

DOIS SISTEMAS JURÍDICOS:
O E.C.A. VIRTUAL
O E.C.A. REAL
NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO DAS DUAS REALIDADES

-

“ A insanidade nada mais é do que se fazer algo repetidas vezes, da mesma maneira, e esperar, obter resultados diferentes.”
(Anônimo)

I – Introdução.

A presente exposição constitui uma oblação, uma prece, uma oração ao Deus ou aos Deuses da Justiça, de acordo com a crença de cada um (o sistema jurídico mitológico elegeu *Temis* como a Deusa da Justiça e então nós aqui abandonaremos nossas outras crenças para nos concentrar apenas nela) para que a solução ou as soluções para os problemas jurídicos, sociais e psicológicos das crianças e adolescentes do Brasil, do Mercosul, das Américas e do Mundo esteja acima das vaidades pessoais, do apego a uma ou outra doutrina, ou a uma ou outra Lei, das preferências expositivas de uma ou outra corrente jurídica, de ligações pessoais a um ou outro grupo, da política ou do capitalismo selvagem que coloca o aspecto monetário acima dos outros interesses. Todos dizem: o futuro depende das crianças (é uma realidade real que todos tratam como virtual), mas nós só nos preocupamos com o presente, com o passado, com o hoje e agora.

Dizem as fadas e os magos que aquele que acredita na justiça pode, mesmo contra a predição dos astrólogos, mudar o curso das estrelas. *Temis*, do alto de sua magnitude, exige muito mais do que uma crença, exige uma ação concreta de todos nós.

Nós acreditamos na justiça e isso é o primeiro passo (que é mais da metade do caminho) para mudar o curso das estrelas, mudar a nossa realidade um tanto nefasta, já descrita aqui por outros expositores. Mas exige-se um passo além, ou alguns passos a mais na caminhada, uma mudança de atitude e uma ação concreta ou um conjunto de ações concretas. Não vamos aqui elencá-las (até porque nos falta competência e conhecimento para tanto), mas nos aproximando do tema, tentaremos apresentar alguns pontos em que o ECA poderia ser mais adequado à realidade brasileira como instrumento solucionador dos problemas já referidos. Nossa árdua missão é muito próxima da missão de um vendedor de geladeiras no Pólo Norte, apresentar algumas idéias divergentes de um sentimento nacional e internacional segundo o qual o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8069/90) é uma lei “imexível” imaculada e para alguns até perfeita. Nós também comungamos desse entendimento e sentimento Nacional e Internacional em parte: O ECA é um avanço, uma lei extremamente positiva, uma lei operacional, consistente e embasada em teorias modernas e funcionais.

Entretanto, como vários instrumentos de nossa ferramenta cotidiana, precisa a referida Lei de alguns ajustes, sem comprometer a sua estrutura, sem alterar substancialmente o seu conteúdo. Não entendemos porque as pessoas resistem a esses ajustes. Os temores de comprometimento da doutrina e teorias originariamente adotadas são infundados. É possível alguns acertos, algumas adaptações à realidade que supervenientemente à edição da Lei, foi alterada uma árvore troca as suas folhas, algumas no inverno, mas continua a mesma árvore. Alguns pássaros trocam as suas pernas, para poderem cantar melhor (em alguns lugares dizem que ele está na “muda”), mas é o mesmo pássaro. Uma águia precisa mudar o seu bico para poder viver mais quarenta anos. O ECA precisa entrar na “muda” ou trocar algumas partes para viger mais cinqüenta anos.

Jason Albergaria (*In* Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Rio, AIDE, Ed. 1991, págs 18/21), em posicionamento adequado ao conteúdo de nossa exposição afirma:

“ Realmente, a legislação comparada, já em muitos países realiza essa vocação universal de atualização do Direito tutelar, para adequá-lo aos novos princípios constitucionais e ao avanço das ciências humanas.”

É esse avanço que estamos buscando.

Deixamos aqui bem claro que todas as alterações no texto legislativo aqui sugeridas não destoam dos princípios e teorias adotados pela Declaração de Genebra de 1924, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança e 1959, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, Regras mínimas das Ações Unidas para a administração da Justiça de Menores (Regras de Bejing), Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência Juvenil (Riad) pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade e por outros instrumentos normativos internacionais.

Como sabemos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo à Doutrina das Nações Unidas, ao tempo em que reconhece a criança e o adolescente como sujeito de direito, garante, com a coercibilidade que lhe é própria, os direitos fundamentais à vida, à saúde (Cap. I), à Liberdade ao respeito e a dignidade (Cap. II), à convivência familiar e comunitária (Cap. III), à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (Cap. IV), à profissionalização e à proteção ao trabalho (Cap. V). Todos esses direitos são garantidos, inclusive, através de ações civis públicas e ações individuais. A proteção integral tem a sua expressão máxima no amplo acesso à Justiça, da criança e do adolescente, inclusive diretamente, (art. 141 da Lei 8069/90) e na amplitude incondicional do Direito de ação (diz o art. 212: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por essa Lei são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”).

Destarte, o sistema de garantia de direito é próximo da perfeição, mas alguns direitos guardam uma certa controvérsia a respeito de sua efetividade.

O Direito à vida – e aqui sugerimos uma alteração no texto do ECA – é protegido com absoluta prioridade na Constituição Federal (art. 227) e no próprio Estatuto (art. 4º). Mas a legislação penal não pune o aborto. Entendemos que se a criança tem o direito de nascer com vida, não poderíamos aceitar o aborto. Abstraindo-se das controvérsias filosóficas e sociais sobre o tema, se o direito à vida foi assegurado com absoluta prioridade, não pode contemplar exceções. O ECA deveria proibir o aborto ou a Constituição, se pudesse, ser alterada. O aborto, sem formular juízo de valor sobre os demais interesses envolvidos, é hoje inconstitucional, pois a vida é assegurada, repita-se, com absoluta prioridade. A honra da mulher é um bem jurídico relevante, algumas doenças – curáveis – podem dificultar a vida (mas os avanços da medicina e da ciência podem resolver o problema), a miséria pode impedir um lar saudável, mas todos esses direitos, interesses e situações não podem, juridicamente falando, prevalecer sobre a constituição, fonte primeira na hierarquia das fontes formais do Direito, que dá maior primazia ao Direito à vida. Muitos problemas são resolvidos com a adoção.

O tema é polêmico e comporta algumas outras, muitas outras, considerações e nossas idéias são apenas jurídicas. Por isso sugerimos a inserção de um parágrafo no art. 6º do ECA vedando todas as modalidades de aborto. A redação fica a cargo de todos nós, se aprovada a proposição.

Outra questão, similar, é quanto ao início da personalidade civil. O artigo 4º do Código Civil Brasileiro estabeleceu que “a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a Lei põe a salvo os direitos do nascituro”. Com todas as vênias de estilo, tal marco para o início da personalidade não está harmônico com o nosso sistema jurídico. O nascituro pode ser beneficiário de uma herança, via testamento. Dá-se curador (instrumento de representação) ao nascituro, a jurisprudência tem aceitado a propositura de ação de alimentos para beneficiar o nascituro. Dessa forma, o nascituro é sujeito de direitos e como tal e nessa condição tem personalidade civil. Na ótica da lei tutelar (ECA), se tem ele o Direito de nascer com vida, já possui personalidade civil antes de nascer. Tivemos oportunidade de escrever sobre o tema (Personalidade Civil do Nascituro) e, seguindo a teoria adotada por alguns países, como, salvo engano a Argentina, sustentamos ter o nascituro, a partir da concepção, personalidade. Neste pórtico, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como Lei protetiva e garantidora dos direitos da criança, deveria, expressamente, contemplar como marco inicial para a aquisição da personalidade, a concepção.

Outro ponto a ser abordado, onde pensamos ser necessária uma alteração legislativa, refere-se a obrigatoriedade da realização de alguns exames ao recém-nascido, como o teste do pezinho. Sabemos que sua eficácia é maior quando feito até 15 dias de nascido. Ocorre que nas maternidades, em sua maioria, não se fazem tais exames. Os pais devem, após a alta, procurar por seus próprios meios, realiza-los, às vezes pagando alto preço. Daí porque deve ser expresso que tais exames, ou pelo menos o teste do pezinho, deve ser gratuito, e qualquer caso, e realizado antes da alta hospitalar, constando tal realização na declaração de nascimento vivo, emitida pela própria maternidade para confecção da certidão de nascimento.

Há, neste campo, algumas outras sugestões, que escapariam do tema da presente abordagem, como por exemplo os tipos abertos na órbita penal, que o E.C.A. instituiu para punir os médicos, enfermeiros e dirigentes de Hospital que não realizarem tais exames. Tipo aberto, inclusive, no aspecto subjetivo, mas isso ficará para outra oportunidade, em razão do tempo.

–
Gostaríamos de enfrentar agora a questão da guarda. Como forma de colocação em família substituta, na verdade, a realidade brasileira (talvez similar nos países vizinhos), demonstra que nem sempre o guardião assume a guarda de fato. Há casos em que a guarda é instituída apenas em razão de uma dependência financeira ou mesmo para fins exclusivamente previdenciários (para deixar uma pensão). O E.C.A. não é explícito neste campo e isso dá margem a muitas controvérsias. Alguns juízes são favoráveis a tal espécie de guarda e outros dizem que é uma fraude.

A verdade é que muitas vezes os avós, tios ou parentes próximos sustentam financeiramente os netos, sobrinhos, etc, mantendo-os em sua família de origem. O E.C.A. afirma que o direito à família natural é inato à criança e ao adolescente. Exigir-se que se rompa o vínculo dos filhos com seus pais só por hipossuficiência econômica é absolutamente contrário a qualquer doutrina ou teoria. Impedir que a criança possa ter uma assistência melhor em termos materiais na parece ser o espírito da lei ou de qualquer pessoa.

Assim, por exemplo, se os avós ajudam os netos e estes estão na companhia dos pais, que não têm condições financeiras satisfatórias, não se vê obstáculos à concessão da guarda, sem o deslocamento da criança da família natural para a substituta (é recomendável até que se estabeleça o direito à visitação), para assegurar, por exemplo, uma relação de dependência nos planos de saúde e à percepção de pensão pós-morte, para continuar, se for o caso, sendo assegurado o mesmo padrão.

É claro que se deve examinar caso a caso essa relação de dependência, para evitar as verdadeiras fraudes: assegurar a perpetuação de uma pensão entre pessoas de classe média, por exemplo.

O E.C.A. deveria, é a nossa sugestão, estabelecer a possibilidade da concessão da guarda, sem o deslocamento (o rompimento dos vínculos fáticos) da criança do seio de sua família natural, havendo comprovada relação de dependência financeira entre o guardião e a criança.

A questão ainda apresenta maiores considerações a partir da edição de uma Lei (em 1997, salvo engano), que sugere ser incabível a concessão de pensão pós-morte no caso de guarda, o que tem

gerado inúmeras decisões judiciais contrárias, pois o órgão previdenciário parte do pressuposto que essa Lei se aplica a todas as espécies de guarda, como se todas fossem para fins exclusivamente previdenciários.

Falemos agora sobre o pátrio-poder .

O E.C.A. estabelece a isonomia do exercício do pátrio-poder, ao nosso sentir, equivocadamente, nos termos da Lei Civil. Muitos acham que a C.F. estabelece isonomia de direitos entre o homem e a mulher em termos absolutos. Ledo engano. O art. 5º, I, da C.F. /88, tem a seguinte redação: "homens e mulheres são iguais em direitos, os termos desta Constituição. " Quais são os termos da Constituição? Isonomia no serviço militar? Não. Ele é facultativo para as mulheres. Isonomia na licença-maternidade? Não. As mulheres têm 120 dias e os homens 5 dias. E a aposentadoria? As mulheres se aposentam 5 anos antes. Onde há igualdade, então? No casamento. O art. 226, § 5º, estabelece que os direitos inerentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente entre o homem e a mulher.

Pátrio-poder não tem nada a ver com casamento. Pensamos que o E.C.A. deveria estabelecer que o exercício do pátrio-poder compete àquele (pai ou mãe) que detiver a guarda e que estabeleça o exercício prevalente à mãe (ou ao pai). Mas é preciso que a opinião de um deles prevaleça, em benefício da família. O sistema de igualdade é nefasto para a criação dos filhos quando há divergências. Pensa-se na mulher, no homem, mas esquecem-se dos filhos. É claro que deve ser mantido, no caso de discordância, o recurso à autoridade judicial.

Falemos agora sobre a adoção internacional, tema já discutido exaustivamente neste Congresso. O E.C.A. está harmônico com a recente convenção internacional da ONU sobre a adoção?

Pensamos que não. A convenção, ratificada pelo Brasil, prevê a submissão das decisões judiciais ao placet de uma autoridade central.

As Comissões Judiciais Judiciárias de Adoção (CEJA), previstas no art. 50 do E.C.A. fazem esse papel.

Mas a legislação brasileira precisa de alguns ajustes. O tema merece ser aprofundado, mas em outra oportunidade em razão do espaço e do tempo.

Há, contudo, uma questão no âmbito interno que merece uma atenção especial. Referimo-nos ao estágio de convivência na adoção internacional. O E.C.A. proíbe a guarda, mas os juízes, aqueles que Alyrio Cavallieri chama de homens de bem, descumprem a Lei e concedem a guarda provisória na adoção internacional (alguns denominam de outra forma) porque não há outra forma eficaz de se estabelecer o estágio de convivência.

Seria, então, recomendável, que fosse inserido no E.C.A. um dispositivo que estabeleça a guarda provisória, exclusivamente no território nacional, na hipótese de ser estabelecido o estágio de convivência na adoção internacional.

Há outras questões pertinentes ao tema que deixaremos para outra oportunidade, como a adoção póstuma, o cancelamento do registro originário, a adoção por concubinos depois de extinta a sociedade de fato, e outras.

Queremos sair da adoção para iniciarmos uma incursão por um capítulo sensível: a prevenção. Algumas questões precisam ser revistas neste capítulo. É preciso estabelecer explicitamente qual a autoridade que estabelece os limites de idade para espetáculos públicos. A maioria dos juízes baixa portarias a respeito, mas há alguns vácuos que precisam ser preenchidos, por exemplo: criança, menor de 10 anos, pode ir ao cinema desacompanhada dos pais? Veja o art. 75 do E.C.A., se não me engano.

Autorização de viagem: um jovem de 13 anos pode viajar desacompanhado pelo país. Mas só pode se hospedar em hotel, motel ou congênere, se autorizado pelos pais ou pelo Juiz. Seria melhor disciplinar que o jovem só pode viajar desacompanhado com autorização dos pais e que essa autorização alcança também a hospedagem.

Há muitos outros assuntos que poderiam aqui ser enfocados. Entretanto gostaria de deixar alguns pontos para outra ocasião e fazer parte integrante deste, um trabalho ainda não concluído, que se segue, onde, de forma mais articulada, alguns pontos estão sendo abordados.

A ventura da discussão e do caminho do crescimento e aprimoramento das leis seja a nossa inspiração para as nossas idéias e crenças.

Obrigado.

GUARACI DE CAMPOS VIANNA