiação imediata, decorrente de seu afastamento da família e da comunidade para viver em estabelecimento de controle estatal, tanto no Espiritismo como no ECA, é proveitoso até o limite da defesa social humana, para atender o fim mediato e sublime de ressocialização, ponto de partida do abandono das características penais da medida sócio-educativa de internamento.

Justifica-se essa interpretação porque os cuidados com a reinserção do adolescente foram tomadas desde o §1º do art. 121, do ECA, quando foi confiada a equipe multiprofissional da entidade a realização de atividade externa, salvo expressa determinação judicial em contrário.

Tem razão Kardec ao afirmar na questão 768 do “O Livro dos Espíritos”, que no isolamento o homem se embrutece e se debilita, – razão assiste ao legislador ao permitir que o educando possa, com rapidez iniciar a reconquista de seu espaço na comunidade.

O princípio da brevidade orientou o tempo de duração da internação, fixado entre o mínimo de seis meses e o máximo de três anos, nos termos do art. 121, §§2º, 3º e 5º, do ECA, sem prazo determinado e com reavaliação a cada seis meses. É evidente que o mínimo de seis meses fica sujeito a liberação compulsória aos 21 (vinte e um anos de idade)

Cabe lembrar que o final da medida de internamento somente é autorizada por autoridade judicial, ouvido o Ministério Público (art. 121, § 6º do ECA) e consiste na liberação plena ao convívio social, por força do limite da idade ou por reabilitação completa e tratando-se de progresso de medida sócio – educativa quando a personalidade do

adolescente apresenta sinais de que a colocação em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida (art. 121,§,4º do ECA) atende melhor o amadurecimento psicossocial do adolescente.

O amadurecimento psicossocial é uma fatalidade marcada por diversas fases da existência orgânica. Esse processo de desenvolvimento das estruturas da personalidade e da individualidade tem na adolescência características inquietadoras de incompleto que precisam ser controladas por métodos lúcido, consciente, excepcionalmente, rigoroso.

Os princípios da prioridade absoluta e proteção integral que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), exigem que vários fatores educativos sejam colocados a disposição do adolescente para que ele possa atingir o patamar de amadurecimento pela via mais adequada as suas inspirações. No conjunto dos recursos evolutivos, tanto para Doutrina Espírita como para o ECA, como última alternativa para acordar os sentimentos nobres que dormitam no universo íntimo do ser humano, – o sofrimento materializado na medida sócio – educativa de internação é necessário.

O ECA, em seu art.122, enumera as hipóteses que autorizam a exceção da internação quando as outras medidas sócio – educativas não propiciam solução aos problemas que afetam o comportamento do infrator, diluindo as seqüelas do ato infracional e arrastando-o as realizações superiores.

Assim, não cabe a aplicação da medida sócio-educativa de internação fora da situação jurídica que enquadra o infrator em uma ou mais das hipóteses expressamente enumerados no referido art. 122.

A exceção ficou limitada a duas modalidades: a) de origem imediata no ato infracional - aplicação da medida de internação pela natureza do ato infracional (grave ameaça ou violência à pessoa) e a vida anteacta do infrator (reiteração na execução de outras infrações graves); b) de origem imediata no ato indisciplinar - aplicação da internação com objetivo disciplinar (para impor cumprimento de outra medida).

A primeira é aplicada originalmente como forma de se impor o início da aquisição de virtudes indispensáveis ao processo de ressocialização e a segunda modalidade destinada a exigir do

educando que se submeta ao cumprimento da (s) medida (s) sócio – educativa que lhe foi originalmente imposta.

O prazo máximo de internação quando a medida for de natureza assecuratória ficou estabelecido (art. 122, §1º) em três meses.

Em face à importância para o fim de amadurecimento do adolescente, o §2º do art. 122 do ECA induz o pensamento do julgador a permanecer firme na defesa do princípio da exceção, estabelecendo que: *“Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”*.

A solução dos problemas sociais pela privação da liberdade do adolescente – infrator somente poderá ser alcançada, tendo como fundamento os princípios do ECA, se o ambiente da segregação oferecer condições adequadas a socialização.

O art. 123 do ECA descreve as características do estabelecimento adequado para funcionar executando medida sócio-educativa de internação.

Nesse particular, é importante conhecer o ponto de vista de Paulo Lúcio Nogueira, o qual nos filiamos, transcrito infra:

“Ninguém pode negar a existência de adolescentes perigosos, ainda que se atribua a sua precoce periculosidade ao meio social, à falta de recursos, à fome, à miséria, a má distribuição de rendas, ou a outras causas a que se apegam os pseudo defensores dos direitos humanos para deixarem de reconhecer a atuação desses menores perigosos, enquanto eles agem abertamente na sociedade. Assim, não podemos ter escrúpulos para não admitir o recolhimento desses menores em celas especiais de cadeias públicas, quando não há outro local adequado para recolhê-los, ainda que se reconheça também que essas celas nada têm de especiais, pois são celas comum de cadeia.”⁵⁰

⁵⁰ Paulo Lúcio Nogueira. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo, Saraiva, [s.d.], p. 166.

Na realidade, por mais hostil seja o meio, é possível exercitar a virtude e desenvolver conhecimento que levam ao aprimoramento dos sentimentos nobres.

É possível respeitar os direitos do adolescente, ainda quando internado em uma cela de Delegacia de Polícia, enumerados de forma exemplificativa no art. 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tratando-se de medida extrema, o legislador, no art. 125 do ECA Abandonou a política de municipalização e reservou ao Estado o dever de implantar o programa de internação como também a exclusividade de execução.

15. Remissão

*“Deus sabe discernir o bem e o mal; a prece não oculta as faltas. Aquele que pede a Deus o perdão de suas faltas, não o obtém senão mudando de conduta. As boas ações são as melhores preces, porque os atos valem mais que as palavras”.*⁵¹

A remissão adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é instituto que corretamente cultivado constitui direcionamento seguro a prosperidade do adolescente que, após cometer ato infracional, percebe o erro e aceita a proposta capaz de fortalecer suas resistências morais.

Esse instituto é disciplinado na Lei Federal 8.069/90 (ECA) para autorizar ao Representante do Ministério Público ou ao próprio juiz, no ato infracional de pequena gravidade, concederem o perdão puro e simples ou negociar a aplicação de uma medida sócio-educativa que não seja a de colocação em regime de semiliberdade nem a de internação.

Cuida-se de medida da responsabilidade exclusiva do Promotor de Justiça, evidentemente antes de instaurado o procedimento judicial (art. 126, caput. do ECA), apesar da necessidade da homologação do juiz. Ocorre que ao discordar do Promotor de Justiça o Juiz determinará a remessa dos autos para a apreciação do Procurador Geral de Justiça. Contudo, este não pode modificar a remissão concedida pelo Promotor de Justiça; pode pedir

⁵¹ Allan Kardec. O Livro dos Espíritos, op. cit., questão 661.

o arquivamento, ratificar a remissão e representar. Os autos prosseguirão conforme o entendimento do Procurador Geral de Justiça ou do membro do Ministério Público que por ele for designado para reapreciar o caso.

O juiz antes de conceder a remissão nas hipóteses de processos instaurados (art. 126, parágrafo único e art. 148,II, ambos do ECA), deve ouvir o representante do Ministério Público (art. 186, § 1º do ECA). O poder de conceder remissão do Juiz, após o oferecimento da representação, inicia-se no término da audiência de apresentação (art. 186, § 1º do ECA) e é exaurido com a sentença (art. 188 do ECA).

O Legislador identificado com a profunda psicologia do adolescente ao permitir a Justiça consensual abriu via de solução dos conflitos destituídos dos riscos próprios das investigações e aprimorou as possibilidades de ressocialização.

Para que a remissão seja concedida é preciso haver prova de que existiu ato infracional cometido pelo adolescente ou que este tenha contribuído.

Ressalte-se que a remissão é, talvez, uma das maiores conquistas para ressocialização porque apesar de não investigar detalhadamente o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, une as experiências dos envolvidos e permite o acompanhamento conjunto do esforço do auto-aprimoramento do adolescente.

A remissão, como escreve José Luis Mônaco da Silva⁵², é o instituto através do qual o adolescente recebe a clemência do Estado por motivos de conveniência social.

Jesus, o insuperável modelo da Humanidade ao destacar a importância da reconciliação rápida com os adversários⁵³ elegeu a justiça negociada como a que se enquadra na melhor conjuntura científica, filosófica e moral. Enalteceu o perdão em várias lições

⁵² Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários. São Paulo, Revista dos Tribunais, p.199 [retirado da Revista AP.MP., em 14/01/98].

⁵³ S. Mateus, cap V, vv 25 e 26.

narradas no evangelho, sem deixar de advertir sobre a necessidade de mudança de comportamento, sem desconsiderar a reparação do erro.

Maria de Magdala foi perdoada, mas teve de expiar suas faltas sofrendo em seu próprio corpo os efeitos da “lepra”, domou suas inclinações equivocadas e abandonou os lucros oriundos da ilusão para ser a Santa Maria Madalena.

Pedro traiu o Mestre e foi perdoado, mas, com incomparável esforço uniu suas forças para expiar suas fraquezas. Oferecendo seu testemunho de resignação, coragem e perseverança até o testemunho final, quando crucificado de cabeça para baixo foi consagrado São Pedro.

O Espiritismo reconhece, em consonância com a moral cristã que o perdão, seja em sua forma pura e simples do nada exigir ou acompanhada da aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, é o ponto culminante da justiça vivida entre homens de bem.

O perdão é ato bom que tem por finalidade tornar virtuoso o ser que o recebe, isto na moral espírita, esta que adota a cristã, não deve prosseguir o esforço de melhora imposta depois de se ter atingido o padrão de comportamento almejado. Assim, transportado esse princípio ético para o ECA, encontramos em seu artigo 128 que a medida sócio-educativa aplicada por força de remissão poderá ser revista a qualquer tempo, evidentemente, porque como no espiritismo, não deve continuar a atividade educativa quando esta tiver cumprido a finalidade de tornar bom o adolescente que violou a Lei nem quando não estiver dando mostra de viabilidade de se alcançar o objetivo.

A essência almejada no homem, na concepção espírita é equivalente ao conceito do ECA, isto é: trata-se do conjunto de virtudes que incrementa o corpo e a alma, dando-lhe condição natural de vida social.

Admitindo-se que a única via do progresso da humanidade é a assistência múltipla e que nenhum homem dispõe de faculdades completa, é consequência natural que a aplicação do perdão possibilita a vida em sociedade de forma civilizada.

É evidente que a remissão concedida pelo Representante do Ministério Público como perdão puro e simples ou com aplicação de

medida, finda antes de iniciado o processo, haverá a exclusão; iniciado o processo, nesses casos, o juiz ao conceder a remissão determinará a extinção do processo. Não sendo cumprido de imediato, o juiz determinará a suspensão do processo até que se cumpra a medida decorrente da remissão.

Isso não equivale a dizer que o ECA esteja em perfeita harmonia com as leis divinas, aplicado com boa compreensão sobressai o instituto jurídico de uma época pela qual o adolescente infrator passou a ser reconhecido com sua necessidade de ajuda para ingressar e transitar na via progressiva da civilização cristã.

A legislação em vigor permite que a porta do arrependimento seja aberta através da justiça consensual, porém, ainda limita os meios de correção.

Tratando-se de ser em evolução, vivendo e participando de uma sociedade com rápidas modificações, é de se admitir que os meios de ressocialização precisam de aperfeiçoamento contínuo e mais completo do que o adotado pelo ECA, para atender os verdadeiros princípios educativo.

Quem reconhece o próprio erro tem a consciência pronta para se submeter aos métodos corretivos necessário à libertação dos vícios pessoais.

Na questão 768, Kardec registrou a resposta dos Espíritos assim:

“O homem deve progredir. Sozinho, ele não pode porque não tem todas as faculdades: é-lhe preciso o contato dos outros homens. No isolamento, ele se embrutece e se debilita.”

O início da ressocialização para o infrator pode ser considerado o instante do reconhecimento de que aliando as falhas naturais à necessidade de continuar vivendo em sociedade, o perdão é lei natural que, simultaneamente, faculta oportunidades novas de evolução moral a quem perdoa e ao que busca o perdão.

O perdão, nessas concepções jurídico-espírita, é a porta de acesso a avaliação individual dos valores morais e do confronto destes com o próprio comportamento.

Com o instituto da remissão introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o perdão como compreendido pelo espiritismo, ganhou espaço maior e mais apropriado para servir ao ordenamento jurídico brasileiro.

16. Equipe multiprofissional

"Há culpa em estudar os defeitos dos outros? - Se é para os criticar e divulgar, ha muita culpa, porque é faltar com a caridade. Se é para fazê-lo em seu proveito pessoal e os evitar em si mesmo, isso pode algumas vezes ser útil. Mas é preciso não esquecer que a indulgência pelos defeitos alheios é uma das virtudes contidas na caridade. Antes de fazer aos outros uma censura de suas imperfeições, vede se não se pode dizer a mesma coisa de nós. Esforçai-vos, portanto, em ter as qualidades opostas aos defeitos que criticaís nos outros, esse é o meio de vos tornardes superiores. Se os censurais por serem avaros, sede generoso; por serem orgulhosos, sede humildes e modestos; sede grandes em todas as vossas ações; em uma palavra, fazei de tal maneira que não vos possam aplicar estas palavras de Jesus: ele vê um argueiro no olho de seu vizinho e não vê uma trave no seu."

É indispensável à administração da Justiça da Infância e da Juventude que os operadores do direito tenham o máximo de conhecimento sobre a natureza psicossocial do adolescente submetido a julgamento.

As investigações científicas sobre essa natureza quando confiadas a técnicos que não superaram os limites impostos pelo conceito de vida limitado ao ciclo biológico ficam prejudicadas.

A Doutrina Espírita oferece conhecimentos consolidados de que se participando da aceitação da existência antes da concepção encontra-se explicação de bom senso para ações e reações de adolescentes que não são admitidas como humanas quando asfixiadas pelo ciclo biológico.

Como significativa contribuição, sem querer ferir os exaltados que se aferram na tese de que a ciência não admite a existência de vida além do corpo, a Doutrina Espírita facilita a descoberta da natureza do investigado ao provar que se anulando o preconceito, descobre-se que essas ações e reações não são frutos exclusivos da situação atual.

Existe adolescente que submetido à investigação psicossocial sob o ângulo de ordem genética, dos princípios de educação e de todos os fatores influenciadores oriundos do meio de convivência, levam a conclusão errônea de que são portadores de desvio de conduta por eventualidade. Todavia, a brutalidade da forma de execução e a própria potencialidade ofensiva do adolescente revelam que a investigação bitolada as dificuldades naturais de uma única encarnação não propicia explicação lógica.

Mudanças repentinas, interpretadas dentro das fronteiras físicas, são capazes de confundir a concepção avançada de que o progresso é lei natural. A evolução é adquirida passo a passo, inicia-se com a compreensão de que deve suportar com paciência e perseverança as consequências do erro, em seguida vem a preparação para não reincidir, demonstrando forma de agir diferentes quando colocadas em situação semelhante à causadora direta do ato infracional, porém, somente está pronto para reiniciar a marcha evolutiva aquele que se oferece como instrumento de reparação dos danos que provocou.

A verdade que ressalta das investigações é, com preconceitos, o conflito da comparação das virtudes com os vícios. Esse conflito leva a certeza única de que, como afirmou Kardec, nos assemelhamos ao infrator:

*"Homem nenhum possui as faculdades completas. Mediante a união social é que elas umas as outras se completam, para lhe assegurarem o bem-estar e o progresso. Por isso é que, precisamos uns dos outros, os homens foram feitos para viver em sociedade e não isolados."*⁵⁴

Essa não é a finalidade da pesquisa. A Justiça precisa saber quais os riscos que o adolescente vai sofrer convivendo livremente no seio da sociedade e quais os limites que devem ser impostos dentro de seu grau de responsabilidade.

O processo de investigação deve aprofundar os exames dos fatos que desencadearam o ato infracional e prosseguir avaliando as consequências das medidas que forem aplicadas.

Os que operam na administração da Justiça precisam manter fidelidade ao incentivo à via conciliatória, considerando a importância

⁵⁴ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., resposta a questão 768.

da participação do infrator na sociedade organizada e desta naquele para que se viabilize a solução dos conflitos, dentro do ordenamento jurídico, sem exagero de repressão, mas, também, sem se permitir que a ordem pública seja ameaçada.

Nesse particular, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 150/151 disciplinou a criação e finalidade da equipe interprofissional, colocando-a como órgão auxiliar direto da Justiça da Infância e da Juventude.

Tratando-se, via regra, de profissionais especializados nas áreas médica- psiquiátrica, psicológica, de serviço social e educação. Devem ter, pelo menos, noções gerais sobre os princípios básicos do Espiritismo no campo da criminologia porque sendo uma Doutrina consolidada, tem relevante poder de criar na mente de seus estudiosos as formas especiais de interpretar a atuação do homem no meio social onde vive, de reconhecer sensações não observadas de outro âmbito, de descortinar vínculos familiares diferentes dos sangüíneos e outros.

A recomendação ao estudo do Espiritismo à equipe interprofissional para aperfeiçoamento dos serviços que dizem respeito ao ato infracional merece a transcrição, "*in verbis*":

"No estudo, finalmente, da etiologia do crime, impõe-se o exame dos fatores imediatos da criminalidade, os quais são, como se sabe, caminhos para degenerescência: a miséria social, o desequilíbrio emocional, a falta de educação moral, a ignorância, os defeitos da educação de origem, a inconformação com a realidade, a falta de um ponto de apoio espiritual como base de crença. Toda a ação do movimento espírita, no terreno espiritual como no terreno social, tem o sentido da previdência: evitar que se forme o criminoso, afastar os motivos da criminalidade, corrigindo deficiências do meio ou da própria formação do indivíduo. É, portanto, o Espiritismo uma doutrina que muito está concorrendo para o comedimento social, principalmente porque os seus ensinamentos se firmam sobre uma concepção de vida em que não há fatalismo, não há "castigo", não há solução de continuidade do progresso do espírito. O criminoso de hoje pode ser regenerado, porque a vida não se resume nos limites de uma existência terrena. Esta noção central, baseada em provas

experimentais, através de uma literatura científica que corre o mundo em todas as direções, vem contribuindo eficientemente para a regeneração de homens transviados da lei e das boas normas de vida: homens, que foram levados ao delito por falta de boa orientação espiritual, por falta de assistência cuidadosa, e hoje, pela influência salutar do Espiritismo, estão inteiramente readaptados.”

É importante frisar que o laudo oferecido pela equipe multiprofissional tem o único objetivo de oferecer subsídios ao julgador, servindo como prova pericial, destituída do contraditório.

Por fim, vale ressaltar que a equipe interprofissional é indispensável ao bom resultado de todo programa de atendimento, como com objetividade esclarece Paulo Lúcio Nogueira, infra:

*“Os resultados a serem obtidos em programas de atendimento, seja a criança e ao adolescente seja até mesmo aos adultos condenados, ou mesmo em qualquer outro serviço assistencial, dependem muito do interesse e dedicação de uma equipe devidamente preparada e de uma chefia consciente e atuante na busca de resultados concretos, pois, enquanto os problemas sociais estiverem afetos a políticos em busca de promoções pessoais, até as verbas públicas serão desviadas para a sua propaganda e faltaram sempre para os serviços essenciais.”*⁵⁵

17. Apuração do ato infracional

*“Melhor é repelir dez verdades do que admitir uma única falsidade”.*⁵⁶

A instituição policial vista, até mesmo pelos seus integrantes, em regra, como repressora imediata, considerando ser a primeira que avalia o rumo que o adolescente praticante de ato infracional deve seguir, precisa melhor educar os seus homens, preparando-os para a difícil tarefa de conviver com delinquentes e equivocados que lhes chegam a cada instante, sempre acompanhados de vítimas e familiares

⁵⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentado (Comentários ao Regime de semiliberdade), op cit.

⁵⁶ Allan Kardec. *Livro dos Médiuns*. 42. ed. Rio de Janeiro, Federação Espírita Brasileira, 1980, capítulo XX.

com dificuldades para serem solucionadas com as leis humanas e as divinas.

Boas leis, técnicas modernas, acomodações adequadas são requisitos indispensáveis na investigação de fatos e na coleta de motivos e circunstâncias que interferiram no querer do autor, porém, basta a influência da corrupção para o trabalho ser totalmente nocivo, ainda quando se chega à verdade.

Portanto, a chave do julgamento final correto é a imputação de ato infracional realizada por policiais conhecedores da lei, disciplinados e interessados no sucesso almejado, ou seja, na eliminação das paixões ruins descobertas no Autor do ato infracional.

O Ministério Público, ao receber o menor precisa ter confiança na prova recebida e a certeza de que o delegado de polícia construiu a imputação do ato infracional com a experiência e o conhecimento exigido a quem primeiro sonda o grau de risco pessoal e social, vivido por quem será submetido a julgamento sobre a necessidade ou não de ser impelido a cumprir medida sócio-educativa.

O ato infracional sub judice não se reproduz, conseqüentemente a explicação sobre a forma de execução, as causas e circunstâncias entram na ordem de coisas consumidas, que somente podem ser conhecidas por testemunha ocular e por outros meios de provas capazes de levar a compreensão àqueles que nada testemunharam.

Quando o adolescente é recolhido em flagrante, é importante que a autoridade policial o encaminhe, imediatamente, ao Representante do Ministério Público, antes de o liberar, porque sendo atribuição deste iniciar ou não a investigação social, terá para tanto de questionar os relevantes problemas de ordem moral, social e psicológico que precisam ser contemplados na decisão de manter o adolescente internado ou entregá-lo ao pai ou responsável.

Com a liberação do adolescente recolhido em flagrante, a posterior aplicação de medida sócio-educativa de internamento, normalmente, passa a ser vista como revide e dificulta ou impede seu efeito de ressocialização.

Portanto, não obstante os arts. 174 e 175 do ECA autorizarem a autoridade policial e ao Representante do Ministério Público a

liberarem o adolescente infrator, examinando somente a gravidade do ato infracional e a repercussão social, entendemos que o bom senso deve fazer com que essas autoridades tenham cautela máxima. De modo que deve ser examinado também o comportamento antecedente, a personalidade do adolescente e a estrutura familiar. O melhor é que a autoridade policial faça o encaminhamento diretamente ao Ministério Público.

Sendo o adolescente imediatamente encaminhado ao Ministério Público, não fica prejudicada a exigência do parágrafo único do art. 107, do ECA, uma vez que o Representante desta instituição também pode examinar a possibilidade de liberação.

Cuidados devem ser tomados sobre as críticas, censuras, acusações, julgamentos e tudo o mais que possa prejudicar a evolução moral do adolescente.

O ECA exige pressa na conclusão das investigações sociais, mas a sentença não pode ser justa quando o juiz a prolatar com dúvidas, conseqüentemente, para o próprio bem do Infrator, sem desobediência aos prazos legais, é preciso tempo suficiente para colheita das provas.

É de se considerar que o processo, com a garantia do contraditório e as outras exigência do art. 110 e segs., do ECA, somente pode ser iniciado através do Representante do Ministério Público.

A legislação em vigor, na conformidade do art. 180, do ECA, atribui ao Ministério Público a decisão de iniciar ou não a apuração do ato infracional. Portanto, nada mais correto do que também decidir provisoriamente, sobre a liberação do adolescente recolhido em flagrante.

Decidido que os autos não contém os requisitos necessários para iniciar a apuração do ato infracional é inquestionável a liberação do adolescente. Concedendo a remissão, nos termos do art. 126 caput. do ECA também é incontestado a necessidade de liberação do adolescente.

No entanto, quando o adolescente é representado, é de bom alvitre, que somente seja liberado se a remissão não foi concedida por falta de aceitação. Jamais deverá liberar o adolescente recolhido em

flagrante se houver possibilidade deste ser merecedor de medida de internamento. Nesse caso, o melhor é que a decisão venha do juiz, para evitar que uma autoridade libere e a outra determine o internamento.

O descobrimento da verdade, exigido pelo ECA, encontra adesão incondicional em Kardec, como vimos.

A convicção deve ser formada com observância rigorosa do ordenamento jurídico, porém, é preciso estar familiarizado com as condições sócio-psicológicas e econômicas do adolescente, para encontrar nos detalhes, insignificantes aos olhos do observador superficial, a prova que leva à compreensão.

É preciso empenho do Representante do Ministério Público, do advogado, do juiz e de todos os profissionais auxiliares para que a prova apurada permita um julgamento estudado, sob todos os ângulos, que justifique categoricamente dentro dos princípios do direito a decisão proferida.

O julgamento correto exige do julgador o conhecimento de fato e de direito sobre a matéria "sub judice".

A Doutrina Espírita tem oferecido soluções para problemas de mais alto interesse, para reforma íntima, que não foram encontrados pela ciência convencional. Portanto, não é possível o juiz examinar os casos de conhecimento exclusivo do Espiritismo e, conseqüentemente, aplicar medida sócio-educativa ou liberar o adolescente, sem estudo mais aplicado desse estado excepcional oriundos da obsessão e da reencarnação.

A pesquisa sobre os antecedentes dos adolescentes infratores constata que, entre eles, muitos tiveram vidas desajustadas desde crianças, como registrou Kardec, em o Livro dos Espíritos, questão 199, transcrita infra:

"Não é racional, aliás considerar a infância como estado normal de inocência. Não se vêem crianças dos piores instintos em idade na qual a educação não pôde, ainda, exercer sua influência? Algumas não há que parece trazer no berço a astúcia, a felonía, perfídia, o instinto mesmo para o roubo e o homicídio, não obstante os bons exemplos dados pelos que com ela convivem? A lei civil as absolvem de suas

ações porque, diz ela, não agem com discernimento, e tem razão porque, com efeito, elas agem mais instintivamente que pela própria vontade. Mas de onde podem provir esses instintos tão diferentes em crianças da mesma idade, educadas nas mesmas condições e submetidas às mesmas influências? De onde vem essa perversidade precoce, senão da inferioridade do Espírito, uma vez que a educação não contribuiu para isso? As que são viciadas é porque seu Espírito progrediu menos e, então, sofrem as conseqüências não por seus atos de crianças mas por aqueles de suas existências anteriores. É assim que acontece, a lei é a mesma para todos e a justiça de Deus alcança todo mundo.”

18. Pedido de arquivamento

“Qualquer que seja a confiança legítima que vos inspirem os Espíritos que presidem aos vossos trabalhos, uma recomendação há que nunca será demais repetir é que deveis ter presente sempre na vossa lembrança, quando vos entregais aos vossos estudos: é a de pesar e meditar, é a de submeter ao cadinho da razão mais severa todas as comunicações que receberdes; é a de não deixardes de pedir as explicações necessárias a formardes opinião segura, desde que um ponto vos pareça suspeito, duvidoso ou obscuro.”⁵⁷

Na apuração de ato infracional, o ponto de partida é o conhecimento da existência de conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA), e que tenha sido cometido por menor de dezoito anos de idade, na data do fato (art. 104 do ECA).

Com o convencimento irrefutável de que um desses requisitos inexistente, o Representante do Ministério Público tem o dever de requerer o arquivamento dos autos. Ressalte-se que a palavra promover foi empregada na concepção de requerer no inciso I do art. 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra questão que merece explicação é que o presente estudo é restrito ao ato infracional cometido por adolescente (12 anos completos e 18 anos não atingido).

⁵⁷ Allan Kardec. *Livro dos Médiuns*, capítulo XXIV, item 266. Ditado pelo Espírito São Lúís

A atribuição investigatória do Ministério Público é de imperativo constitucional, com ampla área de atuação seja no procedimento penal, administrativo e, especialmente, nas legislações especiais que criaram os juizados de Pequenas Causas e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Aliás, o Ministério Público deve investigar os fatos através de requisições à Polícia Judiciária e quando a formação de sua convicção precisar de elementos probatórios que possam ser colhidos diretamente tem prerrogativas institucionais para produzir a prova necessária à produção da verdade diretamente.

É interessante observar que o membro do Ministério Público que dirigir, acompanhar ou outra participação tiver nas investigações não está impedido de propor a conseqüente ação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 179 exige que o Representante do Ministério Público faça investigação direta no procedimento para apuração do ato infracional, ouvindo o adolescente, a quem se atribui à autoria do ato infracional, e seus pais, vítima e testemunha.

Portanto, somente a verdade real da ausência de pelo menos um dos requisitos legais é que o pedido de arquivamento deve ser formulado. Na dúvida as investigações devem prosseguir.

Como o art. 182, § 2º do ECA autoriza o oferecimento de representação sem que o representante do Ministério Público detenha prova pré-constituída da autoria e materialidade, com maior razão a verdade real deve ser conhecida para decisão ser pelo arquivamento dos autos de investigação.

A matéria foi tratada por Paulo Afonso Garrido, com a objetividade infra:

“No que se concerne ao interesse de agir, algumas considerações são inevitáveis. Se, no processo penal, em síntese, o interesse de agir repousa em elementos de convicção colhidos em fase anterior ao processo, de sorte a conferir idoneidade ao pedido, impedindo que o cidadão sofra os constrangimentos inerentes ao processo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever um verdadeiro juizado de instrução, estabelecendo um procedimento judicial

de apuração de ato infracional, dispensou a figura do inquérito policial, remetendo a coleta de provas diretas ou indiciárias para a fase judicial. Assim, afastou o rigor próprio do processo penal, minimizando a severidade da avaliação da justa causa para a invocação da tutela jurisdicional. Por tal razão, expressamente consignou que a representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (ECA, art. 182, § 2º), deixando claro que o interesse de agir encontra-se implícito na peça inaugural da ação sócio-educativa pública, porquanto a aplicação coercitiva da medida não prescinde da intervenção jurisdicional de apuração do ato infracional.”⁵⁸

A independência da prova pré-constituída não implica na autorização de representação sem uma manifesta evidência que passe pelo crisol da razão e da lógica.

É preciso saber se colocar como técnico e como cristão para compreender as peças informativas oriundas da delegacia de polícia e as obtidas na própria Promotoria de Justiça para que se chegue ao convencimento próprio com elementos de convicção que atenda as exigências de todos os interessados na revelação da verdade.

O conhecimento das ciências afins é fundamental porque vindo a convicção de fato já consumado para compreendê-lo tem de ser considerada toda palavra, observadas as circunstâncias, reflexão cuidadosa na parte e no conjunto de dados colhidos.

Reconhecer que o delegado de polícia tem conhecimentos teóricos e experiência investigatória, não obstante ser passível de engano, faz-se necessário para não desmerecer o trabalho e o convencimento do profissional honesto, formando opinião contrária sem atingir a constatação de verdade.

Cabe ao Promotor de Justiça, por todos os meios legais, afastar as influências oriundas de ponto de vista pessoal dos profissionais que contribuíram com a formação da peça de convencimento sob apreciação, com o máximo respeito a individualidade, as preocupações devem ser direcionadas ao conjunto,

⁵⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Op. cit., p. 521.

com observação criteriosa, pelo próprio raciocínio, de todos os fatos e circunstâncias colhidos.

19. Representação

"Por que, no mundo, os maus, tão freqüentemente, sobrepujam os bons em influência?"

*"Pela fraqueza dos bons; os maus são intrigantes e audaciosos, os bons são tímidos. Quando estes o quiserem dominarão."*⁵⁹

Cabe ao representante do Ministério Público (Promotor de Justiça da Infância e Juventude, Procurador Geral de Justiça ou outro membro que este indicar) a tarefa de decidir se o ato infracional cometido por adolescente ou com a contribuição deste, tem o potencial ofensivo que possibilite prejuízos de grau inferior aos sofridos pelo adolescente e a sociedade com a instauração do procedimento judicial.

Tem a atribuição de iniciar ou não o procedimento judicial, na ordem preferencial, um excluído o outro, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, o Procurador Geral de Justiça e o membro que este indicar, tudo na conformidade do artigo 181, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A representação é a peça vestibular da instauração do procedimento, nos termos do art. 182, caput, do ECA, para aplicação da medida sócio-educativa pública que se afigurar a mais adequada, na futura avaliação do juiz, sem indicação nesta peça inicial, pelo membro do Ministério Público que a oferecer com fim de invocação da tutela jurisdicional como medida coercitiva contra conduta descrita como crime ou contravenção penal, da responsabilidade de adolescente.

O Ministério Público, assim, é o órgão de importância impar na tomada de iniciativa no controle do comportamento infrator do adolescente.

É evidente que para exercer tarefa de suma responsabilidade, além de conhecer: a técnica jurídica, os pressupostos processuais e os

⁵⁹ Allan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 932.

princípios gerais do direito, são indispensáveis os subsídios encontrados nas ciências auxiliares.

O art. 179 do ECA determina que o representante do Ministério Público proceda a oitiva informal do adolescente antes de decidir pelo arquivamento, remissão ou representação, justamente para que analise pessoalmente o seu caráter.

Exige-se do Representante do Ministério Público a árdua tarefa de colocar freios, em primeira mão, na maldade do infrator, mantendo a ordem jurídica, sem se desviar dos métodos educativos.

Confiando na atuação consagrada do Ministério Público em face à necessidade de ser facilitada a introdução de outros métodos educativos dentro dos elásticos limites do ECA, para aperfeiçoar à medida de defesa da sociedade, sem deixar de proteger integralmente o adolescente infrator, - o legislador conferiu poderes para o titular da ação sócio-educativa pública decidir entre o arquivamento, remissão e representação.

Comentando sobre a matéria, Paulo Afonso Garrido de Paula expressa-se como infra, "in verbis:"

"Assim, ao perseguir-se a atuação coercitiva das sanções previstas em lei, mediante o oferecimento de representação, busca o Ministério Público (Estado- Administração) equacionar a necessidade de defesa social com possibilidade de interferência na educação do adolescente, de modo a buscar reversão do quadro infracional evidenciado pela incidência em conduta descrita como o crime ou contravenção penal",⁶⁰

No ordenamento jurídico cabe ao Representante do Ministério Público suprir a fragilidade da vítima e dos educadores naturais (pais ou representante legal) para disciplinar os impulsos instintivos do adolescente infrator, invocando a Tutela Estatal; no espiritismo o representante do Ministério Público tem a obrigação moral para consigo mesmo, em seguida para com a sociedade de ser inflexível na condução do bem. Amparar os adolescentes, estes vítimas de suas próprias paixões e a sociedade dos males definidos como ato infracional no Estatuto da Criança e do adolescente (ECA).

⁶⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, op. cit., p. 510.

Com a instauração do procedimento judicial, através da representação, o ato infracional passa a ser matéria de estudo e para seu entendimento profundo faz pesquisa sobre todas as condições psicossocial do representado, tornando relativamente público todos os seus vícios. Essa publicidade é a circunstância que mais leva o representante do Ministério Público a refletir sobre a apuração do ato infracional.

Nesse particular, São Luiz, Espírito, quando questionado sobre a utilidade de se descobrir o mal de outrem, respondeu com a precisão seguinte:

*“Esta questão é muito delicada e requer um apelo à caridade bem entendida. Se as imperfeições de uma pessoa só a ela são prejudiciais, não há utilidade em torná-las conhecidas, mas, se podem prejudicar a outros é preferível o interesse do maior número do que o de um só. Conforme as circunstâncias desmascarar a hipocrisia e a mentira pode ser um dever, pois é melhor que caia um homem só do que muitos fiquem logrados e sejam vítimas dele. Em tal caso é preciso contrabalançar a soma das vantagens e dos inconvenientes”.*⁶¹

Trabalhando com essa responsabilidade moral, dentro de uma estrutura que realmente possibilite a ressocialização do infrator, o representante do Ministério Público deixa de ser o acusador incondicional para ser visto como protetor dos adolescentes cujos pais já não tem a quem confia-los.

Adquirindo a confiança dos pais e na maioria das vezes do próprio infrator o representante do Ministério Público oferece a representação somente por não poder por outra via colocar no sistema de semiliberdade ou de internamento o adolescente que precisa ser lapidado mediante afastamento temporário do meio onde vive e com auxílio mais freqüente e direto da equipe interprofissional.

Assim, em geral, na busca de aplicação de medida sócio-educativa por sentença, não obstante os esforços contrários dos advogados, o titular da ação tem a anuência dos responsáveis pelo infrator.

⁶¹ Allan, Kardec. *O Evangelho Segundo o Espiritismo*, op. cit., Capítulo X, item 21.

Dai, seja sobre os princípios do ECA ou sobre as influências do espiritismo, ao oferecer a Representação, o representante do Ministério Público apresenta-se como titular da ação terapêutica da alma do infrator.

20. Sentença sócio-educativa

*“Para julgar os Espíritos, como para julgar os homens, é preciso primeiro que cada um saiba julgar-se a si mesmo. Muita gente há, infelizmente, que toma suas próprias opiniões pessoais como paradigma exclusivo do bom e do mau, do verdadeiro e do falso; tudo o que lhes contradiga a maneira de ver, a suas idéias e ao sistema que conceberam, ou adotaram, lhes parece mal. A semelhante gente evidentemente falta a qualidade primacial para uma apreciação sã: a retidão do juízo. Disso, porém, nem suspeitam. É o defeito sobre que mais se iludem os homens.”*⁶²

A decisão terminativa exige exame proficiente sobre a materialidade, autoria, responsabilidade e grau de evolução intelectual-moral, face ao amplo poder discricionário que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) concede ao juiz da infância e da juventude.

O predomínio do interesse evolutivo do adolescente, inclusive sobre o subjetivismo do direito, exige investigação profunda das causas que levaram o adolescente a cometer o ato infracional para que a absolvição ou coerção educativa seja a mais adequada a formação do caráter do adolescente.

O art. 189 do ECA transcreve o art. 386 do Código de Processo Penal, com as corretas adaptações, e o art. 152 do ECA autoriza a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual penal.

A sentença sócio-educativa, na definição de Paulo Garrido⁶³ : “é a decisão que resolve o mérito da causa, solucionando a lide sócio-educativa”.

⁶² Allan Kardec. *O Livro dos Médiuns*, op. cit., capítulo XXIV, item 26.

⁶³ Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, op. cit., p. 534.

A procedência ou improcedência da ação deve ser sustentada em relatório bem elaborado, seguido de justificação convincente, por ser essenciais à sentença sócio-educativa.

Observado o Estatuto da Criança e do adolescente dentro do contexto do ordenamento jurídico encontra-se os limites do poder discricionário do juiz na obediência aos dispositivos legais e o interesse de preparar o adolescente para o convívio social respeitando os padrões morais, pelo menos os protegidos pela lei.

Nas hipóteses enunciadas no art. 189 do ECA (prova da inexistência do fato; falta de prova da existência do fato; não constituir o fato ato infracional e falta de prova quanto a autoria do representado) o juiz tem o dever de julgar improcedente a representação. Conseqüentemente absolve o representado, isentando-o de qualquer sanção, inclusive deve determinar que o coloque imediatamente em liberdade, caso esteja internado exclusivamente devido a execução ou concorrência do ato infracional ensejador da representação improcedente. Encaminhará, em caso de internamento, alvará de liberação a autoridade administrativa responsável pela internação.

Ressalte-se que a absolvição não impede a aplicação de medida sócio-educativa de proteção, isto é: das enumeradas nos incisos I a VI do art. 101 do ECA, desde que motivada por omissão dos pais ou responsável, com enquadramento no art. 89, inc. II do ECA. Essas medidas de proteção não podem ser consideradas sanção porque é de natureza exclusivamente assistencial.

Tratando-se de sentença que julga o mérito da causa, é evidente que não admitida a improcedência, o juiz acolhe a representação. Julgada procedente a representação, o juiz aplicará ao adolescente a medida adequada entre às taxativamente enumeradas no art. 112 do ECA (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das previstas no art.101, I a VI.

É essencial à procedência da representação ser considerado provado o ato infracional, mas no que diz respeito à autoria, é suficiente indícios, na conformidade do art. 114 do ECA., para permitir ao juiz a aplicação da simples advertência; nas outras hipóteses de procedência é

indispensável provada autoria ou de ter o adolescente concorrido para o ato infracional descrito na representação.

O poder discricionário autoriza ao juiz aplicar isolada ou cumulativamente as medidas coercitivas, bem como substituí-las a qualquer tempo (art. 113 do ECA), levando em consideração para sua escolha as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares, sem prejuízos ao combate eficaz dos vícios. Levando-se em consideração que o importante não é o seu tempo de duração, mas a forma de motivação expressada pelo Infrator em cada etapa da execução da medida socioeducativa.

Na aplicação da medida sócio-educativa de internamento o juiz continua com o poder discricionário pleno para não aplicação porém, no que diz respeito a aplicação dessa medida, somente será aplicada nas hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ofensas realizadas; reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta).

A lição do criminologista Fernando Ortiz, sobre a sentença indeterminada, merece ser transcrita, por resumir com proficiência a visão jurídica aplicada pelo ECA, como veremos:

*“O Espiritismo é também partidário da sentença indeterminada, de origem americana. Estabelecer um tratamento de duração determinada para cada delito, é como se um médico prescrevesse um tratamento a um enfermo e lhe impusesse o dia em que deveria sair do hospital, estivesse ou não curado. Assim o diz a ciência contemporânea com o juiz Villert, e assim o diz o Espiritismo”.*⁶⁴

21. Ação educativa

“A educação é o conjunto de hábitos adquiridos. Quando se pensa na massa de indivíduos jogados cada dia na torrente da população, sem princípios, sem freios e entregues aos seus próprios instintos, deve-se espantar das conseqüências

⁶⁴ Fernando Ortiz. *A Filosofia Penal dos Espíritas*. 2. ed. Trad. Carlos Embassy. São Paulo, Lake, 1998, p. 212.

*desastrosas que resultam? Quando essa arte for conhecida, cumprida e praticada, o homem ocasionará no mundo hábitos de ordem e de providência para si mesmo e os seus, de respeito por tudo o que é respeitável, hábitos que lhe permitirão atravessar, menos penosamente, os maus dias inevitáveis. A desordem e a imprevidência são duas chagas que só uma educação bem entendida pode curar. Esse é o ponto de partida, o elemento real do bem-estar, a garantia da segurança de todos.”*⁶⁵

A correção do comportamento indisciplinado do adolescente infrator, como de todo adolescente equivocado, continua sendo, em ordem de preferência e conjuntamente, da família, da escola, da religião e do Estado.

O adolescente infrator apresenta problema de comportamento que pela sua gravidade exige atuação especial do poder público para que através da equipe multiprofissional (professor, psicólogo, assistente social...) promova o direcionamento útil das tendências e aptidões visando a ressocialização e, conseqüentemente, evitando a reincidência.

Ao comentar o art. 113 do ECA, Olimpio Sotto Maior,⁶⁶ resume a essência das medidas sócio – educativas da forma seguinte:

“A resposta à prática do ato infracional deve implicar sempre medida judicial de conteúdo educativo, capaz de auxiliar o jovem a superar os conflitos próprios da chamada crise da adolescência, especialmente marcada pelo insurgimento contra os padrões sociais estabelecidos e, por isto mesmo, determinante das transgressões aos comandos legais”.

As medidas sócio-educativas, como instituídas no ordenamento jurídico brasileiro, têm natureza jurídica. Contudo, é bastante uma análise superficial do art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este que determina, objetivamente, que seja observada as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (art.

⁶⁵ Allan Kardec. Resposta a questão 685 de *O Livro dos Espíritos*.

⁶⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, op. cit., p. 344.

100 do ECA), para se ter consciência de que o legislador usou a palavra educativa na acepção ampla de formação intelecto-moral.

Demonstrou ter esse mesmo ponto de vista o jurista Jason Albergaria,⁶⁷ ao citar o Juiz Jean Chazal, expressando-se da forma seguinte:

“A ação educativa junto ao menor delinqüente não é procurar condicioná-lo ou manipulá-lo, mas orientá-lo desde o seu interior para ajudá-lo a sair de seus conflitos, a reconciliar-se com o próximo e a livrar-se do sentimento de rejeição que traz consigo, realizando a sua condição de homem responsável e fraterno.”

A educação ajusta o adolescente: ao ambiente onde atua, a família e a sociedade; libertando-o dos vícios e da ignorância, com o objetivo de prepará-lo para as carências materiais (alimentação, vestuário, escola...) e afetivas (amor, fraternidade, carinho...) e todos os outros obstáculos que dificultaram a conquista de seu espaço no mundo do amor e da razão.

Ao definir a educação como conjunto de hábitos adquiridos, Kardec ofereceu em 1857 (ano da publicação de O Livro dos Espíritos) a proposta de se reformar o infrator por via educativa, ensinando manejar corretamente os recursos disponíveis para harmonizar o universo íntimo e, conseqüentemente, da desordem passar para ordem mais completa, dando-lhe ciência da felicidade usufruída onde predomina o respeito à lei moral e a moral cristã. Assim, a Doutrina Espírita e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) confiam a ação educativa o desenvolvimento da formação da mente preparada para viver com disciplina: individual, familiar e social.

Não obstante o bem ser o bem e o mal sempre o mal, Kardec⁶⁸ esclarece que a responsabilidade do ato infracional é proporcional aos meios do que dispõe para compreender o bem e o mal.

⁶⁷ Cf. Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1991, p. 121.

⁶⁸ Allan Kardec – Livro dos Espíritos, Questões 636/637.

A educação, quando vista desse ângulo, tanto para o ECA quanto para o Espiritismo é mais completa do que a instrução escolar. Enquanto está precisa ser examinada no infrator para avaliar a culpabilidade, aquela impede que o adolescente cometa ato infracional, apesar de lhe ser confiada à liberdade de pensar e agir (livre arbítrio).

22. Organização familiar

*“O casamento é um dos primeiros atos de progresso das sociedades humanas, porque ele estabelece a solidariedade fraternal e se encontra entre todos os povos, ainda que em condições diversas.”*⁶⁹

Inegavelmente, a família continua sendo a instituição mais apropriada à formação do homem. Pesquisas realizadas têm constatado que a família oriunda da união de um homem com uma mulher, não importando se pela união estável ou pelo casamento, apresenta melhores resultados físicos e educacionais, no que diz respeito à integração dos filhos na sociedade.

Não desconhecendo os efeitos jurídicos decorrentes da instituição do casamento, mesmo depois que a Constituição da República, em seus parágrafos 3º. e 4º. do art. 226, reconheceu como entidade familiar à união estável entre homem e mulher e também a união entre um ascendente (pai ou mãe) e seus descendentes, é preciso que se estudem os direitos e deveres de cada membro familiar com observância dessas importantes transformações nas organizações familiares.

No que tange a sua estrutura jurídica, o casamento, por si só, promove valiosas vantagens para os filhos, como por exemplo, o reconhecimento de paternidade independente da declaração do pai, com as conseqüentes obrigações de sustentar e educar.

Vale acrescentar que o vínculo matrimonial fortalece as estruturas familiares, tendo em vista a publicidade da disciplina jurídica transparente quanto à formação da sociedade conjugal, com significativos deveres assumidos, que somente podem ser liberados mediante decisão judicial.

⁶⁹ Alan Kardec. *O Livro dos Espíritos*, op. cit., questão 696.

Essa realidade deve ser conhecida para que os pais demonstrem, pelo prestígio do casamento, o desempenho de proporcionar aos filhos uma psicosfera familiar capaz de protegê-los de preconceitos, tabus e, especialmente, da insegurança.

Enquanto o casamento é relegado por uns a plano inferior, vale ressaltar, que a união estável entre um homem e uma mulher, elevada à categoria de entidade familiar, tem merecido do legislador proteção adequada à formação da família fora do casamento, com amplo respeito aos companheiros e filhos.

Nesse sentido, a formação e desenvolvimento da família continuam tendo na convivência dos pais, no mesmo lar, melhores condições de seguramente transmitirem aos filhos as experiências e todos os outros recursos favoráveis ao progresso intelecto moral.

A Constituição da República, no § 5º. Do seu referido art. 226, regula os novos horizontes da família brasileira, confiando aos pais, sem privilégio de sexo, idade ou outros requisitos, as responsabilidades pelo destino da família.

O rompimento das tradicionais funções exercidas distintamente pelo homem e pela mulher, no âmbito familiar, exige maior compreensão do casal na divisão das tarefas de assistência direta aos filhos.

Com efeito, dentro de uma tendência materialista, os pais têm enveredado todos os esforços direcionados a proporcionar a melhora intelectual dos filhos, preparando-os para o exercício de atividades econômicas.

Não se pode esquecer, todavia, que os filhos são espíritos e, considerando sua natureza, precisam evoluir no campo moral. Conquista essa, que somente pode ser realizada quando a família é alimentada pelos sentimentos nobres da solidariedade, respeito, humildade e todas as outras virtudes exemplificadas pelo Cristo.

Face aos dados reveladores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), oficializando o aumento contínuo de separações de casais, engrossando as fileiras das famílias monoparentais, é indispensável à conscientização de que pertencer à determinada família é direito indisponível que não se extingue com o fim da sociedade conjugal ou com o final da união estável.

Separados os pais, é preciso que se mantenha o exercício do pátrio poder, dentro de padrões que atendam aos interesses dos filhos. Na união desfeita, o ascendente que obtiver o direito de guarda deverá garantir e facilitar o direito de visitação do outro (o filho também tem o direito de ser visitado), ambos trabalhando para que não falte ao filho o afeto e o respeito pelos genitores e que estes não encontrem dificuldades para desenvolver o amor pelos filhos.

Ao final da união, o ex-casal pode até afirmar, com razão, que continuarem juntos seria prejudicial para ambos, porém, para o filho, o Pai e a Mãe são sempre ponto fundamental de referência e apoio.

23. A família monoparental

“Em face da lei civil, o que é legítimo numa região em determinada época, é adultério em outra localidade e noutro tempo, isso porque a lei civil tem por finalidade regular os interesses da família, variando eles consoante os hábitos e necessidades locais.”⁷⁰

A doutrina francesa denominou de família monoparental a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a qual é reconhecida como entidade familiar também em nosso ordenamento jurídico, no art. 223, parágrafo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não obstante ser disciplinada pelo direito, essa espécie de família tem apresentado problemas, tanto na área social como econômica, que exigem dos estudiosos das ciências em geral o acompanhamento de sua evolução, para melhor atualização de sua normatização jurídica.

Oriunda da morte de um genitor (pai ou mãe), da separação de fato de um casal, da separação judicial, do divórcio, enfim, da união desfeita ou do desconhecimento de paternidade (por ignorância), mais importante do que questionar as causas, no âmbito jurídico, é enfrentar essa tendência natural dos novos padrões de moralidade e adequar a legislação às necessidades dessa nova forma de entidade familiar.

⁷⁰ Alan Kardec. *O Evangelho Segundo o Espiritismo*, capítulo XXII, item 2.

As pesquisas têm constatado que, no setor econômico, a família monoparental constituída pela mãe e seus descendentes sofrem uma perda considerável, em relação à família monoparental formada pelo pai e seus descendentes, especialmente, no mercado de trabalho, onde a mulher, a criança e o adolescente são injustiçados, submetidos à discriminação, inclusive no que diz respeito à remuneração.

Como se não bastasse a irresponsabilidade paterna, engrossando a lista dos órfãos de pais vivos, o filho ainda é vítima da falta de preocupação da mãe com relação à participação do pai na sua educação e manutenção.

O mais lamentável, dentro dessa tendência de monoparentalidade familiar, é que um número considerável de mulheres esquecidas de que a participação do pai é um direito do filho, deliberadamente, ignoram a paternidade de seus filhos, para afastar os riscos da divisão do exercício do pátrio poder. Infelizmente, para o filho não sobra sequer o direito de ser visitado pelo pai, faltando-lhe, inclusive, o direito de conhecer ou pronunciar o nome de seu genitor.

De outro ângulo, é de se reconhecer a coragem dessas mulheres e homens que, alheios a todas as dificuldades, assumem o pátrio poder, proporcionando ao filho o afeto, o amor e a assistência material, que toda sua capacidade de transmitir, pode realizar por conveniência social.

É por esse fundamento que os nossos Pretórios tem julgado ser direito da mãe não revelar o nome do genitor e seu filho nascido fora do matrimônio, como pode ser constatado no acórdão transcrito infra:

"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – SILÊNCIO DA MULHER SOBRE O DIREITO DO PAI – DIREITO".

"Se a mulher, intimada pelo Promotor de Justiça para revelar o nome do pai de seu filho, vier a silenciar, há de respeitar o seu silêncio como um direito impostergável, até porque não dispõe o Poder Judiciário, nem o Ministério Público, de força cogente para impor tal revelação. Aliás, nem há de se desconsiderar que o silêncio da mãe pode estar ligado à preservação do status diginitatis, impedindo que a divulgação possa atingir indevidamente bens, interesses e direitos,

tutelados pelo ordenamento jurídico, tanto do pai como de outras pessoas, ou assegurar a paz social (TJ-PR- Ac.unân. da 4ª Câm.Civ.Julg., em 19/5/1999)."⁷¹

Vale ressaltar que, na impossibilidade da família ser constituída, partindo da união do pai com a mãe dos descendentes, todos coabitando no mesmo lar, com esforço comum e com grande estilo, a família monoparental tem cumprido o seu papel com sublime dignidade.

É possível que o próprio filho de pais separados tenham dificuldades de descrever os sentimentos que experimenta, em decorrência direta dessa separação. Contudo, a família monoparental passa a ser no geral, fator desencadeante de torturas morais para o filho, quando o ascendente (pai ou mãe), de uma dessas famílias passa a coabitar com os membros da outra, seja pela união estável ou pelo casamento.

Ninguém melhor do que o profissional do direito, nessas circunstâncias, para evitar que, a qualquer pretexto, sejam turbados os direitos e deveres do genitor (pai ou mãe), que não detém a guarda do filho.

Com a falta do estabelecimento de regras, disciplinando detalhadamente os mais simples requisitos de convivência entre os membros da união desfeita, ficam inteiramente comprometidas as estruturas da família monoparental.

Em relação ao conceito constitucional do agrupamento de um ascendente (pai ou mãe), com o filho, como entidade familiar, é fundamental lembrar que, visando ao combate a todas as mazelas sociais, a mesma Constituição da República coloca a família em primeiro plano de responsabilidade para, juntamente com a sociedade e o Estado, garantir os direitos da criança e do adolescente, enumerados em seu Art. 227.

Não é de se exigir que os pais mantenham uma união sem atração, onde a admiração, a estima e o respeito já não encontram espaço para serem cultivados. O que não se pode desconsiderar é a

⁷¹ Boletim de Jurisprudência ADCOAS, nº38, distribuído entre 25 e 29 de setembro de 2000, p. 757.

importância natural de garantias legais para a continuação ou início de relacionamentos harmônicos entre pais e filhos, para prevenir a condução prematura destes às prisões dos vícios construídas pelas torturas morais.

24. Ação social

“– Por que sinais se pode reconhecer uma civilização completa?

– Vós a reconheceréis no desenvolvimento moral. Acreditais estar bem avançados porque haveis feito grandes descobertas e invenções maravilhosas, e estais melhor alojados e melhor vestidos que os selvagens. Todavia, não tereis, verdadeiramente, o direito de vos dizer civilizados senão quando tiveres banido de vossa sociedade os vícios que a desonram e puderdes viver, entre vós, como irmãos, praticando a caridade cristã. Até lá, não sois senão povos esclarecidos, não tendo percorrido senão a primeira fase da civilização.”⁷²

A proposta espírita é que se trabalhe a evolução do comportamento do indivíduo e da sociedade como um todo, descortinando-se perspectivas de felicidade na existência física sem prejuízos a natureza espiritual, essa que é a essência do homem.

O adolescente-infrator, como todo ser humano, nasceu integrado ao grupo que escolheu, com as melhores condições de progredir e trabalhar para o bem-estar social, devendo, portanto dentro do possível, ser ressocializado no próprio meio, conscientizando-o de que a repulsão decorre de seu afastamento do compromisso assumido na espiritualidade.

É indispensável avaliar a rejeição imposta ao adolescente infrator para que haja decisão firme sobre a real necessidade do trabalho psicossocial a ser iniciado, transferindo-o ou não de seu grupo e de seu meio, onde dispõe de conhecimento para enfrentar autoconfiante os desafios; ainda quando despido de tudo: haveres, família, amigos e títulos.

⁷² Allan Kardec. *Livro dos Espíritos*, op. cit., Questão 793.

A preferência deve ser por uma ressocialização iniciada no lar, na escola do bairro e no próprio círculo de amizade onde a semente dos direitos alheios e dos próprios deveres foi plantada antes do nascimento biológico, pois, à luz da doutrina espírita, a reencarnação é planejada.

No meio (econômico, político, educacional, familiar e social) onde o Infrator vive predomina, em tese, clima de fraternidade, compaixão e lealdade que quando conscientizados leva-o com segurança afetiva a harmonia interior. Essa permite as conquistas agradáveis de valores que o enriquecem.

Ressalte-se que a psicosfera saudável exigida pelo processo de ressocialização, quando possível de ser criada no lar e no ambiente natural do Infrator, concentra os mais valiosos recursos para a reconquista de sua saúde mental e social.

Aproveita-se a contribuição dos pais, da família, dos vizinhos e dos recursos, inatos do infrator, que remanescem do passado espiritual quando em outros corpos experimentaram juntos outros desafios. Desse ângulo pode-se observar que cada Infrator é um Espírito em sofrimento, necessitado de variada gama de recursos, na conformidade de sua categoria moral dentro do contexto social que opera o estágio evolutivo.

No trabalho de libertação das mazelas conflitantes é importante o conhecimento da lei de reencarnação, como com proficiência peculiar, Joanna⁷³ esclarece infra:

"A reencarnação, desse modo, é também processo psicoterapêutico de amor divino, de justiça magnânima, que a todos faculta os meios de evoluir a esforço pessoal, dignificando e identificando cada criatura com as conquistas pessoais intransferíveis, que se desenvolvem mediante a libertação da retaguarda das trevas de ignorância e de perversidade no rumo de um permanente presente de realizações e de paz."

⁷³ Divaldo Pereira Franco. *Jesus e o Evangelho*, À Luz da Psicologia Profunda, ditado por Joanna, Espírito. Salvador, Livraria Espírita Alvorada, 2000, p. 43-44.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer como diretrizes básicas à doutrina da proteção integral associada à filosofia da prioridade absoluta confiou na contribuição da comunidade local para obter êxito no atendimento pleno à criança e adolescente em situação pessoal e social de risco e aos adolescentes que cometeram ato infracional.

A maneira providencial estabelecida pelo ECA, a qual o Espiritismo é partidário, para vencer o medo da convivência social, tanto por parte do Infrator como pela atividade coletiva, é o enfrentamento dos desafios, com definição de rumos e a eleição de conduta salutar, cada membro estimulado a fazer a sua parte, a cumprir o seu dever, superando o instinto de fuga do meio social, por mais viciado se apresente, solidificando a certeza de que tudo lhe é necessário ao crescimento íntimo e a conquista da saúde de cada outro membro do organismo social. Não adianta colocar-se no pedestal porque, na realidade, todos precisamos superar as más inclinações para contribuir com a harmonia Universal.

Considerando que na paisagem humana da terra ainda existem menores, mulheres, negros e outras minorias trabalhando para desfrutarem de seus direitos e de conquistarem espaço de consideração igual à classe dominante, - não se pode deixar de reconhecer a necessidade dos menos favorecidos se insurgirem contra os comportamentos agressivos que anulam seus ideais de grupo por não permitir o uso coletivo dos bens conquistados com a bandeira do ideal de comunidade.

Não se deve optar por solução comodista, é preciso esforço conjunto para evolução do Infrator com a modificação ambiental como via de conquista da civilização.

A necessidade da vida em grupo recomenda a valorização do Infrator no próprio meio, dando-lhe apoio para repetir as experiências fracassadas, aproveitando o erro para análise da valorização de si mesmo dentro da estrutura geral no estudo comparativo das exigências sociais com as más opções de forma que o seu tributo para o coletivo não lhe leve a perda de sua própria identidade e os seus enfrentamentos não o transforme pesado ao próprio desenvolvimento, em prejuízo da harmonia coletiva.

A sociedade precisa compreender para acompanhar as mudanças dos fenômenos estruturais exigentes de condições possíveis de sua própria sobrevivência, sem afastamento dos membros reprovados pelos modeladores dos valores éticos.

É mais fácil submeter o Infrator aos impositivos da sociedade, incitando-o ao crescimento interior do que programar o coletivo para melhorar os recursos educativos das aspirações individuais, apesar de que as leis civis devem ser elaboradas para viabilizar a vida saudável do indivíduo sem o dissociar do conjunto social.

Impõe-se ao coletivo o indispensável cumprimento do dever social de ser participativo concedendo ao Infrator o respeito e o carinho que todas as pessoas merecem, defendendo-lhe os direitos que a vida lhe concede e que o nosso ordenamento jurídico garante para desenvolvimento de seus valores e sua elevação moral, concomitantemente se exige do Infrator a auto-superação das paixões, a auto-iluminação para viver dentro dos padrões da legalidade, com comportamento solidário no grupo social, participando dos interesses gerais.

Não obstante, a Doutrina Espírita estimular o respeito ao ordenamento jurídico de cada Estado, permite salutar contribuição para que haja interpretação entendida e aceita dentro do nível evolutivo de cada cidadão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente enfrentou essa realidade contribuindo de forma acentuada para conquista da justiça social, levando em consideração que o Infrator é dependente do adulto, submetido às pressões neuróticas deste, necessitando de ambiente propício para o equilíbrio pessoal, e de orientação expressiva para obter êxito no relacionamento familiar e nos outros núcleos de convívio mais próximos. Essa forma de combater e prevenir o ato infracional atribui mais responsabilidade a quem possui maiores recursos para incentivar a libertação do Infrator do vício e da violência pelo auto – esforço sem ter de enfrentar a humilhação, o menosprezo, o abuso de autoridade e a exploração.

O Espiritismo compreende que em qualquer condição de serviço surgidas na existência, na riqueza ou na pobreza, o ser adquire experiências valiosas para seguir no caminho iluminado, embora reconheça na proteção integral e prioridade absoluta do ordenamento

jurídico quer o combate a sombra coletiva, está alimentada pela ambição desmedida da posse material.

É importante frisar que no conceito Espírita a sociedade é bem mais ampla do que na visão positivista, como bem esclarece o criminologista Fernando Ortiz infra:

“O Espiritismo vai ainda além, chega a ampliar a esfera dos fatores sociais, em um raio certamente não admitido nem sonhado pelos positivistas.

Para estes, a sociedade, ou seja o ambiente social donde surgem aqueles fatores, reduz-se à sociedade formada pelos homens que vivem neste mundo, ao passo que os Espíritos admitem uma sociedade imensamente maior, - ainda que só se refiram à sociedade do ambiente humano – que é a sociedade formada pelos Espíritos encarnados neste planeta e os Espíritos errantes que com eles estão em comunicação constante.

Equivale isto a dizer que, do ponto de vista dos fatores sociais criminológicos, não serão fatores sociais somente os que promanam da sociedade de nossos semelhantes, mas também os que derivam de nossas constantes e por vezes muito íntimas relações com os Espíritos desencarnados”.⁷⁴

A ressocialização exige o professor, o médico, o psicólogo, a assistente social e outros profissionais que devem integrar a equipe técnica, ainda quando a autoridade competente (Promotor de Justiça e Juiz de Direito, ambos da Infância e da Juventude) precise descer da classe civilizada que diz pertencer para reprimir a violência pela violência como faz o próprio Infrator.

A equipe interprofissional, contudo, não pode ter sucesso com sua terapia se o paciente não lhe permite entrar no coração. A inteligência do profissional pode servir para amedrontar, mistificar as tendências mediante a perda da identidade e persuasão de que deve sempre agradar o coletivo com o sacrifício de seus interesses; - mas o Infrator que traz das experiências de vidas passadas o conceito de que se deve fazer justiça com as próprias mãos, para ser ressocializado

⁷⁴ Fernando Ortiz. A Filosofia Penal dos Espíritas, op. cit., p. 145.

precisa da compaixão e da misericórdia de pelo menos um grupo social formado por pessoas com coragem de não revidar o mal, nem sequer pensar no mal, não se permitir sentir o mal, como exemplificou Jesus Cristo, - o Terapeuta por excelência.

O Infrator escolhe a criminalidade por acreditar ser a única via para atingir os seus ideais e se defender das agressões que julga sofrer dos seus pares e da sociedade, e conseqüentemente tornam-se vítimas de maiores tormentos, estes que o levam a loucura e, se não houver um freio, aos crimes hediondos.

É fundamental mostrar-lhe as vantagens da vida no ambiente em que seus recursos possibilitam-lhe a vida, ensinar-lhe a conviver em qualquer meio sem se deixar influenciar pela conduta anti-social das criaturas divorciadas dos ideais de evolução intelecto-moral, dar-lhe a razão de que o melhor é triunfar sobre si mesmo e não a ilusão de anular a própria culpa agredindo os que escolheram a via do bem.

É de se convir que os belos ideais de proteção integral e prioridade absoluta inseridos na Constituição da República e reproduzidos no Estatuto da Criança e do Adolescente andam entrelaçados com a Filosofia Espírita, esta que convida seus adeptos para transformação moral, sem ceder espaço ao mal, sem transigir com as Leis (Natural e Civil), permanecendo verdadeiro, luminoso de consciência reta, sempre decidido a abrir as portas à compreensão e a felicidade.

O Infrator para ser reeducado, na plenitude, precisa da terapia do amor, aplicada por quem saiba discordar enfrentando os desafios desarmados de sentimentos de repúdio.

Independente de ser ou não Infrator, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 98, combinado com o art. 112-VII impõe a aplicação das medidas de proteção, sempre que os direitos reconhecidos no ECA forem ameaçados ou violados face ao comportamento do próprio menor, pelos pais, responsáveis e pela sociedade.

O ECA, na realidade, exigiu o contributo de todos na conquista da civilização. Ressalte-se que a Doutrina Espírita sempre esclareceu ser o legado conjunto a solução para Justiça Social, como destaca Deolindo Amorim:

“Se a repressão do crime depende do aparelhamento institucional, a sua diminuição gradual, depende, entretanto, da educação e do progresso moral. A idéia de aperfeiçoamento social associa-se naturalmente à idéia de reforma moral do homem. Uma sociedade bem organizada não é aquela que apenas tem boa instituição policial ou meios de repressão imediata, mas sobretudo aquela que procura ir ao encontro das causas da criminalidade, antes de cuidar dos defeitos: educar e corrigir o homem, em primeiro lugar, proporcionando-lhe condições de vida compatíveis com a dignidade humana e afastando os fatores da perversão para, em segundo lugar aperfeiçoar o sistema repressivo”.

25. Conclusão

É notório que a criminalidade é problema universal que acompanha a evolução técnica-científica, evidentemente desafiando o objetivo de desenvolver e manter o bem estar social que o progresso intelecto-econômico da Humanidade tem almejado.

Com o acúmulo das riquezas materiais o orgulho e a ambição têm tomado dimensões imprevisíveis capazes de desabrochar na infância e na adolescência interesses profundos de se engajarem no mundo da criminalidade.

É tão contundente a delinqüência juvenil, em nossos dias, que faz aumentar o elenco dos defensores da tese de que a irresponsabilidade penal é questão exclusiva de política criminal.

O crime e a contravenção penal quando cometidos por adolescente receberam a nomenclatura de ato infracional.

As causas, conteúdo e conseqüências do ato infracional foram pesquisados sob o ponto de vista da Doutrina Espírita, interlaçando – os com os conceitos jurídicos de forma a apresentar para discussão fatores criminógenos que escapam as explicações da ciência tradicional.

Inicialmente, foi considerado que as qualidades intelectuais devem receber valor proporcional aos sentimentos na escolha de responsável por menores dentro da tese espírita do predomínio do

intelecto – moral, como ponto de partida para mudança do quadro da violência contemporânea.

O infrator foi observado como Espírito milenar, cuja trajetória é submetida a Justiça Divina, esta que pode ser observada na via da reencarnação, enfrentando a influência de outros Espíritos de natureza inferior pelos mecanismos da obsessão.

O ato infracional foi vistoriado pelo âmbito das leis naturais e o infrator, apesar do corpo juvenil, foi respeitado em face das experiências dessa vida biológica e das aquisições feitas aos milênios da vida espiritual.

O julgamento foi recomendado com exigências de conhecimentos compatíveis com a realidade evolutiva (experiências trazidas de vidas biológicas passadas) do infrator dentro do meio onde vive e atua tendo em vista as reais condições de ressocialização.

A família extrapolou os limites consangüíneos para ganhar dimensões espirituais (a família pelos laços de afinidades) e a educação foi destacada com o Cristo como parâmetro.

Com a presente pesquisa a criminologia juvenil ganhou reforços teóricos de cientistas de escol, os quais dos planos elevados onde estão, através da mediunidade, ofereceram contribuições valiosas de elevado nível científico para solução desse grave problema social.

Ao descortinar os fatores criminógenos que permitiram correlacionar o conteúdo da Doutrina Espírita com a Ciência Jurídica surgiram novas vias de ressocialização para o adolescente infrator que, de outro âmbito, não é facilmente reeducado por não ser trabalhada essas causas de resistência ao modelo social que lhe é imposto.

O Adolescente Infrator e o seu responsável que assimilarem os princípios filosóficos, científicos e morais da Doutrina Espírita darão passos largos para conquista da plenitude mediante firme e evolutivo amadurecimento psicossocial.

Como existe ainda quem considere o Estatuto da Criança e do Adolescente fruto de devaneio do legislador brasileiro é preciso ter a coragem de desenvolver a pesquisa em fontes ainda não exploradas,

como a Doutrina Espírita, para demonstrar que a sua aplicabilidade promoverá os fins almejados.

O adolescente infrator deve receber tratamento especial com proteção integral e prioridade absoluta dentro do atual contexto jurídico, por isso o estudo apresentado tem o objetivo de cooperação com a evolução de métodos que venham a extinguir as causas da delinquência juvenil e anular os efeitos da criminalidade, nessa faixa etária da vida biológica, sem prejuízos desses princípios.

Liberto das paixões, dos erros e da ignorância, o adolescente caminhará com segurança para felicidade.

Apesar da maioria ter mente aberta para as lições novas, muitos perdem a dignidade de suas vidas e de seus valores morais por falta de coragem de enfrentar as descobertas contemporâneas e de fazer investigações em área não explorada com profundidade pela ciência tradicional.

O Espiritismo prova que a alma humana mergulha no infinito e que o homem não é um átomo isolado no imenso turbilhão vital. Seu espírito sempre está, por algum lado, em comunhão com a causa eterna. Seu destino faz parte integrante das harmonias divinas e da vida Universal. Pela Lei de Progresso nenhum homem deixará de se alçar para Deus.

O Espiritismo estimula o desenvolvimento da Fé raciocinada, através da qual o homem chegará ao conhecimento de si mesmo, das leis da vida e, conseqüentemente vai descobrindo o Criador.

Cientistas e filósofos conceituados lograram a FÉ RACIOCINADA através do Espiritismo Cristão.

O Espiritismo deve ser admitido como parceiro imprescindível do Estatuto da Criança e do Adolescente porque ao reviver o cristianismo nascente em todas as suas nuances é sustentado nos princípios de caridade e reforma íntima.

Espera-se que o presente estudo tenha sido uma leitura prazerosa capaz de ter despertado o interesse do leitor para amplos conhecimentos novos sobre o ato infracional em seus aspectos jurídicos-espíritas.