

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –  
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

**OS “NOVOS” DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB O ENFOQUE  
DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

ARIELE DUTRA LOPES

SANTO ANGELO (RS)

2014

ARIELE DUTRA LOPES

**OS “NOVOS” DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB O ENFOQUE  
DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding

SANTO ÂNGELO-RS

2014

ARIELE DUTRA LOPES

**OS “NOVOS” DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB O ENFOQUE  
DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - *Campus* de Santo Ângelo - como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.

Comissão Julgadora:

---

Prof. Adalberto Narciso Hommerding, Doutor em Direito  
Orientador

---

Prof. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Doutor em Direito  
Examinador

---

Prof. José Francisco Dias da Costa Lyra, Doutor em Direito  
Examinador

Santo Ângelo - RS, 22 de abril de 2014.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que me concedeu a graça da vida, a oportunidade e as condições necessárias para a realização deste sonho.

Aos meus pais, Eodil e Ariane e aos meus irmãos Ariel e Andriele pela compreensão, paciência, amor e carinho a mim dedicados. O apoio de vocês foi fundamental para esta conquista.

Aos meus avós, Ney e Manoela pelo incessante incentivo ao estudo, pelo apoio e por sempre acreditarem em meu potencial.

Aos meus tios, Carlos e Lorena e aos meus primos, em especial à prima Alice, pela importante participação que tiveram nessa e em outras etapas de minha vida, obrigada por estarem sempre dispostos a me apoiar.

Ao meu orientador, Professor Doutor Adalberto Narciso Hommerding, grande incentivador deste sonho. Exemplo de competência, profissionalismo, sabedoria, dignidade e, acima de tudo, de ser humano na mais nobre acepção do termo. Minha profunda gratidão pela amizade, por acreditar em meu potencial, pelo constante apoio, pela atenção e interesse que sempre demonstrou. Agradeço as oportunas intervenções, orientações e palavras de estímulo, as quais foram imprescindíveis para a concretização da presente pesquisa.

À Fundação de Amparo à pesquisa do Rio Grande do Sul - FAPERGS, pelo financiamento parcial desta pesquisa.

Aos colegas do Mestrado, companheiros de caminhada, em especial aqueles com os quais compartilhei ideias, angústias e alegrias sobre essa experiência incrível que é o Mestrado e a elaboração da dissertação.

Enfim, a todos aqueles que, de algum modo, próximos ou distantes, contribuíram para o êxito desta pesquisa.

Dedico este trabalho a Deus, aos meus familiares e todas as pessoas que de alguma forma me auxiliaram nesta caminhada em busca da concretização deste sonho.

## RESUMO

No Brasil, com o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição Federal de 1988 houve um aumento considerável na produção de leis que regulamentam os “novos” direitos. Dentre esses direitos citam-se os das crianças e dos adolescentes, previstos no artigo 227 da Carta Política de 1988 e regulamentados pela Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse contexto, a produção excessiva de normas, muitas vezes, resulta em uma produção legislativa que descuida da qualidade da legislação. Esta, não raro, apresenta vícios como ambiguidade, obscuridade, incoerência, dentre outros que dificultam a compreensão e a transmissão dos comandos legais aos seus destinatários e, conseqüentemente, sua concretização. Sob essa perspectiva, a presente pesquisa pretende abordar os “novos” direitos, especificamente os relacionados aos três sistemas de garantias previstos pela Lei nº 8.069/90, sob o enfoque da Teoria da legislação, apresentando, para tanto, o modelo proposto por Manuel Atienza que opera com a observância de níveis de racionalidade na elaboração da lei.

**Palavras-chave:** “novos” direitos, direitos da criança e do adolescente, teoria da legislação, sistemas de garantias.

## ABSTRACT

In Brazil with the recognition of fundamental rights and safeguards recommended in the Federal Constitution of 1988 there was a considerable increase in the production of laws regulating "new" rights. Among these we mention the Rights of Children and Adolescents under Article 227 of the Charter Policy 1988 and regulated by the Law 8.069/90, the Statute of Children and Adolescents which will be addressed in this research. Excessive production coupled with the urgency required to prepare these standards often results in a legislative process that neglects the quality of legislation. This not infrequently presents vices like ambiguity, obscurity, inconsistency, and others that hinder the understanding and transmission to recipients of legal commands and hence its implementation. From this perspective, this research aims to address the "new" rights, specifically those related to the three systems of guarantees provided by Law No. 8.069/90 under the focus of the Theory of Legislation presenting, for both, the model proposed by Manuel Atienza operating with respect to levels of rationality in drafting the law.

**Keywords:** "new" rights, rights of the child and adolescent theory of law, guarantee schemes.

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>8</b>
<b>1 OS NOVOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ESTABELECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E REGULAMENTADOS PELA LEI Nº 8.069/90.....</b>	<b>11</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DENOMINAÇÃO “NOVOS” DIREITOS.....	11
1.2 BREVE ABORDAGEM SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	15
1.3 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO BRASIL...	18
1.3.1 Doutrina da situação irregular.....	19
1.3.2 A Doutrina da proteção integral.....	22
1.3.2 Os três sistemas de garantias previstos na Lei nº 8.069/90.....	26
<b>2 CONSIDERAÇÕES SOBRE CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO, TEORIA DA LEGISLAÇÃO E TÉCNICA LEGISLATIVA.....</b>	<b>36</b>
2.1 TEORIA DA LEGISLAÇÃO E TÉCNICA LEGISLATIVA: CLASSIFICAÇÃO E ASPECTOS CONCEITUAIS.....	39
2.2 O MODELO DE TEORIA DE LEGISLAÇÃO PROPOSTO POR MANUEL ATIENZA.....	44
2.2.1 Análise interna da legislação.....	47
2.2.2 Análise externa da legislação.....	58
2.2.3 Teoria da legislação e direito como integridade.....	60
2.3 SITUAÇÃO DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL.....	68
<b>3 A LEI Nº 8.069/90 SOB O ENFOQUE DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA.....</b>	<b>74</b>
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE ELABORAÇÃO E AS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES DO ESTATUTO DA CRIANÇA DO ADOLESCENTE.....	74
3.2 O “ESTADO D’ ARTE” DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO AOS TRÊS SISTEMAS DE GARANTIAS.....	83
3.3 ANÁLISE DE ALGUNS ASPECTOS DA LEI Nº 8.069/90 SOB O ENFOQUE DOS NÍVEIS DE RACIONALIDADE DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA.....	90
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>111</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>116</b>



## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Decorrentes de alterações sucedidas no âmbito social, científico, econômico, cultural, político, dentre outras mudanças típicas do mundo contemporâneo, os “novos”<sup>1</sup> direitos têm demonstrado que a Ciência Jurídica precisa adequar-se a eles tanto no âmbito da produção legislativa quanto da aplicação judicial.

Embora haja divergência em relação aos direitos que são englobados pela expressão “novos” direitos, na presente pesquisa será adotado o entendimento que também considera como “novos” aqueles direitos que nem sempre o são no sentido literal da palavra, mas também, por terem assumido uma configuração expressivamente diferenciada da original.

No Brasil, com o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição Federal de 1988 houve um aumento considerável na produção de leis que regulamentam os “novos” direitos. Nesse contexto, a produção excessiva de normas, muitas vezes, resulta em uma produção legislativa que descuida da qualidade da legislação. Esta, não raro, apresenta vícios como ambiguidade, obscuridade, incoerência, dentre outros que dificultam a compreensão e a transmissão dos comandos legais aos seus destinatários e, conseqüentemente, sua concretização.

Além dessa questão, os “novos” direitos também representam um desafio à produção legislativa por resultarem da complexidade social e de novos paradigmas que se apresentam na contemporaneidade, e em virtude disso, exigem um aprimoramento na elaboração das normas que os regulamentam. Tal aperfeiçoamento deve ser orientado por um processo de produção legislativa o mais racional possível, que colabore para a implementação das leis e contribua, desse modo, para a segurança jurídica.

---

<sup>1</sup> Seguindo a orientação de Brandão, o termo “novos” será mencionado entre aspas por indicar “ a apropriação de uma expressão que se encontra em moda, mas que, na realidade, não encontrou, ainda, entre os autores uma univocidade sobre o conteúdo que pretende denotar”. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 99. Também porque, nas palavras de Wolkmer, os chamados- “novos”- direitos nem sempre sejam inteiramente novos. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos”. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 20.

Sob essa perspectiva, a presente pesquisa pretende abordar os “novos” direitos, especificamente os direitos da Criança e do Adolescente surgidos com a Constituição de 1988 sob o enfoque da Teoria da legislação apresentando, para tanto, o modelo proposto por Manuel Atienza que opera com a observância de níveis de racionalidade na elaboração da lei.

Os direitos da criança e do adolescente constituem “novos” direitos, pois embora já existam há muito tempo na legislação brasileira, com a nova ordem constitucional da Carta Política de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente que regulamentou o disposto na Carta Magna, houve uma mudança substancial em relação aos direitos anteriormente vigentes referentes à doutrina da situação irregular adotada pelo Código de Menores de 1979.

Ante essa realidade, e, considerando que no Brasil os estudos relacionados à produção legislativa ainda não receberam a atenção que merecem, não havendo, ao menos no quadro da dogmática oficial, a aplicação de uma Teoria da legislação quando criação das leis surge a seguinte problemática: levando-se em conta que a Lei nº 8.069/90 é tida como uma das mais avançadas no âmbito dos direitos que regulamenta, servindo de modelo não só para a regulamentação de outros “novos” direitos no Brasil, mas, também, para a legislação referente à infância e adolescência de outros países, pretende-se verificar se a dita lei recepçiona, por exemplo, uma teoria da legislação nos moldes como proposta por Manuel Atienza ou há desrespeito aos níveis de racionalidade que, segundo tal teoria, devem ser observados na produção legislativa.

A hipótese levantada é a de que o Direito brasileiro ainda não dá a devida importância à aplicação da teoria da legislação e, em que pese os elogios endereçados ao Estatuto da Criança e do Adolescente e a denominação de “modelo de legislação”, tal lei revela desrespeito aos níveis de racionalidade legislativa com que opera o modelo de teoria da legislação de Manuel Atienza, o que dificulta a implementação e interpretação do dito Estatuto.

Para melhor sistematização da pesquisa, em vista do grande número de artigos apresentados pela Lei nº 8.069/90 e em virtude da relação existente entre os três sistemas de garantias com a caracterização de “novos direitos” atribuída aos direitos das crianças e adolescentes introduzidos pela Constituição Federal de 1988, tal análise será feita pelo prisma desses três sistemas de garantias.

Assim, a temática a ser pesquisada revela importância porque abordará um assunto que, no Brasil, não tem recebido a atenção que merece: a teoria da legislação, que é pouco abordada no meio acadêmico e legislativo, apesar da cada vez mais urgente necessidade de sua aplicação em vista da inflação legislativa existente no país e da conseqüente má aplicação do Direito em decorrência das irracionalidades das leis. E ainda, por relacionar tal temática aos “novos” direitos da criança e do adolescente de suma importância para o presente e futuro do país verificando se a lei que os regulamenta recepciona uma teoria da legislação e, sugerindo em caso negativo, a aplicação de tal teoria como meio para se obter uma legislação mais racional.

A metodologia de pesquisa utilizada teve caráter dedutivo, partindo-se da abordagem do conteúdo, através de contribuições teóricas e normativas encontradas na jurisprudência, na doutrina e em artigos nacionais e internacionais. O método de procedimento foi monográfico, baseado na pesquisa bibliográfica, documental e de textos legais envolvendo os assuntos abordados.

No primeiro capítulo será feita uma breve abordagem acerca dos “novos” direitos, da evolução histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes em âmbito internacional e, em seguida, no Brasil. Serão elucidados a doutrina da proteção integral e os três sistemas de garantias dela decorrentes estabelecendo-se uma relação entre ambos e as alterações que caracterizam os direitos previstos na Lei nº 8.069/90 como “novos”.

No segundo capítulo abordar-se-ão aspectos relacionados à ciência da legislação, teoria da legislação e técnica legislativa, bem como a relação existente entre as duas últimas. Em seguida será apresentada a teoria da legislação proposta por Manuel Atienza e abordados os níveis de racionalidade com que opera tal teoria.

No terceiro capítulo, serão feitas considerações sobre o processo de elaboração e disposições preliminares do Estatuto da Criança do Adolescente, e será apresentado um panorama acerca da situação atual da Lei nº 8.069/90 e, finalmente, será feita uma análise dos três sistemas de garantias constantes na referida lei e alguns de seus dispositivos sob o enfoque da teoria da legislação de Manuel Atienza.

# 1 OS NOVOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ESTABELECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E REGULAMENTADOS PELA LEI Nº 8.069/90

## 1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DENOMINAÇÃO “NOVOS” DIREITOS

A abordagem sobre “novos” direitos requer menção, ainda que breve sobre os estudos realizados pelo doutrinador italiano Norberto Bobbio que, no final da década de oitenta, tratava o assunto sob a perspectiva dos direitos humanos.

Segundo Bobbio os direitos do homem “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.<sup>2</sup> Sob essa perspectiva, Bobbio apresentou uma classificação dos direitos de acordo com a evolução histórica. Para tanto apresentou três gerações de direitos e sugeriu uma quarta relacionada à biotecnologia.<sup>3</sup> José Alcebiades de Oliveira Junior, por sua vez, sistematizou muito bem o pensamento do doutrinador italiano e inovou acrescentando uma quinta geração, veja-se:

1ª Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente [...]

2ª Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direitos é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

3ª Geração: os direitos transindividuais, também chamados coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os relativos às questões ecológicas.

4ª Geração: os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia.

5ª Geração: os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.6.

implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos com realidades distintas, via internet.<sup>4</sup>

Cumprе mencionar que o termo gerações nem sempre é bem recepcionado por remeter à ideia de substituição de uma geração por outra e de alteração de tempos em tempos o que, segundo Antonio Carlos Wolkmer, não ocorre em virtude dos direitos resultarem de um processo de “fazer-se e de complementaridade permanente”. Sendo assim, autores como Paulo Bonavides e Ingo Wolfgang Sarlet substituem os termos “gerações” ou “eras” por “dimensões”.<sup>5</sup>

A alusão às gerações de direitos apontadas por Bobbio e sistematizada por Alcebíades Junior, ou “dimensões” como referem os autores acima mencionados, é tomada como referência na abordagem acerca dos “novos” direitos com o intuito de remeter à compreensão do Direito como consequência de “um regramento dinâmico que historicamente vai sendo estabelecido e que é passível de sucessivos acréscimos e desenvolvimentos, frutos de renovações das consciências, de lutas históricas e atitudes políticas”.<sup>6</sup> Wolkmer, por exemplo, cita as gerações anteriormente mencionadas como a ordenação histórica dos “novos” direitos.<sup>7</sup>

É Paulo de Tarso Brandão, no entanto, que chama atenção ao fato de que a classificação das gerações de direitos feita por Bobbio não favorece o entendimento do que efetivamente são “novos” direitos contemporâneos e nem sugere que a partir de certo

período eles já não mais podem ser vistos na forma de gerações, pois o nascimento de direitos novos ocorre com velocidade e intensidade tal que já não é possível compartimentalizá-los em momentos estanques. Veja-se que seguindo-se o esquema evolutivo apresentado por Norberto Bobbio, chegue-se à conclusão de que entre os ‘novos’ direitos estariam, ou poderiam estar, somente os direitos de terceira e quarta gerações (ou seguintes). Ocorre, no entanto, que não se pode perder de vista que os direitos individuais,

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.85-86.

<sup>5</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-29, p.6.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, José Alcebíades de. Considerações sobre os Novos Direitos. *In*: BOFF, Salete Oro, DEL’OLMO, Florisbal (Orgs.). **Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas** - Santo Ângelo, RS. v.1, n.9. p. 63-93, nov., 2006. p.13.

<sup>7</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-29, p. 6.

assegurados na primeira geração de direitos, no momento em que a realidade política convivia com o Estado Moderno, já não mais correspondem aos direitos individuais que têm vigência nos dias atuais.<sup>8</sup>

Por outro lado, Bobbio apresenta uma percepção de “novos” direitos apontando-os como resultado de uma multiplicação histórica de direitos que resulta de três fatores: o aumento de quantidade de bens a ser tutelados, a extensão da titularidade de alguns “direitos típicos a sujeitos diversos do homem” (família, minorias étnicas etc.) e da especificação do sujeito homem que passou a ser considerado na concretude de seus status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas).<sup>9</sup>

Para a presente pesquisa interessam os direitos decorrentes do terceiro fator de multiplicação mencionado por Bobbio, no qual se enquadram os atribuídos às crianças e aos adolescentes em virtude de sua especificidade de pessoa em desenvolvimento a qual exige proteção diferenciada.

Feitas tais considerações sob a perspectiva de Bobbio, cabe mencionar o enfoque dado pela doutrina contemporânea acerca do tema. Veja-se. O mundo tem passado por transformações históricas, sociais, econômicas, científicas, políticas, dentre outras que têm desafiado a ciência jurídica tradicional<sup>10</sup>, surgindo a necessidade da construção de novos paradigmas “direcionados para uma perspectiva, pluralista, flexível e interdisciplinar”. Nesse contexto, os imperativos, as divergências e as problemáticas surgidas em uma sociedade que adentrou em um novo milênio e passa por alterações inerentes ao mundo globalizado requerem também “ ‘novas’ formas de direitos”.<sup>11</sup>

Assim, contemporaneamente, muito se tem falado em “novos” direitos, mas a explicação do conteúdo de tal expressão, embora pareça tarefa singela, ainda não

---

<sup>8</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p.152.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69.

<sup>10</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 97.

<sup>11</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-29, p. 3.

alcançou unanimidade entre os doutrinadores.<sup>12</sup> Para Wolkmer os denominados “novos” direitos são

exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. [...]. O processo histórico de criação ininterrupta dos “novos” direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas específicas e na legitimidade de ação dos novos atores sociais, capazes de implementar práticas diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza.<sup>13</sup>

Brandão, por sua vez, salienta que quando se trata de “novos” direitos é preciso entender que direitos que já foram reconhecidos em outro momento podem ser englobados pela categoria de “novos” quando sua conformação e forma de defesa não mais se encaixam com a configuração dada anteriormente. São direitos decorrentes dos conflitos da Sociedade Contemporânea, “como a gama de direitos que são efetivamente novos na sua configuração”.<sup>14</sup>

Quando se aborda essa temática em relação ao Brasil, pode-se afirmar que, com o advento da Constituição da República de 1988, houve um significativo surgimento de “novos” direitos, seja no sentido literal da palavra, seja porque não “mais guardam as mesmas características originárias, embora sejam identificados pelo mesmo *nomen juris*”.<sup>15</sup>

Ponderando as considerações acima, percebe-se que são considerados “novos” direitos, por exemplo, o biodireito e os direitos relativos à informática por decorrerem de transformações da atualidade. Por outro lado, os direitos das mulheres, dos idosos, da criança e do adolescente e dos indígenas, embora já tenham sido anunciados há muitos anos, são considerados “novos” em virtude da inovação na configuração estabelecida pela Constituição da República de 1988 que promoveu transformações nos mesmos e alterou suas formas de defesa.

---

<sup>12</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** – “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 99.

<sup>13</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” /in: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-29, p. 20.

<sup>14</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** - “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 156.

<sup>15</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** - “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 99-100.

Além disso, tais direitos também podem ser assim denominados por terem surgido de forma diferente da tradicional, mediante “um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída”.<sup>16</sup> Conforme será visto, os direitos estabelecidos na Lei nº 8.069/90 constituem “novos” direitos pela forma como surgiram e também por terem sofrido profundas transformações que os afastaram das características dos anteriormente vigentes.

Para a compreensão dos Direitos da criança e do adolescente decorrentes da Constituição da República de 1988, regulamentados pela Lei nº 8.069/90, como “novos” Direitos é necessária uma breve abordagem acerca dos precedentes históricos desses direitos.

## 1.2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Depara-se frequentemente com a preocupante realidade de crianças e adolescentes que se encontram desamparados, explorados pelo trabalho infantil, sem estudo e, independentemente de classe social, sujeitos a abusos, maus tratos e outras formas de desrespeito à dignidade humana.

Sabe-se que o desrespeito às crianças e aos adolescentes já vem de longa data, sendo que da total indiferença até o reconhecimento de direitos a tais indivíduos houve um grande caminho a ser percorrido. Em Esparta na Grécia antiga, por exemplo, fazia parte do costume popular o fato de sacrificar crianças que nascessem com alguma deformidade física, desrespeitando não só a criança, mas o ser humano e seu direito à vida.<sup>17</sup>

Com relação ao Direito Romano, pode-se afirmar que quase não havia limites ao poder exercido pelo pai em relação aos filhos. O poder da autoridade máxima da família tinha início com o nascimento do filho de pais unidos pelo casamento ou com

---

<sup>16</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-29, p. 20.

<sup>17</sup> TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 47.



a adoção. Demorou um tempo até que os filhos tivessem algum reconhecimento de direito como o de “dispor dos bens adquiridos pela atividade dos pais em guerra”. Ainda assim, só os filhos de militares eram detentores de tal prerrogativa.<sup>18</sup> Já no Direito Medieval, consoante o lembrado por José de Farias Tavares, a severidade de tratamento da infância e da juventude foi atenuada sob a influência do estoicismo e do cristianismo.<sup>19</sup>

Todavia não havia um entendimento de que crianças e adolescentes necessitavam de cuidados diferenciados. Veja-se:

na idade média, no início dos tempos modernos, e por muito tempo ainda nas classes populares, as crianças misturavam-se com os adultos assim que eram capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, poucos anos de um desmame tardio – ou seja, aproximadamente aos sete anos de idade. A partir desse momento, ingressavam imediatamente na grande comunidade dos homens, participando com seus amigos jovens ou velhos dos trabalhos e dos jogos de todos os dias. Todavia não havia um entendimento de que crianças e adolescentes necessitavam de cuidados diferenciados.<sup>20</sup>

Com a Revolução Francesa, houve um avanço no sentido da instituição da igualdade filial. Filhos legítimos, ilegítimos, naturais e espúrios passaram a ter os mesmos direitos. No entanto, tais conquistas foram anuladas com o Código Civil de Napoleão.<sup>21</sup>

Somente a partir do século XIX é que a questão da infância e da adolescência começou a atingir o mundo inteiro. Com o crescente desenvolvimento das indústrias, urbanização e trabalho assalariado, a criança passou a trabalhar e ser explorada, aumentando a instabilidade e a degradação dos valores da infância e da adolescência, o que fez com que nascesse uma consciência de que era preciso reconhecer direitos às crianças em vista das suas especificidades.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.

<sup>19</sup> TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 48.

<sup>20</sup> ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Traduzido por Dora flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 275.

<sup>21</sup> TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 54.

<sup>22</sup> FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

Fato de grande importância para o reconhecimento de que crianças e adolescentes mereciam uma atenção especial e que necessitavam de uma proteção de ordem legislativa, foi o Caso “Mary Ellen” e o primeiro Tribunal de Menores. Ocorreu que, no final do século XIX, uma menina de nove anos, chamada Mary Ellen, era maltratada pelos seus pais, de modo que tal fato tornou-se público em Nova Iorque e acabou chegando aos tribunais. Para defender a menina, seu defensor, sem encontrar nenhuma lei que a protegesse, invocou a Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque que agiu em defesa da menina, alegando que, por possuir legitimidade para defender animais que estavam sendo maltratados, também a teria, e com muito mais razão, para defender uma criança.<sup>23</sup> Desde então, o comportamento de indiferença perante as crianças foi alterado e surgiram mobilizações no sentido de que tais indivíduos tinham direitos a serem garantidos.

Foram dados os primeiros passos na luta pelo reconhecimento de que a infância e a adolescência mereciam tratamento diferenciado, primeiramente em declarações e convenções internacionais, como a Declaração de Genebra, que, em 1924, tratou da necessidade de proporcionar à criança e ao adolescente proteção especial.<sup>24</sup>

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) “salientou os cuidados especiais às crianças e à maternidade”, seguida da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU-UNICEF). Cerca de duas décadas depois nasceu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José - a qual estabeleceu: “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de pessoa em desenvolvimento requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Mais tarde, em 1989, nasceu a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas, que teve grande influência no Brasil.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 54.

<sup>24</sup> TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 55.

<sup>25</sup> FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4.

### 1.3 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO BRASIL

De acordo com Paulo Afonso Garrido de Paula, a evolução da preocupação do mundo jurídico em relação à criança e ao adolescente pode ser explicada em quatro fases:

a) de absoluta indiferença às questões da infância e juventude, aferível pela inexistência de normas relacionadas a crianças e adolescentes; b) de mera imputação criminal, onde as leis seriam inspiradas exclusivamente pelo propósito de coibir a criminalidade infanto-juvenil, tendo como pressuposto a capacidade de suportar as consequências do ilícito; c) tutelar evidenciado por leis objetivando conferir ao mundo adulto poderes tendentes à integração sócio-familiar da criança ou adolescente em situação de patologia social, compondo forma de proteção reflexa de seus interesses pessoais; d) de proteção integral, onde as leis reconhecem direitos e garantias à criança e ao adolescente, tutelando interesses peculiares e outros comuns ao ser humano, bem como criam instrumentos para a efetivação dos seus direitos individuais frente à família, à sociedade e ao Estado.<sup>26</sup>

Parte-se da análise da fase em que a indiferença dá lugar a mudanças no âmbito jurídico brasileiro em relação às crianças e aos adolescentes com a apresentação das alterações legislativas mais significativas para a análise que se pretende efetuar.

Em 1927, o Decreto 17.943-A de 1927 instituiu o Código Mello Mattos que apresentava um sistema de atendimento à criança e ao adolescente com normas específicas para aquelas situações em que tais indivíduos encontravam-se abandonados, sem moradia, órfãos, com pais ignorados ou economicamente incapazes de sustentá-los. Determinou-se que crianças e adolescentes que se encontravam em situação de carência e/ou delinquência teriam seus destinos decididos pelo Juiz de Menores.<sup>27</sup>

Tal Código se referiu às crianças da seguinte forma: as menores de sete anos eram tratadas como “expostas”, as com idade inferior a dezoito e superior a sete

---

<sup>26</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

<sup>27</sup> AMIM, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de direito da criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

eram chamadas de “abandonados”, os meninos de rua recebiam a denominação de “vadios” e os que pediam esmolas ou vendiam coisas na rua de “mendigos”.<sup>28</sup>

No âmbito infracional, conforme refere Andrea Rodrigues Amim,

[...] crianças e adolescentes até 14 anos eram objetos de medidas punitivas com finalidade educacional. Já os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada. Foi uma lei que uniu justiça e assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda a sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa.<sup>29</sup>

Percebe-se, pois, que havia uma evidente estigmatização com relação aos indivíduos destinatários de tal legislação, bem como uma restrição da incidência de tal norma às crianças e aos adolescentes que se encontravam em situação de pobreza. As considerações acima expostas retratam o que caracterizou a chamada “Doutrina do Direito do Menor”.<sup>30</sup>

### 1.3.1 Doutrina da situação irregular

Cerca de cinco décadas depois do Código de Menores de 1927, os aspectos de discriminação, restrição e a característica tutelar não desapareceram, fazendo-se presentes no Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, que teve como ideologia a doutrina da situação irregular. Tal legislação nada mais era que um “Código penal do menor”, uma vez que suas normas “tinham mais um caráter sancionatório do que protetivo ou assistencial”.<sup>31</sup>

Houve a substituição das diferentes terminologias pelas quais se designava a criança (exposto, abandonado, delinquente, transviado, infrator, vadio, libertino,

<sup>28</sup> SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5554](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554)>. Acesso em: 05 jul. 2013.

<sup>29</sup> AMIM, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de direito da criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

<sup>30</sup> SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5554](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554)>. Acesso em: 05 jul. 2013.

<sup>31</sup> FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

etc.), reunindo-os todos sob a mesma condição de “situação irregular”. Sob esta categoria, lembra Roberto da Silva, o Código de Menores de 1979 passou a designar as crianças desprovidas das condições essenciais de sobrevivência, mesmo que eventuais, as vítimas de maus tratos e castigos imoderados, as que se encontravam em perigo moral, entendidas como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes, as vítimas de exploração por parte de terceiros, as privadas de representação legal pela ausência dos pais, ainda que ocasionalmente, as que apresentassem desvios de conduta e as autoras de atos infracionais.<sup>32</sup>

Prevalecia a tendência de se considerar a criança como “menor”, no sentido de incapaz, de objeto de tutela<sup>33</sup>. Em outras palavras, o adulto e a sociedade deveriam decidir pela criança, porque ela era menor. A ideia era a de que o “mundo adulto era suficientemente *bom* para a criança e o adolescente, de sorte que o regramento deveria ser mínimo, reservado a situações que escapassem da normalidade que lhe servia de premissa”. A criança que se encontrava em tal situação ficava sob a tutela, a guarda e a proteção do Juiz de Menores, que então decidiria o que fazer. Esse juiz, em nome da sociedade, que se via incomodada com esses menores em situações atípicas, deveria dar uma solução sobre o destino das suas crianças protegidas retirando-as do convívio social e, portanto, mantendo a sociedade funcionando regularmente.<sup>34</sup>

Acerca da atuação do poder judiciário na época do Código de menores de 1979, pode-se dizer com Ana Paula Motta Costa que:

O Juiz de Menores acumulava a função jurisdicional e o papel de administrador social executando uma função tutelar sobre crianças e adolescentes considerados em situação irregular, utilizando-se para isso de seu poder discricionário. Como a “situação irregular” envolvia inúmeros fatos de vida das crianças, inclusive a situação de pobreza que já afetava a grande maioria da população, seu procedimento para esses casos era retirá-las do convívio familiar e confiná-las em grandes instituições totais. Para tanto, utilizava-se o sistema Funabem, que era concebido como supridor de todas as necessidades das crianças e dos adolescentes e capaz de recuperá-los para a sociedade. Firmou-se, então, junto ao consenso público, uma ideia errônea sobre Juizados de Menores, como se

---

<sup>32</sup> SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5554](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554)>. Acesso em: 05 jul. 2013.

<sup>33</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.42.

<sup>34</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

eles se bastassem, substituindo qualquer atividade estatal no campo da infância.<sup>35</sup>

Se, por um lado, tal Código apresentou alguns avanços em relação ao Código de 1927, por outro, apresentou questões controversas como o caráter inquisitorial do “processo, quando a própria Constituição garantia ao maior de 18 anos ampla defesa”. “Não se verificava na referida legislação a observância ao princípio do contraditório”.<sup>36</sup>

Contudo, a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembleia das Nações Unidas em 1989, ratificada pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, impôs mudanças no âmbito dos direitos da infância e da adolescência. Percebeu-se que a política do “bem estar do menor”, fundamentada na doutrina da situação irregular e estruturada pelo sistema Funaben em todos os Estados da Federação, era ineficaz e insuficiente, além de incoerente com as concepções filosóficas dominantes internacionalmente.<sup>37</sup> O Brasil então, viu-se impelido a promover alterações em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes.

### 1.3.2 A Doutrina da proteção integral

Como já se teve oportunidade de referir, com a nova ordem constitucional instaurada com a Carta Política de 1988, os Direitos da criança e do adolescente sofreram profundas alterações em sua configuração que os afastaram das características dos anteriormente vigentes, sendo considerados, dessa forma,

---

<sup>35</sup> COSTA, Ana Paula Motta. Elementos que favoreceram e incidiram sobre a criação do Conselho Tutelar. *In*: NAHRA, Clícia Maria Leite (org.). **Conselho Tutelar: gênese dinâmicas e tendências**. Canoas: Ulbra, 2002. p. 76.

<sup>36</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-40. p. 36.

<sup>37</sup> FERREIRA, Kátia Maria Martins. Perspectivas do Conselho Tutelar para o século XXI. *In*: NAHRA, Clícia Maria Leite (org.). **Conselho Tutelar: gênese dinâmicas e tendências**. Canoas: Ulbra, 2002. p. 128.

“novos” direitos. Essa realidade evidenciou-se com o artigo 227 da Constituição Federal o qual dispôs:

é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida , à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, crueldade e opressão.<sup>38</sup>

Tal dispositivo legal inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional no que tange a assuntos relacionados à infância e à adolescência, estabelecendo limites e impondo responsabilidades e obrigações à atuação do juiz, do Estado, da sociedade e mesmo dos pais com relação à criança e ao adolescente.

Retomando as considerações de Wolkmer de que “as reivindicações constantes e próprias da coletividade diante das novas condições de vida e das “crescentes prioridades impostas”<sup>39</sup> socialmente ensejam o surgimento de “novos” direitos, pode-se dizer que as importantes alterações promovidas no âmbito dos direitos da infância e da adolescência com o advento da Constituição de 1988 decorreram das seguintes necessidades, muito bem pontuadas por Andréa Rodrigues Amim:

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo passamos pelo novo modelo que prima pelo resguardo da pessoa humana. O binômio individual-patrimonial é substituído pelo coletivo-social. Por certo, o novo perfil social almejado pelo legislador constitucional não poderia deixar intocado o sistema jurídico da criança e do adolescente, restrito aos “menores” em abandono ou em estado de delinquência. E de fato, não o fez. A intensa mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais, como a Unicef, foi essencial para que o legislador constituinte se tornasse sensível

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>39</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos”. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-40, p. 19-20.

a uma causa já reconhecida como primordial em diversos documentos internacionais, [...].<sup>40</sup>

Para Silva, mais do que todas as Declarações e Convenções internacionais, foi a conjuntura interna do país, na segunda metade da década de 80 que sinalizou as condições propícias à adoção da doutrina da proteção integral. O grande movimento pela democratização do país colocou na ordem do dia a pauta dos direitos humanos.<sup>41</sup>

O próximo passo do Brasil na busca de melhor proteger as crianças e adolescentes e no anseio de concretizar o disposto no artigo 227 da Constituição Federal, foi a aprovação da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Congresso Nacional e a sua sanção pelo Presidente da República. Tal lei tem como base a doutrina da proteção integral ao disciplinar os direitos das crianças e dos adolescentes.

A doutrina da proteção integral rompeu com o paradigma da “situação irregular” estabelecido pelo Código de menores de 1979, que se dirigia a uma categoria de crianças e adolescentes: os que se encontravam em situação irregular. Tais sujeitos eram “meros objetos de toda uma ideologia tutelar” que coisificava a infância. Com o “novo” direito instituído pela Constituição da República de 1988 foi adotada a doutrina da proteção integral que considera a condição específica das crianças e dos adolescentes de pessoas em desenvolvimento que necessitam de uma proteção especializada. A criança e o adolescente passaram a ser “compreendidos como sujeitos, cujas autonomias estão se desenvolvendo, elevando-os a autores da própria história, enquanto atores sociais”.<sup>42</sup>

Acerca da doutrina da proteção integral, Paulo Afonso Garrido de Paula explica que quando a normativa internacional e o Estatuto da Criança e do

---

<sup>40</sup> AMIM, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de direito da criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

<sup>41</sup> SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5554](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>42</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.



adolescente referem-se à proteção integral, estão indicando “um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias, frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas”. Acrescenta o referido autor que a proteção integral exprime finalidades básicas relacionadas às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em normas subordinantes que viabilizam a obtenção e manutenção dos bens da vida necessários para o alcance destes objetivos.<sup>43</sup>

Wilson Donizeti Liberati, a seu turno, salienta que a doutrina da proteção integral baseia-se nos direitos próprios e especiais da criança e do adolescente que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. Diferenciada, porque impõe uma distinção entre o tratamento que se deve dar aos adultos, às crianças e aos adolescentes.<sup>44</sup> Especializada, porque sua condição peculiar de pessoas humanas em desenvolvimento lhes confere maior vulnerabilidade, que requer um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam “construir suas potencialidades humanas em sua plenitude”.<sup>45</sup> Integral, porque é destinada a todas as crianças e adolescentes, sem distinção, da situação em que se encontram.

Ademais, nas palavras de Liberati, as normas estabelecidas no Estatuto visam garantir condições para que a criança ou o adolescente não tenham seus direitos ameaçados, tendo, portanto, caráter também preventivo, diferentemente do Código de Menores que somente direcionava suas normas para as situações em que os direitos de tais indivíduos já haviam sido violados.<sup>46</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio Josiane Rose Petry Veronese explica:

diz-se integral, em primeiro lugar, porque a atual Carta Magna da nação Brasileira, em seu art. 227, estabelece e garante os direitos fundamentais pertencentes à infância e à juventude brasileiras, sem qualquer tipo de discriminação, e em segundo lugar, porque se contrapõe à teoria do direito tutelar do menor, adotado pelo antigo Código de Menores, o qual dispunha uma marcante diferenciação entre o universo das crianças e dos

---

<sup>43</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

<sup>44</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social, 1997. p. 13.

<sup>45</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 109.

<sup>46</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social, 1997. p. 13.

adolescentes, no sentido de se endereçar, prioritariamente, aqueles que se encontravam em situação irregular e que, portanto eram objeto de medidas judiciais.<sup>47</sup>

Percebe-se que a doutrina da proteção integral, já preconizada na Declaração Universal de Direitos da Criança em 1959, enfatizada na Carta Magna Brasileira, é claramente adotada pelo Estatuto em seu art. 1º que estabelece que tal Lei “dispõe sobre a proteção integral a criança e ao adolescente”.<sup>48</sup>

Autores como Edson Sêda,<sup>49</sup> lembram que é no artigo 98<sup>50</sup> do Estatuto que resta demonstrada a ruptura com a doutrina da situação irregular e a adoção da doutrina da proteção integral, evidenciando que a proteção destina-se a toda criança e adolescente que tenha seus direitos básicos ameaçados pela família, sociedade em geral, pelo Estado ou por ela mesma.

A doutrina da proteção integral revela-se um “novo modelo, democrático e participativo, no qual família, Sociedade e Estado são cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e à juventude pobres” como ocorria na Doutrina anterior, referindo-se à generalidade de crianças e adolescentes. Também apresenta novos agentes: a comunidade local, a qual pode atuar por meio dos Conselhos Municipais e Tutelares; a família, “cumprindo os poderes inerentes ao poder familiar; o Judiciário, exercendo a função judicante; o Ministério Público como um grande agente garantidor de toda rede”.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 92.

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>49</sup> SÊDA, Edson. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 303.

<sup>50</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nessa Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>51</sup> AMIN, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da Criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43-51. p. 51.

### 1.3.2 Os três sistemas de garantias previstos na Lei nº 8.069/90

Cabe referir que para a implementação da doutrina da proteção integral foi estabelecido um sistema de garantias de direitos. Sob essa perspectiva João Batista Costa Saraiva divide o Estatuto em três fundamentais sistemas de garantias os quais denomina como primário, secundário e terciário.

O sistema primário diz respeito à garantia dos direitos fundamentais e as políticas públicas a serem executadas para garanti-los. O sistema secundário tem como principal agente o Conselho Tutelar e refere-se às medidas protetivas que devem ser aplicadas às crianças e aos adolescentes que se encontram em situação de risco pessoal ou social. Já o sistema terciário consiste na responsabilização penal do adolescente infrator, mediante a aplicação de medidas socioeducativas. Nesse sistema há a intervenção do “sistema de justiça” (Polícia, Ministério Público, Defensoria, Judiciário e órgãos executores das medidas socioeducativas).<sup>52</sup> Cada um desses sistemas revela características que estão relacionadas à designação de “novos” aos direitos previstos na Lei nº 8.069/90, conforme será visto a seguir.

O sistema primário refere-se aos direitos previstos no art. 4º, os quais são comuns a todos os indivíduos (vida, educação, convivência familiar e comunitária), mas que estão previstos de um modo específico na Lei nº 8.069/90 em virtude da absoluta prioridade estabelecida em relação às crianças e aos adolescentes. Também integram esse sistema as disposições sobre as políticas de atendimento mencionadas no § 7º do art. 227 da Constituição da República de 1988 e regulamentadas nos artigos 86 a 88 do Estatuto.<sup>53</sup>

A política de atendimento referida na Lei nº 8.069/90 engloba “o conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infante juvenil” que propiciam a materialização desses direitos. Por previsão constitucional (Art. 227, § 7º)<sup>54</sup> foi

---

<sup>52</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

<sup>53</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

<sup>54</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

adotada a descentralização político-administrativa e a participação popular nas políticas de atendimento, fato que ocasionou mudanças profundas em relação ao modelo anteriormente adotado.<sup>55</sup>

Diferentemente da Política Nacional do Bem Estar do Menor que era centralizada e provinha integralmente da esfera Federal com submissão ampla ao arbítrio do Poder Judiciário por meio do Juizado de Menores,<sup>56</sup> a nova política de atendimento adota a “difusão das decisões e a operacionalização das ações entre todos os entes federativos, sendo a União responsável, tão somente, pelos seus delineamentos gerais”.<sup>57</sup>

Outra diretriz que representou grande mudança em relação à legislação anterior e que está relacionada à descentralização político-administrativa é a da municipalização do atendimento, considerada por alguns autores<sup>58</sup> como um dos princípios gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente. A municipalização do atendimento consiste em os municípios passarem a assumir atribuições que antes eram privativas da União e dos Estados havendo um aumento de poder e responsabilidades sobre as políticas de atendimento o que contribui,

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...]

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>55</sup> TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380-381.

<sup>56</sup> SÊDA, Edson. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 262.

<sup>57</sup> TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380.

<sup>58</sup> AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da Criança e do Adolescente. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

fundamentalmente, para o funcionamento do sistema de garantias,<sup>59</sup> sem que isso signifique omissão dos demais entes federativos.

Em suma, como menciona João Batista Costa Saraiva:

a municipalização do atendimento, em substituição ao modelo centralizado, introduziu uma nova concepção, desjudicializando a questão social, desconstruindo a ideia do juizado de Menores como órgão de controle de pobreza e introduzindo novos protagonistas. [...] O Conselho Tutelar passou a se constituir no braço articulado das políticas de proteção, visando a crianças e aos adolescentes vitimizados, instituindo-se órgãos deliberativos, os Conselhos de Direitos, em todos os níveis de organização de Estado, com vistas à formulação de políticas públicas de atendimento.<sup>60</sup>

A municipalização oportuniza uma melhor política de atendimento, tendo em vista que na implementação e execução das mesmas há uma maior aproximação da realidade e particularidade de cada comunidade que, muitas vezes, são diferentes de um local para outro.

Por outro lado, a participação popular prevista no inciso VII do artigo 88<sup>61</sup> da Lei nº 8.069/90 permite que a sociedade atue ativamente nos assuntos relativos aos direitos da criança e do adolescente mediante participação nas deliberações sobre o assunto e fiscalização do cumprimento de tais direitos.<sup>62</sup> Disso resulta a necessidade de uma maior interação entre a sociedade e o Estado na promoção e defesa dos direitos da infância e adolescência.

Nesse contexto, os Conselhos Tutelares e os Conselhos de Direito desempenham importante papel no âmbito municipal: os primeiros, por assumirem responsabilidades que antes eram centralizadas; os segundos, por propiciarem a

---

<sup>59</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

<sup>60</sup> SARAIVA, João Batista Costa. Dezoito anos do Estatuto. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano VI, n.14, p. 9-12. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 9.

<sup>61</sup> Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

[...]

VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>62</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

participação da população preconizada no inciso VII do art. 88, seja como fiscalizadora da garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja participando de deliberações relacionadas a programas e políticas que envolvem tais direitos.

Além das instituições acima mencionadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente originou outras instituições de caráter inovador como as novas concepções de abrigo, internato, programas de orientação e apoio sócio familiar, dentre outras, que são “chamadas a desempenhar um papel fundamental na implementação do novo direito, pois é através delas que as conquistas obtidas na legislação chegam até seus destinatários”.<sup>63</sup>

Acrescente-se ainda, que o novo modelo de política de atendimento diferencia-se por fundamentar-se na “articulação interinstitucional” dos órgãos responsáveis ao atendimento inicial ao adolescente ao qual se atribui a prática de ato infracional” (Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social) que imprime agilidade ao atendimento.<sup>64</sup>

Cabe referir a consideração de Lígia Costa Leite sobre a diferença entre o sistema anterior e o da Lei nº 8.069/90 no tocante a forma de atendimento das crianças e adolescentes

uma das mudanças importantes operadas pelo Estatuto está justamente na forma de atendimento de crianças e adolescentes. Até então, as entidades responsáveis por esse atendimento tinham como pressuposto básico “reformatar” o indivíduo, modelando-o para se tornar um cidadão exemplar. Para alcançar esse resultado utilizavam a repressão e a violência, mas não especificamente a física, e sim a psíquica, ao se romper os elos sociais da vida pregressa das crianças [...] não havia preocupação com a educação, com a escolaridade [...] Reformular a forma de atendimento é o desafio apresentado à sociedade brasileira e expresso na Lei nº 8.069/90.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma trajetória de luta e trabalho. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano IV, n. 10, p. 39-48. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 45.

<sup>64</sup> MORA, Luís de La. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277-278.

<sup>65</sup> LEITE, Lígia Costa. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 261.

Conforme Patrícia Silveira Tavares, as políticas de atendimento têm como público alvo

ora crianças e adolescentes que, em situação de risco que, em razão desta circunstância, são destinatários de programas de proteção, ora adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais, incluídos em programas voltados à execução de medidas socioeducativas determinadas judicialmente, observadas as normas procedimentais apontadas nos arts. 171 a 190 do ECA.<sup>66</sup>

Sobre esse aspecto, a autora menciona que, mais uma vez o Estatuto inova, pois estabelece medidas diferenciadas para crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social daquelas destinadas aos adolescentes envolvidos com a prática de ato infracional.<sup>67</sup> Dessa diferenciação decorrem os sistemas secundário e terciário de garantia de direitos da infância e da adolescência.

O sistema secundário de garantias é fundamentado nos artigos 98,<sup>68</sup> 101<sup>69</sup> e 136. O primeiro refere-se à aplicação de medidas de proteção a serem aplicadas em caso de violação ou ameaça aos direitos da criança e do adolescente que estão dispostas no artigo 101.

---

<sup>66</sup> TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 411.

<sup>67</sup> TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 411, nota de rodapé.

<sup>68</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>69</sup> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta [...].(BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

Sobre quem seriam os destinatários das medidas de proteção previstas no art. 10, Wanda Engel afirma que compõem

esse conjunto, por um lado, crianças e jovens vítimas históricas de políticas econômicas concentradoras de renda e de políticas sociais incompetentes em sua tarefa de assegurar a todos os cidadãos seus direitos sociais básicos. Crianças e jovens com a saúde e a própria vida ameaçadas pelas condições de pobreza, desnutrição e insalubridade ambiental, sem acesso a uma assistência médica de qualidade; fora da escola ou submetidos a um processo educacional que os leva ao fracasso escolar, à estigmatização e a exclusão; inseridos num trabalho que os explora e afasta do convívio familiar e comunitário, da escola e do lazer. Estariam também nesse grupo, por outro lado, crianças cujas famílias se omitem do dever de assisti-las educá-las ou praticam maus-tratos, opressão, abuso sexual, ou simplesmente as abandonam.<sup>70</sup>

Coube ao Conselho Tutelar a aplicação das medidas previstas nos incisos I ao VII. Tal órgão constitui-se em importante referência dos “novos” direitos da criança e do adolescente, pois com a criação destes a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos da infância e adolescência deixou de acumular a função jurisdicional com a de administrador social como ocorria na doutrina anterior. Esse acúmulo de funções do Poder Judiciário representava “uma função tutelar sobre crianças e adolescentes considerados em situação irregular”. Ao exercer essa função, o juiz utilizava seu poder discricionário para decidir o destino das crianças consideradas em situação de risco, geralmente pobres, as quais eram retiradas do convívio familiar e confinadas em instituições como se tal providência bastasse e não houvesse necessidade de “atividade estatal no campo de assistência à infância”.<sup>71</sup>

Assim, o Juiz deixou de ser a única autoridade competente para atuar perante a violação dos direitos da infância e da adolescência, sendo criada uma nova autoridade administrativa, o Conselho Tutelar, encarregado de prestar atendimento a tais indivíduos, nas funções que não se enquadram nas típicas atividades jurisdicionais.

---

<sup>70</sup> ENGEL, Wanda. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 304.

<sup>71</sup> COSTA, Ana Paula Motta. Elementos que favoreceram e incidiram sobre a criação do Conselho Tutelar. *In*: NAHRA, Clícia Maria Leite (org.). **Conselho Tutelar: gênese dinâmicas e tendências**. Canoas: Ulbra, 2002. p. 71-78. p. 76.



Já o sistema terciário consiste nas medidas socioeducativas que estão previstas em um rol exaustivo no artigo 112<sup>72</sup> sendo aplicáveis a adolescentes em conflito com lei. Conforme o § 1º do referido artigo, na aplicação da medida deve ser considerada a capacidade do adolescente de cumpri-la, assim como as circunstâncias e a gravidade da infração. Quanto à natureza jurídica das medidas, Mário Volpi afirma que

comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunização, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração.<sup>73</sup>

A respeito da natureza jurídica da medida socioeducativa existem divergências na doutrina havendo uma dificuldade de reconhecimento de um “Direito Penal Juvenil”. Há uma resistência à aceitação do caráter punitivo das medidas socioeducativas insistindo-se no modelo de protecionismo tutelar da legislação anterior, o qual, sob a invocação do superior interesse da criança, passava por cima de garantias processuais constitucionais.<sup>74</sup> Essa controvérsia é causadora de interpretações equivocadas que geram dificuldades na aplicação das medidas socioeducativas e privam adolescentes de garantias previstas na legislação penal.

---

<sup>72</sup> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>73</sup> VOLPI, Mário (org.). **O adolescente e o ato infracional**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 20.

<sup>74</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 86-90.

Apesar de tal controvérsia, compartilha-se do entendimento de doutrinadores como Costa,<sup>75</sup> Saraiva<sup>76</sup> e Ferrajoli<sup>77</sup> no sentido de que não há como negar que a Lei nº 8.069/90 adota um sistema de responsabilização do adolescente que deve ser definido como Direito Penal Juvenil. Segundo Luigi Ferrajoli, esse sistema é

dotado das mesmas garantias que o Direito Penal adulto, mas menos severo, tanto na tipificação dos delitos quanto na quantidade e qualidade das sanções. Tudo isto sobre a base do princípio claramente expresso por Mary Beloff, no sentido de que a intervenção punitiva na vida dos jovens deve ser limitada o máximo possível, mas existir, quando necessário, com a observância de todas as garantias legais. [...] uma verdadeira educação na legalidade, ou seja, com respeito a regras, se obtém, sobretudo respeitando o adolescente, inclusive o infrator, como cidadão responsável, exigindo o respeito, e, portanto, o valor das regras na própria resposta punitiva das suas infrações.<sup>78</sup>

A aplicação de medidas socioeducativas com “conteúdo prevalentemente pedagógico”, ao invés de penas que são impostas aos infratores maiores de dezoito anos, não pode ser considerada “impunidade” como muitos apregoam. Tais medidas possuem “natureza sancionatória”, sendo os adolescentes responsabilizados pelas infrações cometidas. Ocorre que a sanção é aplicada de maneira condizente com a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento inerente a tais indivíduos, devendo ser cumprida em um estabelecimento próprio “que se propõe a oferecer educação escolar, profissionalização, dentro de uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico”.<sup>79</sup>

Por outro lado, a Lei nº 8.069/90 representou um grande avanço no âmbito penal ao relacionar o princípio da legalidade ao tema da infância e da adolescência

---

<sup>75</sup> COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>76</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. Infância, Lei e democracia na América Latina. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano III, n. 6/7, p. 9-14. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.p.12.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi. Infância, Lei e democracia na América Latina. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano III, n. 6/7, p. 9-14. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 12.

<sup>79</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil**: adolescentes e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 22-23.

quando estabeleceu em seu artigo 103 que ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal.<sup>80</sup>

Na legislação anterior havia uma concepção tutelar relacionada à situação irregular que responsabilizava as crianças e adolescentes por atos “anti-sociais”, “desvio de conduta” e não por atos típicos, antijurídicos e culpáveis, como ocorre agora. Disso resultava que, não havendo referência à legalidade na anterior Doutrina, tornava-se desnecessária previsão de lei definidora das condutas praticadas. Deste modo, era atribuído um juízo de periculosidade às crianças e aos adolescentes infratores. Estes, então, ficavam sujeitos a uma atuação judicial indiscriminada sem que fossem consideradas suas condições de dificuldades e asseguradas as garantias constitucionais e princípios aplicáveis ao Direito Penal consoante sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente atribuiu responsabilidade ao adolescente por ato ilícito e, logicamente, as condutas a ele atribuídas, nesse âmbito, devem estar tipificadas em lei, assim como a apuração da prática e a responsabilização devem ocorrer em conformidade com o devido processo legal.<sup>81</sup>

Para se que se tenha uma ideia da dimensão da importância desse “novo” direito, cumpre mencionar que antes da vigência da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente “a grande maioria, da ordem de 80 a 90%, das crianças e dos jovens internados nas Febens não era autora de fato definido como crime”.<sup>82</sup>

Por todas essas alterações, percebe-se que os direitos da criança e do adolescente, enquadram-se na denominação de “novos” direitos, pois decorrem das grandes transformações contemporâneas que têm desafiado a “ciência jurídica tal como ela está articulada”.<sup>83</sup> Nesse contexto, tão emergente quanto os “novos” direitos é a necessidade de uma atenção maior aos estudos relacionados à

---

<sup>80</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>81</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012. p. 65-71.

<sup>82</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 27.

<sup>83</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 97.

produção das leis. Isso porque, a solução adequada aos novos fenômenos de ordem jurídica também está relacionada a uma produção legislativa mais racional.

Nessa linha de raciocínio, passa-se a abordar a temática da teoria da legislação com intuito de posterior verificação do respeito aos níveis de racionalidade pela Lei nº 8.069/90, com os quais opera o modelo de teoria da legislação proposto pelo Espanhol Manuel Atienza, especificamente em relação aos três sistemas de garantias anteriormente apresentados.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO, TEORIA DA LEGISLAÇÃO E TÉCNICA LEGISLATIVA

A atenção dedicada aos estudos relacionados à criação das leis ainda não condiz com a importância que o assunto requer. A falta de qualidade da legislação ocasiona inúmeros problemas de ordem política, social, econômica, dentre outros. Deste modo, estranha-se que o processo de criação das normas<sup>84</sup> não tenha recebido o devido enfoque pela Teoria do Direito, a qual, preocupada “por lo que hacen los jueces, no se ha ocupado suficientemente de lo que hacen los legisladores”.<sup>85</sup>

Contudo, em outros tempos a situação já foi diferente. Embora não haja consenso entre os autores acerca da origem da teoria da legislação, pode-se dizer que, nas obras de filósofos gregos da época clássica como Platão e Aristóteles<sup>86</sup>, já se evidenciava uma preocupação pela produção e qualidade das leis. Mas, foi nos séculos XVII e XVIII<sup>87</sup>, que os estudos acerca de uma legislação mais racional passaram a ter maior relevância.

Dos importantes precedentes dos estudos relacionados à produção das leis, cumpre mencionar as obras *Del l'Esprit des lois* de Montesquieu na França (século XVIII), a obra de Gaetano Filangieri na Itália (no fim do século XVIII), o qual sustentou a criação da figura do “censor da lei” encarregado de remediar a multiplicidade de leis e de adaptá-las às mudanças e da introdução da avaliação legislativa como momento chave do desenvolvimento da formação e da entrada em vigor das leis”. Outra obra relevante sobre o tema é a *Nomografía o el arte de*

---

<sup>84</sup> Em vista dos vários sentidos atribuídos ao termo “norma”, cumpre esclarecer que, na presente pesquisa, a exemplo da obra de Adalberto Hommerding “Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad”, adota-se a ideia de norma “como texto legal, o sea, como ley, que, obviamente, apresenta distintas posibilidades de contener diversas normas [...]” HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

<sup>85</sup> Cfe. ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia a la legislación”. **Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho**. n. 15-16, 1994. p. 770.

<sup>86</sup> Remete-se à obra: MORENO, Martha Gallegos. *Elaboración de leyes. Preparación técnica de proyectos legislativos*. Zacatecas: Instituto de Investigaciones legislativas. Disponível em: <<http://www.congreso Zac.gob.mx/coz/images/uploads/20121120140038.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2013.

<sup>87</sup> MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación. In: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p.94.

*redactar leyes* de Jeremy Bentham no Direito anglo-saxão (século XIX) “cuja tônica foi a racionalização do conteúdo da legislação”.<sup>88</sup>

No entanto, o interesse pelos estudos relacionados à produção legislativa enfraqueceu em virtude de alguns fatores que contribuíram para que esta fosse esquecida em um determinado momento histórico. Veja-se.

Com a transição do jusnaturalismo<sup>89</sup> para o positivismo<sup>90</sup>, o estudo acerca da criação das leis restou afastado do objeto da Ciência do Direito em vista do mito do legislador racional. Em outras palavras: a racionalidade, a onisciência e onipotência eram consideradas características inerentes ao legislador.<sup>91</sup> Essa premissa afastava a necessidade de estudos relacionados à produção legislativa, pois tornava as leis produzidas automaticamente racionais. Assim, o jurista restringia-se ao estudo da aplicação do Direito.

Além disso, o núcleo do Estado de Direito no Estado Liberal era a vontade do indivíduo e não a autoridade do Estado. Assim, a soberania indiscutível do legislador constituía um motivo para excluir a racionalidade legislativa do objeto de estudo dos juristas, cuja atividade só tinha sentido como “mero servicio a la ley”. Por outro lado, as funções atribuídas ao Direito e aos juristas no marco do Estado Liberal restringiam-se à garantia da ordem pública, social e econômica, bastando para tanto a criação e a aplicação das leis quando estas eram desrespeitadas. Cabia ao jurista,

---

<sup>88</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan/jul., 2007. p. 134.

<sup>89</sup> Doutrina segundo a qual “existe e pode ser conhecido um “direito natural” (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer”.( Bobbio, Norberto. et al. **Dicionário de política I** .Traduzido por Carmen C, Varriale. et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p.655-656.).

<sup>90</sup> Doutrina segundo a qual “só há um direito, o estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos ”.( Bobbio, Norberto. et al. **Dicionário de política I** .Traduzido por Carmen C, Varriale. et al. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998. P.655-656). Segundo Córdoba, o positivismo “sólo reconoce validez objetiva al conocimiento que suministra el razonamiento formal o deductivo; razón por la cual rechaza el análisis de todo aspecto de la realidad jurídica que no responda a la noción de “ calculabilidad” , esto es, a la posibilidad de obtener un resultado a partir de la aplicación de reglas preestablecidas.( MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p. 99.).

<sup>91</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón práctica y teoría de la legislación. Derechos y libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. Año n. 5, n. 9, 2000. p.304.Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1406/1/DyL-2000-V-9-Garcia.pdf>>. Acesso em: 10 ago.2013.

tão somente, eliminar os entraves à “autorregulación mercantil y al orden público econômico”.<sup>92</sup> “La función del jurista estaba claramente definida. Existía una separación radical entre la creación y la aplicación del derecho”.<sup>93</sup>

Posteriormente, com o declínio do Estado liberal e a ascensão do Estado social, a função do Estado deixou de ser somente a garantia da ordem pública e passou a ser também a intervenção direta “en la economía y en la sociedad gestionando directamente servicios públicos, creando y dotando a los países de infraestructura necesaria y abarcando poco a poco muchas actividades que tradicionalmente correspondían a la sociedad civil”.<sup>94</sup>

Nesse contexto, a soberania indiscutível atribuída ao legislador no Estado liberal tornou-se inadequada à nova realidade: “la maduración de los programas de inversiones públicas y de prestación de servicios permite constatar que no siempre el legislador alcanza los objetivos perseguidos, lo que obliga a una evaluación cada vez más refinada de los proyectos”.<sup>95</sup>

Começa, então, a instaurar-se a denominada crise da lei<sup>96</sup>. Com o aumento vertiginoso das funções do Estado a lei é vista como instrumento de execução dessas funções e essa realidade passa a gerar “el indiscriminado aumento de la producción legislativa, el continuo recurso a las leyes-medida y a las leyes especiales, la aparición de leyes con la misma fisionomía que el reglamento etcétera”.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> MARCILLA CORDOBA, Gema Maria. Legislar mejor en el paradigma constitucional. In: **Legislar mejor 2009**. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2009. p. 19. Disponível em: Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=tM\\_gekmce9cC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=legislar+mejor+2009](http://books.google.com.br/books?id=tM_gekmce9cC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=legislar+mejor+2009). Acesso em: 02 set.2013.

<sup>93</sup> CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía Del Derecho. n. 13, 1993. p. 163.

<sup>94</sup> CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía Del Derecho. n. 13, 1993. p. 165.

<sup>95</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia a la legislación”. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía Del Derecho. n. 15-16, 1994. p. 773.

<sup>96</sup> A crise da lei está relacionada ao abalo que sua concepção como protagonista no ordenamento jurídico tem sofrido por fatores decorrentes de mudanças político-jurídicas dentre os quais, na palavras de Hierro, resumidamente, destacam-se “ (1) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; (2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los estados; (3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones; y (4) la expansión de la fuerza normativa de los principios.” (HIERRO, Liborio L. El imperio de la ley y la crisis de la ley. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 19, 1996, p.291)

<sup>97</sup> MARCILLA CORDOBA, Gema. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación. In: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p. 97.

Por outro lado, com a instauração do Estado de Direito Constitucional, a lei deixa de ser a única instância normativa e passa a ter que ajustar-se a uma norma suprema. Conforme explica José Luis Díez Ripollés

la aprobación de constituciones con abundantes contenidos sustanciales, ligados a la protección de derechos fundamentales o al establecimiento de principios orientadores de la acción política, constriñe el ámbito de la ley al espacio existente entre la actividad reglamentaria y el debido respeto a los principios constitucionales: Con la instauración de lo que ha sido llamado *el estado de derecho constitucional* la ley sufre, pues, un nuevo embate, en este caso derivado de la pérdida de status consecuente a su necesaria acomodación a las prescripciones normativas constitucionales.<sup>98</sup>

Além das mudanças acima mencionadas, a globalização e as transformações dela decorrentes têm contribuído para a perda da supremacia e qualidade da lei e a consequente “desconstrucción de la ley” citada por Antonio Enrique Pérez Luño.<sup>99</sup>

Os processos de integração entre países, inerentes ao mundo globalizado, ocasionam um cenário de normatividade “transversal” em que o Direito apresenta-se como uma rede difusa de tramas normativas com regras de caráter internacional, nacional e local que se confundem. Por outro lado, o avanço tecnológico tem exigido e ocasionado um aumento significativo de leis para regulamentar as diversas novas situações dele decorrentes. Nesse panorama, surgem os fenômenos da *hipertrofia legislativa* (aumento desmesurado da produção de normas, o qual resulta na disfunção do papel da lei) e da *hipostenia legislativa*, correlativo e contrário ao primeiro e que consiste no déficit da intensidade da eficácia da lei. Ocorre, então, a “contaminación, la mitificación y versión simbólica de la ley” e a consequente desconfiança em relação a mesma.<sup>100</sup> Em outras palavras, as leis são reduzidas a meros símbolos, porque não produzem os efeitos sociais que deveriam produzir.

Como visto, a crise da lei, a decorrente perda de prestígio e qualidade da mesma e as demais transformações pelas quais tem passado o Estado de Direito Contemporâneo, mais do que a revitalização da Ciência da Legislação, impõem que

---

<sup>98</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Cuadernos de filosofía, Alicante, núm. 24, 2001. p. 486.

<sup>99</sup> Remete-se o leitor à leitura da obra: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

<sup>100</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011. p. 110-117.



o processo de criação das leis passe a ocupar um espaço importante em análises e estudos jurídicos para que se busque uma produção legislativa racional. Esse olhar mais atento ao processo de criação das leis já vem ocorrendo, desde os anos setenta do século XX em países Europeus e tende a intensificar-se.

## 2.1 TEORIA DA LEGISLAÇÃO E TÉCNICA LEGISLATIVA: CLASSIFICAÇÃO E ASPECTOS CONCEITUAIS

Em vista da crise da lei e das novas necessidades surgidas no direito Contemporâneo, o esquecimento do processo de criação das leis pela Ciência do Direito (realidade consolidada pelo Positivismo e pelo Estado Liberal de Direito) passa a dar lugar ao reconhecimento da importância do tema e um maior enfoque aos estudos relacionados à teoria da legislação e técnica legislativa.

Quando se fala em teoria da legislação e técnica legislativa é preciso elucidar, no entanto, que há muita divergência acerca da terminologia e conceituação de ambas. Na presente pesquisa, cumpre tecer alguns esclarecimentos a respeito, entretanto, não se pretende avaliar os conceitos e classificações de Ciência da Legislação, técnica legislativa e teoria da legislação apresentados pela doutrina, tampouco apontar delimitações precisas entre uma e outra, mas, sim apresentar considerações a respeito e eleger os termos e conceitos mais adequados à compreensão da pesquisa.

Assim, será feita uma breve abordagem sobre a classificação terminológica adotada por alguns doutrinadores que tratam do tema e a escolha de uma classificação e conceito que será adotado na pesquisa em questão.

Pois bem. A Ciência do Direito,<sup>101</sup> num sentido amplo, engloba a sociologia do Direito, a filosofia do Direito, a história do Direito, a teoria geral do Direito, dentre outras<sup>102</sup>, e pode-se dizer que tem como núcleo a dogmática jurídica. Esta, por sua vez, tem a lei como objeto principal de estudo e trata dos problemas relacionados

---

<sup>101</sup> Aqui se dispensa menção a controvérsias existentes sobre a expressão “ciência” aplicada às áreas sociais e particularmente ao Direito, porque inoportuna na presente pesquisa.

<sup>102</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 21.

com a interpretação/aplicação das normas jurídicas, tendo, portanto, como ponto de partida de análise, as normas enquanto realidade já dada.<sup>103</sup>

Já a Ciência da Legislação, ocupa-se do “proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas”,<sup>104</sup> mas também se interessa pelos resultados, pelos efeitos no sistema jurídico e social produzidos pelas normas. Manuel Atienza, nesse aspecto, explica que a Ciência da Legislação engloba duas áreas de estudos: a técnica e a doutrina ou teoria da legislação.

Segundo Piedad García-Escudero Márquez, a Ciência da Legislação compõe-se de campos fundamentais, dentre eles a técnica legislativa e a teoria geral da legislação, juntamente com a analítica, a tática e a metódica da legislação. A autora, ao abordar a referida classificação, limita-se a conceituar a técnica legislativa (a qual é objeto da obra consultada) mencionando que tem como objetivo, além da boa redação das leis, englobar questões mais gerais que repercutem na segurança jurídica como a unidade e coerência do ordenamento jurídico, a qualidade, publicidade e viabilidade das normas.<sup>105</sup>

A brasileira Fabiana de Menezes Soares apresenta uma classificação semelhante à mencionada por Escudero-Márquez. Contudo, não utiliza o termo Ciência da Legislação, optando, então, pelo termo “legística”, em vista do posicionamento sistemático que tal termo recebe nos países adeptos da *civil Law* e *common Law* (direito consuetudinário). Conforme a autora, a legística é definida como saber jurídico que almeja uma legislação disponível e atuante para a produção de efeitos, e que promove o questionamento da lei como “o instrumento exclusivo para a consecução de mudanças sociais, a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais em todos os níveis” e engloba cinco linhas de investigação:

Teoria ou doutrina da legislação: possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação.

Analítica da legislação: conceitos e idéias fundamentais da norma, lei e legislação.

Tática da legislação: estudo dos órgãos e procedimentos, métodos com o fim de influenciar e dirigir a produção legislativa.

---

<sup>103</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 17

<sup>104</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 16.

<sup>105</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, 2011. p. 24-25.

Metódica da Legislação: problematização das dimensões político-jurídicas e teoréticodecisórias da Legislação, procurando responder às questões de adequação/razoabilidade, e efetividade das leis (a questão dos direitos fundamentais).

Técnica legislativa: Regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem.<sup>106</sup>

Adalberto Narciso Hommerding, investigador da temática no Brasil sob a perspectiva da teoria da legislação proposta por Manuel Atienza, faz uma interessante análise acerca das divergências conceituais e uma abordagem sobre a terminologia utilizada por estudiosos do tema. O autor apresenta uma classificação condizente com a necessidade da presente pesquisa que propicia a compreensão da temática e está em conformidade com o entendimento aqui apresentado do que consiste a teoria da legislação.

De acordo com o pensamento de Hommerding, a teoria da legislação é muito mais que uma simples linha de investigação como mencionado por Soares. É tão ampla quanto a própria legística, pois tem preocupações epistemológicas que não se separam das preocupações inerentes à técnica, tática, analítica e metódica da legislação.<sup>107</sup> Assim, a classificação adotada para teoria da legislação na presente pesquisa seguirá a linha de raciocínio de Hommerding sempre amparado por Atienza.

Feitas as considerações acima e considerando a amplitude do que consiste a teoria da legislação, importa esclarecer que esta propõe uma noção de racionalidade legislativa por meio da apresentação de características necessárias para se atingir uma legislação ótima estipulando um esquema das técnicas necessárias ao desenvolvimento de um modelo racional de produção legislativa. A teoria da legislação também indica as disciplinas que fornecem o conhecimento necessário para o embasamento dessas técnicas, além de delinear o procedimento legislativo organizando as fases ou momentos em que operam as distintas técnicas.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan/jul., 2007. p.125.

<sup>107</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 217- 219.

<sup>108</sup> MARCILLA CÓRDOBA, Gema. "Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación". In: CABONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p.109.

Ao estabelecer a relação existente entre a teoria da legislação e técnica legislativa, Atienza esclarece que a primeira está ligada a uma análise mais global, de tipo explicativo sobre problemas de natureza mais abstrata. Seu objetivo “no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que supongan un incremento de racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente”.<sup>109</sup> Já a técnica legislativa, como o próprio nome evidencia, está relacionada ao desenvolvimento de um conhecimento de tipo técnico, setorial, sem pretensão de explicar a crise da lei, mas de indicar soluções práticas a esta “a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos”.<sup>110</sup> Como exemplo de técnicas legislativas pode-se mencionar as diretrizes e o *checklisten* ou questionário.<sup>111</sup>

Embora a técnica legislativa, remeta à ideia de que trata tão somente de aspectos formais, também se preocupa com aspectos substanciais, pois como lembra María Jesús Montoro Chiner, técnica legislativa é fruto de uma ciência que objetiva<sup>112</sup>

la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley, la correcta aplicación de los gastos que integran los presupuestos públicos y, por descontado, la modernización de las administraciones públicas y la mejora cualitativa de su actuación ante los ciudadanos.

Assim, de forma simplificada, baseando-se nas considerações dos autores anteriormente mencionados, pode-se dizer que a teoria da legislação propõe uma produção legislativa mais racional mediante a articulação de conhecimentos teóricos e práticos de diferentes áreas que propiciam e incrementam níveis de racionalidade a serem observados nas leis para que estas tenham uma melhor qualidade. A teoria da legislação fornece conhecimentos à técnica legislativa que a integra e apresenta recursos e procedimentos que na prática propiciam o alcance dos fins almejados pelos níveis de racionalidade propostos pela teoria da legislação.

<sup>109</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 74.

<sup>110</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 55.

<sup>111</sup> De um modo geral pode-se dizer que as diretrizes são instruções que devem ser observadas quando da elaboração das leis relativas a estrutura formal e conceitual das mesmas, já o *checklisten* trata-se de questionário sobre a necessidade e adequação dos objetivos perseguidos. Remete-se o leitor à obra: GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, 2011. p. 44.

<sup>112</sup> MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001. p.15.

Em se tratando de teoria da legislação, pode-se dizer que a partir dos anos setenta do século XX têm surgido alguns modelos de produção legislativa racional dos quais se destacam os de Peter Noll, J. Wroblewski, Mario Losano,<sup>113</sup> e o modelo do espanhol Manuel Atienza que é a base teórica da presente pesquisa e remete a níveis de racionalidade que devem ser observados na produção legislativa, conforme será visto a seguir.

## 2.2 O MODELO DE TEORIA DE LEGISLAÇÃO PROPOSTO POR MANUEL ATIENZA

Abordar o modelo de teoria da legislação proposto por Manuel Atienza requer uma elucidação, ainda que superficial, sobre a razão no Direito e sobre racionalidade, mormente, a legislativa, já que, sua teoria trata da racionalização da lei que pode ser entendida por meio de cinco modelos ou níveis de racionalidade: comunicativa ou linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética.

Ao tratar do vasto e complexo tema “razão no Direito”, Atienza<sup>114</sup> faz remissão a Norberto Bobbio que, em uma observação geral, menciona que, quando se trata da relação entre razão e Direito, surgem significados distintos conforme a importância que se dê aos termos razão ou Direito na expressão. É que quando se considera “Direito” como termo principal da expressão, o termo razão possui caráter qualificativo e assume o seu denominado sentido forte ou substantivo. Ou seja, nesse caso, razão refere-se à faculdade que é própria do homem de captar a essência das coisas e que o distingue dos animais, surgindo então, a expressão “Direito racional”. Agora, quando o termo razão assume a posição principal na expressão, este é considerado em seu sentido débil ou formal (capacidade de

---

<sup>113</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 64-67.

<sup>114</sup> Considerando que a “razão no direito” trata-se de tema amplo e complexo, não cabe na presente pesquisa maiores digressões neste aspecto, entendendo-se suficiente apresentar uma noção que propicie a compreensão do tema abordado, a qual pode ser encontrada em BOBBIO, Norberto. *La razón en el derecho (observaciones preliminares)*. **Doxa**. Cuadernos de filosofía, Alicante, n. 2, 1985. p. 19-20.

raciocinar em todos os sentidos em que se fala em raciocínio como inferência, cálculo, como argumentação). Nesse caso, fala-se em “razonamiento jurídico”.<sup>115</sup>

Esses dois significados de razão correspondem ao momento de criação e de aplicação do Direito. A razão forte, consoante Bobbio, “es la que crea, descubre o revela” conforme os diferentes pontos de vista na tradição do Direito racional. A razão débil é a que, uma vez postas as regras, as aplica ao caso concreto valendo-se “de los procedimientos (sic) descritos o regulados por la lógica, por la tónica, por todas las disciplinas que tienen por objeto las operaciones mentales que se pueden hacer entrar en el concepto de razonamiento”. Como o Direito racional (razão em sentido forte) foi relegado durante muito tempo é comum que a expressão “razão no Direito”, para muitos, remeta quase que exclusivamente a “razonamiento jurídico” (razão no sentido débil) que se refere à aplicação do Direito.<sup>116</sup>

Igualmente ao que ocorre com a razão no Direito, trata-se de tarefa complexa estabelecer um conceito para racionalidade em vista das controvérsias existentes até mesmo em relação ao conceito de razão e à existência mesmo de um direito racional.<sup>117</sup> Contudo, para que se possa compreender o que se pretende aqui afirmar, pode-se dizer que a ideia de racionalidade apresentada por María Jesús Montoro Chiner serve para elucidar, de um modo geral, a racionalidade, mormente a legislativa que está relacionada a este trabalho. Veja-se:

la tesis de la racionalidad significa que la ley, como acto político libre en su fin, establece unos supuestos y unas consecuencias jurídicas que han de ser comprensibles por los destinatarios, inteligibles para la Administración, e interpretables por los Tribunales. El juicio de racionalidad significa que la ley dispone de credibilidad por sí misma, pudiendo advertirse que existe una presunción iuris tantum de que el legislador se comporta razonablemente siempre que dicta normas, aunque estas normas vengan a contener elementos técnicos, o productos de la ciencia o de la experiencia. El juicio de racionalidad se predica tanto para las leyes generales como para las leyes especiales; en estas últimas con más intensidad porque de la consecución o de la dirección de la norma hacia el principio de igualdad depende su constitucionalidad. Aunque en el Estado de Derecho la ley es sólo parcialmente rectora de conductas, su contenido ha de ser cierto, ha de inducir a la certeza del Derecho y a su predictibilidad. En caso contrario padecen tanto el principio de publicidad de las normas, como el principio de

---

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. La razón en el derecho (observaciones preliminares). **Doxa**. Cuadernos de filosofía, Alicante, n. 2, 1985. p. 17-20.

<sup>116</sup> BOBBIO, Norberto. La razón en el derecho (observaciones preliminares). **Doxa**. Cuadernos de filosofía, Alicante, n. 2, 1985. p. 19-20.

<sup>117</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 226.

seguridad jurídica, o incluso el mismo principio de responsabilidad de los poderes públicos.<sup>118</sup>

Também muito útil para a compreensão do que consiste a racionalidade é a concepção apresentada por José Luis Díez Ripollés, que, embora direcionada à área penal, também serve para elucidar, de um modo geral, a racionalidade legislativa em sentido mais amplo.

Segundo o referido autor, a racionalidade se expressa como a “capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen a tal realidad y que conocemos”. No âmbito penal, por exemplo, opera-se no campo do controle social jurídico sancionador, assim, nesse contexto, pode-se dizer que a racionalidade “es la capacidad para elaborar en el marco de ese control social una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide.”<sup>119</sup>

A teoria da legislação abordada nesta pesquisa envolve a racionalidade da legislação, a qual, como já mencionado e consoante os ensinamentos de Manuel Atienza, é considerada uma racionalidade forte que vai além da coerência lógico-formal, preocupando-se, também, com princípios jurídico-político-morais e os fins a serem obtidos.<sup>120</sup> Essa racionalidade pode ser compreendida de três formas:

Por un lado, la racionalidad puede referirse a la legislación en cuanto tal, lo que implica plantearse cuál es el lugar que ocupa - qué función cumple - en el contexto de todo el sistema jurídico y en relación con los otros elementos del sistema – en particular, en relación con la jurisdicción -; o bien cuál es su función en el contexto de la evolución de los sistemas jurídicos. [...] Por otro lado, la racionalidad legislativa puede entenderse referida al proceso de la producción de las leyes; la cuestión a plantearse, entonces, es bajo qué condiciones – o hasta qué punto - puede considerarse racional la actividad de legislar (entendiendo por tal, en sentido amplio, la producción deliberada de normas de carácter preferentemente general y abstracto). Finalmente, cabe hablar también de racionalidad en relación con el resultado de ese proceso, esto es, de racionalidad de las leyes.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001. p. 48.

<sup>119</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante, n. 24, 2001. p. 502.

<sup>120</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 24, 2001. p. 495.

<sup>121</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 91.

É no segundo sentido (referente à produção das normas), fundamentalmente, que Atienza trabalha sua teoria. Cumpre lembrar que, considerando as três formas de racionalidade da legislação por ele apresentadas, uma lei pode resolver um problema social, sendo, portanto, racional, ainda que seu processo de produção não o seja, pois pode não ter considerado dados essenciais e conhecidos da situação. Por outro lado, também pode acontecer de uma lei originada por um processo de produção racional não resolver o problema social ou piorar a situação.<sup>122</sup>

Nessa linha de raciocínio, a teoria da legislação proposta por Atienza considera que o processo de produção das leis é uma série de interações entre diferentes elementos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores e estabelece cinco modelos ou níveis de racionalidade a serem observados no processo de produção legislativa: a racionalidade comunicativa ou linguística, a jurídico-formal, a pragmática, a teleológica e a racionalidade ética.

De acordo com o nível de racionalidade em questão o sistema jurídico opera de determinada forma. Com relação ao nível de racionalidade lingüística, por exemplo,

El sistema jurídico aquí es una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al emisor y al receptor (un lenguaje) y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes (las leyes). El edictor y el destinatario de las leyes son, respectivamente, emisores y receptores de cierto tipo de informaciones que se organizan en un sistema”.<sup>123</sup>

Segundo Atienza, podem ser feitos dois tipos de análise quanto aos níveis de racionalidade: a interna e a externa. A primeira possui caráter prescritivo e “permite definir “en qué consiste una ley racional según cada nivel” sugerindo as técnicas para incrementar a racionalidade das leis em cada nível.<sup>124</sup> A segunda é descritiva e

---

<sup>122</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 92.

<sup>123</sup> Cfe. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 37.

<sup>124</sup> MARCILLA CORDOBA, Gema. Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. **Isonomía**. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, n. 11, oct., 1999. p.191. Disponível em: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_12.pdf). Acesso em: 01 set.2013.



refere-se a forma como se dá a relação entre os diferentes níveis em nível abstrato e concreto do processo legislativo.

### 2.2.1 Análise interna da legislação

Como dito, a teoria da legislação proposta por Manuel Atienza trabalha com cinco níveis de racionalidade a serem observados na produção legislativa: a racionalidade linguística (R1), racionalidade jurídico-formal (R2), racionalidade pragmática (R3), racionalidade teleológica (R4) e a racionalidade ética (R5). A análise interna consiste em nortear elementos da atividade legislativa definindo o que seria considerada uma irracionalidade em relação ao nível analisado e “distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de racionalidade y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad”.<sup>125</sup>

Além disso, tal análise revela o modo como cada nível de racionalidade relaciona-se, de certa forma, com os elementos de tal atividade (editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores). É que, em uma análise interna, esses elementos são interpretados de forma diferente em relação a cada nível de racionalidade. Explica-se: enquanto os fins da racionalidade linguística são a clareza e a precisão e o valor considerado é a comunicação, para a racionalidade ética os fins são liberdade, igualdade e justiça e os valores dignidade da pessoa humana, consenso, por exemplo. A seguir passa-se a abordar a análise interna relativa a cada nível de racionalidade.

A racionalidade comunicativa ou linguística mencionada por Atienza tem como fins a clareza e a precisão e como valor a comunicação. Tal racionalidade consiste na fluidez na comunicação de mensagens normativas entre o editor da lei e seus destinatários os quais fazem parte de um sistema jurídico considerado como “una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al

---

<sup>125</sup> ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. p. 19.

emisor y al receptor (un language) y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes (las leyes).<sup>126</sup>

É importante salientar que, quando se fala em editor, não há somente referência ao parlamentar que edita a lei, mas, também, a quem efetivamente a redige. Por outro lado, ao verificar se uma lei é transmitida com fluidez e, portanto, se é dotada de racionalidade linguística, há que se considerar que o destinatário da mensagem nem sempre é o destinatário formal (quem efetivamente tem que cumprir os comandos legais). Explica-se: uma lei referente a tributos, por exemplo, pode não ser muito clara para o contribuinte e transmitir com clareza seus comandos a quem irá fiscalizar o pagamento do tributo em questão sem que isso signifique uma irracionalidade linguística.<sup>127</sup>

Percebe-se que não há a pretensão de que o texto normativo seja compreendido pela maioria dos cidadãos. Aliás, isso seria uma utopia, pois muitos não possuem conhecimento técnico suficiente para entender certas mensagens. Por vezes é suficiente que a lei seja clara aos profissionais envolvidos com a matéria legislada, como é o caso do exemplo mencionado por Atienza (lei que regula matéria tributária).

O que não pode acontecer, é a legislação ser incompreensível até mesmo para os operadores jurídicos e profissionais de outras áreas aos quais é dirigida, situação que, infelizmente, não é rara no Brasil. Conforme lembrado por Hommerding parafraseando Cano Bueso,<sup>128</sup> a produção legislativa resulta, muitas vezes, em leis ininteligíveis até mesmo para os próprios juízes que revelam dificuldade em discernir qual o direito aplicável a um fato, relação ou situação jurídica determinados.<sup>129</sup>

Cabe referir também que, na elaboração da lei, torna-se muito difícil para o legislador escapar da utilização de termos técnicos, tanto os jurídicos, quanto os decorrentes de conteúdos científicos, tão comuns na contemporaneidade em virtude

---

<sup>126</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 20.

<sup>127</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 28-29.

<sup>128</sup> CANO BUESO, Juan. Cuestiones de técnica jurídica en el procedimiento legislativo del Estado social. In: CORONA FERRERO, Jesús M.; PAU VALL, Francesc; TUDELA ARANDA, José (Coords.). **La técnica legislativa a debate**. Madrid: Tecnos, 1994. p. 201.

<sup>129</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 220.

dos avanços tecnológicos. Diante dessa realidade, é preciso que sejam tomados alguns cuidados para que a linguagem utilizada na norma seja capaz de transmitir os comandos legais aos destinatários da melhor forma possível.

Sobre esse aspecto, Montoro Chiner adverte que, havendo a necessidade de utilização de termos técnicos na norma, estes devem ser utilizados com uma única significação “justificando por qué se utiliza tal término, y advirtiéndolo que ese término es el producto de una elección o selección científica concreta”. Nesse sentido, muito importante é a abordagem preliminar na norma dos termos e definições a serem utilizados na mesma.<sup>130</sup>

Outro aspecto que merece atenção quando se fala em racionalidade linguística e que é ressaltado por Hommerding, é o de que a preocupação com a clareza da linguagem da lei não pode desconsiderar que o direito opera também com a vagueza, que, algumas vezes, é necessária. Em outras palavras: não há como uma lei prever todas as situações possíveis com riqueza de detalhes, por isso é necessária certa flexibilidade da norma para a resolução de questões que surgirão somente quando da análise do caso concreto. Hommerding ao tratar de tal aspecto ressalta, com base em Atienza, a perspectiva da textura aberta de Herbert Hart:

La vaguedad se refiere a la incertidumbre del significado, puesto que su posible campo de referencia no es plural, sino indefinido. Pese a la vaguedad caer en lo que la doctrina llama de “textura abierta”, término utilizado por Herbert Hart, es esta textura misma que permite redactar normas generales con el grado de vaguedad o de concisión que se requiera, cumpliendo todavía la vaguedad una función preciosa como técnica legislativa a la hora de lograr acuerdos políticos que legitimen decisiones normativas y que, sin ella, o sea, sin una cierta vaguedad, serían impensables.<sup>131</sup>

Contudo, embora não seja possível eliminar margens de vagueza da norma, deve haver um limite em sua utilização, evitando-se o uso demasiado de indeterminação que favoreça a discricionariedade desmedida.

---

<sup>130</sup> MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001. p. 48-49.

<sup>131</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 222.

Sobre isso, Virgilio Zapatero Gómez enfatiza:

con excesiva frecuencia el aplicador del derecho no se mueve en las zonas marginales en las que el legislador le delega competencias normativas (facultándole para una elección informada entre alternativas abiertas) sino que trata simplemente de crear la norma, destilándola a partir de los más heterogéneos componentes que su imaginación aporta e entre los que, eso sí figura la ley.<sup>132</sup>

Percebe-se o quão delicada é a questão da racionalidade linguística da lei. É necessário ter cuidado em relação à vagueza, porque, se, por um lado, não deve haver uma racionalidade total quanto à clareza da linguagem (o direito exige certa flexibilidade das normas para aplicação no caso concreto a qual se revela através da indeterminação), por outro, deve-se considerar que uma indeterminação pode ocasionar o abuso da discricionariedade pelos aplicadores do Direito. Se tal abuso já ocorre mesmo quando o legislador opera dentro dos limites da indeterminação, imagine-se quando não é tomado o devido cuidado quanto à racionalidade linguística em relação a este aspecto.

Assim, a racionalidade linguística revela-se na correta utilização de termos técnicos relativos à matéria abordada pela lei, no cuidado para que sejam evitadas contradições, obscuridades, falhas gramaticais e a utilização desnecessária de termos de difícil compreensão. O comando legal de uma lei dotada de racionalidade linguística é expresso de tal forma que permite a orientação do comportamento do destinatário de acordo com o prescrito na lei e expõe com clareza a consequência decorrente do descumprimento.

Contribuem para uma maior racionalidade linguística os conhecimentos de linguística, lógica, informática, da técnica legislativa formal, da psicologia (ramo que demonstra como devem ser redigidos textos de modo a facilitar a sua compreensão e evitar inferência equivocadas) dentre outros.<sup>133</sup>

Por outro lado, uma lei pode ser considerada irracional do ponto de vista linguístico “si y en la medida em que fracasa como acto de comunicación [...]. Entre otros, pueden contener defectos sintácticos u oscuridades semánticas; pueden no

<sup>132</sup> ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia a la legislación”. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía Del Derecho. n. 15-16, 1994. p. 778-779.

<sup>133</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 30.

haber funcionado correctamente los médios de comunicación encargados de transmitir el mensaje”; é possível ainda que o nível de preparação dos destinatário não permita a adequada compreensão da mensagem.<sup>134</sup>

Diante das situações acima abordadas, percebe-se, como alerta Atienza, que é muito difícil que as leis sejam plenamente racionais linguisticamente, pois há muitas possibilidades de fracasso no ato de comunicação.

Já no tocante à racionalidade jurídico-formal deve-se considerar que o editor é o órgão ao qual se atribui a capacidade de produzir o direito legislado e os destinatários são os indivíduos e órgãos para os quais estão voltadas as leis e o sistema jurídico. O objetivo almejado por esse nível de racionalidade é a sistematicidade da norma em um sistema jurídico considerado como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas sistematicamente.<sup>135</sup>

Ou seja, a nova lei deve ser compatível com as já existentes e com o ordenamento jurídico que fará parte respeitando os critérios já estabelecidos sem incorrer em lacunas, contradições, nem tampouco introduzir critérios alheios aos princípios do ordenamento jurídico que podem corrompê-lo.

O valor considerado em relação à racionalidade jurídico-formal é o da segurança ou previsibilidade, de modo que o Direito possa ser visto como um mecanismo de previsão de conduta humana e de suas consequências. Quando uma nova norma insere critérios alheios à lógica do ordenamento jurídico que irá integrar, desrespeita os critérios estabelecidos, ou, ainda que os respeite, incorre em lacunas e contradições afetando negativamente o Direito já estabelecido, pode-se dizer que sofre de irracionalidade jurídico-formal.<sup>136</sup>

Por outro lado, Atienza defende que a racionalidade jurídico-formal pode ser incrementada com a melhora da técnica legislativa mediante a elaboração de diretrizes legislativas e o estabelecimento de oficinas técnicas nos parlamentos e ministérios.

---

<sup>134</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.

<sup>135</sup> ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p. 20.

<sup>136</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 32-33.

Quanto à racionalidade pragmática pode-se dizer que esta “consiste en la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley”. A lei deve ser mais que um enunciado, deve ser o “Derecho em acción”, influenciando no comportamento humano de modo a motivar os destinatários a adequarem suas condutas ao que está prescrito em seus comandos legais.<sup>137</sup>

Assim, diz-se que o comando normativo deve orientar os atos dos destinatários de acordo com o prescrito em lei, demonstrando claramente as consequências jurídicas do descumprimento e imprimindo-lhes a segurança de que a sanção prevista será aplicada a quem agir contrariamente à prescrição normativa.

O sistema jurídico em relação a esse nível de racionalidade é considerado como um conjunto de normas eficazes ou de comportamentos. O fim a ser perseguido é o cumprimento do Direito (tradução das normas em ações) e o valor em questão é a manutenção da ordem e a eficácia.<sup>138</sup>

Quando se aborda a racionalidade pragmática é importante que haja um olhar diferenciado acerca de quem são os editores e os destinatários da norma. Hommerding, a partir de Atienza, explica que o editor deve ser visto como “- soberano político -”, ou seja: “quien tiene poder para ser obedecido, y no solo para dictar normas formalmente válidas. Los destinatarios son quienes prestan obediencia; son aquellos a quienes la ley se dirige, pero en la medida en que adecuen o no su comportamiento a lo allí prescrito”.<sup>139</sup>

A racionalidade pragmática resta frustrada quando a norma não atinge os objetivos pretendidos, seja por falta de motivação dos destinatários para cumpri-la (motivos subjetivos), seja por seu cumprimento não ser possível do ponto de vista financeiro, administrativo, dentre outros (motivos objetivos).<sup>140</sup>

Contudo, a irracionalidade pragmática não se revela somente com o descumprimento das normas pelos destinatários, mas também com a inadequação “entre el comportamiento de los destinatarios y los deseos o intenciones (como

<sup>137</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 36-37.

<sup>138</sup> ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p. 20.

<sup>139</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 41-42.

<sup>140</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 36- 37.

quiera que haya que interpretarlos) del edictor”.<sup>141</sup> Tal situação ocorre quando os destinatários cumprem o estabelecido em uma lei que é produzida para não ser cumprida. É o caso da denominada legislação simbólica.

Veja-se: esse tipo de lei, como o próprio nome indica, revela-se como mero símbolo, porque não produz os efeitos sociais que deveria produzir, seja por intenção do legislador, seja porque este, embora tenha almejado a produção dos efeitos sociais, quando da elaboração da lei, descuidou dos pressupostos para que isso se tornasse possível faticamente (como ocorre, por exemplo, com leis que demandam criação de serviços administrativos para serem cumpridas e, no entanto, nada dispõem sobre tal aspecto).

Marcelo Neves aponta três tipos de legislação simbólica: a legislação “para a confirmação de valores sociais”, a “legislação - álibi” e a legislação “como fórmula de compromisso dilatatório”. Conforme o autor, o primeiro tipo ocorre quando o legislador vê-se compelido a apresentar uma solução para determinados conflitos sociais relacionados a valores de determinados grupos sociais os quais “vêm a ‘vitória legislativa’ como uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei”.<sup>142</sup>

Já a “legislação - álibi” (termo utilizado por Harald Kindermann) revela-se quando o legislador, “muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”. Diferentemente da legislação “para confirmação de valores sociais”, nesse caso, o que está em pauta não são valores de determinados grupos sociais, mas sim a satisfação das expectativas dos cidadãos mediante a criação de lei que faz com que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislator mantenha-se merecedor da confiança do cidadão.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 44.

<sup>142</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 33.

<sup>143</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 36-37.

Marcelo Neves menciona ainda, a legislação simbólica denominada como “fórmula de compromisso dilatatório” que objetiva a procrastinação de solução de conflitos sociais. Nesse caso, conforme o autor,

as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.

Como exemplo desse tipo de legislação simbólica, Neves cita uma lei Norueguesa que passou a regulamentar as relações de trabalho de empregados domésticos. Em relação ao conteúdo da lei havia um conflito de interesses entre “grupos ‘progressistas’ e tendências ‘conservadoras’”. O resultado foi uma lei com sanções brandas a serem aplicadas às empregadoras que a violassem. Essa brandura das sanções aliada à “forte dependência pessoal dos empregados domésticos em relação às donas de casa” garantiram a ineficácia da lei. Dessa forma, contentou-se a ambos os grupos. Afinal, as relações de trabalho dos empregados domésticos foram regulamentadas sem que houvesse maiores implicações para os grupos conservadores ante a impraticabilidade do disposto na lei pelos fatores acima mencionados. Percebe-se, então, que, embora o conflito de interesses entre o grupo progressista e as tendências conservadoras tenha sido amenizado, a solução efetiva da problemática (melhora das condições de trabalho dos empregados domésticos e a proteção de seus interesses) restou postergada.<sup>144</sup>

Com relação à legislação brasileira - e aqui o alerta é de Adalberto Hommerding - é comum haver irracionalidade pragmática, sobretudo nas leis penais, as quais, em sua maioria, são simbólicas em virtude do populismo e intenções eleitorais. Nesse contexto, são produzidas leis com a promessa de “resolução” de problemas sociais e questões que suscitam a comoção pública conferindo uma falsa segurança. Contudo, a posterior ausência de eficácia social acaba por promover o descrédito e perda de prestígio da lei.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 41-42.

<sup>145</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 284-285. Consultar também a recente obra: HOMMERDING, Adalberto



Já a racionalidade teleológica está relacionada aos interesses sociais particulares ou gerais que devem traduzir-se nas leis, tendo como valor norteador a eficácia social. O sistema jurídico, nesse nível de racionalidade, é considerado como um conjunto de meios (conhecimentos sociológico, econômico, etc.) para atingir o cumprimento de objetivos sociais. Os editores são os portadores de interesses sociais e os destinatários não são apenas aqueles a quem estão dirigidas as normas, mas também aqueles que são afetados pela lei que regulamenta o interesse ou necessidade social.<sup>146</sup>

A esse respeito Atienza menciona o exemplo de uma lei sobre matéria sanitária que objetiva a melhora da situação dos enfermos em unidades hospitalares. Nesse caso, além dos órgãos e instituições que devem tomar as devidas providências para que ocorram as melhoras mencionadas na lei, também são considerados destinatários os enfermos que dela se beneficiam, ainda que não haja comandos legais da referida lei a serem cumpridos por eles.

A lei em relação a esse nível de racionalidade é vista como um instrumento para alcançar os fins relacionados aos interesses sociais. Acrescente-se que o sistema jurídico em relação a essa racionalidade deve ser visto sob o ponto de vista científico social, e não do jurista tradicional. A título exemplificativo, citam-se como fins a serem alcançados “eficiencia económica, aumento del nivel educativo de la población, mejora de las condiciones sanitarias, redistribución de riquezas, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas o económicas, etc”.<sup>147</sup>

Há irracionalidade teleológica quando a lei “no produce efectos o produce efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables”.<sup>148</sup> A verificação da irracionalidade teleológica não é tarefa simples, seja pela dificuldade em ter que recorrer à intenção ou desejo do editor para efetuar a análise, seja pela problemática que há em distinguir se os efeitos foram produzidos em consequência da lei ou em decorrência de outras causas.<sup>149</sup>

---

Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

<sup>146</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 37-38.

<sup>147</sup> Cfe.HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.43.

<sup>148</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 38.

<sup>149</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 46.

Atienza menciona que para superar irracionalidades teleológicas é necessário valer-se de estudos decorrentes das ciências sociais com o intuito de proporcionar o alcance dos fins almejados. Para tanto surge a necessidade de uma análise da realidade social que exige a produção de determinada lei. Acrescenta o autor que, na maioria das vezes, é preciso “una *evaluación legislativa*, entendiendo por tal, en un sentido amplio, el conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de los efectos de la legislación”.<sup>150</sup>

Vale lembrar que os fins a serem atingidos pela legislação, de acordo com a racionalidade teleológica são variáveis, mas devem sempre estar comprometidos com uma justificação ética, ou seja, deve haver uma verificação “si los fines que persigue son precisamente los que debería perseguir”.<sup>151</sup>

Por fim, a racionalidade ética pressupõe que o sistema jurídico seja visto como um conjunto de normas e comportamentos avaliáveis de acordo com um sistema ético tomado como referência. Nesse sentido, a lei deve ser ditada por quem possui autoridade e legitimação ética e ter como destinatários aqueles que são obrigados moralmente a obedecer aos comandos legais.<sup>152</sup> “Los fines considerados valiosos variarán, naturalmente, según el sistema ético que se tome como referencia aunque, abstractamente, puede decirse que son los de libertad, igualdad y justicia”. Os valores éticos revelam-se mediante ideias organizadas em teorias éticas capazes de justificar os fins almejados (a dignidade da pessoa humana, por exemplo, quando se considera a concepção de Kant).<sup>153</sup>

Conforme as lições de Manuel Atienza, a irracionalidade ética ocorre nas seguintes situações: quando a lei foi ditada por quem não possui legitimação ética para tanto; quando prescreve comportamentos imorais ou deixa de prescrever comportamentos morais cuja prescrição é obrigatória e quando persegue fins ilegítimos. Ou seja, a lei é incoerente com os princípios e critérios do sistema ético tomado como referência.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 52.

<sup>151</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 38.

<sup>152</sup> ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. p. 20.

<sup>153</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 39.

<sup>154</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 39.

Hommerding destaca que esse nível de racionalidade está relacionado à questão da constitucionalidade das leis, pois “el problema ético de la legislación en los Estados constitucionales es un problema de la Constitución, pues ésta establece valores éticos y morales mínimos que posibilitan la vida en sociedad y que deben reglar la elaboración y aplicación de las leyes”. O autor explica que a constitucionalidade relaciona-se com a moralidade e a ética considerando-se o modo de ser do Direito como moral institucionalizada, nos moldes como defende Ronald Dworkin. A racionalidade ética está fortemente ligada à constitucionalidade e, por isso é mais evidente a relação entre ambas. Mas isso não significa que somente esse nível de racionalidade possua relação com aquela. É que a inconstitucionalidade de uma lei pode decorrer inclusive de uma irracionalidade linguística, por exemplo, por infringir o princípio da segurança jurídica.<sup>155</sup>

Como visto, a abordagem feita sobre os elementos do processo legislativo (editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores) considerados em relação aos cinco níveis de racionalidade revela a denominada análise interna. Com essa análise Atienza pretendia alcançar três objetivos: a articulação entre saberes heterogêneos envolvidos no estudo acerca da legislação, a definição do estatuto epistemológico dos estudos sobre legislação (indicar técnicas para incrementar a racionalidade legislativa e evitar, na medida do possível, irracionalidades), bem como, evitar um uso ideológico da teoria e da técnica, ou seja, quando estes não se prestam à solução do problema, mas a mascarar a crise do direito, a crise da legislação.<sup>156</sup>

Contudo, para Atienza a análise interna não basta para alcançar o segundo objetivo (a definição do estatuto epistemológico dos estudos sobre legislação). Daí a necessidade, segundo Atienza, de uma análise que demonstre a relação entre os níveis de racionalidade, que define como análise externa.

---

<sup>155</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 44.

<sup>156</sup> ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. p.19-21.

### 2.2.2 Análise externa da legislação

A análise externa, segundo Atienza, tem caráter descritivo e refere-se à relação entre os cinco níveis de racionalidade, a compatibilidade, dependência ou incompatibilidade entre eles, por exemplo. Tal análise pode ser feita por meio de duas fases: a estática, que pretende demonstrar a relação que existe entre os níveis de racionalidade de forma abstrata, ou seja, sem que haja a necessidade de um processo real de legislação, e a dinâmica, que verifica como se dá a combinação entre os níveis em um processo real de legislação.<sup>157</sup>

Cumprido esclarecer que a presente pesquisa não comporta uma abordagem aprofundada da análise externa dos níveis de racionalidade, bastando para os fins almejados neste trabalho a referência a alguns casos de relações existentes entre os níveis de racionalidade que servem para dar uma noção sobre esse tipo de análise.

Com relação à análise externa, poder-se dizer que a racionalidade linguística é a que apresenta menos incompatibilidade com os demais níveis sendo, inclusive, pressuposto para os demais, pois o mínimo que se espera de uma norma é que ela possua comandos legais compreensíveis linguisticamente. Há que se considerar, no entanto, que, por vezes, R1 pode ser incompatível com R3 e/ou R4, como ocorre no caso de legislações simbólicas em que o legislador, de fato, não deseja que sejam produzidos os efeitos declarados na norma. Nessas situações, a clareza e precisão linguísticas prejudicam a racionalidade pragmática ou teleológica por facilitarem o cumprimento dos efeitos da norma (que deve ser simbólica) e, então, R1 fica subordinada a R3.<sup>158</sup>

Já em relação ao nível teleológico R5, considerando-se como fins a liberdade, igualdade e justiça, pode acontecer de a clareza e precisão almejadas pela racionalidade linguística se confrontarem com R5, pois, por vezes, o alcance de tais

---

<sup>157</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 57-58.

<sup>158</sup> ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CABONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. p. 23-24.

fins exige certa discricionarietà na aplicação da lei, que pode ser facilitada por uma certa imprecisão linguística.<sup>159</sup>

Quanto à racionalidade jurídico-formal (R2) é possível dizer que sua relação com os demais níveis é um tanto quanto complexa. Em relação ao nível pragmático, por exemplo, revela uma situação de independência recíproca. Não é incomum que uma lei seja racional quando se está a tratar do nível jurídico-formal sem que seja racional pragmaticamente. Por outro lado, pode haver um elevado grau de cumprimento de uma lei que não se insere harmoniosamente no ordenamento jurídico. Atienza salienta que “pueda decirse que la sistematicidad de una ley facilita de alguna manera el que ésta sea eficaz aunque, desde luego, el factor decisivo para que una ley se cumpla no es su grado de sistematicidad”.<sup>160</sup>

Sobre a relação entre os níveis de racionalidade apresentados por Atienza, Díez Ripollés<sup>161</sup> pondera:

la racionalidad ética tropezará con la teleológica cuando ésta se trace objetivos incompatibles con los criterios éticos fundamentales, con la pragmática cuando ésta busque asegurar la aplicación de la ley aun a costa de ciertas garantías ciudadanas, o con la jurídicoformal y lingüística cuando se vea conveniente mermar la seguridad jurídica o precisión comunicacional para favorecer ciertos márgenes de equidad en el caso concreto. Y que la teleológica, además, se verá frecuentemente confrontada con la pragmática a la hora de garantizar la obtención de sus objetivos, o con la jurídicoformal si pretende establecerlos sin preocuparse de su encaje en el conjunto de pretensiones vigentes en el actual ordenamiento jurídico.

De tudo o que foi exposto acerca da teoria da legislação pode-se dizer, simplificadamente, que tal teoria determina a racionalidade legislativa mediante a observância de níveis de racionalidade que visam uma produção legislativa ótima. Para tanto, indica as técnicas legislativas necessárias para o respeito a tais níveis mediante o fornecimento de conhecimentos oriundos de várias disciplinas.

Quanto ao modelo apresentado por Manuel Atienza, nas palavras Córdoba, percebe-se que

---

<sup>159</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 59.

<sup>160</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 60.

<sup>161</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, n. 24, 2001. p. 512.

se trata de una concepción innovadora: no otorga el lugar preponderante a la dogmática tradicional, abre paso a la sociología jurídica y reserva un lugar destacado a la filosofía moral. Consiuye, en suma, un punto de referencia ineludible para quien tenga interés en afrontar 'la teoría de la legislación cómo una parte de una teoría del Derecho y ésta última en el contexto de una teoría de la sociedad.<sup>162</sup>

### 2.2.3 Teoria da legislação e direito como integridade

Em se tratando de teoria da legislação, cumpre mencionar a contribuição do autor brasileiro Adalberto Narciso Hommerding, que apresenta algumas possibilidades de integração da teoria da legislação com a teoria do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin.

Desde já, esclarece-se que a abordagem acerca da teoria de Dworkin limitar-se-á a apresentação de conceitos e ideias do autor entendidas como necessárias à compreensão das reflexões apresentadas por Hommerding sobre a necessidade de uma teoria da legislação compatível com o direito como integridade.

O entendimento sobre a concepção de Direito como integridade de Ronald Dworkin exige ao menos algumas pinceladas sobre alguns conceitos utilizados pelo autor tais como o de política, regras e princípios. Além disso, é preciso que haja a compreensão de que tal teoria rechaça a premissa positivista de que a definição de direito limita-se a um modelo de regras. Para Dworkin, os princípios integram o direito tanto quanto as regras.

Dworkin define princípios jurídicos de um modo genérico como um conjunto de padrões que não são regras e, para complementar o conceito, faz uso da distinção entre princípio e política, veja-se:

Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação

---

<sup>162</sup> MARCILLA CORDOBA, Gema. Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. **Isonomía**. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, n.11, oct. 1999. p. 115. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_12.pdf)>. Acesso em: 01 set.2013.

econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>163</sup>

Ademais, Dworkin também aborda a diferenciação entre princípios jurídicos e regras jurídicas, e informa que tal distinção é de natureza lógica, sendo as regras “aplicáveis à maneira do tudo ou nada”, ou seja, somente são consideradas válidas se a solução que apresentam é aplicável para a decisão de certa situação. Já os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.<sup>164</sup> Prosseguindo com tal diferenciação o autor faz referência à “dimensão de peso e importância”, característica dos princípios jurídicos:<sup>165</sup>

Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. [...] uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.

Assimilados esses conceitos e, considerando a ideia de que princípio “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>166</sup> entende-se possível, a partir daí, começar a compreender a concepção de Direito como integridade apresentada por Dworkin.

Dworkin considera que a prática do Direito é interpretativa e salienta que o objetivo mais basilar da aplicação do Direito “consiste em guiar e restringir o poder do governo”. Ao abordar as relações do direito com o uso da força, Dworkin menciona três concepções interpretativas do direito que, segundo ele, apresentam

---

<sup>163</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>164</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

<sup>165</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

<sup>166</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

respostas a questionamentos referentes a tal relação: o convencionalismo,<sup>167</sup> o pragmatismo<sup>168</sup> e a integridade.

Segundo Dworkin, o uso da força, apenas é autorizado quando é permitido ou exigido “pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores”.<sup>169</sup> Nessa linha de raciocínio, o autor aborda o pragmatismo, o convencionalismo e a integridade demonstrando como as decisões políticas anteriores interferem na atividade judicial do ponto de vista de cada uma dessas concepções. Tal abordagem aponta para a seguinte conclusão:

Mientras el convencionalismo sostiene que las manifestaciones del Derecho son relatos factuales y que los jueces deben aplicar, sin más, la ley escrita y que, por tanto, no pueden cambiar las reglas, el Derecho como integridad paradójicamente cuida del pasado sin descuidar del presente y del futuro. Mientras el pragmatismo posee un carácter instrumental, una vez que deja a los jueces libres para cambiar las reglas cuando juzguen que este cambio sea provechoso para la comunidad, el modelo de integridad hace con que los jueces no sean libres al punto de cambiar las reglas objeto de las convenciones legislativas, y que, a cada vez, en cada interpretación, el contenido del Derecho pase a depender de interpretaciones más concretas, más refinadas, de la práctica jurídica que ha empezado a interpretar.<sup>170</sup>

Assim, para Dworkin a integridade revela-se a concepção de direito capaz de responder à indagação de como se estabelece a influência das decisões políticas anteriores na prática judicial e a que melhor explica o direito oferecendo “tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa de nossa prática jurídica como um todo”.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> “[...] O convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar convenções jurídicas, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito. Os convencionalistas entendem que o Direito só resulta de decisões anteriores quando está explícito em tais decisões e que o vínculo entre Direito e a coerção se justifica e o sentido para que a força seja utilizada está na previsibilidade e equidade processual” (HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 106).

<sup>168</sup> Em síntese: “o pragmatismo jurídico, afirma que as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revelar a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado. [...] Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independente (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.180-195).

<sup>169</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.116.

<sup>170</sup> Cfe.HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.111.

<sup>171</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 489-490.



Agora, quando se fala em direito como integridade, deve-se ter em mente o Direito como “completude” que supõe “que as pessoas têm direito a uma extensão coerente”, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado.<sup>172</sup> Veja-se que a coerência, para Dworkin é uma condição de possibilidade para dotar de racionalidade a argumentação legal. Mais que isso: é “coerência de princípio”. Noutras palavras “las normas deben ser interpretadas y las decisiones judiciales deben ser modeladas en armonía con la historia legal y el sistema de principios ético-políticos.”<sup>173</sup>

Sobre essa relação com a história legal é importante alertar que o fato de a integridade ter uma relação com decisões anteriores não significa que sempre se voltará para o passado. Para que isso aconteça é preciso que sua abordagem contemporânea assim o exija.<sup>174</sup> A possibilidade (necessidade) de alteração de decisões anteriores não é incompatível com a integridade, desde que não se desvirtue o caráter vinculativo da história judiciária. É que “as circunstâncias variam e os princípios mudam de peso com o tempo; aliás, o ‘princípio’ segundo o qual se deve observar o precedente [...] é só mais um princípio, cuja importância surge em meio a outros tantos”.<sup>175</sup>

Outro aspecto interessante para a presente pesquisa é a divisão de exigências da integridade em dois princípios: o princípio da integridade na legislação “que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente” e o princípio da integridade no julgamento que “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”.<sup>176</sup>

Dworkin deu maior atenção ao princípio da integridade no julgamento, contudo, isso não significa uma menor importância do princípio da integridade legislativa, caso contrário, sequer seria mencionado pelo autor. Trata-se apenas de uma questão de enfoque direcionado à aplicação judicial. Já para a presente pesquisa interessa mais a abordagem da integridade legislativa por estar

<sup>172</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.164.

<sup>173</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.107.

<sup>174</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 274.

<sup>175</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. rev. ampl. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

<sup>176</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 203.

diretamente relacionada à contribuição dada por Adalberto Hommerding à teoria da legislação.

Hommerding propõe a possibilidade de se trabalhar com o modelo de integridade no âmbito da legislação salientando a necessidade de observá-la no sentido de que o legislador, embora trabalhe com política, deve obrar também em conformidade com princípios, coerentemente, elaborando a lei sob uma leitura moral da Constituição que, nos casos dos Estados Democráticos de Direito, passa a institucionalizar a moral em seu texto como tem defendido Lenio Luiz Streck a partir de Ronald Dworkin no Direito Brasileiro.<sup>177</sup>

O reconhecimento possibilitado pela ideia de integridade no sentido de que a moral ou a integridade mesma são fontes do Direito induz a mudança do modo de produção e o modo de pensar/compreender a lei, no sentido de que a lei, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, além de explicitar o Direito, deve proceder de uma boa teoria moral e política. O legislador deve ser um agente moral com responsabilidade moral e política estendendo para todos os cidadãos “padrões fundamentais de justiça e equidade”. A instituição de direitos por meio da lei revela objetivos políticos, direitos políticos, e por esse motivo os legisladores devem obrar como agentes da comunidade propiciando um tratamento igualitário aos cidadãos em termos de respeito e consideração. Assim, “los legisladores deberán interpretar de la mejor forma los eventos sociales, pues será esta interpretación que podrá actuar como condición de posibilidad de la moralidad política”.<sup>178</sup>

Quanto à relação entre o Direito como integridade e os níveis de racionalidade a serem observados na produção legislativa que propiciam a boa qualidade da lei, Hommerding explica que é preciso que tais níveis estejam atentos à ideia de “moralização do Direito” ou, nas palavras de Dworkin, de “leitura moral do Direito”.<sup>179</sup> Essa “moralização do Direito”, está relacionada aos princípios de moralidade política consagrados na Constituição, que devem balizar e limitar a liberdade do legislador na produção legislativa.

---

<sup>177</sup> Cfe.HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.16.

<sup>178</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 287

<sup>179</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.121.

Assim, da mesma forma que as decisões judiciais devem ser controladas evitando-se a arbitrariedade e a discricionariedade desmedida, também há necessidade desse controle na atividade legislativa, como defende, por exemplo, Lenio Luiz Streck.<sup>180</sup> É que, o legislador também possui discricionariedade, porém, relacionada à interpretação da facticidade relacionada a eventos sociais que requerem a promulgação de uma lei que, conseqüentemente, resultará na eleição de políticas. Estas, por sua vez, devem estar comprometidas com princípios consagrados pela Constituição.<sup>181</sup> E é isso que deve ser considerado ao se verificar a relação entre cada nível de racionalidade e o Direito como integridade. Veja-se:

Uma lei racional sob a perspectiva do nível linguístico (R1) realiza o “valor de comunicação” porque dotada de clareza e precisão. Se esse valor é alcançado é possível afirmar, conforme Hommerding

que *a priori* esta ley no viola el principio de la igualdad porque, por ser clara y precisa, puede presumirse que todas las personas, o al menos gran parte de ellas, pueden obtener una comprensión mejor de su significado y de su alcance. Si así es, el legislador también consigue cumplir con la idea de integridad porque cumple también con el nivel de racionalidad ético (R5) que termina por entrecruzarse con el R1, porque consigue alcanzar a todos igual consideración y respeto, mismo que algunas personas puedan no ser alcanzadas por ellas.<sup>182</sup>

Quanto ao nível de racionalidade jurídico-formal, pode-se dizer que uma lei racional em relação a esse nível insere-se harmoniosamente no sistema jurídico do qual faz parte alcançando assim sistematicidade (plenitude e coerência). A sistematicidade está relacionada ao princípio da segurança jurídica ou previsibilidade, intrínseco ao Direito como integridade em virtude de estar “vinculado a uma ideia de sistema jurídico como um conjunto de normas válidamente estabelecidas que operan sistemática y coherentemente”. O direito como integridade é respeitado em uma lei racional do ponto de vista jurídico-formal porque possibilita que a lei consiga “ vincular a todos y que, por tanto, todos pueden tener expectativas

---

<sup>180</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 365.

<sup>181</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 282-283.

<sup>182</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.127.

en el sentido de poder pretender algo para sí bajo la aplicación de la norma legislada.<sup>183</sup>

Já em relação ao nível de racionalidade pragmática pode-se dizer que, quando uma lei o alcança, está em conformidade com a Teoria do Direito como integridade porque uma lei que é capaz de influenciar no comportamento humano é eficaz nesse sentido e, obviamente, não tem valor somente simbólico. Uma legislação simbólica é incompatível com o Direito como integridade, pois prejudica a vida em comunidade na medida em que sua eficácia atinge poucas pessoas. Certamente, a insatisfação daqueles que não experimentaram a eficácia da legislação simbólica induzirá a procura do judiciário por parte destes para reivindicar o direito não concretizado. Essa situação favorece a desigualdade de tratamento entre os membros da comunidade em vista das diferentes decisões judiciais obtidas.<sup>184</sup>

Agora, quando se trata do nível de racionalidade teleológico, pode-se dizer que o Direito como integridade aparentemente opera de forma diferente, pois uma lei racional nesse nível alcança o cumprimento de objetivos sociais e, conforme Hommerding, ao contrário do que ocorre com a racionalidade pragmática, por exemplo,

es necesario que la ley, a veces, sea desigual para que pueda alcanzar el cumplimiento de la racionalidad. Dicho de otro modo, para que la ley obedezca al Derecho como integridad, ella debe tener en cuenta las peculiaridades de aquéllos a quienes afecta. Y ello hace también que la racionalidad teleológica no consiga separarse del nivel de racionalidad ética. La integridad asegura el entrecruce de ambas racionalidades y su apoyo recíproco.<sup>185</sup>

Entretanto, o autor chama atenção para o fato de que a aparente desigualdade decorre da necessidade de reduzir a discriminação. Assim, a desigualdade é autorizada porque a Constituição

---

<sup>183</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.127.

<sup>184</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.128.

<sup>185</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.113.

reconoce que algunas personas, grupos o categorías, en algunos casos, en razón de su condición específica, poseen derechos y garantías que deben ser tratados diferentemente, pues constituyen derechos y garantías de algo mayor, de la propia sociedad, de la propia vida en República, como acontece en los casos en que se busca la inclusión social por medio de cuotas sociales.<sup>186</sup>

Finalmente, no que tange ao nível de racionalidade ética pode-se dizer que tal nível está diretamente relacionado à questão da constitucionalidade das leis, pois é a Constituição que estabelece valores éticos e morais mínimos que possibilitam a vida em sociedade e que devem orientar a elaboração e aplicação das leis. Assim, “una ley, por más que pueda superar los niveles R1-R4, si no considera los valores de R5, fatalmente será una ley inconstitucional por haber fracasado en la racionalidad ética”.<sup>187</sup> Nessa linha de raciocínio, o Direito como integridade serve à racionalidade ética porque

defiende un compromiso del Derecho con la moral y la ética que, en los Estados constitucionales, han sido consagradas en las Constituciones, como ocurre en Brasil. Si es así, una ley, para poder considerarse en conformidad con el Derecho como integridad, debe ser elaborada bajo un discurso moral que preserve al máximo los valores que presiden el nivel de racionalidad ética, sobretudo la igualdad, porque el Derecho como integridad, se sabe, determina que los legisladores elaboren la ley tratando con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos.<sup>188</sup>

Assim, constata-se que o Direito como integridade opera em todos os níveis de racionalidade revelando sua compatibilidade com a teoria da legislação de Manuel Atienza. Isso porque, a teoria de Atienza busca previsibilidade e segurança sem descuidar da igualdade e, conseqüentemente, também almeja ser uma teoria de coerência, assim como aquela. Além de compatíveis, as duas teorias juntas são uma forte condição de possibilidade para que se alcance uma melhor produção legislativa. O direito como integridade relaciona os níveis de racionalidade à proteção moral do Direito e assim almeja uma resposta adequada à Constituição solicitando aos legisladores “que hagan buenas leyes que también observen la

---

<sup>186</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. P.135.

<sup>187</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.137.

<sup>188</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 137.

integridad y la coherencia del Derecho, entendida aquí como coherencia de principios”.<sup>189</sup>

### 2.3 SITUAÇÃO DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL

Após explanação acerca da teoria da legislação proposta por Manuel Atienza e da contribuição de Adalberto Hommerding ao demonstrar a necessidade da observância da integridade legislativa na produção das normas, passa-se a abordar a situação do Brasil em relação à temática.

A produção legislativa brasileira, infelizmente, é marcada pelo predomínio da má qualidade da redação dos textos legislativos, incoerência com o ordenamento jurídico, comandos legais incapazes de atingir seus destinatários e fins almejados, dentre outras deficiências que resultam na existência de muitas normas sem concretização.

Essas deficiências na produção legislativa decorrem, em boa parte, da produção desmedida de normas, o que vem sendo chamado pela doutrina de “inflação legislativa”. Tal realidade passou a ser mais evidenciada no Brasil a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988 e o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais.<sup>190</sup>

Diante desse contexto, cumpre verificar se o Brasil tem desenvolvido e aplicado uma teoria da legislação à sua produção legislativa. Tal verificação terá como base as pesquisas de Fabiana de Menezes Soares e Adalberto Hommerding, investigadores da temática no Brasil.

Em que pese a necessidade da aplicação de uma teoria da legislação em vista da má qualidade das leis brasileiras e da inflação legislativa decorrente da promulgação da Constituição da República de 1988, não se evidenciou de imediato

---

<sup>189</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.137.

<sup>190</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p.153.

uma preocupação com o aprimoramento do processo de produção legislativa com o objetivo de obter-se uma legislação melhor.

Nos anos 90 foi publicado o “Manual de redação da Presidência da República”<sup>191</sup> que, além de abordar aspectos relativos a regras de redação oficial e ortografia, tratou de questões fundamentais de técnica legislativa e aspectos relacionados às fases do procedimento legislativo.

O referido Manual almejava a simplificação dos atos normativos pelo Executivo Federal, contudo, “no logró alcanzar al ámbito del poder legislativo donde, hasta hoy, los regimientos parlamentares no han introducido cambios de relevancia”.<sup>192</sup>

Dez anos após a promulgação Constituição de 1988 que, no parágrafo único do seu artigo 59, estabeleceu que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”<sup>193</sup> foi publicada a Lei Complementar nº95/98<sup>194</sup> que, após disposições preliminares apresenta técnicas que orientam a estruturação, articulação, redação e alteração das Leis brasileiras.

Posteriormente, no ano de 2002, com a publicação do Decreto nº 4.176,<sup>195</sup> a referida lei Complementar nº 95/98 foi regulamentada, sendo estabelecidas normas e diretrizes de elaboração de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal e apresentada uma *check list*<sup>196</sup> para orientar a avaliação de leis.

---

<sup>191</sup> BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/manual/ManualRedPR2aEd.PDF](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/ManualRedPR2aEd.PDF)>. Acesso em: 01 jul. 2013.

<sup>192</sup> Cfe.HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 249.

<sup>193</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>194</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112696.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112696.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>195</sup> BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4176.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm)> Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>196</sup> “Controle ou avaliação da norma antes de sua aprovação com o objetivo de obter efetividade e eficiência realizada através de testes ou questionários que normalmente pretendem analisar a

Tal Decreto, em seu anexo I estabelece questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do poder executivo. Trata-se de uma *check list* não muito extensa que apresenta questionamentos relacionados à necessidade de elaboração do ato normativo, seu impacto em relação aos direitos fundamentais e garantias constitucionais, à expectativa do cidadão, à exequibilidade e inteligibilidade do ato e à relação entre custos e benefícios.

Para Fabiana de Menezes Soares, embora a LC nº 95/98 tenha versado sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação de atos normativos, não estabeleceu um modelo e, nem previu a definição de matrizes e de um procedimento específico a ser seguido na produção das leis. Também não foi capaz de provocar reflexões que mobilizassem os juristas ou que revelasse política para melhoria da qualidade da lei.<sup>197</sup>

Já em relação ao Decreto nº 4176/2002,<sup>198</sup> a autora aponta o anexo I como um instrumento para avaliação de impacto dos atos normativos, uma *check list* cuja finalidade é realizar uma análise da “situação-problema” e “um prognóstico em relação às variáveis de impacto”. Contudo, Fabiana ressalta que a eficácia desse *check list* requer a interação entre profissionais diversos com rotina e sistema de obtenção de informações para que a avaliação de impacto dos atos normativos possa ser concretizada, caso contrário, poderá causar efeitos em desacordo com a legística.<sup>199</sup>

Hommerding salienta que, após a vigência da Lei Complementar nº 95/98, sequer foi realizado um trabalho de avaliação pós-legislativa das leis que apresentam maiores dificuldades de interpretação, de aplicação judicial e administrativa. “Es decir, la propia LC 95/98, curiosamente, no ha conseguido

---

necessidade da norma e sua adequação ao fim perseguido dentre outros aspectos”. (GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, 2011. p. 41).

<sup>197</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan/jul., 2007. p. 138.

<sup>198</sup> BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4176.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm)> Acesso em: 10 jun. 2013.

<sup>199</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan/jul., 2007. p. 141.



producir efectos”, sofrendo assim de irracionalidade pragmática. Os legisladores não cumprem o disposto pela referida lei complementar, muitos a desconhecem e quando a conhecem, por vezes, deixam de cumpri-la porque não é conveniente às suas ideologias. A realidade brasileira em relação à produção legislativa é a de que no país ainda não foi desenvolvida uma boa teoria da legislação e que sequer pode-se falar que as prescrições de técnicas legislativas são atendidas. Além disso, a abordagem da temática pela doutrina é escassa, revelando uma preocupação maior com a aplicação judicial.<sup>200</sup>

Em uma análise da legislação penal brasileira, por exemplo, verifica-se que muitas leis são simbólicas. Decorrentes de uma produção legislativa movida pela ânsia do legislador em obter a confiança e lealdade da opinião pública, esse tipo de lei carece de racionalidade pragmática porque não possui eficácia social. O que acontece é uma promessa de resolução de problemas sociais através de uma lei que não é cumprida. Assim, posteriormente, a lei simbólica que num primeiro momento conquistou a confiança e satisfação do povo, acaba por cair em descrédito, porque nenhum efeito produziu. Além disso, as leis brasileiras em geral seguem “sufriendo con problemas de no claridad, falta de coherencia, sea en el sentido lógico-formal, sea en el sentido de coherencia de principios”.<sup>201</sup>

A realidade brasileira é a de que, embora haja legislação relativa à elaboração, redação, alteração e consolidação de atos normativos ainda não foi desenvolvida uma teoria da legislação e pouca importância é dada ao tema. A Lei Complementar nº95/98, apesar de apresentar um texto que respeita alguns níveis de racionalidade mencionados por Manuel Atienza e estabelecer diretrizes de técnica legislativa, não é observada quando da elaboração das leis, seja por desconhecimento, desinteresse dos legisladores, seja pela impossibilidade de concretização do disposto em seu texto em virtude dos parlamentos não estarem aptos para tanto. Além disso, são poucas as obras publicadas sobre o assunto no país.

---

<sup>200</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 243-253.

<sup>201</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 284-289

Agora, em que pese o Brasil ainda não tenha desenvolvido uma teoria da legislação, não se pode dizer que não tenha produzido boas leis em conformidade com os ditos níveis de racionalidade mencionados por Atienza. Isso porque, segundo o autor, há ocasiões “en que puede tener sentido decir que una ley es racional aunque no lo haya sido el proceso de su producción [...]”.<sup>202</sup> Algumas leis brasileiras são tidas como modelo para outros países. É o caso de algumas leis que regulamentam os denominados “novos direitos”, como, por exemplo, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, Código de Defesa do Consumidor e especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, objeto de estudo da presente pesquisa.

Com visto, os “novos direitos” da Criança e do Adolescente surgidos com Constituição da República de 1988 foram regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, a qual é mencionada como uma legislação avançada e com excelência técnica.<sup>203</sup> Considerando esse reconhecimento, as críticas em relação à implementação da Lei nº 8.069/90 e o fato desta ser utilizada como referência na elaboração de outras legislações relativas a novos direitos, pretende-se efetuar uma análise do Estatuto da Criança e do Adolescente sob a perspectiva dos níveis de racionalidade indicados pela teoria da legislação proposta por Manuel Atienza com intuito de verificar se há desrespeito a tais níveis.

---

<sup>202</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 92.

<sup>203</sup> MENDEZ, Emilio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id231.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

### 3 A LEI Nº 8.069/90 SOB O ENFOQUE DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

#### 3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE ELABORAÇÃO E DISPOSIÇÕES PRELIMINARES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para a abordagem da Lei nº 8.069/90 sob o enfoque da teoria da legislação proposta por Manuel Atienza, é interessante que se tenha conhecimento de alguns aspectos relacionados à elaboração da referida lei os quais auxiliam na compreensão de sua essência. O primeiro deles é o de que a lei nº 8.069/90 recebeu a denominação de Estatuto, e não de Código pelo fato de o primeiro termo remeter à ideia de um conjunto de direitos fundamentais à formação integral de crianças e adolescentes, enquanto o segundo ao sentido de punição.<sup>204</sup>

Segundo Andrea Rodrigues Amim, o Estatuto da Criança e do Adolescente decorreu da articulação de três vertentes: “o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas”. Coube ao primeiro a reivindicação, aos segundos a tradução técnica dos anseios sociais, e as terceiras coube a efetivação dos anseios sociais.<sup>205</sup>

Sobre o processo de elaboração da lei cabe referir a abordagem feita por Paula:

Logo após a promulgação da Magna Carta surgiu o primeiro anteprojeto, denominado Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude, embrião do Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado pelos autores destas anotações, e levado à discussão do Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente, movimento de articulação de representantes de entidades não-governamentais e especialistas da área, muitos dos quais integrantes de órgãos públicos ligados à questão. A proposta foi aprovada e encaminhada ao Deputado Federal Nelson Aguiar, do Estado do Espírito Santo, que, numa atitude de coragem e de respeito à posição referendada pelo Fórum DCA, apresentou o projeto na Câmara, recebendo o n. 159/90. A sua apresentação na Câmara de Deputados teve

---

<sup>204</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

<sup>205</sup> AMIM, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de direito da criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-50.

como finalidade precípua assegurar precedência na tramitação, porquanto se antevia, como aconteceu, o ingresso de outros projetos, tendentes a manter a filiação do direito nacional à concepção da situação irregular. A partir de então o Fórum DCA assumiu o papel de articulador da transformação das Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude no Estatuto da Criança e do Adolescente, promovendo e estimulando a realização de congressos, seminários, encontros, reuniões etc., visando o debate e a criação da nova lei. Assim, a título de exemplificação, conclusões brotaram de encontros organizados pelo Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, pela CNBB-Pastoral do Menor, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pela Associação Brasileira de Pediatria, pela Frente de Defesa dos Direitos da Criança, pelo Movimento Criança Prioridade Nacional, pelo Fórum de Dirigentes de Febens, pelo Fórum Nacional de Secretários Estaduais de Educação etc. O fórum DCA constituiu uma comissão de redação, encarregada de transformar as conclusões daqueles simpósios em enunciados legais e, ao término de várias versões, o Deputado Néelson Aguiar apresentou um substitutivo ao projeto preliminar de Normas Gerais de Proteção à Infância e Juventude junto à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que foi incorporado ao relatório apresentado pela Deputada Rita Camata [...] idêntico substitutivo foi apresentado no Senado [...], merecendo tramitação conjunta, agilizando o processo de discussão. Aprovado nas duas casas foi sancionado e publicado [...].<sup>206</sup>

Verifica-se que os direitos previstos na Lei nº 8.069/90 surgiram de uma forma diferente da tradicional através de um processo de mobilização social e conquistas, característica que, conforme já foi mencionado, faz com que sejam denominados “novos” direitos.<sup>207</sup> Houve uma adequada participação cidadã no processo de elaboração do Estatuto mediante a realização de congressos, reuniões, seminários, dentre outros eventos com a atuação de profissionais da área, assim como grupos e organizações compostas de demais cidadãos.

Dos debates realizados nesses eventos resultaram conclusões as quais foram transformadas em enunciados legais que embasaram o projeto de lei. Assim, não há dúvidas de que na elaboração da lei foi considerada a opinião social, constatação que, segundo Díez Ripollés, é de suma importância na verificação das bases da racionalidade ética,<sup>208</sup> mormente em um Estado democrático de direito como o Brasil.

---

<sup>206</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46-47.

<sup>207</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-50. p. 20.

<sup>208</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 24, 2001. p. 501.

Outra constatação que merece ser mencionada é a de que nos debates que deram origem às conclusões que embasaram a produção da Lei nº 8.069/90, também houve a participação de profissionais de outras áreas que não a jurídica, relacionadas à temática da infância e da juventude como “psicólogos, médicos, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes de direito”,<sup>209</sup> dentre outros.

Tal fato adquire relevância na medida em que, conforme leciona Hommerding, embasado nos ensinamentos de Montoro Chiner<sup>210</sup>, “la interacción entre expertos es algo hoy indispensable a la elaboración de buenas leyes”. A interação e opinião de tais profissionais são importantes para situar o legislador ante as realidades apresentadas em outras áreas que estão envolvidas com os direitos a serem legislados,<sup>211</sup> principalmente quando se trata de direitos da infância e da juventude que, “por princípio, é o mais transdisciplinar dos direitos estabelecendo uma interface permanente com outras áreas como psicologia, sociologia, pedagogia, etc”.<sup>212</sup>

Por outro lado, Emílio García Mendez refere que a participação de juristas no processo de elaboração do Estatuto foi tímida. Segundo ele, a Lei nº 8.069/90 foi resultado de um processo jurídico “donde los grandes nombres del derecho en general y del penal en particular permanecieron ausentes o indiferentes”.<sup>213</sup> Tal constatação talvez explique alguns aspectos que serão abordados adiante, principalmente no tocante às disposições relativas às medidas socioeducativas.

Feitas as considerações acima, compete abordar as disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que é nos artigos que as compõem (artigos 1º ao 6º) que se encontram os “princípios e normativas de

---

<sup>209</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 25.

<sup>210</sup> MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001. p. 44.

<sup>211</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 250.

<sup>212</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente infrator**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

<sup>213</sup> MÉNDEZ, Emílio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. p.13. Disponível em: <[http://www.viablog.org.br/conteudo/Justica\\_adol\\_ato\\_infrac\\_post-2.pdf](http://www.viablog.org.br/conteudo/Justica_adol_ato_infrac_post-2.pdf)>. Acesso em: 18 dez. 2013.

políticas sociais, objetivos da lei”, além de conceitos-chave, que devem nortear o aplicador e intérprete do Estatuto.<sup>214</sup> Veja-se.

O artigo 1º revela a “síntese do pensamento do legislador constituinte”<sup>215</sup> sobre os direitos da infância e da adolescência ao estabelecer o sistema de garantia da “proteção integral”. Retomando-se o exposto no primeiro capítulo, a proteção integral estende-se a todas as crianças e adolescentes, reconhecendo sua condição de sujeito de direitos, rompendo-se, dessa forma, com o paradigma estigmatizante característico da “situação irregular” expressa na legislação anterior. Essa, por sua vez, dirigia-se apenas àquelas crianças e adolescentes em situações de risco decorrentes da marginalização social e constituía-se, basicamente, de medidas assistencialistas.<sup>216</sup> Essa universalidade de proteção é evidenciada também no artigo 2º que estabelece a definição de criança (indivíduo que possui até doze anos de idade incompletos) e de adolescente (aquele que tem entre doze e dezoito anos de idade).<sup>217</sup>

Mas é no artigo 3º que efetivamente são revelados os direitos garantidos às crianças e aos adolescentes “[...] assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.<sup>218</sup> Essas garantias são alicerçadas em dois pilares: na concepção de criança e adolescente como “sujeitos de direitos” e a consideração de sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.<sup>219</sup>

---

<sup>214</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6.

<sup>215</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral. In: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11.

<sup>216</sup> AMIN, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev.e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51-58. p. 54-56.

<sup>217</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>218</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2013.

<sup>219</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 9.

O disposto no art. 3º é uma declaração de princípios típica de uma técnica legislativa utilizada quando ocorre uma revolução no sentido de que um grupo de indivíduos que, até então, estava sendo excluído da sociedade passa a ser tratado prioritariamente no rol dos fins a que o Estado se propõe.<sup>220</sup>

Já o artigo 4º estabelece que a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público (Estado) têm o dever de assegurar direitos da criança e do adolescente como saúde, educação, alimentação, dentre outros.<sup>221</sup> Sobre esse aspecto, cumpre ressaltar a compreensão de que esse dever tem de ser cumprido em cooperação entre as entidades mencionadas, não se admitindo que, por exemplo, a família omita-se, sob o pretexto de que é dever do Estado assegurar certo direito. Esse artigo traz importante determinação: a absoluta prioridade na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes exigida pela Constituição da República de 1988. Além disso, enumera alguns procedimentos indispensáveis para tanto como, por exemplo, atenção preferencial na formulação e na execução das políticas públicas.<sup>222</sup>

O artigo 5º complementa os artigos 3º e 4º ao determinar a punição na forma da lei para qualquer atentado aos direitos fundamentais, por ação ou omissão e repele qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” praticada contra os mesmos.<sup>223</sup> Relacionadas a esse artigo estão às infrações administrativas e condutas penalmente típicas previstas nos artigos 225 a 244, e 245 a 258-B do Estatuto, respectivamente.<sup>224</sup>

Encerrando as disposições preliminares, o art. 6º estabelece que a interpretação do Estatuto deve balizar-se pelos fins sociais a que este se dirige, exigências do bem comum, direitos e deveres individuais e coletivos e condição

---

<sup>220</sup> VERCELONE, Paolo. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

<sup>221</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>222</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21-28.

<sup>223</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>224</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 90.

peculiar da criança e do jovem em desenvolvimento. No caso da referida lei, o fim social é notório, tratando-se da proteção integral da criança e do adolescente como refere Válder Kenji Ishida.<sup>225</sup> Em síntese, pode-se dizer que os operadores do direito devem trabalhar com “a exegese que considere crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que gozam de proteção especial que lhes confere prioridade frente às situações comuns que envolvem as relações sociais entre adultos”.<sup>226</sup>

Como dito, a análise das disposições preliminares de uma lei conduz aos seus princípios norteadores. O Estatuto da Criança e do Adolescente é regido por uma gama de princípios, não somente encontrados em seu texto, mas, também, nos artigos constitucionais que o originaram. Paulo Lúcio Nogueira, por exemplo, nesse aspecto, chega a enumerar quatorze princípios relativos à proteção da infância e juventude.<sup>227</sup>

Na presente pesquisa, porém, abordar-se-ão os princípios que constam de forma expressa nas disposições preliminares do Estatuto, decorrentes da Constituição da República de 1988 e que, segundo Olegário Gurgel Ferreira Gomes “constituem os principais referenciais para a conformação dos direitos e garantias do adolescente”,<sup>228</sup> ou seja: os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e da peculiar condição em desenvolvimento.

Quanto ao princípio da proteção integral previsto no artigo 227<sup>229</sup> da Constituição da República de 1988 e no artigo 1º do Estatuto, remete-se a abordagem feita no primeiro capítulo acerca da doutrina da proteção integral. Passa-se, então, à abordagem do princípio da prioridade absoluta que também se revela no artigo 227 da Constituição de 1988, no artigo 4º e no artigo 100, parágrafo único,

<sup>225</sup> ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência/comentários. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 31.

<sup>226</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 96-97.

<sup>227</sup> “1) da prevenção; 2) da prevenção especial; 3) de atendimento integral; 4) da garantia prioritária; 5) da proteção estatal; 6) de prevalência dos interesses do menor; 7) da indisponibilidade dos direitos do menor; 8) da escolarização fundamental; 9) da reeducação e reintegração; 10) da sigilosidade; 11) da respeitabilidade; 12) da gratuidade; 13) do contraditório; 14) do compromisso”. (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p.15-17).

<sup>228</sup> GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O prazo peremptório da internação provisória no estatuto da criança e do adolescente. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano III, n. 6/7. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 31-42. p. 32.

<sup>229</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.



II,<sup>230</sup> do Estatuto, e consiste em dar primazia aos interesses das crianças e dos adolescentes para que a proteção integral seja efetivada. Essa prioridade fundamenta-se na condição de pessoa em desenvolvimento e na fragilidade dela decorrente, devendo ser assegurada por todos, família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público.<sup>231</sup> Cabe lembrar que o rol de procedimentos necessários para a garantia da prioridade absoluta apresentado no parágrafo único do referido artigo não é exaustivo. Segundo Amin tal parágrafo seguiu a mais moderna técnica legislativa constituindo-se em “uma norma aberta, com um mínimo legal, mas permissiva de uma interpretação ampla a permitir o respeito e a aplicação da doutrina da proteção integral”.<sup>232</sup>

Importante consideração acerca desse princípio é a de que sua aplicabilidade geralmente está relacionada a situações que requerem deliberações sobre políticas públicas e, conforme refere Costa,

para a interpretação do que seja “prioridade absoluta”, é necessário que se leve em consideração o sistema normativo dos direitos da criança e do adolescente em seu conjunto. Ou seja, sua aplicação deve buscar romper com a noção de que cabe ao magistrado, ou a outro aplicador da Lei, a avaliação subjetiva do que seja “o melhor para o adolescente”. Tal avaliação, ao contrário, deve levar em conta a alternativa concreta capaz de melhor garantir o conjunto de direitos que cabem ao sujeito em questão. [...] não é possível a consideração do princípio da prioridade absoluta sem a consideração dos casos em concreto e sem o envolvimento do seu aplicador, responsável pela decisão em questão, com o contexto em que a decisão irá produzir seus efeitos.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> “Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. [...] IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.[...]” BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>231</sup> AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

<sup>232</sup> AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

<sup>233</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.148.

Pelo princípio da condição peculiar de desenvolvimento reconhece-se a maior vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes em virtude de serem pessoas com o desenvolvimento de sua personalidade ainda incompleto e que estão em processo de formação física, intelectual, psíquica, moral, social, dentre outros aspectos. Tal realidade requer “um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude”.<sup>234</sup>

A visão da criança e do adolescente como sujeitos autônomos é complementada pelo conceito de pessoas em peculiar desenvolvimento na medida em que, é por meio dessa visão que é possível compreender que tais sujeitos possuem todos os direitos de que são titulares os adultos e que são compatíveis com suas idades. Também lhes são reconhecidos

direitos especiais decorrentes do fato de que eles não conhecem suficientemente seus direitos, não em condições de exigí-los do mundo adulto e de não serem ainda capazes de prover por si mesmos suas necessidades básicas sem prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e social.<sup>235</sup>

Já o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por não estar previsto de forma explícita na Constituição da República de 1988, mas, sim, no artigo 3º, n.1. da Convenção Internacional dos Direitos da Criança,<sup>236</sup> tem sido considerado pela doutrina majoritária como norma fundamental interna de acordo com o disposto artigo 5º, §1º e §2º, da Carta Magna.<sup>237</sup> Entretanto, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça “possui entendimento parcialmente diverso sobre

---

<sup>234</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 109.

<sup>235</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma trajetória de luta e trabalho. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano IV, n. 10. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 39-48. p. 44.

<sup>236</sup> Art.3º, 1 “Todas as ações relativas às Crianças, levadas a efeito por instituições públicas e privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”. COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 152.

<sup>237</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

a incorporação de tratados internacionais com forma normativa constitucional”,<sup>238</sup> não comportando a presente pesquisa maiores digressões sobre o assunto.

Cabe referir sobre esse princípio que este deve operar no âmbito do caso concreto, mediante a aplicação de um conjunto de direitos por profissionais envolvidos com a temática. Realiza-se “um diálogo entre o corpo normativo, universal em seu conteúdo e forma, e a realidade sociocultural do público em questão”. Tal princípio é utilizado para tratar de questões jurídicas que abarcam relações familiares. Nesse sentido, o “melhor interesse” atua como limitador “do exercício do poder e dever dos adultos sobre as crianças”. É certo que cabe à família, ao Estado e à sociedade a garantia dos direitos de crianças e adolescentes, entretanto, o desempenho de tais deveres deve ocorrer observando-se o limite do interesse da criança e do adolescente.<sup>239</sup>

A Lei nº 12.010/09 acrescentou ao artigo 100 do Estatuto o inciso IV<sup>240</sup> que faz referência ao princípio do “superior interesse” o qual, na referida lei, está relacionado à aplicação das medidas de proteção, embora alguns autores considerem que, apesar dessa especificação, tal princípio deva reger todas as condutas da sociedade e do Estado em prol de crianças e adolescentes.<sup>241</sup>

Tal artigo é motivo de controvérsias, pois alguns doutrinadores como, por exemplo, João Batista Costa Saraiva, alertam que as “alusões pseudodoutrinárias a um intangível interesse ou bem-estar do menor” invocado como “justificação última de todo tipo de decisão em sistemas tutelares de menores” faz com que a previsão de tal princípio na lei 12.010/09 cause estranheza.<sup>242</sup> Em outras palavras, tal princípio pode servir para revitalizar conduta que comumente ocorria durante a vigência do revogado Código de Menores sob o amparo do denominado princípio do

<sup>238</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p 152.

<sup>239</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 153-154.

<sup>240</sup> IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (BRASIL. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Altera a Lei n. 8069/90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>241</sup> FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

<sup>242</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 43.

“superior interesse da criança” que era comumente utilizado para justificar a desmedida discricionariedade dos adultos na determinação do que seria melhor para a criança ou adolescente. Saraiva alerta que a “leitura deste princípio, ante a condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes, só pode ser feita à luz do conjunto das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas, sob pena de ressuscitar a velha doutrina travestida de nova”.<sup>243</sup>

Após a abordagem dos princípios acima mencionados, acredita-se que é possível ter uma ideia do que consiste cada um deles. Tal compreensão faz-se necessária à análise que se pretende fazer, mormente quando se trata do respeito aos níveis de racionalidade (pragmático, teleológico e ético) pela vinculação destes aos fins da lei os quais também se revelam nos princípios que a norteiam.

### 3.2 O “ESTADO D’ ARTE” DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO AOS TRÊS SISTEMAS DE GARANTIAS

Retomando o disposto no primeiro capítulo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo Saraiva, está estruturado em três sistemas de garantias: o sistema primário de prevenção que assegura os direitos fundamentais, o sistema secundário relacionado às medidas protetivas e o sistema terciário referente às medidas socioeducativas. Pois bem, passa-se, então à abordagem da realidade que se apresenta em relação a esses três sistemas no âmbito da legislação e da realidade concreta.

Sobre a redação do Estatuto, cumpre mencionar que este é reconhecido como legislação exemplar que se destaca pela sua qualidade técnico-jurídica e por ter resultado de uma mobilização social de luta pelos Direitos da Criança e do Adolescente que acompanhou seu processo de produção.<sup>244</sup>

No mesmo sentido, refere Emílio García Mendez que a excelência técnica da Lei nº 8.069/90 é decorrente de uma rigorosa interpretação da Convenção

---

<sup>243</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 44.

<sup>244</sup> FERRAJOLI, Luigi. Infância, Lei e democracia na América Latina. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano III, n. 6/7. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 9-14. p.11.

Internacional sobre os Direitos da Criança e de outros instrumentos internacionais que são referências da doutrina da proteção integral. O autor salienta ainda, que tal lei operou modificações profundas no âmbito normativo das relações das crianças e adolescentes com o Estado.<sup>245</sup>

Já Josiane Rose Petry Veronese afirma que a Lei nº 8.069/90 está em consonância com as teorias mais modernas relativas a direitos de crianças e adolescentes, revelando-se um instrumento legal avançado que evidencia a preocupação

com a criança na esfera em que vive – daí a ênfase na municipalização dos serviços, na criação dos Conselhos Tutelares e dos Direitos, enfim, todo um sistema de garantias. [...] revela, ainda, outra preocupação com a matéria ao possibilitar a propositura de demandas judiciais em defesa dos interesses da criança e do adolescentes.<sup>246</sup>

De fato, reconhecem-se os avanços introduzidos pela Lei nº 8.069/90 em termos de preceitos legais humanitários que regulamentam “a responsabilidade familiar, comunitária e estatal” em relação às condições de dignidade da infância e da juventude.<sup>247</sup> Contudo, a realidade que se verifica é a de que, embora o Estatuto tenha reconhecido as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, na prática, “relega-se a segundo plano os mais elementares direitos sociais da população infanto-juvenil”,<sup>248</sup> não obstante a determinação da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 8.069/90 de prioridade absoluta no atendimento desses direitos.

---

<sup>245</sup> MENDEZ, Emílio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id231.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

<sup>246</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31-50. p. 48.

<sup>247</sup> RAMIDOF, Mário Luiz. **Dezessete anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28393-28404-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

<sup>248</sup> BEZARRA, Saulo de Castro. Estatuto da Criança e do Adolescente: Marco da Proteção Integral. *In*: LIMA, Cláudia Araújo de et al. (Coord.). **Violência faz mal à saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 17-22. p.18. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/06\\_0315\\_M.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/06_0315_M.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

Além disso, mesmo depois de tantos anos da promulgação da Lei nº 8.069/90, ainda se verifica a doutrina da situação irregular arraigada em diversos âmbitos, inclusive em setores do Poder Judiciário que de forma expressa ou implícita demonstram resistência ao novo, sendo mais grave a segunda forma de expressão por revestir a aplicação da antiga doutrina com aparência de nova.<sup>249</sup>

Sobre essa realidade cabe referir a constatação de Mendez no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente enfrenta duas crises “a de implementação e a de interpretação”. A primeira remete ao “reiterado déficit de financiamento das políticas sociais básicas”. A segunda refere-se a “releitura discricional, subjetiva e corporativa das disposições garantistas do ECA”. Ou seja, a persistência na utilização do código “tutelar” na interpretação de uma lei inspirada no garantismo como o Estatuto.<sup>250</sup>

No que diz respeito aos dispositivos relativos ao sistema de garantia primário, embora a Lei nº 8.069/90 seja exemplar nesse aspecto, conforme salienta Mário Luiz Ramidoff, é preciso muito mais que “regras-jurídico-legais humanitárias”, é necessária a

construção (formulação), implementação (execução) e manutenção de políticas sociais públicas sérias e permanentes, as quais demandam a destinação absolutamente prioritária de recursos públicos através de dotações orçamentárias vinculadas constitucional e estatutariamente tanto ao recolhimento (receita) quanto à aplicação (despesas) de tais recursos. Pois, somente assim será possível consignar no marco legislativo um programa de ação que assegure na Lei de Diretrizes Orçamentárias uma destinação privilegiada de receitas públicas para as “áreas relacionadas com a proteção da infância e à juventude”, consoante as alíneas “c)” e “d)”, do parágrafo único (garantia da prioridade), do art. 4º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o mito da impunidade** - Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 87.

<sup>250</sup> MENDEZ, Emílio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id231.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

<sup>251</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Dezessete anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28393-28404-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

A propósito, o mencionado artigo 4º, ratifica o disposto no artigo 227 da Constituição da República dispondo que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>252</sup>

A crise de implementação do sistema primário e, mais adiante se verá que também a do secundário e terciário, possui ligação com a conduta dessas três entidades: família, Estado e sociedade, as quais são consideradas destinatárias da Lei nº 8.069/90, pois a elas se direcionam os comandos legais de assegurar, com absoluta prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos acima mencionados, também garantidos pelo Estatuto.

Quanto ao Estado, pode-se dizer que predomina a omissão deste “não somente em priorizar recursos orçamentários suficientes à garantia desses direitos fundamentais, mas também em executá-los corretamente”. Não raro, recursos públicos mencionados em leis orçamentárias como relativos à área da infância e da juventude, ou não são utilizados, ou são transferidos para outros fins eleitos pela administração.<sup>253</sup>

Em vista dessa conduta do Estado, políticas públicas relacionadas à doutrina da proteção integral carecem de implementação não somente pela falta de recursos financeiros, mas, também, pelo comportamento dos agentes políticos resistentes ao novo modelo de proteção dos direitos da infância e da adolescência. Luigi Ferrajoli, ao abordar os direitos da criança e do adolescente nos países da América Latina, ressalta que essa realidade reflete um dos grandes obstáculos para a concretização

---

<sup>252</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>253</sup> VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Jurídica CONSULEX**, Ano XII, n. 286, 15 de dezembro de 2008. p. 28-30. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

dos novos direitos das crianças, configurando uma resistência ao desenvolvimento de políticas sociais imprescindíveis ao cumprimento de tais direitos.<sup>254</sup>

O Estado-Juiz, por sua vez, sob o argumento do “superior interesse” da criança e do adolescente prossegue a institucionalizar infantes por problemas puramente sociais” e dá preferência à internação de adolescentes mais por conduta social do que pelo ato infracional cometido. Percebe-se, que “a salutar adequação legislativa vem se mostrando incapaz, *per se*, de alterar as condutas dos agentes do Estado, os quais têm apresentado uma ‘heroica resistência’” às alterações promovidas pelo Estatuto revelando desrespeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.<sup>255</sup>

Com relação à família, pode-se dizer que a maioria delas não reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direito “acostumados às diretrizes e ordens de ‘bons pais de família’, solidificadas no poder decorrente de seculares práticas despóticas”. A postura preconizada pelo Estatuto não é assimilada pela família e pela Sociedade, porque, para alguns, é mais cômodo considerar as crianças e adolescentes como “menores” no sentido de que precisam de “proteção”, mas uma proteção que autoriza práticas autoritárias em nome do “superior interesse” da criança e do Adolescente.<sup>256</sup> Há também uma indiferença por parte da Sociedade que, no geral, parece insensível ao destino de tais indivíduos.<sup>257</sup>

Por outro lado, ante o desrespeito constante ao princípio da prioridade absoluta, a via judicial tem sido escolhida “como uma das alternativas para forçar o Estado a cumprir suas obrigações.”<sup>258</sup> Assim, para muitas crianças e adolescentes os

---

<sup>254</sup> FERRAJOLI, Luigi. Infância, Lei e democracia na América Latina. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano III, n. 6/7. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 9-14. p. 12.

<sup>255</sup> GONÇALVES, Sérgio Fusquine Gonçalves. Infância, adolescência e Mercosul: do discurso à prática. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano II, n. 2. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS. Ano V, n. 12 e 13, abr/2008. p. 9-18. p. 12.

<sup>256</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **Estatuto da criança e do adolescente: avaliação histórica**. Disponível em: <[http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos\\_15/amaral\\_silva.pdf](http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos_15/amaral_silva.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>257</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente infrator**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

<sup>258</sup> VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Jurídica CONSULEX**, Ano XII, n. 286, 15 de dezembro de 2008. p. 28-30. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.



direitos fundamentais e sociais são garantidos mediante Ações judiciais.<sup>259</sup> É claro que, não se pode deixar de mencionar a louvável preocupação do Estatuto em “contemplar os meios judiciais garantidores dos interesses da criança e do adolescente, sobretudo no que diz respeito aos coletivos e difusos”<sup>260</sup> e a importante função exercida pelo Judiciário na garantia dos direitos da infância e da adolescência. Entretanto, segundo Alvaro Filipe da Rocha, a realização dos “novos direitos” como os da criança e do adolescente, não pode ser transferida ou imposta ao Judiciário como “fuga ao complexo problema da transformação social”.<sup>261</sup>

A não implementação do sistema primário de garantias reflete-se nos sistemas secundário e terciário dificultando a concretização dos direitos relacionados a cada um deles. No que diz respeito ao sistema secundário, cabe mencionar a situação do Conselho Tutelar - órgão fundamental de tal sistema.

A realidade é a que a maioria dos Conselhos Tutelares opera sem condições estruturais básicas para que se desenvolva o trabalho proposto na Lei nº 8.060/90 o que, obviamente, dificulta a concretização do disposto no Estatuto.<sup>262</sup> É pertinente salientar que os problemas estruturais decorrem, não somente da escassez de recursos financeiros ou da sua má utilização, mas, também, da falta de reconhecimento do Poder Público ou dos próprios agentes desses órgãos da relevância que têm na garantia dos direitos conferidos às crianças e aos adolescentes pela Lei.<sup>263</sup>

Com relação ao sistema terciário, cumpre ressaltar que nesse âmbito se revela uma das questões mais delicadas do Estatuto da Criança e do Adolescente

---

<sup>259</sup> REsp 1345330/RS, REsp 1308666/MG, REsp 1185474/SC, REsp 440502/SP, REsp 710594/RS, REsp 700853/RS. (BRASIL. SUPERIOR Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 30 jan. 2014).

<sup>260</sup> SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Joseane Petry. **A tutela jurisdicional da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998. p.158.

<sup>261</sup> DA ROCHA, Alvaro Filipe da. Reforma do judiciário: cidadania e novos direitos. **Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas - Santo Ângelo, RS.** v.1, n. 9. p. 63-93, nov., 2006. p. 65.

<sup>262</sup> Cfe. SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: Ed. Unesc, 2010. p. 99-100.

<sup>263</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José. **Apenas o Conselho Tutelar não basta**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id120.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

tendo em vista uma série de problemáticas que envolvem a aplicação das medidas socioeducativas.<sup>264</sup> Esse sistema carece de efetividade, predominando

a inexistência ou a oferta irregular de propostas pedagógicas; a falta de programas de preservação ou restabelecimento de vínculos familiares e comunitários; a carência de pessoal técnico e de instalações físicas adequadas; a omissão de envolvimento com pais ou responsável e a falta de medidas a eles aplicadas; a deficiência na escolarização e na profissionalização; a falta de programas de preparação para o desligamento e a ausência de acompanhamento de egressos [...]. Adolescentes infratores, em muitos casos, são ainda tratados com maior rigor do que jovens adultos penalmente imputáveis. [...] A defesa verdadeiramente técnica persiste inacessível à maioria dos jovens em conflito com a lei.<sup>265</sup>

Certo é que a alteração desse quadro vai muito além de investimentos financeiros, pois requer o entendimento da distinção entre as medidas socioeducativas e as sanções aplicadas aos adultos. Ou seja, o fato de tais medidas terem caráter pedagógico e levarem em consideração a peculiaridade de pessoas em desenvolvimento, não significa que não tenham caráter punitivo. Há também a necessidade de uma mudança cultural que ultrapasse o paradigma da ambiguidade, característica comum do velho sistema,<sup>266</sup> e que reforça a crise de interpretação mencionada por Mendez.

Percebe-se que essas deficiências estruturais em relação aos três sistemas de garantias decorrem da omissão do Poder Público, da não adequação da conduta dos demais destinatários ao prescrito na lei e, além disso, da distância existente entre a previsão legal e a realidade social e econômica do país.

Quanto à crise de interpretação evidenciada em relação ao sistema terciário, pode-se dizer que há uma resistência ao novo modelo de proteção integral verificando-se que, embora a doutrina da situação irregular tenha sido abolida há mais de vinte anos, ainda se revela nas práticas relacionadas aos direitos das crianças e dos adolescentes posturas de magistrados, promotores, advogados,

---

<sup>264</sup> TONIAL, Cleber Augusto. Considerações pontuais sobre a aplicação das medidas socioeducativas. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano II, n. 2. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 45-61. p. 45.

<sup>265</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id189.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

<sup>266</sup> SARAIVA, João Batista Costa. Dezoito anos do Estatuto. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano VI, n.14. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 9-12. p. 10.

defensores, dentre outros profissionais que atuam na área, incompatíveis com a doutrina da proteção integral.<sup>267</sup>

Ante os vários elogios endereçados ao Estatuto na doutrina nacional e internacional e diante do fato de ser considerado modelo de legislação no âmbito dos direitos da criança e do adolescente para vários países, em um primeiro momento tem-se a impressão de que os dispositivos da referida lei não desrespeitam os níveis de racionalidade trabalhados na teoria da legislação de Manuel Atienza.

Atribui-se essa ideia, sobretudo, ao fato de um dos maiores problemas apontados em relação ao Estatuto referir-se à dificuldade de implementação dos direitos garantidos em vista do “déficit de financiamento das políticas sociais básicas”,<sup>268</sup> problemática geralmente relacionada à inércia do poder público, fato que, em princípio, não teria relação com a legislação. A seguir, verificar-se-á se tal assertiva está correta ou se apenas se confirma em uma leitura superficial acerca do tema.

### 3.3 ANÁLISE DE ALGUNS ASPECTOS DA LEI Nº 8.069/90 SOB O ENFOQUE DOS NÍVEIS DE RACIONALIDADE DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

A abordagem feita no item anterior acerca da situação atual da Lei nº 8.069/90 mostra-se importante para a análise que se pretende fazer, sobretudo em relação aos níveis de racionalidade pragmática e teleológica, tendo em vista que esses dois níveis estão relacionados à verificação da influência da lei na conduta dos destinatários e ao alcance dos fins sociais por ela almejados, respectivamente.

Cabe esclarecer que, em vista da grande quantidade de artigos da Lei em questão, não se pretende efetuar uma abordagem minuciosa destes, até porque, a presente pesquisa não comporta análise de tal extensão e complexidade. Assim,

---

<sup>267</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id189.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2013

<sup>268</sup> MENDEZ, Emílio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id231.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

considerando a relação existente entre os três sistemas de garantias e a denominação de “novos direitos” atribuída aos direitos das crianças e adolescentes introduzidos pela Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 8.069/90, a apreciação da referida Lei sob o enfoque da teoria da legislação será feita considerando-se esses três sistemas de garantias.

Assim, esclarece-se que em virtude de serem analisadas questões pontuais, não será aferido se a Lei nº 8.069/90 em sua integralidade é racional do ponto de vista linguístico, jurídico-formal, pragmático teleológico e ético, mas, será verificado se há desrespeito aos níveis de racionalidade, em relação aos três sistemas de garantias já mencionados.

Pois bem, a realidade demonstrada no item anterior evidencia que os três sistemas de garantias revelam a inobservância dos níveis de racionalidade pragmática e teleológica. Retomando-se o disposto no segundo capítulo, tem-se que o nível de racionalidade pragmática é respeitado quando há “la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley” e, conseqüentemente, o cumprimento desta. Já o nível de racionalidade teleológica, é respeitado quando se verifica o cumprimento de seus objetivos sociais.<sup>269</sup>

Quanto aos dispositivos relativos ao sistema primário foi possível verificar que, conforme Mendez, as disposições do Estatuto, respondem adequadamente aos mais exigentes padrões internacionais de respeito aos direitos humanos e satisfazem “el doble legítimo requisito de asegurar simultáneamente la seguridad colectiva de la sociedad con el respeto riguroso de las garantías de los individuos sin distinción de edad.”<sup>270</sup> Contudo, revela-se desrespeito aos níveis de racionalidade pragmática e teleológica em virtude de tais direitos carecerem de concretização. Veja-se.

Para demonstração de tal desrespeito, parte-se da consideração de que o Estado, a sociedade e a família também são destinatários dos comandos legais do Estatuto na medida em que cabe a eles assegurar com absoluta prioridade os direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, do que foi exposto, percebe-se

---

<sup>269</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p.36-38.

<sup>270</sup> MÉNDEZ, Emilio García. **Adolescentes Y Responsabilidad Penal: Un Debate Latinoamericano**. p. 10. Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-566s.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

que, na maioria das vezes, não está havendo adequação das condutas desses destinatários ao prescrito pela Lei nº 8.069/90 e isso resulta no seu descumprimento. Embora a promulgação do Estatuto tenha ocorrido há mais de vinte anos, a família, o Estado e a sociedade, de um modo geral, resistem em compreender a condição de sujeitos de direitos da criança e do adolescente como deveria ocorrer.<sup>271</sup> A mesma realidade se verifica em relação aos sistemas secundário e terciário ante às dificuldades de implementação e falhas no funcionamento dos Conselhos Tutelares e das instituições relacionadas à aplicação de medidas socioeducativas.

Segundo Saraiva, o Estatuto prevê soluções adequadas com as medidas socioeducativas que “dão a resposta de responsabilização compatível aos jovens em conflito com a lei e se revelam remédios eficazes diante de atos infracionais praticados”, mas de modo geral, a determinação constitucional, ratificada pelo Estatuto em seu artigo 4º, de que crianças e adolescentes devem ser considerados como prioridade absoluta não está sendo cumprida.<sup>272</sup>

Todas essas evidências relacionadas à irracionalidade pragmática também revelam o desrespeito ao nível de racionalidade teleológica uma vez que a proteção integral das crianças e dos adolescentes, fim social da Lei nº 8.069/90,<sup>273</sup> e os outros fins dela decorrentes não foram alcançados, ao menos não como deveria, pois prevalece a não concretização de tais fins.

Além da inadequação das condutas dos destinatários ao previsto na Lei nº 8.069/90 e da falta de recursos financeiros, pode-se dizer que algumas falhas na legislação contribuem para o desrespeito, não só dos níveis de racionalidade pragmática, teleológica, mas também dos demais níveis mencionados por Atienza.

Conforme explica Saraiva, “a primazia brasileira na adoção das diretrizes da ONU nos trouxe, na formulação do Estatuto algumas concessões ao velho sistema

---

<sup>271</sup> VERONESE, Joseane Rose Petry. *In*: Prefácio da Obra: SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: Ed. Unesc, 2010. p. 9.

<sup>272</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.194-195.

<sup>273</sup> ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência/comentários**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 31.

que ainda nos custam a plena efetivação de suas metas.<sup>274</sup> A começar pelo artigo 98<sup>275</sup> o qual se refere ao sistema secundário de garantias, já que aborda as situações em que devem ser aplicadas as medidas de proteção.

O conteúdo do artigo 98 deixa margem para “o arbítrio e subjetivismo na identificação de situações violadoras de direitos, máxime por sua operacionalidade ser fundamentalmente da alçada do Conselho Tutelar, de regra composto por leigos”. Esse caráter genérico do referido artigo pode revelar-se uma concessão “à velha doutrina menorista”,<sup>276</sup> sobretudo em vista da similitude existente entre o rol de situações mencionadas no artigo 98 em relação à previsão feita pelo artigo 2º do revogado Código de Menores<sup>277</sup> e que era o “dispositivo definidor das hipóteses do chamado ‘menor em situação irregular’”.<sup>278</sup>

De fato, na jurisprudência e na doutrina, não é raro o uso da expressão “situação de risco” para definir a competência dos juízes da infância e da juventude, como também para identificar as hipóteses nas quais se faz necessária a intervenção protetiva do Conselho Tutelar. De forma equivocada tem sido defendido

<sup>274</sup> SARAIVA, João Batista da Costa. Dezoito anos de Estatuto. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS. Ano VI, n. 14, set/2008. p. 9-11. p. 9.

<sup>275</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>276</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90.

<sup>277</sup> Art. 2º Para os efeitos deste Código considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>278</sup> KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação**. p.4 Disponível em: <[http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct\\_familia\\_escola.pdf](http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct_familia_escola.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2014.

que são as hipóteses do art. 98 do Estatuto que descrevem o que se deve entender por “situação de risco”.<sup>279</sup>

Veja-se que tal dispositivo enseja dois tipos de interpretações diametralmente opostas: a explanada acima, e a de que, segundo Tonial, representa a ideia do Estatuto, ou seja, a de que tal artigo revela oposição ao antigo sistema da doutrina da situação irregular porque engloba situação de lesão e ameaça de quaisquer direitos fundamentais que não estão sendo assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade.<sup>280</sup>

Essa duplicidade de interpretação aponta o desrespeito ao nível de racionalidade linguística do referido artigo, pois, nesse caso, a lei falhou como ato de comunicação, e o que é pior, evidenciou um caso extremo desse tipo de irracionalidade, situação que, segundo Atienza, ocorre quando “el mensaje que se transmite es justamente el contrario del que se deseaba transmitir”.<sup>281</sup>

Por outro lado, essa irracionalidade linguística pode ensejar desrespeito à racionalidade pragmática se dela resultar a inadequação da conduta dos destinatários desse comando legal em relação à doutrina da proteção integral. Explica-se: a interpretação do artigo 98 tomando-se como referência a “situação de risco” que remete à “situação irregular” do antigo sistema na verificação das situações que exigem a aplicação de medida protetiva pode resultar em comportamentos como a negativa de proteção por Conselheiros Tutelares a “certos direitos fundamentais mais etéreos, como o direito ao respeito, à dignidade, ao lazer, igualmente importantes e que não poderiam ser desprezados”.<sup>282</sup> Isso porque, do ponto de vista da interpretação acima mencionada, tal situação não seria englobada pela expressão “situação de risco”.

---

<sup>279</sup> TONIAL, Cleber Augusto. Situação de Risco = Situação Irregular. Por uma questão de princípios. *Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul*. Ano I, n. 1. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 23.

<sup>280</sup> TONIAL, Cleber Augusto. Situação de Risco = Situação Irregular. Por uma questão de princípios. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano I, n. 1. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 23-26. p. 25.

<sup>281</sup> ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 30.

<sup>282</sup> TONIAL, Cleber Augusto. Situação de Risco = Situação Irregular. Por uma questão de princípios. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano I, n. 1. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 23-26. p. 25-26.

Já quanto aos dispositivos relativos ao Conselho Tutelar, cabe referir que a legislação foi vaga em relação à definição desse órgão.<sup>283</sup> Konzen ao abordar o artigo 131 da Lei nº 8.069/90 que define o Conselho Tutelar como “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei”,<sup>284</sup> refere que

apesar da aparente singeleza do texto, a facilidade termina com a percepção da real profundidade e significado da ruptura estrutural, filosófica e jurídica produzida pelo dispositivo em relação aos organismos oficiais até então legitimados a responder pelas questões da infância-adolescência. Os intérpretes da norma, mesmo os que fazem anotações a todos os dispositivos do texto legal, ou tratam da matéria com alguma superficialidade, ou apresentam, em geral, sincera e confessada dificuldade em situar, frente às normas constitucionais e da legislação atinente à organização administrativa, essa peculiar estrutura de atendimento proposta pelo Estatuto.<sup>285</sup>

Um exemplo do quanto é vaga a definição feita no artigo 131 diz respeito à característica de autonomia do Conselho Tutelar, uma vez que o Estatuto o definiu como órgão autônomo, sem sequer estabelecer a natureza dessa autonomia ou estipular limites.<sup>286</sup> Segundo Konzen, há uma resistência à estruturação e regular funcionamento dos Conselhos Tutelares nos municípios e isso também decorre da

falta de clareza de como situar o Conselho Tutelar no contexto da organização municipal, do que consiste precisamente a autonomia do órgão e as prerrogativas dos seus agentes, de como proceder a sua correta inserção no contexto dos demais entes do Município e de como conviver com a determinação das providências que lhe são afetas sem conflitos nas esferas hierárquicas e políticas da localidade.<sup>287</sup>

---

<sup>283</sup> TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. revisada, ampliada e atualizada de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense: 2006. p. 139.

<sup>284</sup> BRASIL. Lei n. 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2013.

<sup>285</sup> KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação**. p.3. Disponível em: <[http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct\\_familia\\_escola.pdf](http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct_familia_escola.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2014.

<sup>286</sup> KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação**. Disponível em: <[http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct\\_familia\\_escola.pdf](http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct_familia_escola.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2014.

<sup>287</sup> KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação**. p.4. Disponível em: <[http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct\\_familia\\_escola.pdf](http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct_familia_escola.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2014.



Outro artigo relacionado ao sistema secundário que deve ser mencionado é o artigo 133 que trata dos requisitos de escolha dos Conselheiros Tutelares. Tal artigo limitou-se a estabelecer como requisitos: reconhecida idoneidade moral (expressão dotada de subjetividade), idade superior a vinte e um anos e residência no município. Outras exigências ficaram a critério da legislação municipal. Os requisitos estabelecidos, conforme a conclusão de José de Farias Tavares, dão margem “ao aventureirismo tão conhecido da politicagem brasileira” no sentido de que, tais requisitos podem ser facilmente preenchidos por pessoas aliadas aos políticos ou outras que não têm qualquer envolvimento com assuntos relacionados à infância e juventude e que podem estar somente interessadas na remuneração da função a ser exercida.<sup>288</sup> Por outro lado, sobre o requisito de reconhecida idoneidade moral, pode-se afirmar que “conceito com tal abertura só poderia levar a muita dificuldade no estabelecimento de seu conteúdo”<sup>289</sup>, em vista da sua subjetividade.

Cabe referir que o Conselho Tutelar revela-se peça-chave do sistema de garantias do Estatuto.<sup>290</sup> Assim, ante a importância de tal órgão e considerando-se a evidente falta de preparação dos municípios em implantar um órgão nunca antes previsto na legislação<sup>291</sup> no âmbito da infância e adolescência, as disposições do Estatuto em relação ao Conselho Tutelar não poderiam ter sido tão vagas. É claro que não se está sugerindo que o Estatuto deveria ter apresentado disposições incompatíveis com a diretriz da municipalização do atendimento, mas sim que deveria ter estabelecido orientações mais claras acerca do Conselho Tutelar sem ultrapassar o limite de disposições gerais o que seria perfeitamente possível.

Percebe-se, que os artigos 131 e 133, os dois relativos ao Conselho Tutelar, além de apresentarem irracionalidade linguística, também revelam descuido quanto

---

<sup>288</sup> TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. Revista, ampl. e atual. de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense: 2006. p. 141.

<sup>289</sup> SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: Ed. Unesc, 2010. p. 91.

<sup>290</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José. **Conselho tutelar**: parâmetros para a interpretação do alcance de sua autonomia e fiscalização de sua atuação. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/conselhos\\_fundos\\_orcamento/ct\\_doutrina/CT%20parametros%20interpretacao%20-%20Dr.%20Murillo%20Digi%C3%A1como%20MPPR.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/conselhos_fundos_orcamento/ct_doutrina/CT%20parametros%20interpretacao%20-%20Dr.%20Murillo%20Digi%C3%A1como%20MPPR.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

<sup>291</sup> “Em nenhum outro momento e em nenhuma outra área, o legislador federal delegou tanta autoridade a agentes do Município como fez o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao criar o Conselho Tutelar, investindo os conselheiros em atribuições até então inimagináveis a outros órgãos ou agentes da municipalidade” (KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação**. p.13 Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id194.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2014).

à racionalidade teleológica. Isso porque, as imprecisões e omissões verificadas em tais dispositivos acabam por dificultar a implementação e funcionamento de tais órgãos e, conseqüentemente o alcance do fim almejado pela lei.

Mas, é nos dispositivos relativos à apuração do ato infracional e aplicação das medidas socioeducativas que mais se verifica o desrespeito aos níveis de racionalidade na análise feita em relação aos três sistemas de garantias do Estatuto. Há “imprecisões no texto da Lei, equívocos que permitem ampla interpretação e que podem significar ausência de instrumentalidade para que se possa fazer aplicar o espírito do legislador”. As lacunas e a grande margem de discricionariedade deixada para a aplicação e execução das medidas socioeducativas ocasionam indeterminação na garantia de direitos.<sup>292</sup>

O modelo processual previsto na Lei nº 8.069/90, segundo o artigo 198 é o do processo civil para procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas.<sup>293</sup> Sobre tal determinação Costa tece as seguintes considerações:

Trata-se de modelo processual confuso, referenciado nos princípios constitucionais de orientação acusatória, mas com elementos essencialmente inquisitórios. Agrava-se tal situação pela incorporação, em alguma medida, dos princípios e da lógica própria do Processo Civil, o que pode significar maior agilidade de procedimentos em certos momentos, mas que contribui para reforçar a concepção de que o Direito da Criança e do Adolescente não contém um processo penal e, portanto, na sua aplicação, são dispensáveis as observações de garantias processuais reconhecidas para o conjunto da população. [...] O sistema recursal previsto nos artigos 198 e 199 do Estatuto da Criança e do Adolescente remete, em sua totalidade, ao Código de Processo Civil Brasileiro, apenas sendo elencadas algumas especificidades nos incisos I a VIII do art.198. Nesse aspecto, cabe referir que não existe separação de procedimentos entre as matérias cíveis, administrativas ou penais contidas na Lei para a infância e a juventude [...].<sup>294</sup>

<sup>292</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 82-83.

<sup>293</sup> “Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações:[...]” (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>294</sup> COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 106-115.

A escolha do Código de Processo Civil para regulamentar o sistema recursal da apuração de ato infracional priva o adolescente de princípios constitucionais que norteiam o processo penal garantista. Como demonstração dessa incoerência cita-se a questão do não conhecimento do recurso de apelação, em processo de apuração de ato infracional, cujas razões tenham sido “juntadas em momento posterior ao da interposição do recurso” em virtude do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil<sup>295</sup> dispor que o instrumento de interposição da apelação deve ser acompanhado das razões de apelação.<sup>296</sup>

Ocorre que, se a tal situação for aplicada a regra do Código de Processo Penal, como no caso da prática de crime por adulto, haverá o recebimento da apelação. Em pesquisa jurisprudencial encontram-se decisões judiciais negando conhecimento de apelação de adolescente em virtude da juntada posterior das razões<sup>297</sup> e decisões sobre a mesma situação ocorrida com adulto, com a diferença de que, nessa situação, a juntada posterior de razões de apelação foi considerada mera irregularidade.<sup>298</sup> Nesse caso, há evidente afronta à racionalidade ética ante a violação dos princípios constitucionais<sup>299</sup> de “ampla defesa e de duplo grau de

---

<sup>295</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>296</sup> OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema recursal no processo para apuração de infração penal**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id206.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

<sup>297</sup> ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO. REITERAÇÃO DE PRÁTICAS INFRACIONAIS. PROVA SÓLIDA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. ADEQUAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA DE RAZÕES RECURSAIS. NÃO CONHECIMENTO. 1. É inadmissível a interposição do recurso sem o oferecimento das respectivas razões recursais, não sendo possível conhecer das razões apresentadas após transcurso do prazo legal, diante da inexorável preclusão consumativa. Inteligência dos 198 do ECA e art. 514 do Código de Processo Civil (...) (Apelação Cível n. 70039455050, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/01/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70039455050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>298</sup> APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONCURSO DE PESSOAS. 1. PRELIMINAR. RAZÕES DA DEFESA INTEMPESTIVAS. Pleito ministerial, de reconhecimento da intempestividade da apresentação das razões de apelo pela defesa, que não merece prosperar. A apresentação extemporânea das razões de apelação constitui mera irregularidade. Interposição do apelo tempestiva. Recurso conhecido. Preliminar rejeitada. Apelação Crime 70055850267, 8ª Câmara Criminal, TJRS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 06/11/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055850267&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>299</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 66.

jurisdição”.<sup>300</sup> Além do desrespeito a esse nível de racionalidade, também se verifica desconformidade com a racionalidade jurídico-formal em vista da incoerência com o ordenamento jurídico revelada na afronta a princípios constitucionais e ao propósito do Estatuto.

Outra incoerência relacionada ao sistema recursal encontra-se no §2º do artigo 190 da Lei nº 8.069/90. Tal artigo estabelece que a intimação da sentença que aplicar a medida de internação ou regime de semi-liberdade será feita ao adolescente e ao seu defensor. Até aí, logicamente, não há qualquer problema. Entretanto, o parágrafo segundo do referido artigo estabelece que no caso de intimação feita ao adolescente este deverá manifestar se deseja ou não recorrer da sentença.<sup>301</sup>

Tal previsão encontra-se em desarmonia com a Constituição da República de 1988 e com o conjunto do sistema do próprio Estatuto, pois evidencia flagrante desrespeito às garantias individuais do adolescente e a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Em virtude de tal condição o adolescente não possui capacidade de “avaliar a real extensão da aplicação da sentença condenatória” para manifestar se deseja recorrer.<sup>302</sup> Essa incoerente previsão desrespeita as racionalidades jurídico-formal e ética em vista da afronta à Constituição e ao sistema do próprio Estatuto.

A disposição do referido parágrafo ensejou decisões judiciais<sup>303</sup> que não conheceram o recurso nos casos em que o adolescente manifestava que não tenha intenção de recorrer. A margem que tal dispositivo deixa para tais decisões constitui-

---

<sup>300</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 273.

<sup>301</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>302</sup> OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema recursal no processo para apuração de infração penal**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id206.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

<sup>303</sup> AC 597070606.TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=597070606&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%3A>> Acesso em: 10 jan. 2014.

se em uma lamentável concessão “à velha doutrina da situação irregular” destoando do conjunto do sistema.<sup>304</sup>

Quanto ao procedimento de apuração de atos infracionais, há alguns dispositivos omissos em relação à previsão do artigo 207 do Estatuto que garante a defesa feita por advogado ao adolescente em conflito com a lei.<sup>305</sup> Sobre esse aspecto, Ana Paula Motta Costa menciona que diariamente surgem dificuldades na efetivação do direito à defesa do adolescente em conflito com a lei “em função da prática de interpretação restrita da legalidade e da existência de lacunas na legislação estatutária quanto à previsão expressa da necessidade de presença de defensor em alguns momentos processuais específicos”. A autora ressalta ainda que o Supremo Tribunal Federal<sup>306</sup> reconhece os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório como garantias processuais que se estendem a todos os litigantes, inclusive em relação aos adolescentes.<sup>307</sup> Portanto, não se pode descuidar da necessidade de defesa técnica do adolescente ao qual se atribui a prática de ato infracional, sob pena de afronta a tais princípios.

O primeiro exemplo de omissão acima mencionada verifica-se no artigo 184 que trata da audiência de apresentação do adolescente, momento em que haverá

---

<sup>304</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 265.

<sup>305</sup> “Art. 207. Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.[...]” (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>306</sup> (RE 285571, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2001, DJ 06-04-2001 PP-00104 EMENT VOL-02026-13 PP-02802 RTJ VOL-00177-01 PP-00470) Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. 1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106-111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender - além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil - é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28285571%29&base=baseA\\_cordaos&url=http://tinyurl.com/ke8xe4g](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28285571%29&base=baseA_cordaos&url=http://tinyurl.com/ke8xe4g)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>307</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 196-197.

decisão sobre a decretação ou manutenção da internação. No referido artigo não há menção sobre o que deve ser feito pela autoridade judicial no caso de o adolescente comparecer sem advogado. No art. 186,<sup>308</sup> § 2º, há orientação sobre como proceder em caso de ausência de defensor na situação de que trata o referido artigo, mas somente no caso do ato infracional ser de natureza grave”.<sup>309</sup>

Aliás, o § 2º do artigo 186 está em evidente contradição com o artigo 207 da própria Lei nº 8.069/69 que garante ao adolescente em conflito com a lei a defesa processual feita por advogado, sem limitar tal direito a casos de prática de ato infracional grave como faz o artigo 186. A audiência de apresentação trata-se de ato processual, exigido-se, desse modo, a nomeação de advogado seja qual for o grau atribuído à infração. Até porque, a garantia de defesa técnica por profissional habilitado está prevista no inciso IV, § 3º do artigo 227 da Constituição da República. Ou seja, além de estar em contradição com artigo da mesma lei, o §2º do artigo 186 revela afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>310</sup>

Também não há menção quanto à presença de defensor no momento previsto na parte final do artigo 127 que autoriza o Ministério Público a, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, combinar o instituto da remissão com a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto. Conforme Saraiva, a ausência de previsão da presença de defensor na “audiência pré-processual de apresentação do Ministério Público, onde pode ser transacionada remissão com imposição de medida socioeducativa” manifesta concessão à anterior doutrina.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> “Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.[...] § 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.” ((BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>309</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 113.

<sup>310</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.113-114.

<sup>311</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.91.

Cabe referir que a Lei nº 12.594/12 que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, determinou que a substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá após o devido processo legal<sup>312</sup>. Contudo, a referida Lei sanou as omissões quanto à defesa técnica somente em relação aos momentos processuais na situação acima exposta. Não se encaixa na nova regra a omissão do artigo 127. Já a garantia de defesa técnica com relação ao ato processual mencionado no artigo 186, só estará garantida se o fato imputado ao adolescente for de natureza grave (que poderá ensejar medida de internação), não o sendo, permanece a omissão.

As omissões dos artigos 127 e 184 e a incoerência verificada em relação à defesa técnica em virtude de afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório configuram desrespeito ao nível de racionalidade ética e a irracionalidade jurídico-formal pela falta de sistematicidade. Quanto ao §2º do artigo 186, a ausência de sistematicidade decorre, além da afronta à Constituição da República, também de contradição com artigo da lei 8.069/90 (207).

Já o artigo 122 apresenta “o mínimo conteúdo garantista das condições objetivas de internação”<sup>313</sup> ante a ambiguidade da definição dos tipos penais que autorizam a privação de liberdade. O inciso I, por exemplo, ao permitir a internação por ato infracional cometido “mediante grave ameaça ou violência à pessoa” autoriza a privação de liberdade de um adolescente por lesão corporal leve por se encaixar na parte final do inciso. Ou seja, haverá punição mais severa para adolescente nessa situação do que a um adulto que pratique o mesmo tipo penal.<sup>314</sup>

---

<sup>312</sup> BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm). Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>313</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90.

<sup>314</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90-91.

O inciso II do referido artigo, ao autorizar a aplicação de medida de internação “por reiteração no cometimento de outras infrações graves”; não estabeleceu a definição de “reiteração”, ficando tal determinação a critério dos julgadores. Aliás, o inciso III também faz referência ao mesmo termo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>315</sup> apresenta entendimento de que acontece a reiteração de conduta infracional na ocorrência de três ou mais condutas.<sup>316</sup> Acrescente-se ainda, que, também há caráter vago de expressão no § 2º do referido artigo o qual estabelece que em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada, nesse caso, faltou definir em que consiste tal medida.

Ainda com relação ao artigo 122, cabe citar a problemática existente acerca da relação que se estabelece entre o inciso III de tal artigo e o instituto da remissão. Como já mencionado, o Ministério Público, autorizado pela parte final do artigo 127,<sup>317</sup> pode combinar a remissão com a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto sem a necessidade de reconhecimento pelo adolescente da autoria da infração que lhe é atribuída. O problema reside no fato de a autorização da medida de internação por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta prevista no inciso III do artigo 122, permite que um adolescente ao qual foi aplicada a remissão cumulada com medida socioeducativa em meio-aberto, sem o reconhecimento da autoria da infração, que a descumpra reiteradamente tenha sua liberdade privada sem o devido processo legal de apuração do ato que ensejou a remissão. Tal possibilidade revela uma “aberração Constitucional”, pois, ainda que haja a limitação temporal da “internação sanção por descumprimento”, não deixa de constituir-se em privação de liberdade e desrespeito ao artigo 5º da Constituição, porque dispensado o devido processo legal. Para Costa, tal situação revela “uma

---

<sup>315</sup> STJ, HC 27273/RJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=27273&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>.

Acesso em: 02 jan. 2014.

<sup>316</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.149.

<sup>317</sup> “Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação” (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)). Acesso em: 10 jul. 2013).



das maiores fragilidades contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente”, por representar verdadeiro desrespeito ao próprio espírito da Lei.<sup>318</sup>

Sobre o assunto, Saraiva salienta que, ainda que haja contraditório e ampla defesa com relação à prova do descumprimento injustificado e reiterado

a aplicação de medida privativa de liberdade implicará na subtração do direito de defesa do fato originário da sanção, do próprio ato infracional; cuja admissão da autoria, condição para a concessão da remissão, não implica culpa – no sentido de responsabilização e reprovabilidade.<sup>319</sup>

O § 4º da Lei nº 12.594/12, como já mencionado estabeleceu que “a substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)”<sup>320</sup>. Contudo, a alteração promovida pela referida Lei, em relação ao inciso III do artigo 122 parece garantir o devido processo legal somente em relação à verificação do descumprimento da medida (capaz de ensejar a substituição por medida mais gravosa), ficando sem o devido processo legal a apuração do ato originário, ou seja, do ato que ensejou a remissão.

Percebe-se que a redação do artigo 122 apresenta um número considerável de deslizos. Como visto, há indeterminação de expressões constantes nos incisos I, II e §2º dotadas de irracionalidade linguística. Ressalta-se que o caráter vago de tais expressões torna-se uma ameaça à racionalidade ética, pois a “conjuntura atual brasileira tem permitido a adoção de diversos critérios das justiças especializadas na aplicação da medida de internação” deixando margem à aplicação de medida

---

<sup>318</sup> COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 91-92.

<sup>319</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.152.

<sup>320</sup> BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm). Acesso em: 10 jul. 2013.

privativa de liberdade em quase todos os casos de adolescentes em conflito com a lei.<sup>321</sup> A irracionalidade ética também se evidencia no desrespeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório (inciso III).

Acrescente-se, ainda, o desrespeito à racionalidade jurídico-formal em vista da ausência de sistematicidade do referido artigo pelas inconstitucionalidades apresentadas. Enfim, pode-se afirmar que a irracionalidade ética revela-se em todo o artigo, pois todas as considerações acima mencionadas comprometem o rigor garantista adotado pelo Estatuto e isto favorece o arbítrio característico da doutrina da situação irregular incompatível com a doutrina da proteção integral.<sup>322</sup>

Já o artigo 174<sup>323</sup> ao tratar da liberação de adolescente apreendido mediante o comparecimento dos pais ou responsáveis e assinatura de termo de compromisso menciona em sua parte final que não haverá liberação “quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”.<sup>324</sup> Nesse caso revela-se inconstitucional “do ponto de vista das garantias das liberdades individuais que o Estado, visando a proteger o sujeito, lhe subtraia a liberdade”. Esse tipo de incoerência na lei permite decisões<sup>325</sup> proferidas por Tribunais que “determinam a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em

---

<sup>321</sup> COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 88.

<sup>322</sup> MENDEZ, Emílio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id231.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

<sup>323</sup> Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>324</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>325</sup> RE 285571. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%29)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

circunstâncias em que a um adulto não se imporia privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem”.<sup>326</sup>

Por outro lado, o parágrafo único do art. 114,<sup>327</sup> ao estabelecer que a medida socioeducativa de advertência possa ser aplicada quando houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, evidencia inconstitucionalidade na medida em que admite sancionamento sem provas de autoria. Ora, “a aplicação de qualquer medida socioeducativa há de repousar na prova de autoria e da materialidade. Qualquer concessão a outra providência suprimindo essas garantias faz-se, portanto, arbitrária e discricionária”.<sup>328</sup> Verifica-se mais um flagrante desrespeito à racionalidade jurídico formal por tal dispositivo apresentar total desarmonia com o ordenamento jurídico que não permite sancionamento sem prova da autoria. Cite-se ainda o descuido em relação à racionalidade ética em vista da contradição com o fim social do Estatuto.

Também cumpre mencionar que a Lei nº 8.069/90 foi omissa em relação à prescrição da medida socioeducativa.<sup>329</sup> Em virtude do silêncio da lei a respeito, muitos tribunais negavam essa garantia ao adolescente utilizando como fundamento para tal decisão o argumento de que medida socioeducativa não era considerada pena. Assim, negava-se ao adolescente uma garantia que é concedida ao adulto. A questão, então, foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o nº 338<sup>330</sup>, sendo enunciada a aplicação do instituto da prescrição penal às medidas socioeducativas. O teor da referida súmula dispõe que “se o legislador penal limita a

---

<sup>326</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 46.

<sup>327</sup> Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. (BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013).

<sup>328</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.161.

<sup>329</sup> TONIAL, Cleber Augusto. Considerações pontuais sobre a aplicação das medidas socioeducativas. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano II, n. 2. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 23-26. p. 51.

<sup>330</sup> Súmula 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=338&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

possibilidade de aplicação ou execução da pena pelo escoamento do tempo, não se faz admissível, considerada a dimensão retributiva da medida socioeducativa que tal garantia não incida na espécie”.<sup>331</sup>

Outra omissão do Estatuto está relacionada à questão probatória. Conforme explica Costa, “não há previsão específica que trate sobre a responsabilidade na produção das provas como tarefa do acusador”, pois não foi estabelecida como requisito da peça inicial a demonstração da materialidade e de indícios da autoria. Esse silêncio da lei permite a dispensa de produção probatória para a representação havendo previsão somente de apresentação de rol de testemunhas. Disso resulta uma realidade processual dotada de “uma cultura de informalidade e discricionariedade” em que acusações e decisões judiciais têm como fundamento somente provas testemunhais, até mesmo quando há vestígios de atos infracionais que exigiriam uma perícia.<sup>332</sup>

Os dois artigos (174 e 114) e as omissões (prescrição e responsabilidade do acusador na produção das provas) revelam desrespeito à racionalidade jurídico-formal e à racionalidade ética por estarem eivados de discricionariedade que remete ao arbítrio do sistema anterior incompatível com a postura garantista adotada pelo Estatuto e que está de acordo com o fim social almejado pela Lei nº 8.069/90.

São essas lacunas e a relativização dos dispositivos acima mencionados que propiciam, mediante a discricionariedade, a violação de direitos de adolescentes “em nome da ‘intenção de fazer o bem’”,<sup>333</sup> pois, como explica Mendez

en el contexto histórico de las relaciones del Estado y los adultos con la infancia, la discrecionalidad ha funcionado siempre de hecho y de derecho en el mediano y en el largo plazo como un mal en sí mismo. Además de

---

<sup>331</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 213-215.

<sup>332</sup> COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 132.

<sup>333</sup> COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 46.

incorrecta, la visión subjetivista y discrecional es miopemente inmediatista y falsamente progresista.<sup>334</sup>

Com relação ao nível de racionalidade teleológica, pode-se dizer com base nas considerações feitas que o fim almejado pela Lei nº 8.069/90, ou seja, a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente encontra-se justificado eticamente na medida em que tal fim está previsto na Constituição e, como se sabe, em Estados Constitucionais como é o caso do Brasil os valores éticos tomados como referência encontram-se previstos na Carta Magna.<sup>335</sup>

Todavia, a maioria dos dispositivos acima citados, mormente os relacionados ao sistema terciário de garantias, apresentam concessões à doutrina da situação irregular revelando incompatibilidade com o objetivo do Estatuto, seja em decorrência de lacunas ou indeterminações que dão margem a discricionariedade característica da antiga doutrina, seja por previsões expressas e contrárias a doutrina da proteção integral.

É evidente que a Lei nº 8.069/90 trouxe importantes conquistas em prol da infância e da adolescência. Não é por outra razão que é acertada a lição de Saraiva neste sentido:

há experiências magníficas em andamento no Brasil, com resultados impressionantes, redução de reincidência, comprometimento do Estado e da Sociedade e resultados expressivos. A par dessa situação há fracassos retumbantes, indiferença do Poder Público (Executivo, como um todo, e Sistema de Justiça – onde inclui Judiciário, Ministério Público e Organismos de Segurança e Atendimento) e indiferença da própria sociedade.<sup>336</sup>

A afirmação acima também se aplica aos sistemas primário e secundário, e, em vista da predominância de insucessos, não há como negar que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente seja muito elogiado por doutrinadores pela sua excelência técnica, desrespeita os níveis de racionalidades com os quais opera a teoria da legislação proposta por Manuel Atienza. Nesse sentido, o que se

<sup>334</sup> MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? *In*: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça, adolescente e ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006. p.19.

<sup>335</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 44.

<sup>336</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente infrator**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

constata é que é preciso muito mais que técnica, é necessário um processo legislativo mais racional, o que pode ser obtido por meio da articulação de conhecimentos teóricos e práticos de diferentes áreas que incrementam níveis de racionalidade a serem observados nas leis, conforme propõe a teoria da legislação de Manuel Atienza.

Como já mencionado, o Estatuto sofreu alterações no decorrer desses quase vinte e quatro anos, dentre as quais se destacam as leis nº 12.010/2009, 12.696/2012 e 12.594/2012 por terem promovido mudanças significativas em vários de seus artigos. Como exemplo, pode-se citar alterações da Lei nº 12.594/2012, dentre elas a garantia do devido processo legal em relação a momentos processuais em que ocorrer a substituição de medida socioeducativa por outra mais gravosa, além da proibição de tratamento mais gravoso ao adolescente do que o conferido ao adulto<sup>337</sup>, alterações estas relacionadas a algumas das irracionalidades abordadas. Outro exemplo é o preenchimento da lacuna referente à regulamentação da execução das medidas socioeducativas, que resultava em uma das maiores problemáticas do Estatuto. Porém, conforme refere Fonseca,

a ausência por mais de vinte anos da regulamentação de uma política oficial e dos próprios rumos na execução de medidas socioeducativas, levada ao plano daqueles que necessitavam dessas políticas – adolescentes que praticam ato infracional -, que agora foram delineadas, certamente, gerou-lhes um dano imensurável e desnecessário.<sup>338</sup>

Tal constatação evidencia a importância da aplicação de uma teoria da legislação na elaboração das leis, o que possibilita evitar as consequências desastrosas advindas da demora pela adequação de eventuais irracionalidades que

---

<sup>337</sup> BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm). Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>338</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O ministério público e a unificação de medidas socioeducativas**. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/mpeaunificacao.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

teriam chances reduzidas de ocorrerem, caso tivesse sido aplicada uma teoria da legislação na elaboração da Lei 8.069/90.

As omissões, contradições e indefinições verificadas nos artigos mencionados impedem que os comandos legais exerçam a influência que deveriam exercer nas condutas dos destinatários e, conseqüentemente, a concretização dos direitos previstos no Estatuto. Além disso, o desrespeito aos níveis de racionalidade sujeita a aplicação do Direito à subjetividade dos julgadores. No caso do Estatuto essa sujeição favorece concessões à doutrina da situação irregular, fundamento da legislação anterior contrária à doutrina da proteção integral tida como fim social da Lei nº 8.069/90.

Se por questões político culturais já é difícil mudar a posição de juristas e destinatários da lei que insistem em manter arraigadas as concepções da legislação anterior, imagine-se quando os próprios dispositivos da lei fazem concessões a ela.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve a intenção de abordar os “novos” direitos da criança e do adolescente surgidos com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a perspectiva da teoria da legislação proposta pelo doutrinador espanhol Manuel Atienza, com o intuito de verificar se a Lei nº 8.069/90 revela irracionalidades linguística, jurídico formal, pragmática, teleológica e ética no que se refere aos sistemas de garantias que apresenta, evidenciando-se a importância da aplicação de uma teoria da legislação na produção legislativa.

Verificou-se que tais direitos são assim denominados porque, tiveram uma origem diferente da tradicional, frutos de uma mobilização social e articulação de diferentes entidades envolvidas com o assunto, e, ainda, pelas significativas alterações ocorridas em relação às legislações anteriores de tal forma que a configuração que assumiram tais direitos distanciou-os dos anteriormente estabelecidos.

Com a doutrina da proteção integral, fim social da Lei nº 8.069/90, a proteção foi estendida a todas as crianças e adolescentes e não somente àquelas que se encontravam em situação irregular, como no sistema adotado pelo Código de Menores de 1979. As crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos pela lei como sujeitos de direitos, e não mais como objeto de tutela. Além disso, passou-se a considerar a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento a tais indivíduos atribuindo-se prioridade absoluta na garantia de seus direitos.

Constatou-se que a Lei nº 8.069/90 apresenta três sistemas de garantias, sendo que cada um deles está relacionado a profundas transformações que enquadraram a Lei na categoria de “novos” direitos. Quanto ao primeiro sistema relativo à prevenção e garantia dos direitos fundamentais e as políticas de atendimento observou-se que estas deixaram de ser centralizadas na esfera federal



como ocorria na vigência da Lei anterior. Além disso, inovou-se ao estabelecer a articulação interinstitucional e participação popular nas deliberações acerca dos direitos da infância e adolescência através dos Conselhos Municipais de tais Direitos. As inovações verificadas no tocante ao sistema secundário referem-se à municipalização do atendimento das crianças e adolescentes mediante o trabalho realizado nos Conselhos Tutelares, instituição que passou a assumir atribuições administrativas que antes eram centralizadas no Poder judiciário.

Com relação ao sistema terciário restou evidenciado que as grandes alterações promovidas foram: o atrelamento do princípio da legalidade ao tema da infância e adolescência atribuindo-se responsabilidade aos adolescentes por ato ilícito e não mais por “desvio de conduta” ou atos “antissociais” como ocorria na vigência do Código de Menores de 1979 e o estabelecimento de um direito penal juvenil que revela um posicionamento do Estatuto de assegurar garantias inerentes ao sistema penal aos adolescentes em conflito com a lei. Com isso, houve um rompimento com o paradigma do protecionismo tutelar da doutrina da situação irregular evidenciando-se o caráter punitivo e pedagógico das medidas socioeducativas.

Com a realização da presente pesquisa também foi possível constatar a importância da aplicação de uma teoria da legislação no processo de criação das leis para uma boa aplicação do Direito. Conforme observado, uma produção legislativa orientada por um processo o mais racional possível propicia segurança jurídica, pois favorece uma legislação forte, coerente com o ordenamento jurídico em que é inserida, dentre outras características que contribuem para a concretização do disposto na lei.

Ademais, verificou-se que no Brasil ainda não há a aplicação de uma teoria da legislação na produção legislativa e a temática não recebe a atenção que requer. São poucas as obras encontradas sobre o assunto, que é desconhecido por muitas pessoas e não muito explorado no meio acadêmico.

A Lei Complementar nº 95/98 que determina alguns preceitos relativos à técnica legislativa enfrenta obstáculos como o desconhecimento e o descaso por parte dos legisladores, além de problemas em sua própria redação e entraves na sua concretização em virtude da falta de preparação dos parlamentos municipal, estadual e federal.

Com a abordagem feita sobre os três sistemas de garantias averiguou-se que estes apresentam dificuldades de implementação, seja por carências financeiras ou má aplicação de recursos, seja pela incapacidade de compreensão das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da prioridade absoluta que requer a garantia de seus direitos. A doutrina da situação irregular (sistema anteriormente vigente) continua enraizada em diversos âmbitos, inclusive em setores do Poder Judiciário que de forma expressa ou implícita demonstram resistência à doutrina da proteção integral.

A análise da situação atual da Lei nº 8.069/90 no tocante aos três sistemas de garantias e dos dispositivos relativos aos mesmos, possibilitou o entendimento de que a conduta de resistência ao novo, demonstrada por muitos destinatários da lei, está relacionada às dificuldades de concretização dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal conduta, além de decorrer de questões político-culturais, é agravada por falhas na lei que representam verdadeiras concessões à doutrina da situação irregular. Essa realidade revela-se com maior intensidade em relação ao sistema terciário.

Através da apreciação dos dispositivos relacionados aos três sistemas de garantias sob a perspectiva da teoria da legislação proposta por Manuel Atienza, a resposta a que se chegou para o problema apresentado foi a de que, não obstante os vários elogios ao Estatuto encontrados na doutrina nacional e internacional, os dispositivos da Lei nº 8.069/90 analisados revelaram desrespeito aos cinco níveis de racionalidade que devem ser observados quando da aplicação da teoria da legislação proposta por Manuel Atienza (linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético), confirmando-se, assim a hipótese aventada.

A maioria dos dispositivos examinados apresenta desrespeito aos níveis de racionalidade por omissões, ambiguidades, indeterminações dentre outras falhas que dão margem a interpretações que remetem à doutrina da situação irregular, isso quando não se referem expressamente. Essa realidade se verifica com mais intensidade nos dispositivos relacionados à apuração do ato infracional e aplicação das medidas socioeducativas.

As lacunas, indeterminações, ambiguidades e contradições verificadas nos dispositivos revelaram a irracionalidade linguística que, no artigo 98, apresentou-se em grau máximo por transmitir uma mensagem que é justamente o contrário do que

se gostaria de transmitir. O desrespeito ao nível de racionalidade linguística aliado a questões políticos-culturais e a falta ou má utilização de recursos financeiros, na maioria dos casos, induz ao desrespeito aos demais níveis de racionalidade.

As falhas na redação dos dispositivos, como dito, representam concessões à doutrina da situação irregular, fato que evidencia a incoerência com o sistema jurídico vigente (irracionalidade jurídico-formal); prejudica o alcance do fim social almejado, ou seja, a proteção integral (irracionalidade teleológica); revela afronta a princípios constitucionais e, conseqüentemente, inconformidade com os valores éticos tomados como referência (irracionalidade ética). Por fim, pode-se dizer também que tais falhas aliadas a questões políticos-culturais ensejam a irracionalidade pragmática em virtude da não adequação da conduta dos destinatários aos comandos legais da Lei nº 8.069/90.

Pelo exposto, não se pode negar que a Lei nº 8.069/90 promoveu importantes alterações que representaram um grande avanço no tocante aos direitos da infância e adolescência. Entretanto, considerando que os insucessos sobressaem-se em relação às conquistas, pode-se dizer que, não obstante os vários elogios ao Estatuto da Criança e do Adolescente por este representar um exemplo de disposição de “regras jurídico-legais humanitárias”<sup>339</sup> no âmbito dos direitos da infância e da adolescência, é preciso muito mais que isso. É necessário que haja racionalidade nas disposições dos comandos legais e isso pode ser alcançado mediante da articulação de conhecimentos teóricos e práticos de diferentes áreas que incrementam níveis de racionalidade a serem observados nas leis, conforme propõe a teoria da legislação de Manuel Atienza.

Assim, constatou-se também a importância da aplicação de uma teoria da legislação na elaboração das leis, a fim de se evitar ao máximo irracionalidades que podem comprometer o alcance dos fins almejados pela lei e a sua concretização. Foi visto que algumas irracionalidades do Estatuto somente foram sanadas mais de vinte anos depois de sua entrada em vigor mediante a promulgação de novas leis. Durante todo esse tempo, muitas injustiças e danos irreparáveis ocorreram em vista dessas falhas. Possivelmente, as chances de tais falhas ocorrerem teriam sido

---

<sup>339</sup> RAMIDOF, Mário Luiz. **Dezessete anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28393-28404-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

reduzidas caso tivesse sido aplicada uma teoria da legislação na elaboração da Lei 8.069/90.

Finalmente, acredita-se que essa pesquisa tenha alcançado, ou ao menos se aproximado dos objetivos específicos a que se propôs, ou seja: a) abordar os “novos” direitos da criança e do adolescente previstos na Constituição de 1988 e regulamentados pela Lei nº 8.069/90, demonstrando as inovações que os enquadram nessa categoria; b) descrever, ainda que minimamente, a Teoria da Legislação, apresentando um modelo de tal teoria, cuja aplicação objetiva uma produção legislativa mediante a observância de níveis de racionalidade; c) verificar se há irracionalidades nos dispositivos da Lei nº 8.069/90 relativos aos três sistemas de garantias que apresenta; d) demonstrar a importância e a necessidade de aplicação de uma teoria da legislação para que haja uma melhor qualidade na produção legislativa.

## REFERENCIAS

AMIM, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de direito da criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12. 594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da Criança e do Adolescente. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Traduzido por Dora flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

BEZARRA, Saulo de Castro. Estatuto da Criança e do Adolescente: Marco da Proteção Integral. *In*: LIMA, Cláudia Araújo de et al. (Coord.). **Violência faz mal à saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 17-22. Disponível em: < [http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/06\\_0315\\_M.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/06_0315_M.pdf) >. Acesso em: 25 jun. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. et al. **Dicionário de política I**. Traduzido por Carmen C, Varriale. et al. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998

BOBBIO, Norberto. **La razón en el derecho (observaciones preliminares)**. Doxa. Cuadernos de filosofía, Alicante, n. 2, 1985.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** - “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.** Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4176.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/l12696.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12696.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República.** 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/manual/ManualRedPR2aEd.PDF](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/ManualRedPR2aEd.PDF)>. Acesso em: 01 jul. 2013

BRASIL. **Lei n. 12.696, de 25 de julho de 2012.** Altera os arts. 132, 134, 135 e 139 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre os Conselhos Tutelares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/l12696.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12696.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis n<sup>os</sup> 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n<sup>o</sup> 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n<sup>o</sup> 5.452, de 1<sup>o</sup> de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.594, de 18 de Janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis n<sup>os</sup> 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n<sup>os</sup> 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n<sup>o</sup> 5.452, de 1<sup>o</sup> de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm). Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. RE 285571, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28285571%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ke8xe4g>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 285571. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%29>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 338: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=338&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação desprovida de razões recursais. Não conhecimento. Apelação Cível n. 70039455050, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 26 jan., 2011. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70039455050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=tribunal%](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70039455050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=tribunal%20)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1345330/RS, REsp 1308666/MG, REsp 1185474/SC, REsp 440502/SP, REsp 710594/RS, REsp 700853/RS. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime 70055850267, 8ª Câmara Criminal, TJRS, Relatora: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 06 nov., 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055850267&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfield\\_s=tribunal%3ATribunal%3A](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055850267&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfield_s=tribunal%3ATribunal%3A)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía Del Derecho. n. 13, 1993.

CANO BUESO, Juan. Cuestiones de técnica jurídica en el procedimiento legislativo del Estado social. *In*: CORONA FERRERO, Jesús M.; PAU VALL, Francesc; TUDELA ARANDA, José (Coords.). **La técnica legislativa a debate**. Madrid: Tecnos, 1994.

COSTA, Ana Paula Motta. Elementos que favoreceram e incidiram sobre a criação do Conselho Tutelar. *In*: NAHRA, Clícia Maria Leite (org.). **Conselho Tutelar: gênese dinâmicas e tendências**. Canoas: Ulbra, 2002. p. 71-78.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Ana Paulo Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma trajetória de luta e trabalho. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano IV, n. 10, p. 39-48. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

DA ROCHA, Alvaro Filipe da. Reforma do judiciário: cidadania e novos direitos. **Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas - Santo Ângelo, RS**. v.1, n. 9. p. 63-93, nov., 2006.



DALLARI, Dalmo de Abreu. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 24, 2001.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Apenas o Conselho Tutelar não basta**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id120.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Conselho tutelar: parâmetros para a interpretação do alcance de sua autonomia e fiscalização de sua atuação**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/conselhos\\_fundos\\_orcamento/ct\\_doutrina/CT%20parametros%20interpretacao%20-%20Dr.%20Murillo%20Digi%C3%A1como%20MPPR.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/conselhos_fundos_orcamento/ct_doutrina/CT%20parametros%20interpretacao%20-%20Dr.%20Murillo%20Digi%C3%A1como%20MPPR.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGEL, Wanda. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Infância, Lei e democracia na América Latina. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano III, n. 6/7, p. 9-14. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

FERREIRA, Kátia Maria Martins. Perspectivas do Conselho Tutelar para o século XXI. *In*: NAHRA, Clícia Maria Leite (org.). **Conselho Tutelar: gênese dinâmicas e tendências**. Canoas: Ulbra, 2002.

FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O ministério público e a unificação de medidas socioeducativas.** Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/mpeaunificacao.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón práctica y teoría de la legislación. Derechos y libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.** Año n. 5, n. 9, 2000. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1406/1/DyL-2000-V-9-Garcia.pdf>>. Acesso em: 10 ago.2013.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa.** Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, 2011.

GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O prazo peremptório da internação provisória no estatuto da criança e do adolescente. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul.** Ano III, n. 6/7. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 31-42.

GONÇALVES, Sérgio Fusquine Gonçalves. Infância, adolescência e Mercosul: do discurso à prática. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul.** Ano II, n. 2. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS. Ano V, n. 12 e 13, abr/2008. p. 9-18.

HIERRO, Liborio L. El imperio de la ley y la crisis de la ley. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho.** n. 19, 1996.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad.** Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.** Rio de Janeiro: GZ, 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** doutrina e jurisprudência/comentários. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação.** Disponível em: <[http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct\\_familia\\_escola.pdf](http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct_familia_escola.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2014.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e o ato infracional:** desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Lígia Costa. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social, 1997.

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

MARCILLA CORDOBA, Gema Maria. Legislar mejor en el paradigma constitucional. *In*: **Legislar mejor 2009**. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2009. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=tM\\_gekmcce9cC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=legislar+mejor+2009](http://books.google.com.br/books?id=tM_gekmcce9cC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=legislar+mejor+2009)>. Acesso em: 02 set.2013.

MARCILLA CORDOBA, Gema. "Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación". *In*: CABONELL, Miguel (Org.); PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000.

MARCILLA CORDOBA, Gema. Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. **Isonomía**. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, n. 11, oct., 1999. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_12.pdf)>. Acesso em: 01 set.2013.

MÉNDEZ, Emilio García. **Adolescentes Y Responsabilidad Penal: Un Debate Latinoamericano**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-566s.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Por uma reflexão sobre o arbítrio e o garantismo na jurisdição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id231.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

MONTORO CHINER, María Jesús. **La evaluación de las normas**. Racionalidad y eficiencia. Barcelona: Atelier, 2001.

MORA, Luís de La. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277-278.

MORENO, Martha Gallegos. **Elaboración de leyes. Preparación técnica de proyectos legislativos**. Zacatecas: Instituto de Investigaciones legislativas. Disponível em: <<http://www.congresozaq.gob.mx/coz/images/uploads/20121120140038.pdf>>. Acesso em: 06 set.2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. revisada e ampliada. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, José Alcebíades de. Considerações sobre os Novos Direitos. *In*: BOFF, Salete Oro, DEL'OLMO, Florisbal (Orgs.). **Revista Direito e Justiça** - Reflexões Sociojurídicas - Santo Ângelo, RS. v.1, n.9. p. 63-93, nov., 2006.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema recursal no processo para apuração de infração penal**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id206.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

RAMIDOF, Mário Luiz. **Dezessete anos do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28393-28404-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente infrator.** Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

SARAIVA, João Batista da Costa. Dezoito anos de Estatuto. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS. Ano VI, n. 14, set/2008. p. 9-11.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** 4. ed. rev. atual. incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o mito da impunidade** - Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil: adolescentes e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas.** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SÊDA, Edson. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **Estatuto da criança e do adolescente: avaliação histórica.** Disponível em: <[http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos\\_15/amaral\\_silva.pdf](http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos_15/amaral_silva.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **O controle judicial da execução das medidas sócio-educativas.** Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id189.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Joseane Petry. **A tutela jurisdicional da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Roberto da. **A construção do Estatuto da criança e do Adolescente.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5554](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554)>. Acesso em: 05 jul 2013.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan/jul., 2007.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil.** Criciúma: Ed. Unesc, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 6. ed. revisada, ampliada e atualizada de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense: 2006.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. *In:* MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 6. ed.rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380-381.

TONIAL, Cleber Augusto. Considerações pontuais sobre a aplicação das medidas socioeducativas. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul.** Ano II, n. 2. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 23-26.

TONIAL, Cleber Augusto. Situação de Risco = Situação Irregular. Por uma questão de princípios. **Revista Justiça da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul**. Ano I, n. 1. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. p. 23-26.

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Jurídica CONSULEX**, Ano XII, n. 286, 15 de dezembro de 2008. p. 28-30. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

VERCELONE, Paolo. *In*: CURY, Munir Silva et al. (coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** - comentários jurídicos e sociais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERONESE, Joseane Rose Petry. *In*: Prefácio da Obra: SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: Ed. Unesc, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-40.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

VOLPI, Mário (org.). **O adolescente e o ato infracional**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria dos “novos direitos” *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “Novos Direitos” no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. “De la jurisprudencia a la legislación”. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía Del Derecho. n. 15-16, 1994.