

339 - 365
Artigo

**O ABANDONO INTELECTUAL
EM CONTRASTE COM A EDUCAÇÃO
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL

O ABANDONO INTELECTUAL EM CONTRASTE COM A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

INTELLECTUAL ABANDONMENT IN CONTRAST WITH
EDUCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL

Estudante de Direito
Universidade Estadual de Londrina, Brasil
larissapenhARBEL@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo trata do crime do abandono intelectual, com o fim de apontá-lo como ofensa ao direito à educação, considerado fundamental, bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, diante da importância do tema, evidencia-se que a descrição do tipo que configura o crime de abandono intelectual apenas aponta como sujeito ativo os pais, o que é insuficiente para tutelar integralmente o bem jurídico, considerando a existência de outros institutos, como a guarda e a tutela. Destarte, utilizou-se doutrina e jurisprudência para demonstrar esse afronte ao direito constitucional à educação, bem como a necessidade de reformar a configuração do sujeito ativo do tipo de abandono intelectual, tendo em vista que o próprio ECA delega como responsabilidade dos pais ou responsáveis a realização da matrícula escolar de seus filhos ou pupilos, além da necessidade da lei de responsabilidade educacional com o fim de evitar retrocesso na qualidade da educação.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Educação; Abandono Intelectual.

ABSTRACT: The present article sought to study the crime of intellectual abandonment, with the purpose of pointing it as an offense to the right to education, which is a fundamental right, as well as to the principles of the dignity of the human person and the best interest of the child and the adolescent. Given the importance of the theme, it is evident that the description of the criminal type that configures the crime of intellectual abandonment only indicates as active subject the parents, being insufficient to protect the legal good integrally, considering the existence of other institutes, such as guardianship. Accordingly, doctrine and jurisprudential research was used to demonstrate that intellectual abandonment clearly defies the right to education, as well as it is subject to reform in the configuration of the active subject of the type, given that the ECA itself delegates as the responsibility of the parents or guardians the realization of the school enrollment of their children or pupils, besides the need of the law of responsibility in order to avoid regression in the quality of education.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Education; Intellectual Abandonment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos direitos fundamentais. 3. Do direito à educação. 4. Do abandono intelectual. 4.1. Da crítica ao sujeito ativo. 5. A Responsabilidade Estatal. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

À frente do fato de que o direito à educação é considerado um direito fundamental, ou seja, é inerente à própria condição de ser humano, faz-se necessário analisar os cenários, contextos e consequências de quando este direito não é efetivado.

O âmbito escolhido para ser estudado diz respeito ao abandono intelectual, considerado crime pelo artigo 246 do Código Penal Brasileiro. A importância de tal estudo está pautada justamente na relevância da educação para a formação e o desenvolvimento do ser humano, para o exercício da cidadania, bem como para a qualificação para o trabalho, como previsto expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, tendo em vista o disposto em diversos instrumentos normativos, como a Constituição Federal, o ECA, a Declaração Universal de Direitos do Homem, e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, o abandono intelectual configura ofensa ao direito à educação, e seu estudo, consequentemente, é considerado relevante.

Para tanto, primeiramente, é necessária a compreensão do motivo pelo qual a educação é considerada um direito fundamental, sendo imprescindível, consequentemente, a explanação acerca desta categoria de direitos, bem como da trajetória de positivação do direito à educação.

Após o entendimento da relevância da educação, mostra-se importante a análise do tipo penal do crime de abandono intelectual, bem como da demonstração acerca da necessidade da ampliação de seu sujeito ativo e da integração das famílias, comunidade e poder público no combate ao abandono intelectual.

2. Dos Direitos Fundamentais

Não seria possível explicar acerca do direito à educação, evidenciando o patamar que ocupa como direito fundamental, sem antes tratar amplamente desta categoria, a qual se caracteriza pela imprescindibilidade à vida humana, visto que são direitos básicos que se portam como alicerces e bases de tudo, fato demonstrado pela própria designação da categoria: “fundamentais”. Os direitos fundamentais, assim, estão contidos na Constituição Federal de 1988 em seu título II, qual seja, dos direitos e garantias fundamentais.

Considerando o histórico de reconhecimento desse rol de direitos básicos, faz-se também necessário, de modo breve, citar o posicionamento das vertentes jurídicas, tendo em vista que a Constituição Federal foi influenciada pelo Pós-Positivismo e Positivismo Jurídico, mas traz traços da corrente Jusnaturalista.

Assim, a base teórica do Jusnaturalismo, também conhecido com a corrente do Direito Natural, é de que os direitos fundamentais seriam aqueles anteriores à positivação, se apresentando como inerentes à condição de ser humano, ou seja, inerentes à natureza social do homem. Essa corrente predominou no cenário jurídico até meados do século XVIII, momento no qual houve o progresso das ideias iluministas e o surgimento dos ideais positivistas, especialmente com o pensamento de Augusto Comte e Stuart Mill.

No contexto de constitucionalismo, de tal modo, as constituições tinham como objetivo de garantir os direitos e delimitar o poder do Estado. Entretanto, não é possível afirmar que seja pacífico entre os juristas e pensadores o conceito específico de “direitos fundamentais”, justamente pelo fato destes direitos serem provenientes de cenários e contextos culturais e multifacetados.

Com a superação do Direito Natural, entrou em cena o Direito Positivo, o qual considerava o ordenamento jurídico como um sistema fechado de normas. Tal corrente, apesar de também ter influenciado a Constituição de 1988, foi superada pela necessidade do direito ser integrado pela moral e política.

Assim como já exposto, o constitucionalismo do século XVIII permitiu que o homem fosse tido como um fim em si mesmo, e não meramente como um objeto da legislação e, neste sentido, a corrente Pós-Positivista ultrapassou as falhas do Positivismo, e do Jusnaturalismo já superado, e possibilitou uma abertura do direito, aproximando, de tal modo, o direito da filosofia e ética.

Apesar de não haver uma “opinião comum” acerca de seu conceito, é notório e indiscutível que os direitos fundamentais buscam

diminuir as desigualdades sociais, proporcionando uma vida digna, livre e igualitária para o ser humano, sendo resultado de um longo processo histórico, o qual será tratado a seguir.

As mudanças sociais estão diretamente ligadas com o surgimento de necessidades e, conseqüentemente, de direitos. Justamente por este motivo, assim como afirma Wolkmer (2003), o reconhecimento dos direitos tidos como fundamentais foi uma conquista para a sociedade moderna ocidental, pois a rede dos bens considerados como dignos de tutela foi ampliada, bem como sujeitos diversos do homem foram tidos como titulares de direitos.

Como consequência do fato de que o reconhecimento dos direitos fundamentais ocorreu ao longo dos séculos, passou-se a utilizar o termo “gerações”. Não significa que os direitos de gerações mais recentes substituam os mais antigos, mas sim que possuem caráter aditivo, motivo pelo qual diversos autores consideram o termo “dimensões de direitos” mais adequado.

A respeito da primeira dimensão de direitos, estes são os civis e políticos, ou seja, associados aos direitos individuais como igualdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. A questão de que os direitos civis e políticos foram os primeiros a serem reconhecidos está ligada ao contexto histórico dos séculos XVIII e XIX, tal seja, o racionalismo iluminista, o contratualismo e as revoluções norte-americana e francesa, assim, estes direitos representam uma limitação do Estado em relação ao indivíduo.

Quanto aos direitos tidos como de segunda dimensão, diferentemente dos anteriores, estes representam um dever do Estado para com o indivíduo, assim, possuem como natureza os âmbitos social, econômico e cultural. São exemplos de tais direitos, o trabalho, a saúde e a educação, que é o ponto principal deste artigo.

A próxima dimensão de direitos não possui o indivíduo como titular, visto que são de natureza metaindividuais, coletivos e di-

fusos, ou seja, visam à proteção de categorias de pessoas. Ao se afirmar que os direitos de terceira dimensão são metaindividuais, tem-se que estes transcendem o indivíduo.

Enquanto os direitos difusos tratam de realidades genéricas, com maior grau de indeterminação de titulares, gerando satisfação a uma quantidade maior de indivíduos, os direitos coletivos envolvem grupos específicos de pessoas, como as organizações sindicais.

Os direitos de quarta dimensão possuem conexão direta com a vida humana, e são conhecidos por terem caráter interdisciplinar, envolvendo campos como da filosofia, sociologia, psicologia e teologia. Assim, os direitos desta dimensão são aqueles relacionados com a biotecnologia e a bioética, conforme expõe Wolkmer (2003). Ainda, há a quinta dimensão dos chamados “novos direitos” proveniente do avanço tecnológico, abrangendo, de tal modo, os direitos que envolvem a internet, como a privacidade e a informação.

3. Do direito à educação

Para tratar da educação como direito fundamental, é necessária a exposição do histórico e contexto que permitiram que este direito fosse, primeiramente, reconhecido como direito e, depois, elevado ao patamar de fundamental.

Em tempos primitivos, a educação era o meio pelo qual se passavam de gerações para gerações os meios de sobrevivência. A institucionalização da educação foi considerada quando já não era mais possível, ou até insuficiente, essa transmissão de informações entre os membros das famílias e clãs. Deste modo, o ensino sistemático por meio de instituições educacionais foi imprescindível para a complementação da propagação da cultura.

Tratando-se dos povos romano e grego, para o primeiro, a família era considerada pequena estrutura similar a um Estado, contendo sua hierarquia e formas de organização, assim, por apre-

sentar estrutura patriarcal, esta era a responsável pela educação, função que com o tempo foi deslocada para as mãos da Igreja, como aponta Krug (2011).

Quanto ao povo grego, as primeiras escolas formais foram constituídas na Grécia, inicialmente votadas para questões militares.

A idade média foi palco para a consolidação da Igreja Católica, de maneira que esta passou a deter o monopólio da cultura e do pensamento e, conseqüentemente, da educação. Assim, as instituições de ensino estavam diretamente relacionadas às instituições religiosas, as quais visavam, portanto, a transmissão de técnicas e habilidades, como debate, desenvolvimento da leitura e escrita do latim, e a formação religiosa, dividindo-se as escolas em Paroquiais, Monásticas, Palatinas e Universidades Medievais.

Com as revoluções burguesas e as ideias iluministas se afluando na sociedade, no século XVIII, a educação deixou de ter viés predominantemente religioso justamente por passar a ser vista como um meio de transformar o homem, neste contexto de mudanças sociais. Destarte, como ponto marcante do Iluminismo, tem-se a política educacional voltada a tornar as escolas leigas e a educação como dever do Estado.

Enquanto na Europa o século XVIII foi um momento histórico de surgimento de novos pensamentos e ideais, no Brasil as ordens religiosas ainda eram responsáveis pela educação, na medida em que os jesuítas buscavam aumentar o número de fiéis católicos. Isso ocorreu até aproximadamente a metade do século, pois com o cenário internacional de revolução industrial tornou-se possível o renascimento agrícola e as reformas pombalinas. Assim, com a aplicação da visão iluminista, o Marquês de Pombal expulsou os jesuítas, tendo em vista o anticlericalismo com o qual estava marcado.

A presença da educação como tema nas constituições brasileiras começou logo em 1824, com a primeira e única constituição da época do Brasil Imperial, outorgada pelo imperador Dom Pedro

I. Nesta, o título que dispunha sobre a educação era “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. Como pode-se observar, não havia uma parte da Constituição dedicada especificamente à educação, sendo esta apenas mencionada como parte dos direitos civis no artigo 179, o qual tratava da inviolabilidade dos direitos garantidos pela Constituição Imperial, em seu inciso XXXII.

Assim, a Constituição garantia a educação primária e gratuita a todos os cidadãos, ou seja, havia a exclusão das mulheres, analfabetos, escravos, índios e daqueles que não possuíam renda necessária.

Em 1891, ocorreu um retrocesso no campo da positivação da educação na Constituição da Primeira República, pois esta retirou o livre acesso e a gratuidade do ensino. No entanto, delegou competência exclusiva ao Congresso Nacional para legislar sobre o ensino superior no Distrito Federal, podendo ainda criar escolas secundárias e universidades nos Estados, e estes teriam competência para criar e manter escolas primárias, como dispõe Krug (2011).

Apenas com a Constituição de 1934 que a educação atingiu o patamar de direito expresso, possuindo, inclusive, um capítulo próprio ao lado da cultura:

Art 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcionar a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana (BRASIL, 1934).

Com o Estado Novo, a Constituição de 1937, por sua vez, alterou o texto que tratava da educação, apresentando, assim, a seguinte redação:

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, cola-

borando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

(...)

Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. (BRASIL, 1937).

Em 1946, a educação, dada no lar e na escola, retorna expressamente como direito de todos, além de a Constituição oferecer a orientação de que a educação deveria ser inspirada no princípio da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Já o contexto histórico que permeava o campo internacional era de cenário pós-segunda guerra mundial, momento no qual as nações que emergiram como potências buscaram fortalecer as relações internacionais para a promoção da paz e da cidadania.

Destarte, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de garantir uma vida digna a todos os cidadãos do mundo, independente de raça, cor, gênero, idade e condições financeiras, servindo como modelo para as constituições de diversos países, incluindo o Brasil. Dentre os direitos garantidos pela Declaração, encontra-se a educação no artigo 26:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz (ONU, 1948).

Por ser caracterizado como direito humano, a educação possui o caráter de universalidade, de modo que deve ser garantida de forma homogênea e mundial, incluindo, deste modo, crianças e adolescentes, não pelo fato de que estas serão o futuro, mas por serem seres humanos hoje, como dispõe a Unicef. Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças do Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF – consagrou em seu princípio 7º, o direito à educação:

A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares . Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral . Chegando a ser um membro útil à sociedade (UNICEF, 1959).

Apesar de a Constituição de 1967 ter ampliado a faixa etária do ensino obrigatório, foi apenas com a Constituição Federal de 1988, a qual se baseou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o direito à educação foi tratado de modo explícito como um direito social, não somente sendo apontado como direito, mas acompanhado por meios de efetivação.

Deste modo, a educação foi disposta como direito social no artigo 6º, mas tratada detalhadamente entre os artigos 205 e 214.

Em um primeiro momento, é de extrema importância para o presente artigo, considerando o tema do abandono intelectual, o disposto no artigo 205, segundo o qual “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. Após, foram apontados os princípios segundo os quais o ensino será ministrado, a questão da autonomia, o fato de a educação ser dever do Estado, entre outros pontos.

O fato de a Constituição ter dedicado diversos artigos para o direito à educação, encontra respaldo, principalmente, no fato de ter adotado a Doutrina da Proteção Integral na Infância e Adolescência, proveniente da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, do ano de 1989. Assim, a Doutrina da Proteção Integral tratou de diversos direitos sob o âmbito das necessidades das crianças e dos adolescentes.

Dois anos após a promulgação da Constituição Federal, observou-se a imprescindibilidade de uma norma brasileira que tratasse especificamente dos direitos das crianças e dos adolescentes, cenário no qual se deu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, como a Constituição dispôs que a educação era dever da família e do Estado, em seu artigo 227, o referido Estatuto consagrou, exatamente do mesmo modo, o seguinte:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

A Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996, também expõe que a educação é dever da família e do Estado, tendo “por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996).

Esta lei trata da educação escolar desenvolvida em instituições próprias de ensino, e contém os meios pelos quais esta é efetivada pelo Estado, como as garantias de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, educação infantil gratuita até os 5 anos de idade, atendimento especial gratuito, atendimento ao educando, vaga em escola pública, entre outras. A mesma lei ainda preconiza o seguinte:

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. (BRASIL, 1996).

Assim, na medida em que a educação é tratada como um direito público subjetivo, tem-se que esta, além de um direito, é uma obrigação, pois o Estado possui a prestação resguardá-la, enquanto a comunidade e, em especial a família, têm a faculdade de exigi-la e, ao mesmo tempo, o dever de efetivá-la.

4. Do abandono intelectual

Diante da classificação da educação como direito fundamental, garantido pela Constituição e tratado em diversos documentos como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e eventos como a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, foi necessária a criação de um tipo penal que abrangesse os casos em que esse direito não é respeitado.

Assim, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 246, trata do crime de Abandono Intelectual, tipo penal que ‘visa proteger os menores sobre sua instrução fundamental, bem como o acesso à educação de base, transferindo a responsabilidade da condução do filho à escola a seus genitores ou responsáveis legais’, segundo Lopes, Pires e Pires (2013).

O crime de abandono intelectual, ao lado dos crimes de abandono material e entrega de filho menor à pessoa inidônea, integra o capítulo “dos Crimes Contra a Assistência Familiar” do Código Penal e possui a seguinte redação: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. (BRASIL, 1940).

Como expõe Bitencourt (2004), o bem jurídico tutelado pelo tipo penal tema deste artigo é o direito à instrução fundamental dos filhos menores, considerando que a educação é pilar fundamental para a construção do conceito de cidadania e, portanto, da consciência dos direitos e deveres que cada indivíduo possui.

Primeiramente, quanto aos sujeitos que compõem o tipo penal, tem-se que o sujeito ativo são os pais, fato extremamente questionado pela doutrina, como será tratado em tópico seguinte. Assim, não é necessário que os pais detenham a guarda dos filhos para cometerem o núcleo do tipo, basta que detenham o poder familiar. Deste modo, o crime de abandono intelectual caracteriza-se como um crime próprio, tal seja, um crime que só pode ser praticado por determinadas pessoas, pois o tipo exige essa característica do sujeito ativo, no caso, a qualidade de pais.

Quanto ao sujeito passivo, conseqüentemente, este é o “filho”, biológico ou adotivo, que esteja em idade escolar. Essa norma é considerada uma norma penal em branco, pois necessita de complementação, ou seja, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional fornece o conceito de idade escolar, contido no artigo 4º:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio. (BRASIL, 1996).

Assim, considera-se filho em idade escolar aquele a partir de 4 anos de idade. Ainda, a instrução primária a qual se refere o crime está ligada ao disposto no artigo 210 da Constituição Federal, ou seja, os conteúdos mínimos necessários para a formação básica do indivíduo, com respeito aos campos naturais e artísticos, nacionais e regionais.

Em relação ao núcleo do tipo, a ação consiste em uma conduta omissiva, tal seja, deixar de prover sem justa causa. Esta conduta prevista faz referência ao artigo 6º da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o qual prevê ser de “dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”, mesmo que o tipo penal traga como sujeitos ativos apenas os pais.

O elemento subjetivo é dolo, sendo necessária, de tal maneira, a vontade de não cumprir o dever de prover a educação ao filho em idade escolar, sem justa causa, como aponta Bitencourt (2004), com a consciência de que a omissão não possui justa causa.

Ainda, finalizando a análise quanto aos elementos do tipo, não é cabível a tentativa considerando que o crime é omissivo.

A própria redação do tipo penal de abandono intelectual permite a compreensão do modo como este se apresenta como afronta à efetivação do direito à educação, este tão importante para cada indivíduo e para a sociedade como um todo, como retira-se do pensamento de Greco:

A Constituição Federal de 1988 é rica em programas, metas que devem ser alcançadas a todo custo para que se realize plenamente o chamado Estado Social e Democrático de Direito. Os incisos I e III do seu art. 3º da asseveram que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e todos sabemos que, sem a promoção da educação, nada disso será realizado. (Greco apud Lopes, Pires e Pires, 2008, p. 683).

Como retira-se de todo o exposto, e considerando a relevância da educação, tendo em vista seu caráter de fundamental, a análise do crime de abandono intelectual possui importância tanto em âmbito geral pelo fato de violar um preceito constitucional,

como nos campos do Direito de Família, e na Infância e Juventude, tendo em vista que também representa uma afronta a princípios destes, como ao princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988, como previamente mencionado, adotou a Doutrina da Proteção Integral, fruto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, a partir da qual as crianças e os adolescentes passaram a ser caracterizados como sujeitos de direitos, como pode ser percebido, por exemplo, pelo simples fato de que foi adotada a terminologia “criança e adolescente” ao invés da expressão “menor”, utilizada anteriormente pelo Código de Menores.

Assim, as crianças e os adolescentes, como consequência da consagração do direito da dignidade humana, foram conceituados como seres em desenvolvimento, detentores de direitos e deveres, o que pode ser percebido pela leitura de diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, 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.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

(...)

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de

desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

(...)

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.

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal (BRASIL, 1990).

O princípio do melhor interesse da criança não está expressamente positivado na Constituição Federal ou no ECA, sendo tido como inerente à Doutrina da Proteção Integral adota. No entanto, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) positivou, em seu artigo 3.1, que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, *o interesse maior da criança*.” (não grifado originalmente).

Pelo princípio do melhor interesse se estender a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e dos adolescentes, tem-se que também se aplica no caso do abandono intelectual.

Pois bem, ressaltado o fato de que as crianças e os adolescentes são considerados seres em desenvolvimento, é importante dizer, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, frente a determinada ofensa a direito destes, em seu Título II da Parte Especial, dispõe acerca das medidas de proteção.

Segundo o art. 98 do ECA, medidas de proteção à criança e ao adolescente serão aplicáveis quando os direitos das crianças e dos adolescentes forem ameaçados ou violados, seja por uma ação ou omissão do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais

ou responsáveis; ou em razão de sua conduta, podendo ser aplicadas cumulativamente e substituídas a qualquer tempo, como no caso do abandono intelectual.

Assim, as medidas protetivas aplicáveis estão dispostas no artigo 101 do Estatuto, segundo o qual:

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

(...)

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental (BRASIL, 1990).

O Ministério Público deve exercer seu papel na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, integrando à sua função institucional o zelo pelo efetivo respeito aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes. O *Parquet* deve promover as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias à garantia desses direitos, como oferecer denúncias ou expedir recomendações, com o fim de melhorar os serviços públicos de relevância.

Assim, ao observar uma situação de abandono intelectual, o Ministério Público deve atuar no sentido de responsabilização criminal, com o auxílio do Conselho Tutelar, o qual atuará conforme suas atribuições, tais sejam, a aplicação aos pais ou responsável das medidas previstas nos incisos I a VII do art. 129, do ECA, conforme prescrição do art. 136, II, do mesmo diploma legal; e a execução de suas decisões, podendo, para tanto, requisitar diretamente “serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança”, nos termos do art. 136, inciso III, alínea ‘a’, do ECA; considerando que o Conselho Tutelar é órgão autônomo, o qual, diante da inobservância ou recalcitrância dos pais ou responsável quanto ao cumprimen-

to dos seus deveres ou das medidas aplicadas pelo órgão, pode apresentar representação ao Judiciário para a imposição de sanção pecuniária por infração administrativa, nos termos dos artigos 136, inciso I, alínea ‘b’, 194 e 249, do ECA.

Devem, assim, atuar de forma harmônica no combate ao abandono intelectual, o Conselho Tutelar, o Ministério Público e o Judiciário.

4.1. Crítica quanto ao sujeito ativo

Como exposto neste artigo, o Código Penal apenas configurou os pais como sujeitos ativos do crime de abandono intelectual, o que motivou diversas críticas quanto à redação do tipo penal, principalmente ao se colocar em tela que a Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional também obriga os responsáveis pelo menor a realizarem a matrícula escolar deste. Assim, pelo princípio da legalidade, não há a possibilidade de ser realizada interpretação extensiva ou analógica em se tratando de norma penal incriminadora.

Quanto aos pais, o Código Civil dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação (BRASIL, 2002).

Deste modo, possibilitar a educação a seus filhos integra o exercício do poder familiar dos pais, o qual se caracteriza como o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que se refere a pessoa e aos bens dos filhos menores, ou seja, são os cuidados dos pais para com os seus filhos desde o nascimento até atingirem a maioridade” (VENOSA, 2010). Inclusive, deixar o filho em abandono constitui uma das hipóteses para a decretação da perda do poder familiar.

No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 1990).

O Judiciário não se mantém inerte quanto aos casos de abandono intelectual cometidos por pais, sendo principalmente necessária a comprovação do dolo, como depreende-se desta decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR. ABANDONO INTELECTUAL. Inequívocas a materialidade e a autoria do delito diante da consistente palavra das testemunhas, bem como do restante das provas colhidas no decorrer da instrução. Apenamento. Reduzido. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade. Reincidência (Art. 61, I, do CP). É constitucional o aumento pela agravante da reincidência, tratando-se de um critério especial para a individualização da pena imposta pela prática de novo crime pelo acusado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

“Depreende-se da análise dos autos que o acusado, de fato, deixou de prover à instrução primária dos filhos menores, permitindo que estes mendigassem pelas ruas e estabelecimentos da cidade de Cidreira, sendo que, posteriormente, as crianças foram abrigadas por se encontrarem em situação de risco.” “Acerca dos delitos, referem os tipos penais: “Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar (...).” “Art. 247 – Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: “(...) “IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiserção pública (...)”. “É clara a configuração do elemento subjetivo – dolo, no delito de abandono intelectual, já que os pais, ora acusados, permitiam que as crianças mendigassem ou invés de frequentarem a escola. Ainda, o delito de abandono moral, dispensa a permissão expressa, bastando a omissão dolosa do agente, com sua concordância tácita, ou seja, não seria necessário que o réu mandasse que os filhos

mendigassem, a mera permissão tácita, já configuraria o delito em comento. “Em que pese o réu tenha sido advertido pelo Conselho Tutelar da cidade, acerca das atitudes das crianças, nada fez para modificar a situação, permitindo que os infantes permanecessem na mendicância.” Outrossim, verifica-se a redundância na aplicação da continuidade delitiva, disposta no artigo 71, do Código Penal, visto que os delitos em tela, para se configurarem, presumem-se, por si só, a prática reiterada de atos, pois o delito de abandono intelectual não se configuraria se os agentes se omitissem quanto a infrequência momentânea dos infantes à escola, seria necessário a infrequência permanente (abandono/diversas faltas), de igual forma o abandono moral. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Mesmo havendo a responsabilização dos pais que cometem o crime de abandono intelectual, não há criminalmente a responsabilização dos tutores e detentores de guarda que realizam o abandono dos menores por quem são responsáveis.

No tocante ao tema, o ECA, primeiramente, aponta, em seu artigo 22, que ao assumir a guarda ou a tutela, “o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos”, passando a tratar especificamente de cada instituto.

A guarda, que legaliza a permanência de crianças ou adolescentes em lares substitutos, conferindo ao menor a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990, art. 33).

Em âmbito similar, em relação à tutela, o Código Civil dispõe que:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição. (BRASIL, 2002).

Deste modo, considerando que há outros dispositivos que atribuem responsabilidade aos tutores e guardiões de promover educação às crianças e adolescentes, não há motivos para o Código Penal não os considerar como sujeitos ativos, ao lado dos pais, do crime de abandono intelectual.

Neste ponto reside a crítica quanto à elaboração do texto normativo do crime de abandono intelectual.

5. A responsabilidade estatal

Assim como já exposto, a efetivação do direito à educação integra os deveres da família; não obstante, este dever também é inerente ao Estado, na medida em que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente impõem à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público a função de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do referido direito.

Cabe, portanto, ao Estado proporcionar a infraestrutura e as conjunções imprescindíveis para uma educação de qualidade. Deste modo, o Projeto de Lei nº 7.420 de 2006, conhecido como Lei de Responsabilidade Educacional, da professora Raquel Teixeira, o qual foi aprovado em 5 de junho de 2019 pela Comissão de Educação, visa propiciar as condições necessárias para que sejam exercidas com responsabilidade as atribuições do poder público relativas à educação.

O citado projeto de lei dispõe sobre a qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção, com o fim de evitar retrocessos na qualidade da educação pública, provendo meios de garantir melhorias.

Ao lado do previsto pela Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, segundo a qual deve existir uma articulação entre as famílias, comunidade e os estabelecimentos de ensino, bem como que estes têm a incumbência de notificar ao Conselho Tutelar do

Município a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de 30% (trinta por cento) do percentual permitido em lei, o Projeto de Lei nº 7.420 de 2006 permite uma apuração mais rigorosa da ocorrência do abandono intelectual.

Assim, o projeto de lei propõe, em seu artigo 2º:

§ 5º A cada dois anos, as taxas de repetência e de evasão no ensino fundamental e no ensino médio, deverão ser menores que as respectivas taxas médias observadas no biênio anterior, em cada Unidade da Federação.

§ 6º A não observação do disposto no § 5º implicará a adoção de providências idênticas às previstas no § 3º deste artigo.

Consta no projeto, ainda, o dever estatal de desenvolver ações específicas para a recuperação do nível de desempenho, com alocação adicional de recursos financeiros por estudante ao ano, o que demonstra preocupação com a qualidade do ensino, bem como com a imprescindibilidade deste.

Destarte, relevante é o assunto “responsabilidade educacional”, tendo o próprio projeto de lei apontado como indispensável a implementação da referida legislação, bem como a realização de políticas públicas comprometidas com a qualidade e com o real acesso da população à educação, fatores essenciais à apuração e atendimento dos casos de abandono intelectual.

6. Considerações Finais

Com o presente artigo percebe-se a educação como elemento fundamental para o desenvolvimento individual e social do homem, com ênfase nas fases iniciais da vida humana, sendo a infância e adolescência momentos cruciais do desenvolvimento. O abandono intelectual, de tal modo, representa uma barreira a

esse desenvolvimento na medida em que obsta o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Realizada a análise do tipo penal do crime de abandono intelectual, observou-se a necessidade de ampliação do sujeito ativo, com o fim de abranger a tutela e a guarda, considerando que estas também são consideradas formas de família.

No entanto, como exposto pelos diversos dispositivos que versam sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, a responsabilidade a respeito da educação não recai pura e simplesmente na figura dos pais e responsáveis pelos menores de idade, mas também integra os deveres estatais. Assim, o poder público não pode se manter inerte frente a casos em que o direito à educação das crianças e adolescentes encontra-se violado.

Demonstrada a necessidade da ampliação do tipo penal, bem como da importância da Lei de Responsabilidade Educacional, é válido o apontamento de que a criminalização da situação de abandono intelectual, bem como da atribuição de responsabilidade ao Estado por meio da citada lei, amenizará o problema, mas não o solucionará, tendo em vista que este possui raízes sociais.

Destarte, considerando que a Doutrina da Proteção Integral foi adotada justamente pelo fato de as crianças e adolescentes serem seres em desenvolvimento, é necessária uma avaliação técnica interdisciplinar no âmbito social das crianças e adolescentes para a descoberta das razões do afastamento escolar; análise de possíveis soluções; exercício de orientação e auxílio tanto para a criança ou adolescente quanto para a família, o que exige, de fato, a participação de diversos sujeitos, como a própria família, a comunidade e o Estado na figura de suas diversas instituições, como o Ministério Público, o Conselho Tutelar e o Judiciário.

7. Referências

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O direito constitucional à educação e sua interpretação: contribuição ao estudo do direito educacional. 2007. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. Coleção Primeiros Passos. Vol. 318. São Paulo: Brasiliense, 2003.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Brasília, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 out. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 set. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Lei nº 8069, 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>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

COSTA, Messias. *A educação nas constituições do Brasil: dados e direções*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

FÁVERO, Osmar. *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 13. ed. Campinas: Editores Associados, 1996.

FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania: uma questão para a educação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GOIÁS. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 7.420/2006. Dispõe sobre a qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF8327DF58B323B28DA3F42402A810AD.proposicoesWebExterno1?codteor=413946&filename=PL+7420/2006>. Acesso em: 27 jun. 2019. Texto Original.

KRUG, Juliana, O direito à educação, seu desenvolvimento histórico e jurídico. In: *Biblioteca Unilassale*. 2011. Disponível em: <https://biblioteca.unilasalle.edu.br/docs_online/artigos/dialogo/2010_n17/jkrug.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019.

LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES, Gustavo Alves de Castro; PIRES, Carolina Lins de Castro. A análise criminal do crime de abandono intelectual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13965>. Acesso em: 2 maio 2019.

MORAN, José Manuel. *A educação que desejamos: novos desafios e como chegar lá*. 2. ed. Campinas, SP: Papirus, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime: 70042611301- RS. Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 15/12/2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=cr%3A12&partialfields=n%3A70042611301&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 11 maio 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil*. vol. VI - Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História dos Direitos no Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Artigo recebido em 8/6/2019

Artigo aprovado em 28/6/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200009